DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 8 september 2010 *

I mål C-409/06,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Verwaltungsgericht Köln (Tyskland) genom beslut av den 21 september 2006, som inkom till domstolen den 9 oktober 2006, i målet

Winner Wetten GmbH

mot

Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot och P. Lindh samt domarna K. Schiemann (referent), A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Malenovský, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh och L. Bay Larsen,

* Rättegångsspråk: tyska.

generaladvokat: Y. Bot,
justitiesekreterare: handläggaren N. Nanchev,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 december 2009,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Winner Wetten GmbH, genom O. Bludovsky och D. Pawlick, Rechtsanwälte,

— Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, genom M. Hecker, M. Ruttig och H. Sicking, Rechtsanwälte,

— Tysklands regering, genom M. Lumma, C. Schulze-Bahr, B. Klein och J. Möller, samtliga i egenskap av ombud,

— Belgiens regering, genom A. Hubert, därefter L. Van den Broeck, båda i egenskap av ombud, biträdda av P. Vlaemminck och S. Verhulst, advocaten,

— Tjeckiens regering, genom M. Smolek, i egenskap av ombud,

— Greklands regering, genom A. Samoni-Rantou, G. Skiani, M. Tassopoulou och K. Boskovits, samtliga i egenskap av ombud,

— Spaniens regering, genom F. Díez Moreno, i egenskap av ombud,

— Frankrikes regering, genom E. Belliard, G. de Bergues, C. Jurgensen, C. Bergeot-Nunes och A. Adam, samtliga i egenskap av ombud,

— Portugals regering, genom L. Inez Fernandes, P. Mateus Calado och A.P. Barros, samtliga i egenskap av ombud,

— Sloveniens regering, genom M. Remic, i egenskap av ombud,

— Norges regering, genom F. Sejersted, G. Hansson Bull, K.B. Moen och Ø. Andersen, samtliga i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom E. Traversa och K. Gross, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 26 januari 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 43 EG och 49 EG samt följderna av principen om gemenskapsrättens företräde.

2 Begäran har framställts i mål mellan Winner Wetten GmbH (nedan kallat WW) och Bürgermeisterin der Stadt Bergheim (borgmästaren för staden Bergheim), vad rör den senares beslut att förbjuda WW att erbjuda sportvadhållning.

Tillämpliga nationella bestämmelser

De nationella bestämmelserna

3 I artikel 12.1 i Tysklands grundlag (Grundgesetz) föreskrivs följande:

”Varje tysk medborgare har frihet att välja yrke, arbetsplats och utbildningsanstalt. Yrkesutövningen kan regleras i lag eller på grundval av en lag.”

4 I artikel 31 i lagen om Tysklands författningsdomstol (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) föreskrivs följande:

”(1) Bundesverfassungsgerichts avgöranden är bindande för den lagstiftande makten i förbundsrepubliken och dess delstater samt för samtliga domstolar och myndigheter.

(2) Bundesverfassungsgerichts avgöranden har kraft av lag … när Bundesverfassungsgericht fastställer att en lag är förenlig eller oförenlig med grundlagen eller ogiltig. Om det fastställs att en lag är förenlig eller oförenlig med grundlagen eller andra bestämmelser i federal lagstiftning eller att den är ogiltig, ska själva beslutsdelen offentliggöras i *Bundesgesetzblatt* …”

5 Artikel 35 i lagen om Tysklands författningsdomstol har följande lydelse:

”Bundesverfassungsgericht kan i sitt avgörande bestämma vem som ska verkställa detsamma; domstolen kan även bestämma hur det ska verkställas i det enskilda fallet.”

6 I 284 § i tyska strafflagen (Strafgesetzbuch) föreskrivs följande:

”(1) Den som anordnar eller tillhandahåller hasardspel som är tillgängligt för allmänheten utan att ha myndigheternas tillstånd eller som tillhandahåller utrustning som behövs därför döms till böter eller fängelse i högst två år.

...

(3) Den som agerar i de fall som anges i första punkten

1. i yrkesmässig verksamhet ...

...

döms till fängelse i lägst tre månader och högst fem år.

...”

7 Genom statsfördraget om lotterier i Tyskland (Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, nedan kallat LottStV), vilket trädde i kraft den 1 juli 2004, utarbetade delstaterna en enhetlig ram för anordnande, genomförande och förmedling av hasardspel i förvärvssyfte, med undantag av kasinon.

8 1 § LottStV har följande lydelse:

”Fördraget syftar till

1. att på ett ordnat och kontrollerat sätt kanalisera befolkningens naturliga böjelse för spel och i synnerhet undvika att den styrs till otillåtna hasardspel,

2. att motverka överdrivet lockande till spel,

3. att utestänga verksamhet som med privata eller kommersiella vinstsyften utnyttjar böjelsen för spel,

4. att garantera att hasardspel bedrivs regelenligt och att det går att förstå hur spelet fungerar, och

5. att garantera att en betydande del av intäkterna från hasardspel används för att främja allmänna ändamål eller ändamål som har en privilegierad skatterättslig ställning, i den mening som avses i skattelagen.”

9 I 5 § punkterna 1 och 2 LottStV föreskrivs följande:

”1. Delstaterna är skyldiga att inom ramen för de syften som anges i 1 § tillse att det finns ett tillräckligt utbud av hasardspel.

2. Delstaterna kan med stöd av lagen själva utföra denna uppgift eller överlåta den åt offentliga juridiska personer eller sådana privata juridiska personer i vilka offentliga juridiska personer direkt eller indirekt äger en betydande andel.”

10 I delstaten Nordrhein-Westfalen har LottStV införlivats med delstatens lagstiftning genom lagen om sportvadhållning (Sportwettengesetz Nordrhein-Westfalen) av den 3 maj 1955 (nedan kallad SWG NRW). I 1 § punkt 1 i denna lag föreskrivs följande:

”Delstatsregeringen kan godkänna företag som anordnar vadhållning för sporttävlingar. Endast offentligrättsliga juridiska personer eller sådana privaträttsliga juridiska personer vars aktiemajoritet innehas av offentligrättsliga juridiska personer kan godkännas som sådana vadhållningsföretag. …”

11 I delstaten Nordrhein-Westfalen har endast Westdeutsche Lotterie & Co. OHG beviljats ett sådant tillstånd.

Bundesverfassungsgerichts dom av den 28 mars 2006

12 Bundesverfassungsgericht har i en dom av den 28 mars 2006, som rör bestämmelser för att genomföra LottStV i delstaten Bayern, fastställt att det statliga monopolet för sportvadhållning i den delstaten strider mot artikel 12.1 i grundlagen, vari näringsfrihet garanteras. Nämnda domstol ansåg bland annat att eftersom monopolet förhindrar privata aktörer från att erbjuda vadhållning, samtidigt som det inte åtföljs av ett regelverk som genom sin struktur och sitt sakliga innehåll rättsligt och faktiskt garanterar att målen att minska spellusten och att bekämpa spelberoende verkligen kan uppnås, utgör det en oproportionerlig inskränkning av näringsfriheten.

13 Bundesverfassungsgericht förklarade att lagstiftaren förfogar över flera medel för att se till att denna grundlagsstridiga situation undanröjs, exempelvis genom att monopolets organisation systematiskt förändras, så att de ovan angivna målen kan uppnås, eller genom att i lag föreskriva bestämmelser om hur privatföretag kan tillåtas att erbjuda kommersiell vadhållning, varvid den beslutade att inte ogiltigförklara lagstiftningen i fråga utan att i stället låta den fortsätta ha verkningar fram till den 31 december 2007, med preciseringen att lagstiftaren vid denna tidpunkt måste ha använt sitt utrymme för eget skön till att ändra de regler som enligt domstolen strider mot grundlagen, så att de bringades i överensstämmelse med densamma.

14 Bundesverfassungsgericht förklarade dessutom att denna provisoriska reglering endast skulle gälla under förutsättning att det snarast visades att det förelåg ett minimum av samband mellan hur monopolet verkligen fungerade och målet att minska spellusten och att bekämpa spelberoende. Det var under denna övergångsperiod särskilt förbjudet för monopolet att öka utbudet av vadhållning och att göra sådan reklam därför som går utöver ren information om vilken form av vadhållning som erbjuds och hur denna fungerar. Monopolet ålades vidare att genast börja med aktiv information om de risker som vadhållning är förenat med.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

15 WW innehar en affärslokal i Bergheim (Tyskland), i vilken den för det i Malta etablerade bolaget Tipico Co. Ltd:s räkning tar emot vad som rör sporttävlingar.

16 Bürgermeisterin der Stadt Bergheim förbjöd genom beslut av den 28 juni 2005 WW att ägna sig åt denna verksamhet, vid äventyr av att dess affärslokal annars skulle stängas och förseglas.

17 WW överklagade detta beslut till Landrat des Rhein-Erft-Kreises (regiondirektören för Rhein-Erft-Kreis). Överklagandet ogillades genom beslut av den 22 september 2005, med motiveringen att WW:s verksamhet antingen innebar medhjälp till att anordna hasardspel, vilket är en brottslig gärning enligt 284 § i strafflagen, eller åtminstone överträdelse av 1 § SWG NRW, i vilken det föreskrivs att delstaten Nordrhein-Westfalens tillstånd krävs för att anordna varje form av sportvadhållning.

18 WW väckte talan mot detta beslut och beslutet av den 28 juni 2005 vid Verwaltungsgericht Köln (Kölns förvaltningsdomstol), varvid WW hävdade att det statliga monopol avseende sportvadhållning som gäller i delstaten Nordrhein-Westfalen, och som utgör grunden för dessa beslut, strider mot friheten att tillhandahålla tjänster, vilken garanteras av artikel 49 EG.

19 Verwaltungsgericht Köln anmärkte att varken WW eller Tipico Co. Ltd innehar erforderligt tillstånd enligt 1 § SWG NRW för att ägna sig åt den verksamhet som är i fråga i målet vid den nationella domstolen och att de inte heller kan meddelas ett sådant tillstånd, eftersom det föreligger ett monopol för sådan verksamhet genom gällande lagstiftning i delstaten Nordrhein-Westfalen.

20 Verwaltungsgericht Köln fann emellertid att det följer av EG-domstolens dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl. (REG 2003, s. I-13031), att en inskränkande åtgärd av sådant slag som det här aktuella monopolet inte kan anses motiverad med hänvisning till det angivna målet att motverka att allmänheten lockas till överdrivna spelutgifter och att bekämpa spelberoende, eftersom det är utrett att de nationella organ som har tillstånd att anordna sportvadhållning uppmuntrar till sådana spel och att denna åtgärd således inte bidrar till att begränsa vadhållningen på ett sammanhängande och systematiskt sätt.

21 Det framgår av ovannämnda dom av den 28 mars 2006 från Bundesverfassungsgericht, rörande delstaten Bayerns lagstiftning, och av ett liknande beslut som nämnda domstol meddelade den 2 augusti 2006, vad avser den jämförbara lagstiftningen i delstaten Nordrhein-Westfalen, att det statliga monopol för sportvadhållning som gäller i sistnämnda delstat strider mot artikel 12.1 i grundlagen, eftersom gällande regelverk inte rättsligt och faktiskt garanterar att målet att minska spellusten och att bekämpa spelberoende verkligen kan uppnås.

22 I nämnda dom betonade Bundesverfassungsgericht dessutom uttryckligen att de krav som följer av ovannämnda bestämmelse i grundlagen och av domstolens praxis, särskilt domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., ger stöd för samma slutsats.

23 Enligt Verwaltungsgericht Köln följer härav att gällande monopol i delstaten Nordrhein-Westfalen ska anses strida mot både gemenskapsrätten och grundlagen, såsom för övrigt redan har fastställts av Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (högre förvaltningsdomstol i Nordrhein-Westfalen).

24 Enligt sistnämnda domstol utgör den omständigheten att Westdeutsche Lotterie & Co. OHG, alltsedan Bundesverfassungsgericht meddelade ovannämnda dom av den 28 mars 2006, har ansträngt sig för att anpassa sin verksamhet, så att den kan uppfylla de krav som sistnämnda domstol har uppställt för en övergångsperiod, såsom dessa har sammanfattats i punkt 14 ovan, inte en tillräcklig åtgärd för att överträdelsen av gemenskapsrätten ska anses ha upphört; gällande regelverk måste nämligen ändras för att så ska kunna bli fallet.

25 Verwaltungsgericht Köln har emellertid anmärkt att trots att delstaten Nordrhein-Westfalens lagstiftning inte är förenlig med gemenskapsrätten, enligt Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalens konstateranden, har sistnämnda domstol förklarat att nämnda lagstiftning ska fortsätta att gälla med föreskrift om vilka åtgärder som ska vidtas under en övergångsperiod, på samma sätt som beslutats i Bundesverfassungsgerichts ovannämnda dom av den 28 mars 2006 (se punkterna 13 och 14 ovan), där det anges att den där aktuella lagstiftningen ska fortsätta att gälla fram till den 31 december 2007.

26 Enligt Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen medför nämligen den allmänna rättssäkerhetsprincipen och nödvändigheten att inte åstadkomma ett juridiskt tomrum, som annars skulle hota att skada ett viktigt allmänintresse, att det blir nödvändigt att för en övergångsperiod låta detta intresse väga tyngre än det intresse som privata spelbolag har av att kunna få fri tillgång till spelmarknaden och att det således är möjligt att under en övergångsperiod bortse från principen om gemenskapsrättens företräde och under denna period låta den aktuella lagstiftningen fortsätta att gälla.

27 Verwaltungsgericht Köln förklarade sig vara tveksam till huruvida en sådan övergångslösning är förenlig med de krav som följer av principen om gemenskapsrättens företräde, vilken, såsom framgår av domstolens dom av den 9 mars 1978 i mål 106/07, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75), medför ett ovillkorligt krav på att nationell lagstiftning som strider mot artikel 43 EG eller artikel 49 EG inte tillämpas, och detta med omedelbar verkan.

28 Mot denna bakgrund beslutade Verwaltungsgericht Köln att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska artiklarna 43 EG och 49 EG tolkas så, att sådana nationella bestämmelser avseende ett statligt spelmonopol som innehåller inskränkningar av

etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster – vilka garanteras i artiklarna 43 EG och 49 EG –, som inte är tillåtna, eftersom de inte i enlighet med domstolens praxis [domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl.] bidrar till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt, undantagsvis kan fortsätta att tillämpas under en övergångsperiod, trots att direkt tillämplig gemenskapsrätt principiellt har företräde?

2) För det fall att den första frågan besvaras jakande: Vilka förutsättningar ska vara uppfyllda för att undantag från principen om gemenskapsrättens företräde ska kunna göras och hur ska övergångsperioden beräknas?”

Huruvida tolkningsfrågorna ska upptas till sakprövning

29 Den norska regeringen anser att tolkningsfrågorna är hypotetiska. Det framgår nämligen av beslutet om hänskjutande att den nationella domstolen, utan att själv ha prövat huruvida delstaten Nordrhein-Westfalens spelmonopol är förenligt med gemenskapsrätten, i stället har presumerat att monopolet är oförenligt med EG-fördragets regler, genom att endast hänvisa till Bundesverfassungsgerichts ovannämnda dom av den 28 mars 2006. Det framgår emellertid av denna dom att Bundesverfassungsgericht uttryckligen konstaterade att den inte var behörig att uttala sig i frågan huruvida det monopol som där var i fråga är förenligt med gemenskapsrätten. Den omständigheten att Bundesverfassungsgericht ansåg att nämnda monopol strider mot den grundlagen visar inte på något sätt att det eventuellt är oförenligt med gemenskapsrätten.

30 Den tyska regeringen, den belgiska regeringen och Europeiska kommissionen har å sin sida gjort gällande att den hänskjutande domstolen i stället för att förklara att det monopol som är i fråga i det mål som den har att avgöra är oförenligt med gemenskapsrätten, och detta endast på grundval av Bundesverfassungerichts konstateranden i dess ovannämnda dom av den 28 mars 2006, borde ha prövat huruvida så fortfarande var fallet med hänsyn till de villkor som Bundesverfassungsgericht i sitt avgörande fastställde för att den där aktuella lagstiftningen tillfälligt skulle fortsätta att gälla, såsom dessa har sammanfattats i punkt 14 ovan.

31 Den belgiska regeringen och kommissionen anser att utan en sådan utredning går det inte att säga att tolkningsfrågorna är relevanta för hur den nationella domstolen ska avgöra sitt mål. Den tyska regeringen har å sin sida föreslagit att domstolen ska omformulera tolkningsfrågorna och svara att det under övergångsperioden anpassade monopolet uppfyller de krav som har uppställts i domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl.

32 Den hänskjutande domstolen har besvarat dessa frågor i en skrivelse till domstolen av den 11 maj 2007, i vilken den har förklarat att den för att avgöra sitt mål måste utgå ifrån de rättsliga och faktiska omständigheter som förelåg vid tidpunkten för det beslut som är i fråga i det mål som den har att avgöra, det vill säga den 22 september 2005, varför eventuella förändringar som har skett efter Bundesverfassungsgerichts ovannämnda dom av den 28 mars 2006 inte kan beaktas när den avgör sitt mål.

33 Domstolen har i anledning av denna skrivelse och med stöd av artikel 104.5 i sina rättegångsregler, den 16 juli 2008, skriftligen frågat den hänskjutande domstolen om tolkningsfrågorna fortfarande är nödvändiga för att döma i målet, med hänsyn till de preciseringar som under mellantiden har gjorts i en dom från Bundesverfassungsgericht av den 22 november 2007. I nämnda dom har Bundesverfassungsgericht, vad avser den lagstiftning som var aktuell i det mål där den meddelade sin ovannämnda

dom av den 28 mars 2006, förklarat att den omständigheten att den aktuella lagstiftningen enligt nämnda dom skulle fortsätta att gälla inte gjorde att förvaltningsbeslut som hade meddelats innan domen avgavs inte var oförenliga med grundlagen.

34 Den hänskjutande domstolen har i sitt svar av den 8 augusti 2008 förklarat att den fortfarande behöver ett svar på tolkningsfrågorna, eftersom den, tvärtemot vad den tidigare hade angett, måste utgå ifrån de rättsliga och faktiska omständigheter som förelåg den 31 december 2007 när den uttalar sig i frågan huruvida det beslut som är i fråga i dess mål är lagenligt. Rättspraxis på området har nämligen utvecklats så, att frågan huruvida ett beslut av det slag som är i fråga i dess mål är lagenligt numera ska bedömas utifrån situationen då saken avgörs i domstolen. Vad avser det aktuella målet är det emellertid den 31 december 2007 som är den avgörande tidpunkten, eftersom en ny lagstiftning som kraftigt avviker från tidigare lagstiftning och som inte har retroaktiv verkan har trätt i kraft den 1 januari 2008.

Domstolens bedömning

35 Det ska för det första anmärkas att det inte ankommer på domstolen att uttala sig om tolkningen av nationella bestämmelser. En sådan tolkning omfattas nämligen av de nationella domstolarnas exklusiva behörighet. Domstolen ska således, när den har att ta ställning till en begäran om förhandsavgörande från en nationell domstol, utgå från den tolkning av den nationella rätten som den hänskjutande domstolen har gjort (dom av den 27 oktober 2009 i mål C-115/08, ČEZ, REG 2009, s. I-10265, punkt 57 och där angiven rättspraxis).

36 För det andra framgår det av fast rättspraxis att det, i ett förfarande enligt artikel 267 FEUF, uteslutande ankommer på den nationella domstol vid vilken tvisten har anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av unionsrätten (se bland annat dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra, REG 2001, s. I-2099, punkt 38, och av den 10 mars 2009 i mål C-169/07, Hartlauer, REG 2009, s. I-1721, punkt 24).

37 Domstolen får underlåta att besvara en tolkningsfråga som en nationell domstol har ställt endast då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, eller när frågan är hypotetisk, eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska och rättsliga förhållandena som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (se domarna i de ovannämnda målen PreussenElektra, punkt 39, och Hartlauer, punkt 25).

38 En begäran om förhandsavgörande grundar sig nämligen på det behov som är knutet till den faktiska lösningen av en tvist och inte på avgivandet av rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor (se, bland annat, dom av den 2 april 2009 i mål C-459/07, Elshani, REG 2009, s. I-2759, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

39 I dessa olika hänseenden ska det emellertid erinras om att det framgår av rättspraxis att funktionsfördelningen mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen inte medför ett krav på att den hänskjutande domstolen innan den begär ett förhandsavgörande ska fastställa alla de faktiska omständigheter och utföra alla de rättsliga bedömningar som det åligger den att göra inom ramen för dess dömande funktion. Det räcker nämligen med att det framgår av begäran om förhandsavgörande vad som var föremål för tvisten vid den nationella domstolen och vilka de huvudsakliga frågorna för gemenskapens rättsordning är, för att medlemsstaterna ska kunna inge yttranden i enlighet med artikel 23 i domstolens stadga och delta på ett ändamålsenligt sätt i

målet vid domstolen (se dom av den 8 september 2009 i mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, REG 2009, s. I-7633, punkt 41).

40 Det ska för det andra anmärkas att det framgår av de preciseringar som har gjorts i beslutet om hänskjutande att Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, vilken är den domstol som avgör mål från den hänskjutande domstolen, vid eventuellt överklagande, redan har fastställt att det monopol som är i fråga i målet vid den hänskjutande domstolen är oförenligt med unionsrätten och att den omständigheten att de villkor för en övergångsperiod som har uppställts i Bundesverfassungsgerichts ovannämnda dom av den 28 mars 2006, vilka har sammanfattats i punkt 14 ovan, uppfylls inte räcker för att lagstiftningen inte längre ska anses oförenlig med unionsrätten.

41 Mot denna bakgrund kan det inte anses vara uppenbart att den begärda tolkningen saknar samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, eller att frågan är hypotetisk. Tolkningsfrågorna ska således upptas till sakprövning.

Vilka bestämmelser i unionsrätten som är relevanta

42 Kommissionen har uttryckt tvivel avseende huruvida den första tolkningsfrågans hänvisning till artikel 43 EG är rimlig, med motiveringen att endast artikel 49 EG kan vara tillämplig i situationer av det slag som är i fråga i målet vid den nationella domstolen.

43 Det ska härvid anmärkas att det framgår av fast rättspraxis att verksamhet som består i att mot ersättning låta användare delta i ett spel om pengar utgör ett tillhandahållande av tjänster, i den mening som avses i artikel 49 EG (se bland annat dom av den 24 mars 1994, Schindler, C-275/92, REG 1994, s. I-1039, svensk specialutgåva, tilllägg, s. 119, punkt 25, och av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti, REG 1999, s. I-7289, punkt 24). Detsamma gäller för reklam för och förmedling av spel om pengar, eftersom sådan verksamhet endast utgör konkreta steg i den större verksamheten att anordna och driva sådana spel (se bland annat domen i det ovannämnda målet Schindler, punkterna 22 och 23).

44 Tillhandahållanden av de slag som är i fråga i målen vid den nationella domstolen kan således ingå i tillämpningsområdet för artikel 49 EG, om dessa, såsom är fallet i det aktuella målet, kännetecknas av att åtminstone en av tjänsteleverantörerna har sitt hemvist i en annan medlemsstat än den där tjänsten erbjuds (se bland annat domen i det ovannämnda målet Zenatti, punkt 24), såvida inte artikel 43 EG är tillämplig.

45 Vad avser artikel 43 EG ska det erinras om att denna bestämmelse förbjuder inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium. Detta förbud omfattar även inskränkningar vad avser att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag (se bland annat domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., punkt 45).

46 Det framgår härvid av rättspraxis att begreppet etablering är ett mycket vittomfattande begrepp som innebär en möjlighet för medborgare i gemenskapen att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten och dra fördel av detta. Begreppet befrämjar således det ekonomiska och sociala utbytet inom Europeiska gemenskapen på den fria yrkesutövningens område (se bland annat dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165, punkt 25). Den omständigheten att ett företag som har sitt hemvist i en medlemsstat upprätthåller en permanent närvaro i en annan medlemsstat gör således att fördragets bestämmelser om etableringsrätt kan vara tillämpliga, och detta även om denna närvaro inte består av en filial eller agentur utan endast av ett enkelt kontor som, i förekommande fall, sköts av en självständig person som har fullmakt att varaktigt företräda företaget på samma sätt som en agentur (se, bland annat,

dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1986, s. 3755, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 8, s. 741).

47 Vad avser spel och vadhållning har domstolen i sin dom i det ovannämnda målet Gambelli m.fl. förklarat att artikel 43 EG är tillämplig när ett företag med hemvist i en medlemsstat är närvarande i en annan medlemsstat och denna närvaro består i att det har avtal med näringsidkare eller förmedlare om upprättande av dataöverföringscentraler i den andra medlemsstaten, varvid dessa centraler ställer elektroniska medel till användarnas förfogande, samlar och registrerar vadhållningsbeställningarna och överför dem till förstnämnda företag. Om ett företag utövar verksamhet avseende upptagande av vad, genom förmedling av en organisation av agenturer som är etablerade i en annan medlemsstat, utgör de inskränkningar som föreskrivs avseende dessa agenturers verksamhet hinder för etableringsfriheten (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., punkterna 14 och 46, och dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., REG 2007, s. I-1891, punkt 43).

48 I förevarande fall innehåller begäran om förhandsavgörande inte uppgifter om förhållandet mellan Tipico Co. Ltd och WW som gör det möjligt att vare sig fastställa eller utesluta att sistnämnda aktör ska anses som en filial, ett dotterbolag eller ett kontor, i den mening som avses i artikel 43 EG.

49 Domstolen vill därför påminna om att det i ett förfarande enligt artikel 267 FEUF, vilket grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen, är den nationella domstolen som ensam ska bedöma omständigheterna i målet (se, bland annat, dom av den 25 februari 2003 i mål C-326/00, IKA, REG 2003, s. I-1703, punkt 27 och där angiven rättspraxis).

50 Såsom har anmärkts i punkt 36 ovan ankommer det uteslutande på den nationella domstolen att såväl bedöma huruvida ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen i detta avseende.

51 Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall bedöma huruvida den situation som är i fråga i det mål som denna har att avgöra omfattas av artikel 43 EG eller av artikel 49 EG.

52 Mot denna bakgrund ska tolkningsfrågorna analyseras med hänsyn både till artikel 43 EG och till artikel 49 EG.

Prövning i sak

Den första tolkningsfrågan

53 Det ska inledningsvis erinras om att det framgår av fast rättspraxis att principen om unionsrättens företräde innebär att fördragsbestämmelserna och institutionernas direkt tillämpliga rättsakter ska ha den verkan i förhållande till medlemsstaternas inhemska rätt att de medför att varje motstridande föreskrift i den nationella lagstiftningen blir automatiskt otillämplig i och med att gemenskapsreglerna träder i kraft (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Simmenthal, punkt 17, och dom av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Factortame m.fl., REG 1990, s. I-2433, punkt 18, svensk specialutgåva, volym 10, s. 435).

54 Såsom domstolen redan har betonat medför nämligen direkt tillämpliga regler i unionsrätten omedelbart rättigheter och skyldigheter för alla som de berör, oavsett om det gäller medlemsstater eller enskilda som är parter i rättsförhållanden som omfattas av unionsrätten. Dessa regler ska tillämpas fullt ut och på ett enhetligt sätt i alla medlemsstater, från och med dagen för reglernas ikraftträdande och under hela giltighetstiden (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Simmenthal, punkterna 14 och 15, och Factortame m.fl., punkt 18).

55 Det framgår likaså av fast rättspraxis att varje nationell domstol som har att avgöra ett mål på grund av sin behörighet på området, i egenskap av medlemsstatsorgan och i enlighet med samarbetsprincipen i artikel 10 EG, ska tillämpa direkt tillämplig unionsrätt fullt ut och säkerställa det rättsliga skyddet för enskildas rättigheter enligt samma rätt genom att underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som eventuellt strider mot unionsrätten, oavsett om bestämmelsen har antagits före eller efter unionsrättsregeln (se, för ett liknande resonemang, bland annat domarna i de ovannämnda målen Simmenthal, punkterna 16 och 21, och Factortame m.fl., punkt 19).

56 Av det ovanstående följer att varje bestämmelse i en nationell rättsordning eller varje lagstiftnings-, förvaltnings- eller domstolspraxis som kan leda till att unionsrättens verkan försvagas, på grund av att den domstol som är behörig att tillämpa denna rätt förvägras möjligheten att vid tillämpningstillfället göra allt som erfordras för att bortse från nationella lagbestämmelser vilka eventuellt kan hindra de direkt tillämpliga unionsrättsliga bestämmelsernas fulla verkan, är oförenlig med de krav som följer av unionsrättens karaktär (domarna i de ovannämnda målen Simmenthal, punkt 22, och Factortame m.fl., punkt 20).

57 Domstolen har preciserat att så bland annat skulle vara fallet om lösningen vid en motsättning mellan en unionsrättslig bestämmelse och en senare nationell lag var förbehållen en annan myndighet – med egen befogenhet att företa skönsmässig bedömning – än den domstol som har att säkerställa unionsrättens tillämpning, även

om det till följd därav uppkomna hindret mot unionsrättens fulla verkan endast var tillfälligt (domen i det ovannämnda målet Simmenthal, punkt 23).

58 Domstolen vill vidare erinra om att principen om ett effektivt domstolsskydd enligt fast rättspraxis utgör en allmän princip i unionsrätten, en princip som har sitt ursprung i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och som har stadfästs i artiklarna 6 och 13 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, samt bekräftats i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, och att det härvid åligger medlemsstaternas domstolar att i enlighet med samarbetsprincipen i artikel 10 EG säkerställa det rättsliga skyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten (dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet, REG 2007, s. I-2271, punkterna 37 och 38 och där angiven rättspraxis).

59 I förevarande fall kan det anmärkas att Bundesverfassungsgericht, när denna i ovannämnda dom av den 28 mars 2006 och beslut av den 2 augusti 2006 fastställde att ett monopol av det slag som är i fråga i målet vid den nationella domstolen stred mot grundlagens krav, inte uttalade sig i frågan huruvida detta monopol var förenligt med gemenskapsrätten, utan tvärtom, i domen, betonade att den saknar behörighet att avgöra denna fråga.

60 Vad avser den omständigheten att Bundesverfassungsgericht, efter att sålunda ha konstaterat att monopolet strider mot grundlagen, beslutade att, med angivande av de villkor som har sammanfattats i punkterna 13 och 14 ovan, låta den nationella lagstiftningen angående detta monopol fortsätta att gälla under en övergångsperiod, framgår det av den rättspraxis som det har hänvisats till i punkterna 53–58 ovan att en sådan omständighet inte kan utgöra hinder för att en nationell domstol som konstaterar att samma lagstiftning strider mot bestämmelser med direkt effekt i unionsrätten, såsom artiklarna 43 EG och 49 EG, i enlighet med principen om unionsrättens företräde beslutar att inte tillämpa denna lagstiftning i det mål som den har att avgöra (se,

analogt, dom av den 19 november 2009 i mål C-314/08, Filipiak, REG 2009, s. I-11049, punkt 84).

61 Bestämmelser i nationell rätt får nämligen inte, ens om de har rang av grundlag, undergräva unionsrättens enhetlighet och effektivitet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, REG 1970, s. 1125, punkt 3, svensk specialutgåva, volym 1, s. 503).

62 Det framgår av beslutet om hänskjutande och till och med av ordalydelsen i den första tolkningsfrågan att den hänskjutande domstolen även rent allmänt, och således utan hänsyn till Bundesverfassungsgerichts dom av den 28 mars 2006, vill få klarhet i huruvida en nationell lagstiftning, som förklarats strida mot artiklarna 43 EG och 49 EG och som i enlighet med principen om unionsrättens företräde inte får tillämpas, kan få fortsätta gälla under så lång tid som är nödvändigt för att ändra lagstiftningen så att den blir förenlig med nämnda bestämmelser i fördraget. Såsom framgår av punkt 26 ovan har den hänskjutande domstolen nämligen ställt denna fråga på grund av att OVG Nordrhein-Westfalen, trots att den har förklarat att det framgår av domstolens praxis att den lagstiftning som är i fråga i dess mål strider mot artiklarna 43 EG och 49 EG, ändå har ansett att lagstiftningen bör fortsätta att gälla, med motiveringen att tvingande skäl som rör skydd för ordningen i samhället och skydd för medborgarna, vad avser de risker som är förenade med spel om pengar, gör att det inte får uppstå ett juridiskt vakuum, såsom blir följden om lagstiftningen ogiltigförklaras med omedelbar verkan.

63 Samtliga medlemsstater som har yttrat sig i målet har hävdat att en princip – som i undantagsfall tillåter att en rättsregel som har förklarats strida mot bestämmelser i unionsrätten som är direkt tillämpliga får fortsätta att gälla under en övergångsperiod – ska anses rättsenlig enligt en analog tillämpning av domstolens praxis avseende artikel 231 andra stycket EG. Enligt denna praxis är det möjligt att för en övergångsperiod låta gemenskapsrättsliga rättsakter fortsätta att gälla, trots att domstolen har ogiltigförklarat dem enligt artikel 230 EG eller, i enlighet med artikel 234 EG, har förklarat att de inte är giltiga.

64 Domstolen är enligt artikel 231 andra stycket EG (nu artikel 264 andra stycket FEUF), som analogt är tillämplig inom ramen för en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG (nu artikel 267 FEUF) angående giltighetsfrågor, visserligen behörig att i det enskilda fallet avgöra och ange vilka verkningar av en unionsrättslig rättsakt, som denna ogiltigförklarar eller förklarar inte vara giltig, som ska anses vara bestående (se, bland annat, dom av den 22 december 2008 i mål C-333/07, Régie Networks, C-333/07, REG 2008, s. I-10807, punkt 121 och där angiven rättspraxis).

65 Domstolen kan, när den använder sig av denna behörighet, bland annat besluta att rättsverkningarna av beslutet att ogiltigförklara en sådan rättsakt eller förklara att den inte är giltig inte ska gälla fram till dess att en ny rättsakt antas, så att man kan komma till rätta med den rättsstridighet som har konstaterats (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 3 september 2008 i de förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, Kadi och Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen, REG 2008, s. I-6351, punkterna 373–376, vilken rör en ogiltigförklaring, och domen i det ovannämnda målet Régie Networks, punkt 126, som rör en förklaring om att en rättsakt inte är giltig).

66 Såsom framgår av rättspraxis är syftet med att låta verkningarna av en unionsrättslig rättsakt bestå, vilken har ogiltigförklarats eller förklarats inte vara giltig, att se till att ett rättsligt vakuum inte uppstår fram till dess att en ny rättsakt kan ersätta den rättsakt som har ogiltigförklarats eller förklarats inte vara giltig (se, bland annat, dom av den 5 februari 2004 i mål C-157/02, Rieser Internationale Transporte, REG 2004, s. I-1477, punkt 60). Det kan, enligt rättspraxis, vara motiverat att välja denna lösning i fall där tvingande rättssäkerhetshänsyn, som rör samtliga offentliga och privata intressen står på spel (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Régie Networks, punkt 122 och där angiven rättspraxis), och detta under den tid som behövs för att komma till rätta med rättsstridigheten (se, för ett liknande resonemang, bland annat domarna i de ovannämnda målen Kadi och Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen, punkt 375, och Régie Networks, punkt 126).

67 I detta sammanhang är det emellertid tillräckligt att erinra om att även om det antogs att hänsyn av det slag som var i fråga i nämnda rättspraxis och som utvecklats med avseende på unionens rättsakter, analogt och undantagsvis, skulle kunna leda till att det företräde som en direkt tillämplig regel i unionsrätten har i förhållande till nationell

rätt som strider mot denna sköts upp, varvid endast domstolen skulle kunna besluta om villkoren för detta, så kan domstolen utan vidare konstatera att så inte kan ske i det nu aktuella fallet, eftersom det inte föreligger några tvingande rättssäkerhetshänsyn som motiverar en sådan lösning.

68 Det framgår nämligen av beslutet om hänskjutande att den nationella domstolen, vilken är den enda som är behörig att bedöma de faktiska omständigheterna i målet, redan har förklarat att den inskränkande lagstiftning som är i fråga i dess mål faktiskt inte bidrar till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt, och att det därför följde av domstolens tidigare praxis att en sådan lagstiftning, som inte kan anses motiverad av målet att motverka att allmänheten lockas till överdrivna spelutgifter och att bekämpa spelberoende, strider mot artiklarna 43 EG och 49 EG.

69 Den första tolkningsfrågan ska således besvaras enligt följande. Med hänsyn till den direkt tillämpliga unionsrättens företräde kan nationella bestämmelser avseende ett statligt sportvadhållningsmonopol som, enligt den nationella domstolens konstateranden, innehåller inskränkningar som är oförenliga med etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom de inte bidrar till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt, inte vara fortsatt tillämpliga under en övergångsperiod.

Den andra tolkningsfrågan

70 Med beaktande av svaret på den första tolkningsfrågan saknas skäl att besvara den andra frågan.

Rättegångskostnader

71 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

Med hänsyn till den direkt tillämpliga unionsrättens företräde kan nationella bestämmelser avseende ett statligt sportvadhållningsmonopol som, enligt den nationella domstolens konstateranden, innehåller inskränkningar som är oförenliga med etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom de inte bidrar till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt, inte vara fortsatt tillämpliga under en övergångsperiod.

Underskrifter