FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT YVES BOT
föredraget den 26 januari 2010 [1]

1. Kan en medlemsstats lagstiftning, enligt vilken sportvadhållning omfattas av ett system med ensamrätt för att skydda konsumenterna mot risken att bli spelberoende men som inte gör det möjligt att uppnå denna målsättning och således strider mot friheten att tillhandahålla tjänster, fortsätta att gälla under en övergångsperiod och, i förekommande fall, på vilka villkor och hur länge?

2. Verwaltungsgericht Köln (Tyskland) har genom dessa frågor begärt att domstolen ska klargöra huruvida och eventuellt på vilka villkor det kan göras undantag från den skyldighet som följer av domen i målet Simmenthal [2] och som har bekräftats i fast rättspraxis, enligt vilken den nationella domstolen vid en konflikt mellan en bestämmelse i nationell lag och en gemenskapsrättslig bestämmelse som är direkt tillämplig, i enlighet med principen om gemenskapsrättens företräde, ska säkerställa att den sistnämnda bestämmelsen tillämpas genom att underlåta att tillämpa den nationella lagen.

3. I detta förslag till avgörande kommer jag, för det första, att föreslå att domstolen ska ge den hänskjutande domstolen viss vägledning så att den kan kontrollera om dess antagande att den aktuella lagstiftningen strider mot friheten att tillhandahålla tjänster är välgrundat.

4. För det fall antagandet visar sig vara välgrundat, kommer jag att redogöra för de principiella hinder som finns mot att tillämpa och vidmakthålla, om än under en övergångsperiod, en bestämmelse i nationell lag som strider mot en gemenskapsrättslig bestämmelse som är direkt tillämplig. Jag kommer slutligen, för det fall det går att göra undantag från den skyldighet som följer av den ovannämnda domen i målet Simmenthal, att förklara varför en sådan möjlighet är utesluten vad gäller den aktuella lagstiftningen.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75).

I – Tillämpliga bestämmelser

5. 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.”

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

”Bundesverfassungsgerichts beslut är bindande för den lagstiftande makten i förbundsrepubliken och dess delstater samt för samtliga domstolar och myndigheter.

2. Bundesverfassungsgerichts beslut har kraft av lag … när Bundesverfassungsgericht fastställer att en lag är förenlig eller oförenlig med grundlagen eller ogiltig ska domskälen offentliggöras i *Bundesgesetzblatt* …”

7. I 284.1 § i tyska strafflagen (Strafgesetzbuch) föreskrivs följande:

”Den som anordnar hasardspel som är tillgängligt för allmänheten utan att ha myndigheternas tillstånd eller tillhandahåller den utrustning som krävs riskerar att dömas till böter eller fängelse i upp till två år.”

8. Genom Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (förbundsavtal om lotterier i Tyskland), som trädde i kraft den 1 juli 2004 har delstaterna upprättat en enhetlig ram för anordnande och förmedling av hasardspel. Av artikel 5 i ovannämnda avtal framgår att delstaterna ska säkerställa att det finns ett tillfredsställande utbud av hasardspel. Denna uppgift kan genomföras av offentligrättsliga juridiska personer eller privaträttsliga juridiska personer vars aktiemajoritet innehas av offentligrättsliga juridiska personer. I ovannämnda bestämmelse föreskrivs att verksamheten i varje delstat bara gäller det egna territoriet om det inte finns ett avtal med en annan delstat.

9. 1.1 § i sportvadhållningslagen för Nordrhein-Westfalen (Sportwettengesetz Nordrhein-Westfalen) av den 3 maj 1955 föreskrivs följande:

”Delstatsregeringen kan godkänna vadhållningsföretag för sporttävlingar. Endast offentligrättsliga juridiska personer eller

sådana privaträttsliga juridiska personer vars aktiemajoritet innehas av offentligrättsliga juridiska personer kan godkännas som vadhållningsföretag."

II – Målet vid den nationella domstolen och beslutet om hänskjutande

10. Enligt de uppgifter som Europeiska gemenskapernas kommission har lämnat i sina skriftliga yttranden hade vid omständigheterna i målet vid den nationella domstolen endast Westdeutsche Lotterie GmbH & Co OHG [3] fått tillstånd att anordna sportvadhållning i delstaten Nordrhein-Westfalen. [4]

11. Enligt 14 § första stycket i lagen om tillsynsmyndigheten i delstaten Nordrhein-Westfalen (Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen) gäller följande:

"Tillsynsmyndigheten får vidta de åtgärder som krävs för att förhindra en konkret fara för den allmänna säkerheten eller ordningen."

12. Winner Wetten GmbH, [5] som är ett företag etablerat i Tyskland, har sedan den 1 juni 2005 en affärslokal i Bergheim i delstaten NRW, i vilken det bland annat förmedlar odds/sportvadhållning (bookmakerverksamhet) för företaget Tipico Co. Ltd. [6] Tipico är etablerat och registrerat på Malta och innehar ett nationellt tillstånd att anordna sportvadhållning där.

13. Genom beslut av den 28 juni 2005 förbjöd Bürgermeisterin der Stadt Bergheim (borgmästaren för staden Bergheim) WW att fortsätta med sin sportvadhållningsverksamhet, eftersom den som anordnade verksamheten inte först hade godkänts av delstaten Nordrhein-Westfalen, och varnade för att företagets affärslokal skulle stängas i händelse av överträdelse av förbudet.

14. WW riktade klagomål mot beslutet, vilket klagomål Landrat des Rhein Erft Kreises (direktören för Rhein-Erft-Kreis administrativa enhet) dock avslog i beslut av den 22 september 2005. WW väckte då talan mot beslutet av den 28 juni 2005 samt överklagade sistnämnda beslut till Verwaltungsgericht Köln.

3 — Nedan kallad WestLotto.
4 — Nedan kallat delstaten NRW.
5 — Nedan kallat WW.
6 — Nedan kallat Tipico.

15. WW har inom ramen för denna talan gjort gällande att monopolet på sportvadhållning i delstaten NRW strider mot etableringsfriheten i artikel 49 EG, såsom den har tolkats i dom av den 6 november 2003 i målet Gambelli m.fl. [7] I denna dom bekräftade domstolen att en näringsidkare som är etablerad inom landet, som förmedlar vadhållning för en tillhandahållare av vadhållning som är etablerad i en annan medlemsstat, kan åberopa sig på friheten att tillhandahålla tjänster. Domstolen slog också fast att ett statligt monopol på vadhållning endast är förenligt med gemenskapsrätten om det begränsar vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt. Detta är emellertid inte fallet i Tyskland på grund av det statliga vadhållningsföretagets reklamverksamhet.

16. Verwaltungsgericht Köln har i beslutet om hänskjutande för det första anfört att WW genom förmedling av sportvadhållning för Tipico inte har följt lagstiftningen i delstaten NRW, eftersom dessa två företag varken har eller kunde erhålla tillstånd för denna verksamhet.

17. Verwaltungsgericht Köln har för det andra gjort gällande att monopolet på sportvadhållning i delstaten NRW, med hänsyn till de krav som domstolen har uppställt i domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., strider mot EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster.

18. Verwaltungsgericht Köln har i detta avseende hänvisat till dom av den 28 mars 2006 och Bundesverfassungsgerichts beslut av den 2 augusti 2006 avseende bestämmelserna i delstaten Bayern och bestämmelserna i delstaten NRW. I ovannämnda beslut slog Bundesverfassungsgericht fast att monopol på sportvadhållning i dessa två delstater utgör ett oproportionerligt ingrepp i den frihet att utöva näringsverksamhet som garanteras genom artikel 12.1 i den tyska grundlagen, eftersom det i dessa bestämmelser inte garanteras något effektivt skydd mot spelberoende. Bundesverfassungsgericht slog också fast att bestämmelserna i och syftet med den tyska grundlagen motsvarar bestämmelserna i och syftet med gemenskapsrätten, enligt domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl.

19. Den hänskjutande domstolen har vidare påpekat att Bundesverfassungsgericht konstaterade att rättsläget skulle fortsätta att gälla fram till och med den 31 december 2007, under förutsättning att lagstiftningen avseende sportvadhållning under denna övergångsperiod ändrades i enlighet med grundlagen. Den nationella författningsdomstolen har således fastställt att anordnaren av sportvadhållning utan dröjsmål ska upprätta ett minimum av sammanhang mellan det faktiska utövandet av monopolet, å ena sidan, och målsättningen för bekämpandet av spelande och av spelberoende, å andra sidan.

7 — Dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl. (REG 2003 s. I-13031).

20. Den hänskjutande domstolen har emellertid uppgett att en faktisk ändring av de statliga spelföretagens praxis vad gäller sportvadhållning i enlighet med Bundesverfassungsgerichts riktlinjer inte räcker för att undanröja verksamhetens oförenlighet med gemenskapsrätten. Enligt den hänskjutande domstolen krävs också att utformningen av det statliga spelmonopolet genomgår en rättslig ändring för att undanröja åsidosättandet. Den hänskjutande domstolen har dessutom erinrat om att det, med avseende på principen att en direkt tillämplig gemenskapsrättslig bestämmelse har företräde, är nödvändigt att underlåta att tillämpa nationell lagstiftning som strider mot en sådan bestämmelse.

21. Den hänskjutande domstolen har emellertid påpekat att Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (förvaltningsdomstol i andra instans i delstaten NRW) i sitt ovannämnda beslut av den 28 juni 2006 har beslutat att bestämmelserna om sportvadhållning i denna delstat ska fortsätta att gälla på samma tidsmässiga och materiella villkor som Bundesverfassungsgericht har beslutat om med avseende på den bayerska lagen, för att det inte ska uppstå en ”oacceptabel lucka i lagstiftningen”.

22. Mot bakgrund av det ovan anförda har Verwaltungsgericht Köln den 21 september 2006 beslutat 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 lagenliga 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?”

III – Skriftväxling med den hänskjutande domstolen

23. Den hänskjutande domstolen skickade den 11 maj 2007 självmant en skrivelse till domstolen, i vilken den anförde att ”den rättsliga och faktiska situationen vid tidpunkten för det beslut genom vilket klagomålet avgjordes (i förevarande fall den 22 september 2005) enligt fast rättspraxis är avgörande

för bedömningen av det mål som ligger till grund för förfarandet om förhandsavgörande". Den hänskjutande domstolen påpekade att "för det fall praxis i fråga om sportvadhållning ändrats vid en senare tidpunkt – till exempel till följd av Bundesverfassungsgerichts beslut av den 28 mars 2006 och av den 2 augusti 2006 – påverkar inte dessa ändringar bedömningen av målet vid den nationella domstolen".

24. I juli 2008 riktade domstolen en begäran om klarläggande till den hänskjutande domstolen i enlighet med artikel 104.5 i domstolens rättegångsregler om huruvida tolkningsfrågorna fortfarande var nödvändiga för att döma i målet med beaktande av Bundesverfassungsgerichts dom av den 22 november 2007.

25. I denna dom fastställde Bundesverfassungsgericht att de övergångsåtgärder som beslutades i dom av den 28 mars 2006, varigenom de bestämmelser om sportvadhållning som är tillämpliga i delstaten Bayern kan bibehållas, inte hindrar att förvaltningsrättsliga förbudsbeslut som fattats före ovannämnda dom är rättsstridiga och således ska ogiltigförklaras.

26. I en skrivelse av den 8 augusti 2008 påpekade den hänskjutande domstolen att det för utgången i målet vid den nationella domstolen fortfarande är nödvändigt att tolkningsfrågorna besvaras. Den hänskjutande domstolen anförde att Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen i ett beslut av den 18 april 2007 slog fast att lagligheten av beslut att förbjuda förmedling av sportvadhållning ska bedömas vid tidpunkten för det kommande domstolsavgörandet. Den hänskjutande domstolen påpekade också att det rättsläge som gällde från den 1 januari 2008 avsevärt skiljde sig från det tidigare rättsläget, varför den relevanta tidpunkten för bedömningen av lagligheten av de beslut av den 28 juni 2005 respektive den 22 september 2005 som är föremål för målet vid den nationella domstolen är den 31 december 2007, det vill säga en tidpunkt vid vilken den tidigare lagstiftningen, som strider mot gemenskapsrätten, fortfarande gällde.

IV – Bedömning

27. Det förefaller nödvändigt att innan de tolkningsfrågor som den hänskjutande domstolen ställt prövas göra följande anmärkningar beträffande dels huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning, dels det antagande som ligger till grund för frågorna.

A – *Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning*

28. Det kan mot bakgrund av Bundesverfassungsgerichts dom av den 22 november 2007 ifrågasättas huruvida de tolkningsfrågor som den hänskjutande domstolen har ställt kan tas upp till sakprövning. Detta har även ifrågasatts av den norska regeringen som har gjort gällande att frågorna är hypotetiska, eftersom det inte har visats att lagstiftningen i delstaten NRW är oförenlig med gemenskapsrätten.

29. Vad gäller den första punkten är det rimligt att ställa frågan om de angripna rättsakterna i målet vid den nationella domstolen ska ogiltigförklaras med stöd av den ovannämnda domen från Bundesverfassungsgericht och om förevarande beslut om hänskjutande således saknar föremål.

30. Det bör emellertid noteras att den hänskjutande domstolen, i sitt svar av den 8 augusti 2008, anförde att tolkningsfrågorna fortfarande är av betydelse för utgången i målet. Den anförde att målet vid den nationella domstolen ska bedömas utifrån förhållandena den 31 december 2007, det vill säga vid den tidpunkt då den lagstiftning varigenom WW förbjuds att förmedla sportvadhållning för företaget Tipico fortfarande gällde, på grund av de övergångsåtgärder som Bundesverfassungsgericht och Oberverwaltungsgericht i Nordrhein-Westfalen har fastställt.

31. Frågan avseende vilken tidpunkt Verwaltungsgericht Köln ska utgå ifrån vid prövningen av talan om ogiltigförklaring, samt vid bedömningen av konsekvenserna av Bundesverfassungsgerichts dom av den 22 november 2007 vad gäller de rättsakter som är föremål för målet vid den nationella domstolen, beror på materiella och processuella bestämmelser i den nationella lagstiftningen och omfattas således av den hänskjutande domstolens utrymme för skönmässig bedömning.

32. I enlighet med fördelningen av uppgifter mellan den hänskjutande domstolen och domstolen i ett förfarande om begäran om förhandsavgörande och den samarbetsanda som styr förfarandet, ska det beaktas att Verwaltungsgericht Köln fortfarande anser att det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra målet och att den vidhåller sina frågor.

33. Frågorna avser tolkningen av gemenskapsrätten och domstolen är därför enligt min mening skyldig att meddela ett förhandsavgörande, eftersom det enligt fast rättspraxis, i ett förfarande enligt artikel 234 EG 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. [8]

34. Vad gäller den andra punkten, avseende den norska regeringens invändning, har kommissionen och den tyska regeringen mycket riktigt betonat att de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt till domstolen endast är relevanta om lagstiftningen om sportvadhållning i delstaten NRW faktiskt strider mot gemenskapsrätten. Jag anser i likhet med nämnda intervenienter att det mot bakgrund av den nationella domstolens förklaringar är tveksamt om dess bedömning på denna punkt är välgrundad.

35. Enligt min mening motiverar denna omständighet att domstolen, mot bakgrund av den samarbetsanda som styr förfarandet med förhandsavgöranden och i syfte att ge den hänskjutande domstolen alla de upplysningar om tolkningen av gemenskapsrätten som denna kan ha nytta av vid bedömningen av målet vid den nationella domstolen, lämnar ovannämnda domstol uppgifter som gör det möjligt för den att återigen pröva huruvida dess antagande är välgrundat.

36. Möjligheten att den hänskjutande domstolen mot bakgrund av dessa uppgifter kommer till motsatt slutsats får inte leda till att domstolen fastställer att den hänskjutande domstolens tolkningsfrågor ska avvisas och underlåter att besvara dem. Även om det av handlingarna i målet framgår att ovannämnda antagande är föremål för diskussion kan antagandet komma att bekräftas, eftersom det ankommer på den nationella domstolen att pröva frågan huruvida lagstiftningen i delstaten NRW har antagits och genomförts på ett sådant sätt att dess skyddsändamål uppnås på ett sammanhängande och systematiskt sätt. [9]

37. Enligt fast rättspraxis får domstolen emellertid endast under särskilda omständigheter underlåta att besvara en fråga avseende tolkningen av gemenskapsrätten när det är uppenbart att denna inte är relevant för att avgöra målet vid den nationella domstolen, när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska och rättsliga förhållandena som räcker för att kunna ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar för att kunna avgöra tvisten. [10]

38. Några sådana skäl för att underlåta att besvara de aktuella frågorna föreligger inte i förevarande fall.

8 — Se, för en senare tillämpning, dom av den 19 november 2009 i mål C-314/08, Filipiak (REG 2009, s. I-11049), punkt 40.

9 — Dom av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti (REG 1999, s. I-7289), punkt 37, och domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., punkt 66.

10 — Domen i det ovannämnda målet Filipiak, punkt 42 och där angiven rättspraxis.

39. Den hänskjutande domstolen, som anser att lagstiftningen om sportvadhållning med stöd av vilken de angripna rättsakterna har antagits strider mot etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, vill få klarhet i huruvida och, i förekommande fall, på vilka villkor det kan göras undantag från skyldigheten att underlåta att tillämpa denna lagstiftning och att ogiltigförklara dessa rättsakter, enligt principen om gemenskapsrättens företräde. Denna fråga har ställts till domstolen med anledning av att såväl författningsdomstolen som appellationsdomstolen har slagit fast att ovannämnda lagstiftning ska fortsätta att gälla trots att den strider mot grundlagen.

40. Jag anser att domstolen har tillräckligt med uppgifter om de faktiska och rättsliga förhållandena för att kunna besvara ovannämnda fråga. Det faktum att det antagande som ligger till grund för frågan avser den nationella domstolens bedömning och kan bekräftas av denna visar att frågan inte har ställts inom ramen för ett hypotetiskt problem eller att det är uppenbart att den saknar betydelse för utgången i målet vid den nationella domstolen.

41. Jag anser således att de tolkningsfrågor som har ställts av den hänskjutande domstolen kan tas upp till sakprövning.

B – *Den hänskjutande domstolens antagande att bestämmelserna i delstaten NRW strider mot gemenskapsrätten*

42. Den hänskjutande domstolen anser att bestämmelserna om sportvadhållning i delstaten NRW strider mot friheten att tillhandahålla tjänster såsom denna frihet har tolkats i domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., av det skälet att deltagandet i vadhållning uppmuntras av godkända nationella organ och att bestämmelserna därför inte ger något effektivt skydd mot spelberoende. Domstolen i fråga har vidare påpekat att de ändringar som WestLotto har gjort i sin verksamhetsutövning enligt Bundesverfassungsgerichts anvisningar inte innebär att denna oförenlighet med gemenskapsrätten har undanröjts, eftersom ett sådant undanröjande även skulle kräva en ändring av de rättsliga villkoren för utövandet av det statliga spelmonopolet.

43. De olika etapperna i det rättsliga resonemang som ligger till grund för den hänskjutande domstolens bedömning att den aktuella lagstiftningen inte är förenlig med gemenskapsrätten kan inte ifrågasättas.

44. Av domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl. följer att WW som förmedlar sportvadhållning för ett företag etablerat på Malta

kan åberopa artikel 49 EG. [11] Jag instämmer dessutom i kommissionens bedömning att WW endast kan åberopa bestämmelser i fördraget om friheten att tillhandahålla tjänster och inte bestämmelser om etableringsfrihet, eftersom det rör sig om ett företag som har bildats enligt tysk rätt som utövar sin verksamhet i Tyskland.

45. Det är dessutom klarlagt att en nationell lagstiftning såsom lagstiftningen i delstaten NRW, enligt vilken ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat inte kan förmedla sportvadhållning i delstaten, utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

46. Om en sådan inskränkning kan motiveras med hänsyn till den allmänna ordningen eller av tvingande skäl av allmänintresse, såsom att skydda konsumenter från överdrivna spelutgifter, krävs det även att den är proportionerlig i förhållande till denna målsättning, vilket innebär att den måste uppnås på ett sammanhängande och systematiskt sätt. [12] I domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl. slog domstolen fast att detta villkor inte har uppfyllts när en medlemsstat har infört en restriktiv lagstiftning i fråga om penningspel i det enda syftet att skydda konsumenterna mot risken för överdrivet beroende, trots att den i själva verket för en politik för att starkt uppmuntra dessa konsumenter att delta i sådana spel. [13]

47. Såsom jag redan har påpekat ankommer det på den nationella domstolen att bedöma om den aktuella lagstiftningen i det konkreta fallet har genomförts i enlighet med de eftersträvade målen.

48. Den hänskjutande domstolens slutsats kan däremot ifrågasättas mot bakgrund av följande två överväganden.

49. Det kan för det första, såsom den norska regeringen har gjort gällande, inte uteslutas att de villkor som uppställs i grundlagen är mer strikta än de villkor som uppställs i gemenskapsrätten, åtminstone mot bakgrund av de uttalanden som har gjorts i domstolens rättspraxis efter domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl.

50. I dom av den 6 mars 2007, i målet Placanica m.fl. [14], slog domstolen fast att om en medlemsstats lagstiftning om penningspel syftar till att styra in denna verksamhet i kretsar som är möjliga att kontrollera för att förhindra att verksamheten används i brottsliga syften, ska de lagliga aktörerna utgöra ett

11 — Domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., punkt 58.
12 — *Ibidem*, punkt 67.
13 — *Ibidem*, punkt 69.
14 — 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).

trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet. Detta kan i sig innebära att tillhandahålla ett omfattande spelsortiment, att göra reklam i viss omfattning och att använda ny distributionsteknik. [15]

51. I de pågående målen C-203/08, Sporting Exchange, och C-258/08, Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International, ska domstolen pröva en medlemsstats lagstiftning enligt vilken penningspel omfattas av monopol som syftar både till att skydda konsumenterna mot spelberoende och till att bekämpa brottslighet.

52. Jag föreslår att domstolen slår fast att den omständigheten att innehavarna av ensamrätten att anordna penningspel i denna medlemsstat har rätt att göra sitt erbjudande attraktivt genom att skapa nya spel och genom att använda reklam inte i sig är inkonsekvent i förhållande till de målsättningar som eftersträvas i denna medlemsstat som helhet. Det som är viktigt i detta fall är att skapandet av nya spel och reklamanvändningen strängt kontrolleras av medlemsstaten samt begränsas på så sätt att de även är förenliga med målsättningen att skydda konsumenterna mot spelberoende.

53. Jag föreslår även att domstolen ger medlemsstaterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, eftersom det i det konkreta fallet är svårt att hitta en balans mellan dessa två målsättningar. Svaret på frågan huruvida den aktuella lagstiftningen, såsom den faktiskt tillämpas av de behöriga myndigheterna, innehavaren eller innehavarna av ensamrätten att erbjuda penningspel, eftersträvar ovannämnda målsättningar på ett sammanhängande och systematiskt sätt följer av den nationella domstolens bedömning av lagstiftningens konkreta verkningar.

54. Den omständigheten att innehavaren eller innehavarna av ensamrätten att erbjuda penningspel gör reklam i en medlemsstat, som har inskränkt denna verksamhet för att förhindra att konsumenter lockas till överdrivna spelutgifter och skydda dem mot risken för spelberoende, innebär således inte nödvändigtvis att villkoret att målsättningarna ska eftersträvas på ett sammanhängande och systematiskt sätt har åsidosatts och därmed inte heller att lagstiftningen i fråga strider mot gemenskapsrätten. Det ankommer på den nationella domstolen att beakta samtliga målsättningar med den aktuella lagstiftningen och bedöma lagstiftningens konkreta verkningar för konsumenterna, med hänsyn till medlemsstaternas stora utrymme för skönsmässig bedömning i detta avseende.

55. För det andra har den hänskjutande domstolen inte förklarat varför de rättsliga villkoren för den verksamhet som innehavaren av

15 — Punkt 55.

rätten att förmedla sportvadhållning bedriver strider mot gemenskapsrätten så att, enligt den nationella domstolen, de ändringar som WestLotto har gjort i sin verksamhetsutövning enligt Bundesverfassungsgerichts anvisningar inte undanröjer denna oförenlighet.

56. Det kan slutligen betonas att flera tolkningsfrågor har hänskjutits till domstolen i de förenade målen Stoß m.fl. [16], frågor vilka syftar till att bedöma huruvida den sportvadhållningslagstiftning som är tillämplig i delstaterna Baden-Württemberg och Hessen, som har stora likheter med den gällande lagstiftningen i delstaten NRW, är förenlig med gemenskapsrätten.

57. Domarna i dessa mål, som domstolen prövar parallellt med förevarande mål, kan således även få den hänskjutande domstolen att se över sitt antagande.

58. Jag anser följaktligen att det före bedömningen av tolkningsfrågorna är lämpligt att ge den hänskjutande domstolen vägledning avseende det antagande som ligger till grund för frågorna enligt följande:

— En medlemsstats lagstiftning, enligt vilken tillhandahållandet av sportvadhållning begränsas i syfte att försvara intressen som avses i fördraget eller som anses vara legitima enligt domstolens rättspraxis, ska ge uttryck för sina målsättningar på ett sammanhängande och systematiskt sätt, för att anses vara förenlig med gemenskapsrätten.

— Det ankommer på den nationella domstolen att, med hänsyn till det stora utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har i detta avseende, undersöka om nämnda villkor är uppfyllt genom att beakta samtliga målsättningar med den aktuella lagstiftningen och bedöma dess konkreta verkningar på konsumenterna.

— Den hänskjutande domstolen kan även i förekommande fall få vägledning av den kommande domen i de ovannämnda förenade målen Stoß m.fl.

C – *Prövning i sak*

59. Inom ramen för prövningen av de tolkningsfrågor som den hänskjutande domstolen har ställt finns det således anledning att

16 — De förenade målen C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07.

utgå från antagandet att den aktuella lagstiftningen utgör en oberättigad inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom den inte bidrar till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt.

60. Den hänskjutande domstolen har med rätta slagit fast att denna lagstiftning inte kan tillämpas på grund av konflikten mellan den nationella lagstiftningen och en gemenskapsrättslig bestämmelse som är direkt tillämplig. [17]

61. Enligt domstolens uppfattning i domen i det ovannämnda målet Simmenthal, vilken sedermera har bekräftats i fast rättspraxis, är en nationell domstol, vid en konflikt mellan en bestämmelse i nationell lag och en direkt tillämplig bestämmelse i gemenskapsrätten, skyldig att säkerställa att sistnämnda bestämmelse ges full verkan, genom att med stöd av sin egen behörighet, om det behövs, underlåta att tillämpa ovannämnda bestämmelse, även senare sådan, utan att den behöver begära eller avvakta ett föregående upphävande av denna genom lagstiftning eller något annat konstitutionellt förfarande. [18]

62. Genom den första frågan önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida det kan göras undantag från denna skyldighet.

63. Den hänskjutande domstolen vill således få klarhet i huruvida en domstol i en medlemsstat undantagsvis under en övergångsperiod kan fortsätta att tillämpa sin nationella lagstiftning om sportvadhållning, trots att denna lagstiftning utgör en oberättigad inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom den inte bidrar till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt.

64. Den hänskjutande domstolen har beslutat att hänskjuta denna fråga till domstolen på grund av att Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen i sina beslut av den 28 juni 2006 tillfälligt underlät att tillämpa principen om gemenskapsrättens företräde för att förhindra uppkomsten av en ”oacceptabel lucka i lagstiftningen”. Enligt detta beslut ska de omtvistade bestämmelserna i Sportwettengesetz NRW, trots att de åsidosätter artikel 49 EG, fortsätta att vara tillämpliga på samma tidsmässiga och materiella villkor som Bundesverfassungsgericht har beslutat om för den bayerska lagstiftningen, med avseende på friheten att utöva näringsverksamhet enligt artikel 12.1 i grundlagen.

65. Av dess förklaringar framgår även att Bundesverfassungsgericht i beslut av den 2 augusti 2006 införde samma övergångsåtgärder med avseende på lagstiftningen i delstaten NRW.

17 — Principen om direkt tillämplighet av bestämmelser i fördraget genom vilka friheten att tillhandahålla tjänster har införts bekräftades i dom av den 3 december 1974 i mål 33/74, van Binsbergen (REG 1974, s. 1299; svensk specialutgåva, volym 2, s. 379).

18 — Domen i det ovannämnda målet Simmenthal, punkt 24, och i det ovannämnda målet Filipiak, punkt 81 och där angiven rättspraxis.

66. Dessa uppgifter kan förstås på så sätt att den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida det kan göras undantag från den skyldighet som följer av domen i det ovannämnda målet Simmenthal på två olika grunder, dels Bundesverfassungsgerichts beslut att den omtvistade lagstiftningen ska fortsätta att gälla till och med den 31 december 2007, dels behovet av att undgå en lucka i lagstiftningen som skulle kunna vara till men för konsumenterna i delstaten NRW.

67. Svaret på den undersökta tolkningsfrågan vad gäller verkningarna av Bundesverfassungsgerichts beslut kan med klarhet utläsas av domen i det ovannämnda målet Filipiak.

68. I det mål som låg till grund för ovannämnda dom skulle domstolen ta ställning till en situation där en medlemsstats lagstiftning beträffande skatter på inkomst, som visade sig strida mot etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, av den nationella författningsdomstolen hade förklarats oförenlig med grundlagen i denna medlemsstat. Författningsdomstolen hade emellertid senarelagt den tidpunkt vid vilken lagstiftningen skulle förlora sin bindande verkan.

69. Den nationella domstol vid vilken en tvist mellan skattemyndigheten och den skattskyldiga parten som hade utövat en av nämnda fria rörligheter hade anhängiggjorts frågade domstolen huruvida principen om gemenskapens företräde innebar att den var skyldig att underlåta att tillämpa ovannämnda lagstiftning, trots att författningsdomstolen hade förlängt dess verkningar.

70. Domstolen erinrade om hur den nationella domstolen ska lösa en konflikt mellan en bestämmelse i nationell lag och en direkt tillämplig gemenskapsrättslig bestämmelse. Enligt domen i det ovannämnda målet Simmenthal ska denna konflikt lösas så av en nationell domstol, att den ska tillämpa gemenskapsrätten och underlåta att tillämpa den motstridande nationella bestämmelsen, utan att därvid ogiltigförklara denna bestämmelse som omfattas av de nationella organens och domstolarnas behörighet. [19]

71. Domstolen påpekade att den omständigheten att författningsdomstolen har senarelagt den tidpunkt vid vilken de nationella omtvistade bestämmelserna skulle förlora sin bindande verkan inte utgör hinder för den nationella domstolen att, i enlighet med principen om gemenskapsrättens företräde, underlåta att tillämpa dessa bestämmelser i den anhängiggjorda tvisten. [20]

72. Med andra ord måste kontrollen av grundlagsenligheten och kontrollen av förenligheten med gemenskapsrätten kunna få sina verkningar utan att komma i konflikt med

19 — Domen i det ovannämnda målet Filipiak, punkt 82.
20 — *Ibidem*, punkt 84.

varandra. På samma sätt som den nationella domstolens skyldighet att ingripa ex officio enligt domen i det ovannämnda målet Simmenthal begränsar sig till situationer där det föreligger en konflikt mellan en gemenskapsrättslig bestämmelse och en bestämmelse i nationell lag, kan således ett beslut från författningsdomstolen, enligt vilket konsekvenserna av att en nationell lag inte är förenlig med konstitutionen ska senareläggas, inte kollidera med den nationella domstolens skyldighet att säkerställa gemenskapsrättens företräde varje gång som den ställs inför en sådan konflikt.

73. Av detta följer i förevarande fall att den omständigheten att den omtvistade lagstiftningen även strider mot grundlagen, och att Bundesverfassungsgericht har slagit fast att lagstiftningen ska fortsätta att gälla under en övergångsperiod, inte på något sätt minskar den hänskjutande domstolens skyldighet att underlåta att tillämpa den i det anhängiggjorda målet, så snart den anser att den strider mot artikel 49 EG.

74. I enlighet med domen i det ovannämnda målet Simmenthal ska den hänskjutande domstolen således underlåta att tillämpa den omtvistade lagstiftningen, om den har åberopats gentemot en tjänstetillhandahållare såsom WW, som kan åberopa artikel 49 EG. Ovannämnda rättspraxis utgör däremot inte hinder mot att ovannämnda lagstiftning fortsätter att tillämpas på tillhandahållare av sportvadhållning i tredjeland som inte kan åberopa sig på friheten att tillhandahålla tjänster eller på etableringsfriheten.

75. Beträffande det andra skälet till att den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga finns anledning att bedöma om den omtvistade lagstiftningen kan fortsätta att gälla trots att den strider mot friheten att tillhandahålla tjänster under den tid det tar för de behöriga myndigheterna att anta en ny lagstiftning som är förenlig med gemenskapsrätten.

76. Syftet med ett sådant upprätthållande är att under denna period undgå en lucka i lagstiftningen, som skulle möjliggöra för samtliga tillhandahållare av sportvadhållning som är etablerade i andra medlemsstater att förmedla vadhållning till konsumenter som är bosatta i delstaten NRW, utan att iaktta andra regleringsåtgärder än dem som gäller i deras ursprungsstat.

77. Den omständigheten att den omtvistade lagstiftningen ska fortsätta att gälla medför således inte enbart att den nationella domstolen kan tillämpa ovannämnda lagstiftning inom ramen för det anhängiggjorda målet utan även att samtliga nationella myndigheter, inklusive domstolar, kan fortsätta att tillämpa lagstiftningen under hela den övergångsperiod som har fastställts.

78. För att klargöra vidden av denna problematik bör det även erinras om att den aktuella lagstiftningen enligt den hänskjutande domstolens antagande inte är ägnad att bekämpa spelberoende på ett effektivt sätt. Enligt detta antagande medför ovannämnda lagstiftning med andra ord att tjänstetillhandahållare som

är etablerade i andra medlemsstater inte får förmedla sportvadhållning till konsumenter som är bosatta i delstaten NRW, men den kan inte skydda sistnämnda mot den godkända aktörens mycket lockande inviter till att delta i sådana vadspel.

79. Flera medlemsstater som har inkommit med yttranden i förevarande förfarande har påpekat att den omtvistade lagstiftningen i delstaten NRW ska fortsätta att tillämpas fram till det att en lagstiftning antas som är förenlig med gemenskapsrätten. De har till stöd för denna ståndpunkt åberopat en rad argument som kan sammanfattas på följande sätt.

80. En gemenskapsrättsakt som förklaras rättsstridig, kan antingen i samband med en begäran om förhandsavgörande avseende kontroll av rättsaktens giltighet eller i en talan om ogiltigförklaring, på grundval av artikel 231 andra stycket EG fortsätta att ha verkningar, för att säkerställa rättssäkerheten och undgå en lucka i lagstiftningen som äventyrar målsättningarna med denna rättsakt.

81. Vidare strider det mot medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att bevara ordningen i samhället och att skydda sina medborgare mot de risker som är förenade med penningspel att utesluta möjligheten till övergångsperioder.

82. Att en övergångsperiod kan införas framgår även av artikel 228.2 EG, enligt vilken en medlemsstat som har underlåtit att följa domstolens dom i vilken det har fastställts att medlemsstaten har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter ska delges ett motiverat yttrande innan ett nytt fördragsbrottsförfarande inleds, med den följden att medlemsstaten beviljas ytterligare en slutgiltig frist.

83. I motsats till vad ovannämnda medlemsstater har hävdat, anser jag att den hänskjutande domstolen inte får tillämpa en sådan lagstiftning när den har fastställt att den inte är förenlig med artikel 49 EG.

84. Min uppfattning grundar sig på följande argument. För det första utgör ett upprätthållande av denna lagstiftning, om än under en övergångsperiod, rent principiellt en kränkning av gemenskapsrättens företräde och rätten till ett effektivt rättsmedel. För det andra kan lagstiftningen, även om det under särskilda omständigheter kan göras undantag från den skyldighet som följer av domen i det ovannämnda målet Simmenthal, inte tillämpas när den, såsom i förevarande fall, inte är ägnad att uppnå det mål som eftersträvas med den och skälen till att den strider mot gemenskapsrätten härrör ur en dom i ett mål om förhandsavgörande som meddelades mer än 18 månader innan de ifrågasatta rättsakterna i målet vid den nationella domstolen antogs.

1. Principiella hinder

85. Det ska inledningsvis påpekas att möjligheten att tidsmässigt ändra verkningarna av gemenskapsrätten på medlemsstaternas lagstiftning endast har tillåtits vad avser förfluten tid.

86. Sedan domen i målet Defrenne [21] erkänner domstolen att det under särskilda omständigheter kan göras undantag från principen om retroaktiv verkan av en dom i ett mål om förhandsavgörande som avser en tolkningsfråga, när den retroaktiva verkan ger svåra ekonomiska återverkningar på rättsförhållanden som i god tro har upprättats på grund av osäkerhet beträffande de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas räckvidd. [22]

87. Det följer av fast rättspraxis att medlemsstaterna enligt gemenskapsrättens rättssäkerhetsprincip inte är skyldiga att ifrågasätta förvaltningsbeslut eller domar som vunnit laga kraft. [23]

88. Den nationella domstolen kan endast upphäva framtida verkningar av en gemenskapsrättslig bestämmelse om en sekundärrättslig bestämmelse på allvar ifrågasätts vid den nationella domstolen och giltigheten av denna rättsakt är föremål för prövning vid domstolen. Klaganden måste dessutom lägga fram tungt vägande bevis till stöd för invändningen om ogiltighet och vid den nationella domstolen styrka att det är nödvändigt att upphäva tillämpningen av den nämnda rättsakten fram till domstolens avgörande.

89. Ovannämnda exempel saknar emellertid betydelse för den fråga som prövas i förevarande fall, eftersom det hänför sig till en gemenskapsrättslig bestämmelse vars giltighet har ifrågasatts och för närvarande prövas.

90. I artikel 231 andra stycket EG föreskrivs visserligen uttryckligen att verkningarna av en bestämmelse kan utsträckas i tiden trots att den strider mot gemenskapsrätten när en förordning har ogiltigförklarats i samband med en direkt talan.

91. Det står även klart att gemenskapsdomstolen har utvidgat bestämmelsen till att omfatta samtliga sekundärrättsakter och att den även har tillämpats i samband med begäran om förhandsavgörande som avser giltigheten av en rättsakt. Om gemenskapsdomstolen inom ramen för en direkt talan om ogiltigförklaring, eller i en begäran om förhandsavgörande avseende giltigheten av

21 — Dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59).

22 — Se, bland annat, dom av den 11 augusti 1995 i de förenade målen C-367/93–C-377/93, Roders m.fl. (REG 1995, s. I-2229), punkt 43.

23 — Dom av den 16 mars 2006 i mål C-234/04, Kapferer (REG 2006, s. I-2585), punkt 24, och av den 19 september 2006 i de förenade målen C-392/04 och C-422/04, i-21 Germany och Arcor (REG 2006, s. I-8559), punkt 51.

en rättsakt slår fast att en sekundärrättsakt är rättsstridig och ska ogiltigförklaras, kan den besluta att denna rättsakt ska fortsätta att ha vissa verkningar antingen fram till dess att en rättsakt som ersätter den ogiltigförklarade rättsakten träder i kraft eller under den period som fastställs av domstolen. [24]

92. Tillämpningen av ovannämnda bestämmelse grundar sig på rättssäkerhetshänsyn. Det är fråga om att hindra att rättsförhållanden som har uppstått innan domstolen meddelar dom i målet ifrågasätts eller att undvika att det på grund av ogiltigförklaringen av den aktuella rättsakten uppstår en lucka i lagstiftningen som kan äventyra målsättningarna med denna rättsakt.

93. I domen av den 3 september 2008, Kadi och Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen [25], fastställde domstolen, sedan den konstaterat att den förordning [26] enligt vilken klagandens penningmedel skulle frysas hade antagits i strid med flera grundläggande rättigheter och skulle ogiltigförklaras, att verkningarna av förordningen alltjämt skulle gälla under en period på tre månader från och med dagen för domens meddelande för att möjliggöra för Europeiska unionens råd att rätta till dessa åsidosättanden. [27]

94. I motsats till vad de medlemsstater som har inkommit med yttranden i förevarande förfarande har hävdat, anser jag att det föreligger principiella hinder, som svårligen kan övervinnas, mot att överföra den möjlighet som föreskrivs i artikel 231 andra stycket EG till bestämmelser i nationell lag som strider mot en direkt tillämplig gemenskapsrättslig bestämmelse.

95. Vid prövningen av de grunder på vilka domstolen definierade den nationella domstolens skyldighet att ingripa ex officio vid en konflikt mellan dessa två kategorier av bestämmelser kan det konstateras att domstolen har angett följande.

96. För det första ska en direkt tillämplig gemenskapsrättslig bestämmelse tillämpas fullt ut och på ett enhetligt sätt i alla medlemsstater, från och med dagen för bestämmelsens ikraftträdande och under hela giltighetstiden, eftersom den omedelbart medför rättigheter och skyldigheter för alla som berörs av den, både för medlemsstaterna och för enskilda. [28]

24 — Dom av den 15 oktober 1980 i mål 4/79, Providence agricole de la Champagne (REG 1980, s. 2823, punkterna 45 och 46), av den 5 juli 1995 i mål C-21/94, Europaparlamentet mot rådet (REG 1995, s. I-1827), punkterna 29–32, och av den 3 september 2009 i mål C-166/07, Europaparlamentet mot rådet (REG 2009, s. I-7135) punkterna 72–75.

25 — Dom av den 3 september 2008 i den 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).

26 — Det rörde sig om rådets förordning (EG) nr 881/2002 av den 27 maj 2002 om införande av vissa särskilda restriktiva åtgärder mot vissa med Usama bin Ladin, nätverket al-Qaida och talibanerna associerade personer och enheter och om upphävande av rådets förordning (EG) nr 467/2001 om förbud mot export av vissa varor och tjänster till Afghanistan, skärpning av flygförbudet och förlängning av spärrandet av tillgångar och andra finansiella medel beträffande talibanerna i Afghanistan (EGT L 139, s. 9).

27 — Punkt 373 och följande punkt.

28 — Domen i det ovannämnda målet Simmenthal, punkterna 14 och 15.

97. För det andra ska, enligt principen om gemenskapsrättens företräde, direkt tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser ha den verkan att varje motstridande föreskrift i den nationella lagstiftningen automatiskt blir otillämplig i och med att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna träder i kraft. [29]

98. För det tredje skulle den ändamålsenliga verkan av artikel 234 EG försvagas om den nationella domstolen var förhindrad att omedelbart tillämpa gemenskapsrätten i enlighet med domen i målet om förhandsavgörande.

99. Domstolen drog därav slutsatsen att varje bestämmelse i en nationell rättsordning eller varje lagstiftnings-, förvaltnings- eller domstolspraxis som kan medföra en försvagning av gemenskapsrättens verkan, på grund av att den domstol som är behörig att tillämpa denna rätt förvägras möjligheten att vid tillämpningstillfället göra allt som erfordras för att underlåta att tillämpa nationella lagbestämmelser vilka, även temporärt, kan hindra gemenskapsreglernas fulla verkan, är oförenlig med de krav som följer av gemenskapsrättens karaktär. [30]

100. I domen i målet Factortame m.fl. [31] slog domstolen dessutom fast att kraven på effektivitet och en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten gav den nationella domstolen behörighet att inställa tillämpningen av en nationell bestämmelse som anses vara oförenlig med gemenskapsrätten, för att tillfälligt garantera de rättigheter som följer av fördraget, trots att detta inte var möjligt enligt den nationella lagstiftningen.

101. Det är uppenbart att en enhetlig och effektiv tillämpning av gemenskapsrätten och följaktligen principen om gemenskapsrättens företräde kan äventyras om en nationell bestämmelse som strider mot en direkt tillämplig gemenskapsrättsbestämmelse får fortsätta att tillämpas.

102. Det ska i detta avseende erinras om att ”den makt som utövas genom gemenskapsrätten” enligt domen i målet Costa [32] ”inte [kan] variera från en stat till en annan på grund av senare nationell lagstiftning utan att vare sig äventyra förverkligandet av fördragsmål … eller leda till en diskriminering som är förbjuden enligt artikel [12 EG]”, vari föreskrivs att all diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden inom fördragets tillämpningsområde. [33]

103. Den omständigheten att den nationella domstolen tillämpar en bestämmelse i nationell lag trots att klaganden med fog har invänt att den inte är förenlig med gemenskapsrätten innebär att rätten till ett effektivt rättsmedel förvägras och den ändamålsenliga verkan av artikel 234 EG äventyras.

29 — Ibidem, punkt 17.

30 — *Ibidem*, punkterna 22 och 23.

31 — Dom av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Factortame m.fl. (REG 1990, s. I-2433; svensk specialutgåva, volym 10, s. 435).

32 — Dom av den du 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa (REG 1964, s. 1141).

33 — *Ibidem*, s. 1159.

104. Det bör erinras om att principen om ett effektivt domstolsskydd enligt fast rättspraxis utgör en av gemenskapsrättens allmänna principer. Den har sitt ursprung i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och har stadfästs i artiklarna 6 och 13 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna som undertecknades i Rom den 4 november 1950. Denna princip har dessutom bekräftats i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som proklamerades i Nice den 7 december 2000. [34]

105. Den ändamålsenliga verkan av artikel 234 EG tillsammans med den omedelbara verkan av de rättigheter som ges genom de fria rörligheterna syftar till att möjliggöra för en enskild att bestrida en medlemsstats lagstiftning och förhindra att den tillämpas på vederbörande om den strider mot en sådan bestämmelse i gemenskapsrätten som en grundläggande rätt till fri rörlighet.

106. Av domstolens rättspraxis avseende begränsning av den retroaktiva verkan av en dom i ett mål om förhandsavgörande avseende tolkning följer att domstolen har varit angelägen om att förena ett upprätthållande av rättssäkerheten, vad avser tidigare förhållanden som har upprättats i god tro, med rätten till ett effektivt rättsmedel och har fastställt ett undantag från förbudet mot retroaktiv verkan av en dom till förmån för personer som före det datum då domen meddelas har väckt talan vid domstol eller framställt ett motsvarande anspråk.

107. Domstolen har tillämpat denna rättspraxis såväl i domar i mål om begäran om förhandsavgörande avseende tolkning [35] som inom ramen för begäran om förhandsavgörande där en gemenskapsrättsbestämmelse har ogiltigförklarats. [36]

34 — (EGT C 364, s. 1). Se domen i det ovannämnda målet Kadi och Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen, punkt 335 och där angiven rättspraxis.

35 — Se bland annat dom av den 4 maj 1999 i mål C-262/96, Sürül (REG 1999, s. I-2685), i vilken domstolen slog fast att den direkta effekten av artikel 3.1 i associeringsrådets beslut nr 3/80 av den 19 september 1980 om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas medlemsstaters system för social trygghet på turkiska arbetstagare och deras familjemedlemmar (EGT C 110, 1983, s. 60) inte kan åberopas till stöd för krav på förmåner som hänför sig till perioder före dagen för domen, på grund av osäkerhet beträffande bestämmelsens räckvidd och risken för att medlemsstaternas system för social trygghet störs, förutom vad gäller de personer som före detta datum har väckt talan vid domstol eller framställt ett motsvarande anspråk (punkterna 112 och 113).

36 — I punkterna 25–27 i dom av den 26 april 1994 i mål C-228/92, Roquette Frères (REG 1994, s. I-1445), anförde domstolen följande:
”Det ankommer på domstolen, när den använder sig av möjligheten att begränsa rättsverkan i tiden av ett förhandsavgörande genom vilket en gemenskapsförordning förklaras ogiltig, att besluta att det i den aktuella domen kan göras undantag från denna begränsning, till förmån för den part i målet vid den nationella domstolen som har väckt talan mot den nationella åtgärden för förordningens verkställande, eller – omvänt – att även denna part bara för framtiden skall kunna göra gällande rättsverkan av en förklaring om att förordningen är ogiltig (se dom av den 27 februari 1985 i mål 112/83, Société des produits de maïs SA mot Administration des douanes et droits indirects (REG 1985, s. 719, punkt 18; svensk specialutgåva, volym 8, s. 93)).
När det gäller parter som, i likhet med sökanden i målet vid den nationella domstolen, har väckt talan mot ett meddelande [om uppbörd av monetära utjämningsbelopp] som antagits på grundval av en ogiltig gemenskapsförordning medför en sådan begränsning av de tidigare verkningarna av ett förhandsavgörande genom vilket förordningen ogiltigförklaras att den talan som väckts mot det omtvistade meddelandet om uppbörd avvisas av den nationella domstolen, trots att den förordning på grundval av vilken meddelandet har antagits har ogiltigförklarats av domstolen i samma förfarande.
En ekonomisk aktör såsom sökanden i målet vid den nationella domstolen skulle således berövas sin rätt till ett effektivt rättsligt skydd i den händelse institutionerna skulle åsidosätta gemenskapsrättens legalitetsprincip, och den ändamålsenliga verkan av artikel [234 EG] skulle sättas på spel.”

108. En tillämpning i målet vid den nationella domstolen av den omtvistade förordningen på WW, vilket skulle innebära att dess talan ogillas, skulle beröva klaganden ett effektivt domstolsskydd avseende rättigheter som direkt tillerkänns enskilda genom bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster i EG-fördraget.

109. Den grundläggande rätten till ett effektivt domstolsskydd och principen om gemenskapsrättens företräde utgör således enligt min mening hinder mot möjligheten att införa ett undantag från den skyldighet som följer av domen i det ovannämnda målet Simmenthal, som svårligen kan övervinnas.

110. Även om det – efter en avvägning mellan det intresse som skyddas genom bestämmelsen i nationell lag och de rättigheter som tilldelas genom den gemenskapsrättsliga bestämmelsen, liknande den avvägning som domstolen gjorde, i domen i det ovannämnda målet Kadi och Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen, mellan skyddet för de grundläggande rättigheterna och kampen mot terrorismen – förefaller rimligt att göra ett sådant undantag är det, under de omständigheter som föreligger i förevarande mål, enligt min mening inte tillåtet av nedanstående skäl.

2. Övriga hinder i förevarande mål

111. Det finns enligt min mening två hinder mot att en nationell lagstiftning såsom den aktuella lagstiftningen ska kunna fortsätta att gälla trots att den strider mot gemenskapsrätten.

112. Det första hindret beror på att lagstiftningen enligt den hänskjutande domstolens antagande inte bidrar till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt. Lagstiftningen innebär med andra ord att de företag som anordnar sportvadhållning som är etablerade i andra medlemsstater inte får förmedla sina spel till konsumenter som är bosatta i delstaten NRW, men den skyddar inte konsumenter från den godkända aktörens mycket lockande inviter till att delta i sådana vadspel.

113. Argumentet att det är nödvändigt att upprätthålla den aktuella lagstiftningen för att det inte ska uppstå en lucka i lagstiftningen kan följaktligen inte godtas, eftersom den ovannämnda lagstiftningen i sig inte är ägnad att skydda konsumenter. Enligt den hänskjutande domstolens antagande utgör den endast en diskriminerande åtgärd eller åtminstone en protektionistisk åtgärd.

114. Det andra hindret beror på att den omtvistade lagstiftningen enligt samma antagande strider mot friheten att tillhandahålla tjänster enligt de kriterier som domstolen

fastslog i domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., som meddelades mer än 18 månader innan de i målet vid den nationella domstolen aktuella rättsakterna antogs.

115. Vid en tidsmässig begränsning av den retroaktiva tillämpningen av sina domar ser domstolen till att förena detta undantag från en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten med kravet på att gemenskapsrätten ska tolkas på ett enhetligt sätt i samtliga medlemsstater. Det framgår av fast rättspraxis att endast domstolen kan besluta om en sådan begränsning. [37]

116. Vidare, och det är denna andra punkt som är av betydelse här, kan rättsverkningarna i tiden endast begränsas till följd av den dom i vilken den gemenskapsrättsliga bestämmelsen tolkas. Domstolen har slagit fast att en sådan begränsning enligt fast rättspraxis endast kan tillåtas i den dom varigenom den begärda tolkningen meddelas. [38]

117. Detta villkor gäller av följande skäl. Rättsverkningarna i tiden av den begärda tolkningen som domstolen gör av en gemenskapsrättslig bestämmelse kan med nödvändighet endast fastställas vid ett enda tillfälle. I detta hänseende säkerställs, genom principen att en begränsning endast kan tillåtas i den dom varigenom den begärda tolkningen meddelas, att medlemsstaterna och de enskilda behandlas lika i förhållande till gemenskapsrätten, och därigenom uppfylls de krav som följer av rättssäkerhetsprincipen. [39]

118. När domstolen i en dom i ett mål om förhandsavgörande slår fast att dess tolkning av gemenskapsrätten följer av en av dess tidigare domar i vilken domstolen inte har begränsat rättsverkningarna av nämnda dom i tiden, antyder den att rättsverkningarna av den andra domen inte kan begränsas i tiden. [40]

119. Det skulle följaktligen strida mot domstolens rättspraxis i det ovannämnda målet Simmenthal att i förevarande mål fastställa att det kan göras undantag från ovannämnda rättspraxis. Detta skulle dessutom leda till att medlemsstaterna fritas från den skyldighet som följer av lojalitetsplikten enligt artikel 10 EG, att fortlöpande och snarast möjligt anpassa den nationella lagstiftningen i enlighet med EG-domstolens rättspraxis och inte vänta tills den nationella lagstiftningen ifrågasätts inom ramen för en begäran om förhandsavgörande eller ett fördragsbrottsförfarande.

37 — Dom av den 8 februari 1996 i mål C-212/94, FMC m.fl. (REG 1996, s. I-389), punkt 56. Enligt domstolen innebär det grundläggande kravet på en enhetlig och allmän tillämpning av gemenskapsrätten att det endast är domstolen som kan avgöra om dess tolkning ska underkastas tidsmässiga begränsningar (dom av den 27 mars 1980 i mål 61/79, Denkavit italiana, REG 1980, s. 1205, punkt 18; svensk specialutgåva, volym 5, s. 149).

38 — Dom av den 6 mars 2007 i mål C-292/04, Meilicke m.fl. (REG 2007, s. I-1835), punkt 36 och där angiven rättspraxis.

39 — *Ibidem*, punkt 37.

40 — *Ibidem*, punkterna 38–41.

120. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska svara den hänskjutande domstolen enligt följande. En nationell domstol kan inte undantagsvis fortsätta att tillämpa en nationell bestämmelse om sportvadhållning under en övergångsperiod, om bestämmelsen utgör en oberättigad inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, av det skälet att den inte bidrar till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt.

121. Eftersom jag föreslår att frågan huruvida det kan göras ett undantag från den skyldighet som följer av domen i det ovannämnda målet Simmenthal ska besvaras nekande, är det inte nödvändigt att undersöka den andra tolkningsfrågan avseende villkoren för ett sådant undantag.

V – Förslag till avgörande

122. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som Verwaltungsgericht Köln har ställt på följande sätt:

”En medlemsstats lagstiftning, enligt vilken tillhandahållandet av sportvadhållning begränsas i syfte att försvara intressen som avses i EG-fördraget eller som anses vara legitima enligt domstolens rättspraxis, ska ge uttryck för sina målsättningar på ett sammanhängande och systematiskt sätt, för att anses vara förenlig med gemenskapsrätten.

Det ankommer på den nationella domstolen att, med hänsyn till det stora utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har i detta avseende, undersöka om nämnda villkor är uppfyllt genom att beakta samtliga målsättningar med den aktuella lagstiftningen och bedöma dess konkreta verkningar på konsumenterna.

Den hänskjutande domstolen kan även i förekommande fall få vägledning av den kommande domen i de ovannämnda förenade målen Stoß m.fl. (målen C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07).

En nationell domstol kan inte undantagsvis fortsätta att tillämpa en nationell bestämmelse om sportvadhållning under en övergångsperiod om bestämmelsen utgör en oberättigad inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, av det skälet att den inte bidrar till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt.”