FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. MENGOZZI fremsat den 4. marts 2010 [1]

I — Indledning

1. En milliardindustri, som drejer sig om en farlig og kulturelt følsom virksomhed. En tjenesteydelse, der takket været nye kommunikationsformer let overskrider grænser. En sektor, der ikke er harmoniseret, for hvilken der kun eksisterer en sparsom retspraksis om konkrete tilfælde.

2. Alle disse forhold er forenet i spillesektoren: Derfor er det ikke forbavsende, at sektoren er meget kontroversiel, og at den højst sandsynligt vil blive ved med at give anledning til konflikter i fremtiden. Spørgsmålene, som skal undersøges her, er et godt bevis herpå, ligesom de utallige andre spørgsmål, som nu er blevet forelagt Domstolen [2].

3. Den omstændighed, at der ikke findes afledt ret, er i det foreliggende tilfælde en afgørende faktor, som gør det nødvendigt for retterne at henvise direkte til traktaterne. Trods en mærkbar stigning i retspraksis på området inden for de sidste par år er der stadig ikke tilstrækkelig retspraksis til at afgøre de forskellige sager, som bliver forelagt hver dag for de nationale retter. Det er disse retter, det i sidste instans påhviler ud fra en fællesskabssynsvinkel at vurdere lovgivningen, der begrænser adgangen til markedet for spil i en medlemsstat. Ved Domstolens besvarelse af de præjudicielle spørgsmål skal den give dem anvisninger på, hvordan de udfører denne vanskelige opgave.

4. I de pågældende sager i det foreliggende tilfælde anmoder Verwaltungsgericht Gießen og Verwaltungsgericht Stuttgart (administrative domstole, Tyskland) Domstolen om at udtale sig om for det første, hvorvidt monopolet på sportsvæddemål og lotterier, der eksisterer i Tyskland, er foreneligt med fællesskabsretten, da de er af den opfattelse, at den nationale politik med at begrænse spil formentlig ikke opfylder et krav om sammenhæng. For det andet skal Domstolen udtale sig om muligheden for at anvende princippet om gensidig anerkendelse vedrørende nationale tilladelser til at organisere sportsvæddemål.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Jf. de verserende sager for Domstolen: sag C-46/08, Carmen Media Group, sag C-64/08, Engelmann, sag C-212/08, Zeturf, og forenede sager C-447/08 og C-448/08, Sjöberg og Gerdin.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

5. På nuværende tidspunkt er der ikke foretaget en EU-retlig harmonisering af hasardspilssektoren. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked [3] udelukker udtrykkeligt hasardspil fra sit anvendelsesområde: »Dette direktiv finder ikke anvendelse på følgende former for virksomhed: […] h) spil, som indebærer, at der gøres indsats med penge i spil, som indeholder et element af tilfældighed, herunder lotteri, kasinospil og væddemål« (artikel 2, stk. 2).

6. Når der ikke er afledt ret, er det nødvendigt at anvende den primære ret og navnlig i det foreliggende tilfælde artikel 49 EF, hvis første stykke forbyder »restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.«

3 — EUT L 376, s. 36, herefter »tjenesteydelsesdirektivet«.

B — *Tysk ret*

7. I Tyskland er kompetencerne på spilleområdet fordelt mellem Forbundsstaten og delstaterne. I de fleste delstater er der et regionalt monopol på organisering af sportsvæddemål og lotterier, hvorimod spillemaskiner og kasinoer kan drives af behørigt autoriserede private udbydere.

1. Forbundsret

8. I § 284 i den tyske straffelovbog (Strafgesetzbuch, herefter »StGB«) bestemmes, at:

»1) Den, der offentligt organiserer eller afholder hasardspil uden myndighedernes tilladelse, eller som stiller faciliteter til rådighed for sådanne, kan straffes med op til to års fængsel eller en bøde.

[…]

3) Den, som handler på den i stk. 1 anførte måde

1. erhvervsmæssigt [...]

[...]

straffes med fængsel fra tre måneder til fem år.

[...]«

9. Fastsættelsen af betingelserne for tildeling af de i StGB's § 284 nævnte tilladelser påhviler delstaterne med undtagelse af tilladelser til at foranstalte væddemål om officielle hestevæddeløb og opstilling og drift af spilleautomater, som tildeles af delstaterne, men under anvendelse af henholdsvis betingelserne fastsat i loven vedrørende væddemål og lotterier (Rennwett und Lotteriegesetz, herefter »RWLG«) og næringsloven (Gewerbeordnung).

10. For så vidt angår tilladelser vedrørende væddemål om hestevæddeløb fastsættes i RWLG's § 1:

»Foreninger, som vil drive totalisatorspil om offentlige hestevæddeløb eller andre offentlige præstationsprøver for heste, skal have en tilladelse hertil fra den kompetente myndighed ifølge delstatens lovgivning.

[…]

3. Tilladelsen kan kun udstedes til foreninger, der garanterer, at deres indtægter ubeskåret vil gå til fremme af hesteavl i delstaten.«

11. I RWLG's § 2, stk. 1, fastsættes:

»Den, der erhvervsmæssigt vil indgå væddemål om offentlige præstationsprøver for heste eller virke som formidler af sådanne væddemål (Bookmakers), skal have tilladelse fra den kompetente myndighed ifølge delstatens lovgivning.«

2. Delstatsretten

a) LottStV

12. Ved aftalen om lotterier i Tyskland (Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, herefter »LottStV«), der trådte i kraft den 1. juli 2004, skabte delstaterne en ensartet ramme for erhvervsmæssig organisering, drift og formidling af hasardspil med undtagelse af kasinoer.

13. I LottStV's § 1 fastsættes formålene med denne retsakt mellem delstaterne. Disse formål er:

»1. at kanalisere befolkningens trang til at spille på en ordnet og kontrolleret måde og navnlig undgå, at befolkningen henvender sig til ikke-tilladte hasardspil

2. at forhindre overdreven tilskyndelse til spil

3. at udelukke udnyttelse af spilletrangen med privat eller erhvervsmæssig fortjeneste for øje

4. at sikre, at hasardspil afvikles på lovlig vis, og at deres logik er forståelig, og

5. at sikre, at en betydelig del af indtægterne fra hasardspil anvendes til fremme af offentlige formål eller behandles på en skattemæssigt fordelagtig måde, jf. skatteloven.«

14. I LottStV's § 5 bestemmes:

»1. Delstaterne har inden for rammerne af de i § 1 omhandlede mål en retlig forpligtelse til at sørge for, at der er et tilstrækkeligt udbud af hasardspil.

2. Delstaterne kan selv på grundlag af loven varetage denne opgave eller lade offentligretlige juridiske personer eller privatretlige selskaber, hvori offentligretlige juridiske personer direkte eller indirekte ejer en bestemmende kapitalandel, varetage opgaven.

3. Det er kun tilladt de i stk. 2 nævnte aktører at optræde som arrangører eller udøvere [...] i den delstat, hvor de udøver deres opgaver i overensstemmelse med stk. 2. De må kun markedsføre hasardspil eller lade hasardspil

markedsføre i denne delstat. De må kun organisere eller gennemføre hasardspil i en anden delstat med dennes tilladelse. Der er intet retligt krav på meddelelse af tilladelse.

4. Andre aktører end de i stk. 2 nævnte har kun ret til at organisere lotterier og lodtrækninger i henhold til bestemmelserne i tredje afdeling.«

15. LottStV's § 6, som er i tredje afdeling, undergiver offentligt organiserede lotterier, der ikke henhører under § 5, stk. 2, en forudgående tilladelse og opregner en række betingelser, som skal være opfyldt for at få tildelt en sådan. Ifølge LottStV's § 7, stk. 1, gives ikke tilladelse, hvis organiseringen af disse lotterier, henset til det almindeligt disponible udbud af eksisterende hasardspil kan tænkes i særlig grad at forøge spillelysten.

16. Inden for den ramme, der er fastsat ved LottStV, har hver delstat fastsat sin egen lovgivning om hasardspil, idet den har forbeholdt sig organiseringen af lotterier og sportsvæddemål eller overladt organiseringen til privatretlige selskaber, som den kontrollerer.

b) Lovgivningen i delstaten Hessen

17. Ifølge § 1, stk. 1, i loven om statslige sportsvæddemål, tallotterier og tillægslotterier i Hessen (Gesetz über staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien und Zusatzlotterien in Hessen) har delstaten enekompetence til inden for sit geografiske område at foranstalte sportsvæddemål med undtagelse af væddemål om hestevæddeløb (stk. 1). Delstaten kan imidlertid overdrage gennemførelsen af sportsvæddemål og lotterier til en privatretlig juridisk person (stk. 4). Erhvervsmæssig formidling af sportsvæddemål og lotterier må udelukkende ske gennem autoriserede indleveringssteder (stk. 5).

c) Lovgivningen i delstaten Baden-Württemberg

18. Ifølge § 2 i loven om statslige lotterier, væddemål og lodtrækninger i delstaten Baden-Württemberg (Gesetz über staatliche Lotterien, Wetten und Ausspielungen) foranstalter delstaten lotto, sportslotto og lotteri (stk. 1), og gennemførelsen af hasardspil, som foranstaltes af delstaten, kan overdrages til en privatretlig juridisk person, i hvilken den direkte eller indirekte ejer en bestemmende kapitalandel (stk. 4).

3. Dom afsagt af Bundesverfassungsgericht den 28. marts 2006

19. Den 28. marts 2006 afsagde Bundesverfassungsgericht (den tyske forfatningsdomstol) en dom [4], hvori den fastslog, at monopolet på sportsvæddemål i delstaten Bayern var i strid med den grundlæggende ret til fri næringsudøvelse — knæsat i forfatningens artikel 12 — i det omfang monopolets juridiske form, reglerne om dets reklamering og dets udformning ikke har til formål at bidrage til på en sammenhængende og aktiv måde at begrænse spillelysten og bekæmpe spilleafhængighed.

20. Rækkevidden af dommen, der vedrørte delstaten Bayern, kan ikke desto mindre udstrækkes til også at gælde monopoler på sportsvæddemål i andre delstater, der har samme karakter.

21. Bundesverfassungsgericht gav de kompetente lovgivere en overgangsperiode indtil den 31. december 2007 til at omstrukturere monopolet med henblik på deri at indføre et minimum af overensstemmelse med formålet om bekæmpelse af spilleafhængighed [5].

22. Delstaterne har med henblik herpå vedtaget en ny aftale, delstatsaftalen om hasardspil i Tyskland (Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland), der trådte i kraft den 1. januar 2008 [6].

III — Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

23. Sagsøgerne i de seks tvister i hovedsagerne [7] har erhvervsmæssige lokaler beliggende i delstaterne Hessen og Baden-Württemberg, hvor de formidler sportsvæddemål [8] for de i andre medlemsstater etablerede hasardspilsarrangørers regning. Disse arrangører er to østrigske virksomheder — Happybet Sportwetten GmbH [9] og web.coin Handelsges. mbH [10] — en virksomhed, der har sæde i Malta — Fa. Tipico Co. Ltd [11] — og to britiske selskaber, hvoraf et er

4 — BVerfG, 1 BvR 1054/01.

5 — BVerfG, I BvR 1054/01, præmis 148 ff., hvor Bundesverfassungsgericht præciserede de nødvendige kriterier for lovmæssigt og administrativt at tilpasse monopolet på væddemål i forhold til forfatningen.

6 — I sagen Carmen Media Group behandles spørgsmålet om foreneligheden med fællesskabsretten i forhold til denne nye juridiske ramme, der ikke var i kraft på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, som er omhandlet i det foreliggende tilfælde.

7 — Markus Stoß, Kulpa Automatenservice Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH, Andreas Kunert, Avalon Service-Online-Dienste GmbH og Olaf Amadeus Wilhelm Happel.

8 — I sagen C-358/07 er sagsøgeren, Kulpa Automatenservice Asperg GmbH, ejer af lokalet, som de udlejer til virksomheden Allegro GmbH, der handler med spil.

9 — Sagerne C-316/07 og C-409/07.

10 — Sag C-359/07.

11 — Sag C-360/07.

registreret i Gibraltar — Fa. Digibet Ltd [12] — og et andet i London — Happy Bet Ltd [13]. Alle disse selskaber har fået tilladelse fra de lokale kompetente myndigheder, hvor de har deres selskabsmæssige hjemsted, til at udøve virksomhed i sektoren for sportsvæddemål.

24. I 2005, 2006 og 2007 traf de kompetente myndigheder i delstaterne Hessen og Baden-Württemberg (henholdsvis Landrat Wetterau og Regierungspräsidium Karlsruhe) en række afgørelser, der forbød sagsøgerne at foranstalte sportsvæddemål i disse delstater.

25. Disse administrative afgørelser er blevet anfægtet ved Verwaltungsgericht Gießen og Verwaltungsgericht Stuttgart under påberåbelse af to grunde: for det første fordi monopolerne på sportsvæddemålene, der findes i disse delstater, gør indgreb i etableringsfriheden (artikel 43 EF) og den frie udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 EF), og for det andet fordi de virksomheder, for hvis regning sagsøgerne handler, er indehavere af tilladelser, der er udstedt i andre medlemsstater, til at foranstalte hasardspil, hvilket angiveligt er tilstrækkeligt til at kunne udøve samme virksomhed i Tyskland.

26. Verwaltungsgericht Gießen og Verwaltungsgericht Stuttgart har i deres forelæggelseskendelser redegjort for, at de anser det for særdeles tvivlsomt, at den tyske spillelovgivning er forenelig med fællesskabsretten, og har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål [14] i henhold til artikel 234 EF:

»1) Skal artikel 43 EF og 49 EF fortolkes således, at de er til hinder for et nationalt monopol på visse hasardspil, f.eks. sportsvæddemål, såfremt der i den pågældende medlemsstat ikke under ét findes en sammenhængende og systematisk politik til begrænsning af hasardspil, navnlig idet de nationalt koncessionerede arrangører yder tilskyndelse til deltagelse i andre hasardspil — såsom nationale lotterier og kasinospil — ligesom private tjenesteydere må tilbyde andre spil, der må antages at indebære tilsvarende eller større potentiel risiko for afhængighed — såsom væddemål om visse sportsbegivenheder (f.eks. hestevæddeløb) og automatspil?

2) Skal artikel 43 EF og 49 EF fortolkes således, at tilladelser udstedt af kompetente statslige organer i medlemsstaterne til at

12 — Sag C-358/07.
13 — Sag C-410/07.

14 — For enkelhedens skyld er de to spørgsmål forelagt af de forelæggende retter bragt her under ét.

foranstalte sportsvæddemål, der ikke er begrænset til den pågældende stats område, berettiger indehaveren af godkendelsen samt tredjemænd, som handler på hans vegne, til tillige at fremsætte og gennemføre tilbud om indgåelse af aftaler i andre medlemsstater, uden at dette kræver yderligere nationale tilladelser?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

27. De præjudicielle anmodninger er blevet registreret på Domstolens Justitskontor den 9. juli 2007 (sag C-316/07), den 2. august 2007 (sagerne C-358/07, C-359/07 og C-360/07) og den 3. september 2007 (sagerne C-409/07 og C-410/07).

28. Markus Stoß, Kulpa Automatenservice Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH, Wetteraukreis og den tyske, den belgiske, den danske, den spanske, den franske, den italienske, den litauiske, den nederlandske, den østrigske, den portugisiske, den slovenske, den finske og den norske regering samt Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har afgivet skriftlige indlæg.

29. På retsmødet, som fandt sted den 8. december 2009, fremmødte de befuldmægtigede for sagsøgerne i hovedsagerne, for Wetteraukreis, for delstaten Baden-Württemberg, for den tyske, den belgiske, den græske, den italienske, den portugisiske og den norske regering samt for Kommissionen for mundtligt at fremsætte deres bemærkninger.

V — Det første præjudicielle spørgsmål

A — *De grundlæggende principper i retspraksis på spilleområdet*

30. Forholdet mellem de fællesskabsretlige friheder og medlemsstaternes forskellige politikker vedrørende spil er blevet behandlet af Domstolen i en rig retspraksis, der siden Schindler-dommen [15] har været fokuseret på, om det er muligt at begrunde foranstaltninger, som begrænser den frie udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 EF) eller etableringsfriheden (artikel 43 EF) inden for Unionen.

15 — Dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Sml. I, s.1039.

31. I denne henseende er der i retspraksis opmærksomhed på hasardspils særlige karakter, en sektor, hvor det ikke er muligt at se bort fra »moralske, religiøse eller kulturelle hensyn«, og som indebærer »større risiko for lovovertrædelser og bedrageri« og fremmer »tilskyndelse til afhængighed, der kan have individuelle og sociale skadelige konsekvenser« [16]. Henset til denne omstændighed anerkender Domstolen i mangel af fællesskabsharmonisering på området, at der tilkommer medlemsstaterne et skøn, der omfatter fastsættelsen af de fornødne forskrifter i forhold til deres egne værdinormer til beskyttelse af deltagerne i spillet og mere generelt til beskyttelse af samfundsordenen [17].

32. Selv om det i retspraksis således anerkendes, at en national lovgivning, som forbyder visse hasardspil [18] eller begrænser antallet af koncessionshavere, offentlige eller private, der kan drive denne virksomhed [19], udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, uanset om den udgør en forskelsbehandling eller ikke, tillades sådanne hindringer, når de er begrundet i almene hensyn [20], såsom at reducere spillemulighederne eller at bekæmpe bedrageri og kriminalitet [21].

33. Medlemsstaterne kan således frit »fastsætte målene for deres politik på hasardspilsområdet« og »nøjagtigt fastsætte det ønskede beskyttelsesniveau« [22]. Imidlertid er det ikke nok formelt at påberåbe sig disse mål, da Domstolen siden Zenatti-dommen har anført, at det er nødvendigt at godtgøre sammenhængen i den omhandlede lovgivning i forhold til de påståede mål og i forhold til dens proportionalitet. Siden dommen i sagen Gambelli m.fl. har Domstolen ligeledes mere specifikt krævet, at hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser eller etableringsfriheden: 1) skal anvendes uden forskelsbehandling, 2) skal være begrundet i tvingende almene hensyn, 3) skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål,

16 — Schindler-dommen, præmis 59 og 60, samt dom af 21.9.1999, sag C-124/97, Läärä m.fl., Sml. I, s. 6067, præmis 13, af 21.10.1999, sag C-67/98, Zenatti, Sml. I, s. 7289, præmis 14, af 6.11.2003, sag C-243/01, Gambelli m.fl., Sml. I, s. 13031, præmis 63, af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 47, og af 8.9.2009, sag C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, Sml. I, s. 7633, præmis 57.

17 — Schindler-dommen, præmis 32 og 61, og Zenatti-dommen, præmis 15, samt dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 63, i sagen Läärä m.fl., præmis 14, i sagen Placanica m.fl., præmis 47, og i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 57.

18 — F.eks. lotterier som i Schindler-dommen.

19 — Eller indeholder en begrænsning til et eneste offentligt organ som i dommen i sagen Läärä m.fl., og i dom af 11.9.2003, sag C-6/01, Anomar m.fl., Sml. I, s. 8621, samt i dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International eller selv i de foreliggende sager.

20 — Dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml. s. 3305, præmis 17, samt domme af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 15, og sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, præmis 13.

21 — Dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 52.

22 — Ibidem, præmis 48.

de forfølger, og 4) ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål [23].

34. For så vidt angår den tredje betingelse bemærkes, at »en national lovgivning kun er egnet til at sikre gennemførelsen af det påberåbte formål, hvis den reelt opfylder hensynet om at nå målet på en sammenhængende og systematisk måde« [24]. Derfor vil et nationalt monopol på området for hasardspil som det, der er tale om i den foreliggende sag, være i overensstemmelse med artikel 43 EF og 49 EF, hvis det ikke udgør forskelsbehandling, og det er forholdsmæssigt og hensigtsmæssigt (sammenhængende ifølge den anvendte sprogbrug i retspraksis på spilleområdet) i forhold til det ønskede almene hensyn, som er blevet påberåbt som begrundelse.

B — *Omformulering af det første præjudicielle spørgsmål*

35. Verwaltungsgericht Gießen og Verwaltungsgericht Stuttgart spørger med deres første præjudicielle spørgsmål, om monopolet på sportsvæddemål og lotterier i Tyskland er uforeneligt med artikel 43 EF og 49 EF i betragtning af den antagede manglende sammenhæng, som de vurderer, at den nationale politik til begrænsning af spil lider af.

36. Efter min opfattelse er denne formulering imidlertid ikke passende på to punkter.

37. For det første er affattelsen af spørgsmålet ikke korrekt, idet den tager udgangspunkt i en forudgående diagnose af den omhandlede lovgivning, hvorefter denne er uegnet, idet der som symptomer herpå anføres offentlig tilskyndelse til deltagelse i spil, der er omfattet af monopolet, og adgang for private virksomheder til at udbyde andre spil, der sandsynligvis giver tilsvarende eller større risiko for afhængighed. I henhold til den nævnte retspraksis vil påberåbelsen af denne manglende sammenhæng imidlertid i sig selv være tilstrækkelig til at ugyldiggøre en eventuel begrundelse for hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser.

38. I betragtning af at retterne i Gießen og Stuttgart ønsker at få besvaret, om monopolet på lotterier og sportsvæddemål har en form, der er i overensstemmelse med traktaten, skal det ikke uden videre lægges til grund, at den tyske lovgivning om spil mangler sammenhæng, men det skal derimod undersøges, om de angivne omstændigheder (delvis adgang til andre spil og omfattende reklame) medfører

23 — Dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 65, og dom af 13.11.2003, sag C-42/02, Lindman, Sml. I, s. 13519, præmis 29, samt dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 49, og i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 60. Se mere generelt om det klassiske kriterium for forenelighed med traktaten dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32, og af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37.

24 — Dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 61.

en sådan manglende sammenhæng og derfor skaber en uforenelighed med EU-retten.

39. For det andet mener jeg, at denne undersøgelse af den tyske lovgivning skal foretages udelukkende i lyset af traktatbestemmelsen om den frie udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 EF). Etableringsfriheden (artikel 43 EF), som også er gjort gældende af de tyske administrative domstole, er ikke relevant i det foreliggende tilfælde.

40. Alle sagsøgerne i den foreliggende sag er tyske fysiske eller juridiske personer, som har til hensigt at udøve en virksomhed som formidlere af sportsvæddemål for de i andre medlemslande etablerede selskabers regning. Det ser ikke ud til, at disse andre selskaber har haft til hensigt at etablere sig i Tyskland. Det drejer sig derfor ikke om etableringsfriheden, men kun om den frie udveksling af tjenesteydelser i dette tilfælde.

41. Henset til det ovenfor anførte skal det første præjudicielle spørgsmål forelægges i følgende eller lignende affattelse:

»Skal artikel 49 EF fortolkes således, at den er til hinder for et nationalt monopol på visse hasardspil, f.eks. sportsvæddemål, hvis de nationalt koncessionerede arrangører yder tilskyndelse til deltagelse i disse spil [25], og private tjenesteydere desuden må tilbyde andre spil, der kan indebære tilsvarende eller større potentiel risiko for afhængighed (f.eks. væddemål om visse sportsbegivenheder, såsom hestevæddeløb og automatspil)? Skal det anses, at disse omstændigheder udgør en hindring for en spillepolitik, der er sammenhængende og systematisk i den betydning, som anvendes i retspraksis?«

42. Med dette første spørgsmål anmoder de forelæggende retter Domstolen om at præcisere, hvorledes og efter hvilke kriterier det skal vurderes, om den nationale lovgivning om spil kan kvalificeres som »sammenhængende«, idet denne kvalifikation er nødvendig for, at denne lovgivning kan opretholdes i forhold til traktaten. De forelæggende retter spørger nærmere bestemt, om der skal foretages en samlet vurdering af den generelle politik for spil eller en konkret vurdering af hvert enkelt spil, således at den lovgivning eller de retsakter, der er vedtaget vedrørende et spil, ikke indvirker på vurderingen af den lovgivning, der omhandler et andet.

25 — De to administrative domstole anvender i dette spørgsmål udtrykket »andre spil« for herefter at nævne som eksempel sportsvæddemål og lotterier (jf. Verwaltungsgericht Stuttgart) og nationale lotterier og kasinoer (jf. Verwaltungsgericht Gießen). Jeg mener, at denne henvisning til kasinoer og brugen af tillægsordet »andre« ikke er rigtig, da de forelæggende retters argumentation er koncentreret om, at der er en omfattende markedsføring af spil, der er omfattet af monopolet, som de nationalt koncessionerede arrangører har, og ikke om den eventuelle tilskyndelse til at deltage i spil, som udbydes af private erhvervsdrivende (som f.eks. kasinoerne).

43. Henset til mængden af de argumenter, der er blevet fremsat af alle, der har afgivet indlæg, og af forfatterne af hovedspørgsmålet, samt hvor forskellige de er, vurderer jeg dog, at det først er muligt at give et hensigtsmæssigt svar på dette spørgsmål efter en analyse af tre aspekter af den omhandlede tyske lovgivning i den foreliggende sag. Det drejer sig om, hvorvidt den udgør forskelsbehandling eller ikke (C), det almene hensyn, som den varetager (D), og dens sammenhæng og hensigtsmæssighed i forhold til dette hensyn (E).

C — *Den ikke-diskriminerende karakter*

44. Det fremgår af fast retspraksis, at artikel 49 EF forbyder enhver forskelsbehandling af tjenesteyderen på grund af hans nationalitet eller på grund af, at tjenesteyderen er etableret i en anden medlemsstat end den, hvor ydelsen skal præsteres [26].

45. Domstolen har med hensyn til den specifikke sektor for hasardspil udtalt, at en national lovgivning, der forbyder enhver anden end det autoriserede offentlige organ at udbyde et specifikt spil, ikke indebærer nogen forskelsbehandling, når den omhandler alle de erhvervsdrivende, der er involveret i en sådan virksomhed, uanset om de er statsborgere i den pågældende medlemsstat og uanset det sted, hvor de er etablerede [27]. Man kan anse de tyske monopoler på væddemål for at have en sådan karakter, idet de defavoriserer alle private spilleselskaber ens, uanset deres nationalitet og deres etablering på tysk grund eller ikke.

D — *Almene hensyn*

46. Den efterfølgende del af analysen af en restriktiv politik for hasardspil består i at fastlægge dens formål vedrørende almene hensyn, idet Domstolen kun i forbindelse med et klart formål kan afgøre, om den omhandlede lovgivning er sammenhængende med dette.

47. Det synes at fremgå af LottStV's § 1, at der med hensyn til den tyske lovgivning er mange formål, som omfatter forebyggelse af bedrageri og fjernelse af incitamenter til overdrevent spil, som, ifølge det Domstolen allerede har udtalt, udgør tvingende almene hensyn, der under visse betingelser kan lovliggøre begrænsning af spillevirksomhed [28].

26 — Dommen i sagen Collectieve Antennevoorziening Gouda, præmis 10.

27 — Dommen i sagen Läärä m.fl., præmis 28.

28 — Dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 52.

48. LottStV's § 1 henviser også til at »sikre, at en betydelig del af indtægterne fra hasardspil anvendes til fremme af offentlige formål eller behandles på en skattemæssig fordelagtig måde, jf. skatteloven« (LottStV's § 1, stk. 5). Ifølge retspraksis er der intet til hinder for at forfølge et sådant mål, såfremt finansieringen af sociale og velgørende aktiviteter eller andre aktiviteter begrundet i almene hensyn kun er »en ekstra fordel som følge af den gennemførte restriktive politik og ikke den egentlige begrundelse herfor« [29].

49. Det påhviler den nationale ret at afgøre, om dette er tilfældet i Tyskland, eller om det i virkeligheden, som det er blevet anført af nogle af sagsøgerne i tvisterne i hovedsagerne, er opnåelsen af indtægter, der er det eneste formål med monopolet i det omhandlede tilfælde. Denne efterprøvelse er dog tæt knyttet til »sammenhængskriteriet« i spillepolitikken.

E — *Prøvelse af, om lovgivningen er hensigtsmæssig og forholdsmæssig*

50. Når de to foregående punkter således er blevet præciseret, skal der foretages en såkaldt »hypocrisy test« af de omtvistede foranstaltninger [30], som udgør kernen i det første præjudicielle spørgsmål. Det drejer sig mere konkret om den klassiske prøvelse af, om den omhandlede lovgivning er hensigtsmæssig og forholdsmæssig, som foretages under ét i retspraksis på spilleområdet.

51. Verwaltungsgericht Gießen og Verwaltungsgericht Stuttgart fremdrager i deres forelæggelseskendelser omstændigheder og kendetegn ved den tyske lovgivning, der alle kan sætte spørgsmålstegn ved, om den er sammenhængende og forholdsmæssig, og derfor om den er forenelig med traktaten.

52. To af disse faktorer er dog af særlig betydning, for så vidt som de er de eneste, der fremgår af selve det præjudicielle spørgsmål: for det første fremme af omfattende reklamevirksomhed for at tilskynde til deltagelse i spil, der er omfattet af monopolet, og for det andet adgang for private erhvervsdrivende til at udbyde spil, der frembyder en større risiko for afhængighed.

29 — Schindler-dommen, præmis 60, Zenatti-dommen, præmis 36, og dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 62.

30 — T. Spapens, A. Littler og C. Fijnaut, *Crime, Addiction and the Regulation of Gambling*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 86, og G. Straetmans, *Common Market Law Review*, nr. 41 (2004), hæfte 5, s. 1424.

1. Reklamering for spil, der er omfattet af monopolet

53. Sagsøgerne i tvisterne i hovedsagerne og de forelæggende retter er for det første af den opfattelse, at spillepolitikken i Tyskland lider af en manglende sammenhæng, fordi staten »har reklameret i væsentligt omfang« for sine tjenesteydelser (sportsvæddemål og lotterier) [31].

54. Domstolen har allerede truffet afgørelse om dette følsomme spørgsmål i dommen i sagen Gambelli m.fl., idet den advarer myndighederne om, at de risikerer at modsige sig selv, når de forsøger at undgå en skade, der følger af en aktivitet, som de har opmuntret til: »I det omfang myndighederne i en medlemsstat ansporer og opmuntrer forbrugerne til at deltage i lotterier, hasard- eller væddemålsspil med henblik på, at de offentlige finanser kan drage fordel heraf på det økonomiske plan, kan […] [de] ikke påberåbe sig, at […] det [er] nødvendigt at reducere spillemulighederne, som begrundelse« for foranstaltninger, der begrænser den frie udveksling af tjenesteydelser [32].

55. Dette argument er blevet gentaget og præciseret i dommen i sagen Placanica m.fl., hvor Domstolen bemærkede, at ifølge Corte suprema di cassaziones praksis »[fører] den italienske lovgiver […] en aktivitetsudvidende politik på hasardspilsområdet med det formål at øge skatteindtægterne«, og derfor kan den italienske lovgivning ikke begrundes med »målet om at begrænse forbrugerens spillelyst eller om at begrænse udbuddet af spil« [33].

56. Domstolen har dog foretaget en vigtig præcisering: Efter at have bemærket, at både Corte suprema di cassazione og den italienske regering angiver, at »det egentlige formål med den […] omhandlede italienske lovgivning [er] at undgå, at hasardspilsvirksomhed drives med kriminelle eller bedrageriske formål, ved at lede den ind i kontrollerbare baner«, udtalte Domstolen, at »[s]et i dette perspektiv kan en politik om en styret aktivitetsudvidelse på hasardspilsområdet være fuldt ud i overensstemmelse med målet om at få de spillere, der udøver uautoriseret spille- og væddemålsvirksomhed, der som sådan er forbudt, til at gå over til autoriserede og lovlige aktiviteter« [34]. For at dette mål kan nås, »skal de autoriserede erhvervsdrivende [imidlertid] […] udgøre et rimeligt, men samtidig et attraktivt alternativ til en forbudt aktivitet, hvilket i sig selv kan indebære, at der udbydes et bredt udvalg af spil, at der reklameres i et vist omfang, og at nye distributionsmetoder bringes i anvendelse« [35].

31 — Verwaltungsgericht Stuttgart henviser f.eks. til den omfattende udbredelse af »jackpot« skabt for visse trækninger, som ifølge den »[…] derved [skaber] den — meget lidt realistiske — forventning hos offentligheden, at de selv kan få »jackpot«« (kendelse om forelæggelse af præjudicielt spørgsmål i sag C-358/07, s. 9).

32 — Dommens præmis 69.

33 — Dommens præmis 54.

34 — Jf. i samme retning dommen i sagen Läärä m.fl., præmis 37.

35 — Dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 55.

57. Således har Domstolen accepteret, at indehaverne af enerettigheder i spillesektoren i Italien udøver en reklamevirksomhed, i det omfang formålet med begrænsningen af artikel 49 EF er at bekæmpe kriminalitet.

58. Dommen i sagen Placanica m.fl. har derfor uden omsvøb vist sammenhængen i en lovgivning, der har til hensigt at undgå bedragerisk eller kriminel adfærd på dette område, mens den samtidig tillader den erhvervsdrivende, der har monopolet, at bruge reklamemidler.

59. Men hvad er situationen, når formålet med en national lovgivning er at bekæmpe spilleafhængighed og at begrænse spillemulighederne? Ved en umiddelbar læsning af præmis 69 i dommen i sagen Gambelli m.fl. og præmis 54 i dommen i sagen Placanica m.fl. ser retspraksis ud til helt at udelukke formålstjenligheden af en retsregel, der har til hensigt at begrænse adgangen til hasardspil, når den erhvervsdrivende, der har monopolet, gør reklame for sine tjenesteydelser. En nærmere undersøgelse af disse afgørelser sætter dog de forbehold eller betingelser, som Domstolen har undergivet dette oprindelige standpunkt, i relief. Den har faktisk også anset reklamevirksomhed for hasardspil, som sker »med henblik på, at de offentlige finanser kan drage fordel heraf på det økonomiske plan« [36], for at være blandt de afgørende faktorer for den tidligere nævnte manglende sammenhæng.

60. Den Europæiske Frihandelssammenslutnings domstol har samme praksis. I sin dom i sagen Ladbrokes mod Norge brugte den argumentet om at kanalisere efterspørgslen på spil under hensyntagen til bekæmpelse af afhængighed. Den vurderede med støtte i dommen i sagen Placanica m.fl., at det er hensigtsmæssigt at gøre brug af reklameforanstaltninger for at »trække spillere bort fra svært afhængighedsskabende spil, som tilbydes over internettet eller gennem andre kanaler, som der vanskeligt kan sættes en stopper for« [37].

61. Det er ikke nok i sig selv til at forhindre virkeliggørelsen af målet om at begrænse spillemulighederne, at der reklameres, når reklameringen sker i begrænset omfang og rent faktisk har til hensigt at få spil koncentreret om det lovlige og kontrollerede udbud og ikke at øge de offentlige skatteindtægter, som en medlemsstat modtager gennem denne ordning. Opretholdelse af monopoler eller af arrangører, der har en national koncession, uden at de har mulighed for at reklamere for deres tjenesteydelser, er efter min opfattelse ikke særligt realistisk. Derfor foreslår jeg Domstolen at udvide det standpunkt, som

36 — Dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 69: »I det omfang myndighederne i en medlemsstat ansporer og opmuntrer forbrugerne til at deltage i lotterier, hasard- eller væddemålsspil med henblik på, at de offentlige finanser kan drage fordel heraf på det økonomiske plan, kan myndighederne i den pågældende stat imidlertid ikke påberåbe sig, at hensynet til den offentlige orden gør det nødvendigt at reducere spillemulighederne, som begrundelse for foranstaltninger som dem, der er omhandlet i hovedsagen«. I samme retning angives i dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 54, at »den italienske lovgiver fører en aktivitetsudvidende politik på hasardspilsområdet med det formål at øge skatteindtægterne«.

37 — Dom af 30.5.2007, sag E-3/06, præmis 54. Uofficiel oversættelse.

den allerede indtog i sagen Placanica m.fl., til også at omfatte målet om at begrænse spillemulighederne, men kun inden for en snæver ramme, som herefter skal fastsættes.

62. Det påhviler den nationale ret at foretage prøvelsen af disse betingelser. I det foreliggende tilfælde har Bundesverfassungsgericht dog allerede undersøgt lovgivningen og praksis i spillesektoren i Tyskland i sin dom af 28. marts 2006 [38].

63. I den nævnte afgørelse er det blevet fastslået, at »væddemål afholdt af delstaten Bayern på ingen måde har til formål at bekæmpe spilleafhængighed og anden adfærd, der følger af spilleafhængighed«. Tværtimod »er et af formålene med afholdelsen af sportsvæddemålet ODDSET klart skattemæssigt« [39]. Retten i Karlsruhe (forfatningsdomstolen) fastslog bl.a. for så vidt angår markedsføringen af ODDSET, at i det konkrete tilfælde »forekom [den] at være en økonomisk effektiv markedsføring af en underholdningsaktivitet, som grundlæggende er helt uskadelig« [40]. Den nævnte således en omfattende reklamekampagne, hvorved et spil fremstilles som en form for socialt acceptabel eller endog positiv underholdning [41].

64. Ved læsning af den kommenterede dom synes der ikke at være nogen tvivl om, at det omhandlede monopol ikke på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagerne opfyldte alle de nødvendige betingelser for at kvalificere sig som sammenhængende og systematisk. Ifølge den tyske forfatningsdomstol var reklameringen ikke tilstrækkeligt afdæmpet, og den havde ikke til formål at begrænse spillemulighederne og bekæmpe spilleafhængighed, men blot at få skatteindtægter til de offentlige kasser.

65. Siden 2006 har der ganske vist været en række ændringer, såvel med hensyn til lovgivning som på det organisatoriske plan. Delstaterne har med disse ændringer villet imødekomme Bundesverfassungsgerichts betingelser. Den nye delstatsaftale om hasardspil i Tyskland, der har været i kraft siden den 1. januar 2008, og en række foranstaltninger, hvoraf nogle direkte vedrører reklamering [42], har haft dette formål. Det tilkommer dog de nationale dommere at udtale sig om, hvorvidt denne nye situation skal tages i betragtning ved besvarelsen af Markus Stoß' og de andre sagsøgeres spørgsmål, og, i bekræftende fald, om denne »forvandling«, der antages at have

38 — Afgørelsen omhandlede lovgivningen i delstaten Bayern, men dens rækkevidde kan udvides til også at gælde for andre delstater, der har tilsvarende monopoler på sportsvæddemål.

39 — BVerfG, I BvR 1054/01, præmis 132 og 133.

40 — Ibidem, præmis 134, uofficiel oversættelse.

41 — Ibidem, præmis 136.

42 — Ifølge den tyske regering er reklameringen for sportsvæddemålet ODDSET bl.a. blevet begrænset både hvad angår omfang og indhold efter dommen. Fra denne dato er den f.eks. begrænset til rent oplysningsmæssigt indhold, og den er ikke længere at finde i idrætsparkerne.

fundet sted inden for sektoren, er tilstrækkelig til at anse de nævnte betingelser for opfyldt.

2. Adgang for private erhvervsdrivende til udbydelse af andre spil

66. For det andet har Verwaltungsgericht Gießen og Verwaltungsgericht Stuttgart henvist til den manglende sammenhæng, der formodes at foreligge ved på den ene side at indføre et monopol på erhvervsmæssig udnyttelse af lotterier og sportsvæddemål begrundet i bekæmpelse af spilleafhængighed og kriminalitet og ved på den anden side sideløbende at tillade private erhvervsdrivende at udbyde andre spil, der frembyder en potentielt tilsvarende eller større risiko for afhængighed, såsom hestevæddemål og automatspil.

67. Et delspørgsmål herunder er, om medlemsstaternes lovbestemte spilleordningers forenelighed med EU-retten skal undersøges generelt eller for hver enkelt sektor, spil for spil.

68. Sagsøgerne i tvisterne i hovedsagerne er af den opfattelse, at en medlemsstats lovgivning om hasardspil skal bibeholde en samlet sammenhæng, og ikke kun være sammenhængende i forhold til hver enkel begrænsning. De påberåber sig i denne henseende dommen i sagen Gambelli m.fl., af hvis ordlyd de udleder, at Domstolen har foretaget en generel undersøgelse af den italienske politik på spilleområdet for at nå frem til at udtale sig om lovligheden af en bestemt begrænsende foranstaltning.

69. Dette første indtryk af dommen i sagen Gambelli m.fl. er fejlagtigt. Hentydningen i dens præmis 69 til reklame for andre spil end dem, der er berørt af den omhandlede foranstaltning, betyder, at en overdreven tilskyndelse til at deltage i et givet spil (væddemål, lotterier eller andre) forhindrede medlemsstaten i at gøre bekæmpelsen af afhængighed gældende i forhold til dette spil og at begrunde begrænsningen af konkurrencen på dette afgrænsede område.

70. I dommen i sagen Placanica m.fl., der fulgte efter, udtalte Domstolen sig mere klart om en nuanceret undersøgelse, idet den præciserede, at der skal foretages »en særskilt undersøgelse [i relation til sammenhæng og proportionalitet] af hver af de restriktioner, der er pålagt af den nationale lovgivning« [43]. Den omstændighed, at Domstolen siden sine første domme på dette område udelukkende har prøvet den omtvistede restriktion uden at foretage en samlet analyse af lovgivningen for alle hasardspil i den pågældende medlemsstat, bekræfter denne opfattelse. Forbuddet mod lotterier i britisk lovgivning blev f.eks. i Schindler-dommen fundet i overensstemmelse med traktaten uden undersøgelse af

43 — Dommens præmis 49.

lovgivningen om sportsvæddemål, der findes i samme land, og som er kendt for at være en af de mest liberale i Den Europæiske Union.

71. I samme retning kan nævnes dom af 13. juli 2004, Kommissionen mod Frankrig [44], som også vedrørte en begrænsning af artikel 49 EF, selv om denne var begrundet i hensynet til beskyttelsen af den offentlige sundhed: »For så vidt angår argumentet om, at den franske ordning for fjernsynsreklame er inkonsekvent, idet den kun finder anvendelse på alkoholholdige drikkevarer, hvis alkoholindhold er højere end 1,2%, kun vedrører reklamer på tv og ikke gælder for tobaksreklamer, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det tilkommer medlemsstaterne at afgøre, hvor langt de vil strække beskyttelsen af den offentlige sundhed, og hvorledes de vil nå deres mål« (dommens præmis 33).

72. I overensstemmelse med de nævnte afgørelser vurderer jeg, at lovgivningen om de forskellige hasardspil i en medlemsstat ikke kan behandles samlet, men at hver restriktion og hvert spil skal undersøges hver for sig [45]. Domstolen har aldrig givet udtryk for, at det var nødvendigt at liberalisere »alt eller intet«. Ordlyden i dens domme viser klart, at det drejer sig om et område, hvor det er nødvendigt at løse problemerne fra sag til sag.

73. Denne fortolkning er meget mere i overensstemmelse med grundtanken i retspraksis på området for hasardspil, ifølge hvilken der tilkommer medlemsstaterne et skøn til i overensstemmelse med deres egne værdinormer at vurdere de krav, som måtte være nødvendige til beskyttelse af deltagerne i spillet og samfundsordenen [46]. Af moralske og kulturelle årsager har medlemsstaterne ikke samme opfattelse af de forskellige hasardspil, hvilket forklarer, hvorfor der uanset risikoen for afhængighed, og uden at der skal rejses tvivl om de offentlige myndigheders oprigtige vilje til at drage omsorg for borgernes interesser, er nemmere adgang til visse spil i nogle lande end i andre.

74. Bortset fra diskussionen af, om der er grund til at undersøge de restriktive foranstaltningers hensigtsmæssighed sektorvis eller ikke, mener jeg, at den lovgivningsmæssige mulighed for at indføre et monopol på visse spil og overlade andre til den private sektor under alle omstændigheder ikke i sig selv er usammenhængende med hverken formålet at bekæmpe bedrageri eller formålet at begrænse spillemuligheder i en medlemsstat, når blot de offentlige myndigheder sørger for en vis kontrol af de erhvervsdrivende, og

44 — Sag C-262/02, Sml. I, s. 6569.

45 — På dette punkt er jeg enig i Kommissionens udtalelse i punkt 35 i dens indlæg.

46 — Schindler-dommen, præmis 61, og Zenatti-dommen, præmis 15, samt dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 63, i sagen Läärä m.fl., præmis 14, i sagen Placanica m.fl., præmis 47, og i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 57.

udbuddet af spil, der er omfattet af monopolet, er mindre end det, der kunne være tale om med en privat tjenesteyder [47].

75. Den mulige afhængighed af visse hasardspil udgør efter min opfattelse i øvrigt ikke det eneste kriterium ved vurderingen af den risiko, som de indebærer i forhold til de politiske mål på spilleområdet. Selv om mange undersøgelser viser, at spillemaskiner og kasinoer oftere fører til en spilleafhængig adfærd end lotterier og sportsvæddemål, betyder dette ikke, at de to førstnævnte udgør en større fare for virkeliggørelsen af målet om bekæmpelse af kriminalitet (dette afhænger af sektoren, som er mest udsat for bedrageri i hvert land) eller målet om at begrænse spillemulighederne. Som den danske regering med rette anfører, består forskellen mellem de to grupper af spil i, at kasinoer og spillemaskiner kræver spillerens fysiske tilstedeværelse, hvilket ikke er nødvendigt for at deltage i lotterier og sportsvæddemål. Selv om der er forskellige virksomheder, der har fået koncession til drift af kasinoer (eller spillemaskiner), virker hver af dem derfor kun inden for et afgrænset område: En forøgelse af udbuddet i forhold til en eventuel situation med monopol er begrænset. Et større antal udbydere af landsdækkende spil, såsom lotterier eller sportsvæddemål (især dem, der kan foretages over internettet), medfører en betydelig konkurrenceforøgelse og meget sandsynligt en betydelig stigning i spillemuligheder.

76. Henset til det ovenfor anførte er der ikke længere grund til at foretage en sammenlignende analyse af politikken for andre spil, der er forbundet med en tilsvarende risiko for afhængighed. Et spilmonopols forenelighed med artikel 49 EF skal analyseres særskilt og henset til dets hensigtsmæssighed og sammenhæng i forhold til det ønskede mål.

3. Andre omstændigheder

77. De forelæggende retter og parterne i tvisterne i hovedsagerne har fremdraget andre

47 — I denne retning kan nævnes dom af 5.6.2007, sag C-170/04, Rosengren m.fl., Sml. I, s. 4071, præmis 47, vedrørende et monopol på distribution af alkoholholdige drikkevarer i Sverige, hvor Domstolen udtalte, at et statsligt monopol, der ikke begrænser den udbudte mængde af et skadeligt produkt, ikke er egnet til at virkeliggøre det pågældende mål om at bekæmpe afhængighed. Den tyske regering er dog af den opfattelse, at denne betingelse er opfyldt i det foreliggende tilfælde, da Staatliche Toto-Lotto-GmbH kun tillader væddemål om endelige resultater af programsatte kampe eller sportsbegivenheder, og at der ikke i det foreliggende tilfælde er tale om væddemål om forhold, der er under afvikling, som f.eks. antallet af mål, hjørnespark eller kort, som generelt udbydes af private virksomheder (punkt 28 og 61 i den tyske regerings indlæg).

forhold eller omstændigheder, der kan skade sammenhængen i ordningen for spil i Tyskland. Jeg vil i det efterfølgende meget kort analysere disse forhold eller omstændigheder.

a) Internettet gør det muligt at omgå monopolet

78. Ifølge Verwaltungsgericht Stuttgart er det muligt at undgå den begrænsning, som det tyske monopol på sportsvæddemål indebærer, ved at bruge de tjenesteydelser, der udbydes af erhvervsdrivende, som har fået tilladelse i andre medlemsstater, via internettet, hvilket »viser nationale foranstaltningers begrænsninger og uundgåelige svagheder«.

79. Som den franske regering har anført i sit indlæg, er de vanskeligheder, som en stat står over for for at få en national lovgivning overholdt, ikke relevante for at træffe afgørelse om dens forenelighed med EU-retten. Den begrænsning, som er skabt ved den nationale lovgivning, vil i sig selv være forenelig eller uforenelig med traktaten, og hvor let det er at udvise en adfærd, der er i strid med disse nationale regler, er uden betydning i denne henseende, og så meget desto mere som disse bestemmelser, som den finske regering har bemærket i sit indlæg, kan have til formål at begrænse spil på internettet på grund af den betydelige risiko for afhængighed.

b) Der er ikke blevet foretaget en forudgående undersøgelse af foranstaltningernes sammenhæng og proportionalitet

80. Ifølge de forelæggende retter er den tyske lovgivnings sammenhæng og forholdsmæssighed ikke blevet undersøgt på forhånd for så vidt angår risikoen for spilleafhængighed og mulige alternativer for at imødegå denne, således som Domstolen har krævet siden Lindman-dommen [48].

81. I den nævnte dom blev en finsk skattelovgivning, ifølge hvilken gevinster fra lotterier afholdt i Finland ikke blev indkomstbeskattet, mens gevinster fra spil i andre medlemsstater blev beskattet, fundet i strid med artikel 49 EF, idet Domstolen bl.a. udtalte, at »de hensyn, der kan påberåbes af en medlemsstat, skal ledsages af en gennemgang af, hvorvidt den restriktive foranstaltning, som medlemsstaten har truffet, er hensigtsmæssig og forholdsmæssig«, hvilket ikke havde været tilfældet i den foreliggende sag, da sagsakterne »ikke indeholder nogen statistiske oplysninger eller andre oplysninger, hvoraf det

48 — Nævnt i fodnote 23.

kan udledes, hvor store risici der er forbundet med [hasardspil], eller hvoraf det, a fortiori, fremgår, at der er en særlig forbindelse mellem disse risici og den pågældende medlemsstats statsborgeres deltagelse i lotterier, der afholdes i andre medlemsstater« [49].

82. Det fremgår udelukkende af denne dom, at bevisbyrden for, at hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser er forholdsmæssige og sammenhængende, ene og alene påhviler medlemsstaten, uden at Domstolen har villet, at beviset herfor skulle fremlægges offentligt forud for vedtagelsen af den omtvistede lovgivning, eller at det skulle være i form af statistiske undersøgelser således som antaget af en af sagsøgerne [50].

83. Dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 50, afkræfter ikke dette: Den omstændighed, at der foreligger en forudgående undersøgelse, der tjener til støtte for statens begrundelse, som det var tilfældet i den italienske sag, indebærer en fordel, men det er ikke en uomgængelig betingelse. Som Kommissionen med rette har anført, indebærer en manglende forudgående prøvelse af, hvorvidt traktatens grundlæggende friheder er blevet respekteret, ikke i sig selv, at det vil være umuligt at begrunde en national restriktiv bestemmelse.

49 — Dommens præmis 25 og 26.

50 — Navnlig Markus Stoß.

c) Andre delstater accepterer undtagelser til monopolordningen

84. Sagsøgerne i tvisterne i hovedsagerne har også som eksempler på omstændigheder, der kan skade ordningens sammenhæng, fremhævet visse ubegrundede undtagelser fra monopolordningen, såsom fire fortsat gældende spilletilladelser, der dengang blev tildelt private virksomheder af Den Tyske Demokratiske Republik eller den nugældende koncessionsordning for privatpersoner i delstaten Rheinland-Pfalz [51].

85. Hvis disse særlige omstændigheder var blevet godtgjort, ville det have været vanskeligt at anse dem for forenelige med en ordning, der har til hensigt at begrænse antallet af erhvervsdrivende som et middel til at begrænse spillemulighederne og bekæmpe kriminalitet [52]. Det påhviler ikke desto mindre de tyske retter at foretage denne undersøgelse, henset til parternes argumenter.

51 — Sagsøgerne har også på retsmødet erklæret, at selv delstaten Schleswig-Holstein på et tidspunkt påtænkte eventuelt at træde ud af aftalen mellem delstaterne med henblik på at liberalisere hasardspilssektoren fuldt ud.

52 — Den omstændighed, at det drejer sig om lovgivning, der gælder i andre delstater, gør ikke disse påstande grundløse. Som jeg har redegjort udførligt for i mit forslag til afgørelse i sagen Carmen Media Group, skal lovgivningen og tilrettelæggelsen af hvert enkelt spil gøres til genstand for en selvstændig undersøgelse, dog stadig ud fra en national synsvinkel, således at der i den foreliggende sag skal ses på hele den tyske forbundsstat.

F — *Konklusion*

86. Henset til de foregående betragtninger finder jeg, at artikel 49 EF er forenelig med et offentligt monopol på visse hasardspil, der ikke medfører nogen forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller etableringsland, som varetager et eller flere almene hensyn, og som er forholdsmæssigt og sammenhængende eller hensigtsmæssigt i forhold til disse mål.

87. Bedømmelsen af disse betingelser tilkommer den nationale ret. For så vidt angår undersøgelsen af den manglende sammenhæng er det nødvendigt at tage følgende nærmere omstændigheder i betragtning.

88. For det første er den omstændighed, at monopolindehaverne tilskynder til deltagelse i hasardspil, ikke tilstrækkelig til at anse den omhandlede lovgivning for usammenhængende eller uhensigtsmæssig, hvis reklameringen sker behersket og rent faktisk har til hensigt at bekæmpe kriminalitet eller at lede spillelysten over mod et lovligt og kontrolleret udbud og ikke at øge det offentliges indtægter.

89. For det andet er den omstændighed, at private erhvervsdrivende udbyder spil med en potentielt tilsvarende eller større risiko for afhængighed end de spil, der er omfattet af monopolet, heller ikke i sig selv usammenhængende eller uhensigtsmæssig i forhold til de almene hensyn og bevirker ikke, at beslutningen om at lade væddemål og lotterier være omfattet af et statsligt monopol er uforholdsmæssig, når blot de offentlige myndigheder sørger for en tilstrækkelig kontrol af de private erhvervsdrivende, og udbuddet af spil, der er omfattet af monopolet, er mindre end det, der kunne være tale om med en privat tjenesteyder.

VI — Det andet præjudicielle spørgsmål

90. Verwaltungsgericht Gießen og Verwaltungsgericht Stuttgart spørger med deres andet præjudicielle spørgsmål Domstolen om muligheden for at anvende princippet om gensidig anerkendelse på tilladelser til at afholde sportsvæddemål.

91. Spørgsmålet er i sidste ende, om artikel 43 EF og 49 EF skal fortolkes således, at tilladelser, der er tildelt af en medlemsstat, og som ikke er begrænset til alene at gælde for dennes område, gør det muligt for indehaveren at udøve samme aktivitet i en anden medlemsstat, uden at det er nødvendigt, at han indhenter en ny tilladelse.

92. Der er tre omstændigheder, der gør, at jeg må besvare dette andet spørgsmål benægtende: 1) en klar retspraksis om monopoler og andre begrænsninger af artikel 49 EF, 2) ufrugtbare harmoniseringsforsøg for spillesektoren og 3) almindeligt udbredt praksis, der modvirker tillid.

1. Godkendelse i retspraksis af monopoler og andre begrænsninger af artikel 49 EF i spillesektoren

93. Som jeg udførligt har fremstillet det i afsnit V i dette forslag, anerkender Domstolen åbenlyst og utvetydigt, dog under visse betingelser, monopoler og andre begrænsninger, der omhandler antallet af erhvervsdrivende i hasardspilssektoren: Dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International er en klar bekræftelse af denne tendens.

94. Når denne mulighed først er blevet indrømmet, er der helt enkelt ikke plads til et ensartet system af gensidig anerkendelse af tilladelser på spilleområdet for hele Den Europæiske Union. Hvis en medlemsstat, i hvilken der var indført et spillemonopol (en ordning, der i øvrigt opfylder traktatens krav), skulle tage hensyn til tilladelser, der var indrømmet i de andre medlemsstater i Unionen, ville retspraksis være umulig at anvende og ikke give mening.

95. Som Domstolen har udtalt i Säger-dommen [53], kan hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser være begrundet i tvingende almene hensyn, når »disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret«. Hvis den nationale lovgiver i betragtning af de kriterier, der er opstillet i retspraksis, har valgt en monopolordning ud fra et særligt alment hensyn, og denne nationale lovgivning viser sig at være berettiget og ikke at stride mod traktaten, kan det ikke hævdes, at et andet land, der har et mere åbent marked, tilbyder sine borgere samme beskyttelsesniveau i forhold til dette hensyn (hvilket gør sig så meget desto mere gældende, hvis der tages hensyn til kulturelle og endog moralske forskelle, der hersker mellem staternes opfattelse på dette område). I modsat fald ville løsningen med et monopol være uforholdsmæssig og som følge heraf ikke lovlig. Gensidig anerkendelse, selv med de forbehold, der fremgår af Säger-dommen, er derfor uforenelig med den nuværende retspraksis.

96. Det er kun muligt i teorien at forsvare gensidig anerkendelse af tilladelser mellem stater, der har samme grad af åbenhed i spillesektoren og lignende godkendelsesordninger med samme formål. Alligevel taler virkeligheden i sektoren og dens mangel på harmonisering imod en sådan delvis gensidig anerkendelse [54].

53 — Dommens præmis 15.

54 — Jf. i denne retning, S. Korte, »Das Gambelli-Urteil des EuGH: Meilenstein oder Rückschritt in der Glücksspielrechtsprechung?«, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 23. årgang, 2004, hæfte 12, s. 1452. Selv uden monopol ville de forskellige niveauer af krav til de private erhvervsdrivende føre til en uønsket »formindskelse af konkurrencen« (»race to the bottom«), dvs. en gradvis formindskelse af lovgivningen i sektoren i visse stater for at tiltrække virksomheder (A. Littler, »Regulatory perspectives on the future of interactive gambling in the internal market«, *European Law Review*, bind 33, 2008, nr. 2, s. 226).

2. Manglende harmonisering

97. Gensidig anerkendelse forekommer ikke mulig uden en fællesskabsharmonisering af spillesektoren, hvilket formodentlig ikke sker i den nærmeste fremtid. Punkt 144-148 i forslaget til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i sagen Placanica m.fl. viser klart, at harmonisering var ønsket, hvilket stadig den gang var muligt — trods det skuffende udfald af flere tidligere forsøg — takket være indholdet af det såkaldte »Bolkenstein«-forslag [55] til tjenesteydelsesdirektivet.

98. I den endelige tekst til tjenesteydelsesdirektivet er hasardspil [56] imidlertid udelukket fra direktivets anvendelsesområde »i betragtning af den særlige beskaffenhed af disse aktiviteter, som medfører, at medlemsstaterne iværksætter strategier vedrørende den offentlige orden og beskyttelsen af forbrugerne« [57].

99. Den omstændighed, at hasardspil ikke er omfattet, påvirker ikke anvendelsen af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i denne sektor [58], og medlemsstaterne tildeles ikke herved en større skønsbeføjelse end den, Domstolen indtil nu har indrømmet dem ved fortolkning af traktaten. Efter denne klare tilkendegivelse fra fællesskabslovgiver er der dog ikke længere anledning til at håbe, i hvert fald ikke på kort sigt, på en harmonisering af sektoren. Uden harmonisering er det imidlertid vanskeligt at sikre gensidig anerkendelse af tilladelser på spilleområdet.

100. Princippet om gensidig anerkendelse er, selv om det er tillokkende, langt fra en »mirakelløsning« [59]. I visse sektorer er der meget store forskelle mellem medlemsstaternes lovgivninger, der gør det umuligt at anvende princippet, som til trods for sin store styrke som middel til at virkeliggøre det indre marked er et middel med begrænsninger [60].

101. Uden harmonisering vil der derfor altid være begrænsninger i den frie bevægelighed. Opgaven bliver for retspraksis at afgrænse de restriktioner, som på dette ikke-harmoniserede område er i overensstemmelse med traktatbestemmelserne.

55 — Opkaldt efter navnet på den kommissær, der fremlagde det.

56 — Artikel 2, stk. 2, litra h), i tjenesteydelsesdirektivet.

57 — 25. betragtning til tjenesteydelsesdirektivet.

58 — Hasardspil skal fortsat kvalificeres som tjenesteydelser i henhold til traktaten (Schindler-dommen, præmis 25).

59 — Jf. i denne retning C. Barnard, *The substantive Law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, 2. udg., 2007, s. 591.

60 — Jf. også V. Hotzopoulos, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle et de libre prestation de services* (de fællesskabsretlige principper om ækvivalens, gensidig anerkendelse og fri udveksling af tjenesteydelser), doktorafhandling i jura, fremlagt og offentligt forsvaret den 6.12.1997, Université Robert Schuman, Strasbourg, s. 158.

102. Tjenesteydelsesdirektivet viser, at såfremt man ønsker, at myndighederne i den stat, hvor tjenesteydelsen udbydes, skal godkende kontrol, som er foretaget i tjenesteyderens etableringsland, er det nødvendigt at give dem midler, så de kan gøre det med størst mulig sikkerhed. Med henblik herpå er hele kapitel VI (artikel 28-36) i direktivet tilegnet regulering af det administrative samarbejde mellem medlemsstaterne, hvilket omfatter en forpligtelse til at udveksle oplysninger om tjenesteyderne, en klar kompetencefordeling mellem de pågældende stater og en advarselsordning.

103. Denne grad af samarbejde findes ikke på nuværende tidspunkt i spillesektoren, hvor der tværtimod er opstået en vis praksis, der modvirker gensidig tillid.

3. Praksis, der modvirker gensidig tillid

104. Det fremgår tydeligt af de sager, der for nærværende er indgivet til Domstolen, at der findes national praksis, som i sig selv kan forstyrre den gensidige tillid (artikel 10 EF), som en eventuel harmonisering af sektoren eller i det mindste en ordning med gensidig anerkendelse af tilladelser på spilleområdet skulle være baseret på [61]. Jeg tænker på den ordning med at bevilge tilladelser eksterritorialt eller »off-shore«, som benyttes af eksempelvis myndighederne i Malta eller Gibraltar. Dette spørgsmål gør sig særligt gældende i sagen Carmen Media Group, hvor jeg behandler det mere indgående. Denne situation er imidlertid i det foreliggende tilfælde endnu et argument for, at gensidig anerkendelse må udelukkes, da denne ikke kan blive følgen af en situation, hvor den gensidige tillid mellem medlemsstaterne har været tilsidesat.

4. Konklusion

105. Den omstændighed, at der ikke er sket en harmonisering, at »off-shore«-tilladelser er almindeligt udbredt, og at monopoler og andre begrænsninger på dette område er godtaget i retspraksis, gør, at jeg ikke med den nuværende EU-ret og retspraksis anser en ordning med gensidig anerkendelse i hasardspilssektoren for mulig.

VII — Forslag til afgørelse

106. Under henvisning til de forudgående bemærkninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Verwaltungsgericht Gießen og Verwaltungsgericht Stuttgart forelagte præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

61 — Jf. forslag til afgørelse i sagen Placanica m.fl., punkt 128.

»1) Artikel 49 EF skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for et nationalt monopol på visse hasardspil (såsom sportsvæddemål),

— selv om de nationalt koncessionerede arrangører tilskynder til deltagelse i disse spil, hvis reklameringen er behersket og rent faktisk har til hensigt at bekæmpe kriminalitet eller at få spillelysten koncentreret om et lovligt og kontrolleret udbud og ikke at øge det offentliges indtægter, og

— selv om private tjenesteydere må tilbyde spil, der kan indebære tilsvarende eller større potentiel risiko for afhængighed (såsom hestevæddeløb og automatspil), når blot de offentlige myndigheder sørger for en vis kontrol af de private erhvervsdrivende, og udbuddet af spil, der er omfattet af monopolet, er mindre end det, der kunne være tale om med en privat tjenesteyder.

Hvis disse betingelser er opfyldt, udgør de omstændigheder, der har været fremlagt, ikke en hindring for en spillepolitik, der er sammenhængende og systematisk i den betydning, som anvendes i retspraksis. Det tilkommer den nationale dommer at verificere dette.

2) Artikel 43 EF og 49 EF skal fortolkes således, at tilladelser udstedt af en medlemsstats kompetente organer til at foranstalte sportsvæddemål, der ikke er begrænset til denne medlemsstats område, ikke berettiger indehaveren af godkendelsen eller tredjemænd, som handler på hans vegne, til at fremsætte tilbud og indgå aftaler i andre medlemsstater.«