FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 16. maj 2006 [1]

I — Indledning

1. »Rien ne va plus«. Domstolen kan ikke længere komme uden om at foretage en dyberegående undersøgelse af indvirkningerne af de grundlæggende frihedsrettigheder, som er sikret ved EF-traktaten, på spillesektoren.

2. Det er tredje gang, Domstolen skal tage stilling til dette spørgsmål i forbindelse med de italienske regler. Første gang var efter anmodning fra Consiglio di Stato, og Domstolen fastslog ved denne lejlighed i dom af 21. oktober 1999, Zenatti [2], at EF-traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser ikke er til hinder for en lovgivning som den italienske, der forbeholder visse organer ret til at afholde væddemål om sportsbegivenheder, såfremt denne lovgivning er begrundet i socialpolitiske målsætninger om at begrænse de skadelige virkninger af sådanne aktiviteter, og såfremt de restriktioner, som den indebærer, er forholdsmæssige i forhold til målene.

3. Domstolens udtalelser i denne dom afklarede ikke de tvivlsspørgsmål, som den retlige ordning i Italien gav anledning til, og der blev derfor foretaget endnu en præjudiciel forelæggelse, denne gang af Tribunale di Ascoli Piceno, som ud over den frie udveksling af tjenesteydelser også vedrørte etableringsfriheden. I dommen af 6. november 2003, Gambelli m.fl. [3], nuancerede Domstolen sin tidligere afgørelse, idet den udtalte, at »en national lovgivning, der — under trussel om straf — indeholder et forbud mod udøvelse af virksomhed med indsamling, modtagelse, registrering og videresendelse af tilbud om væddemål, navnlig vedrørende sportsbegivenheder, uden en koncession eller tilladelse, der er udstedt af den pågældende medlemsstat, udgør en restriktion for etableringsfriheden og for den frie udveksling af tjenesteydelser i medfør af artikel 43 EF, henholdsvis artikel 49 EF«, og at det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om den nationale lovgivning under hensyn til den måde, hvorpå den konkret gennemføres, er begrundet, og om de restriktioner, som den medfører, ikke virker uforholdsmæssige i forhold til dens mål.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Sag C-67/98, Sml. I, s. 7289.

3 — Sag C-243/01, Sml. I, s. 13031.

4. De præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af Tribunale di Larino og Tribunale di Teramo, giver Domstolen lejlighed til at præcisere sin praksis, henset til at Corte suprema di cassazione (højesteret) har anset den pågældende ordning for at være forenelig med fællesskabsbestemmelserne og med omstændighederne i forbindelse med tildeling af koncessioner på afholdelse af væddemål i Italien.

5. I denne forbindelse kan jeg, henset til indholdet af de nævnte domme og generaladvokaternes forslag til afgørelse uden at afstå fra at citere præcist fra disse, tillade mig at undlade visse detaljer og i stedet fokusere på de endnu uløste problemer og på de nye, selvstændige spørgsmål, som siden er opstået.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

6. Fællesskabets virke indebærer, med de opstillede mål for øje, ifølge artikel 3, litra c), EF »oprettelse af et indre marked ved fjernelse af hindringerne for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem medlemsstaterne«. De tre sidstnævnte områder er reguleret i traktatens tredje del, afsnit III, hvor kapitel 2 og 3 omhandler henholdsvis »Etableringsretten« og »Tjenesteydelser«.

1. Etableringsretten

7. Indholdet af dette princip er angivet i artikel 43 EF:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 48 anførte betydning, på de vilkår, som i etablerings-

landets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

8. Artikel 46, stk. 1, EF fastsætter en række undtagelser:

»1. Bestemmelserne i dette kapitel og de forholdsregler, der træffes i medfør heraf, udelukker ikke anvendelse af love eller administrativt fastsatte bestemmelser, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

[...]«

9. I artikel 48 EF ligestilles juridiske personer med fysiske personer med henblik på udøvelsen af etableringsretten:

»Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje.«

2. Den frie udveksling af tjenesteydelser

10. Det almindelige princip er opstillet i artikel 49 EF:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.

[...]«

11. Hertil kommer bestemmelserne i artikel 50 EF:

»Som tjenesteydelser i denne traktats forstand betragtes de ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer.

Tjenesteydelserne omfatter især:

a) virksomhed af industriel karakter

b) virksomhed af handelsmæssig karakter

c) virksomhed af håndværksmæssig karakter

d) de liberale erhvervs virksomhed.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet om etableringsretten kan tjenesteyderen midlertidigt udøve sin virksomhed i det land, hvor ydelsen præsteres, på samme vilkår, som det pågældende land fastsætter for sine egne statsborgere.«

12. I artikel 55 EF henvises der til en række bestemmelser om etableringsretten:

»Bestemmelserne i artiklerne 45-48 finder anvendelse på det i dette kapitel omhandlede sagsområde.«

B — *De italienske bestemmelser*

13. De relevante nationale bestemmelser er i vidt omfang sammenfaldende med dem, som

blev undersøgt i Gambelli m.fl.-sagen, men bør gentages her i ajourført udgave.

a) Koncessioner

15. Hasardspil kontrolleres af staten gennem Ministero dell'Economia e delle Finanze (Økonomi- og Finansministeriet), som herved benytter Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (selvstændigt organ, som administrerer statslige monopoler, herefter »AAMS«) [6].

1. Koncessioner og tilladelser til at drive spillevirksomhed

16. Der gælder dog to undtagelser til denne statslige eneret til fordel for Comitato olimpico nazionale italiano (den italienske nationale olympiske komité, herefter »CONI«) og Unione italiana per l'incremento delle razze equine (den italienske sammenslutning til hesteavlens fremme, herefter »UNIRE«) [7], som har ret til at organisere væddemål [8] og overlade administrationen heraf til tredjemænd inden for deres respektive kontrolområder [9].

14. Artikel 88 i Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (konsolideret lovtekst vedrørende lovene om offentlig sikkerhed, herefter »TULPS«) [4], som affattet ved artikel 37, stk. 4, i Legge finanziaria (finansloven) for 2001 [5], bestemmer, at tilladelse til at afholde væddemål udelukkende gives til koncessionshavere eller til dem, der har fået tilladelse hertil fra et ministerium eller et andet organ, som loven forbeholder ret til at afholde væddemål. Personer, som ønsker at drive væddemålsvirksomhed, skal således have en koncession og en tilladelse, som i TULPS benævnes en »polititilladelse«.

17. For tildeling af koncessioner fra disse organer gælder specifikke regler, som i tidens

4 — Godkendt ved kongeligt dekret nr. 773 af 18.6.1931 (GURI nr. 146 af 26.6.1931).

5 — Lov nr. 388 af 23.12.2000 (GURI nr. 302 af 29.12.2000, almindeligt tillæg nr. 219). Teksten i Gambelli m.fl.-dommens præmis 7 tager ikke højde for ændringen; denne nævnes i præmis 8, som om der var tale om en anden bestemmelse.

6 — Artikel 1 i dekret fra republikkens præsident nr. 33 af 24.1.2002 (GURI nr. 63 af 15.3.2002) og artikel 4 i lovdekret nr. 138 af 8.7.2002 (GURI nr. 158 af 8.7.2002), nu lov nr. 178 af 8.8.2002 (GURI nr. 187 af 10.8.2002).

7 — G. Rossi, »Il mercato unico europeo e il monopolio dei CONI sui giuochi e concorsi pronostici connessi alle manifestazioni sportive«, *Rivista di diritto sportivo*, 1992, s. 229 ff.

8 — Artikel 6 i lovdekret nr. 496 af 14.4.1948 (GURI nr. 118 af 22.5.1948).

9 — Jf. for så vidt angår CONI artikel 3, stk. 229, i lov nr. 549 af 28.12.1995 (GURI nr. 302 af 2.11.1995) og for så vidt angår UNIRE artikel 3, stk. 78, i lov nr. 662 af 23.12.1996 (GURI nr. 303 af 28.12.1996).

løb er blevet ændret. I begyndelsen afhang udvælgelsen af koncessionshavere af gennemsigtigheden af den pågældende ansøgers aktionærkreds, hvilket indebar forskellige begrænsninger for kapitalselskaber, idet de stemmeberettigede aktier skulle være udstedt som navneaktier til fysiske personer, interessentskaber eller kommanditselskaber, og ikke kunne overdrages ved endossement [10]. Børsnoterede selskaber kunne derfor ikke deltage i udbuddene.

18. På nuværende tidspunkt følger det af artikel 22, stk. 11, i finansloven for 2003 [11], at enhver juridisk person kan deltage i udbudsrunderne, uden begrænsninger vedrørende selskabsformen.

b) Polititilladelser

19. For udøvelse af spillevirksomhed kræves, foruden koncessionen, en tilladelse (TULPS's artikel 88). Denne tilladelse kan inddrages, og den udstedes ikke til personer, som er idømt bestemte former for straf eller har begået visse lovovertrædelser, f.eks. vedrørende den offentlige moral og sædelighed eller overtrædelser af bestemmelserne om hasardspil (TULPS's artikel 11 og 14).

20. Efter udstedelsen af tilladelsen skal indehaveren af denne på ethvert tidspunkt give ordensmagten adgang til de lokaler, hvor den autoriserede spillevirksomhed udøves (TULPS's artikel 16).

2. Sanktioner

21. Lov nr. 401 af 13. december 1989 om indgreb over for uautoriseret afholdelse af spil og væddemål og om korrekt gennemførelse af sportskampe (herefter »lov nr. 401/89«) [12] kriminaliserer visse former for adfærd.

22. I henhold til artikel 4 straffes den, der uberettiget foranstalter afholdelse af lotterier

10 — Artikel 2, stk. 1, litra a), og artikel 2, stk. 6, i Finansministeriets dekret nr. 174 af 2.6.1998 (GURI nr. 129 af 5.6.1998) (CONI) og artikel 2, stk. 1, litra a), og artikel 2, stk. 8, i dekret fra republikkens præsident nr. 169 af 8.4.1998 (GURI nr. 125 af 1.6.1998) (UNIRE).

11 — Lov nr. 289 af 27.12.2002 (GURI nr. 305 af 31.12.2002, almindeligt tillæg nr. 240).

12 — GURI nr. 294 af 18.12.1989.

eller væddemål, som er forbeholdt staten eller koncessionerede organer, eller som vedrører sportsbegivenheder, der arrangeres af CONI eller UNIRE, med frihedsberøvelse fra seks måneder til tre år; er der tale om andre konkurrencer, kan den pågældende straffes med frihedsberøvelse fra tre måneder til et år og bøde (stk. 1). Endvidere kan den, der reklamerer for de nævnte spil, straffes med fængsel i indtil tre måneder og bøde (stk. 2), og den, der deltager i sådanne spil, med enten den ene eller den anden af de to sidstnævnte sanktioner (stk. 3).

23. Ved artikel 4, stk. 4a og 4b [13], er de strafferetlige sanktioner blevet udvidet til også at gælde for den, der uden den tilladelse, der kræves ifølge artikel 88 i TULPS, modtager eller indsamler, henholdsvis medvirker til at modtage eller indsamle væddemål af enhver art, som foretages i Italien eller i udlandet, herunder pr. telefon eller over internettet (stk. 4a), og den, der tager imod indsatser i lotto eller andre væddemål på samme måder uden at have tilladelse hertil (stk. 4b).

13 — Indføjet ved artikel 37, stk. 5, i lov nr. 388/00. I præmis 9 i dommen i sagen Gambelli m.fl. tales der om »artikel« 4a og 4b, men der er i virkeligheden tale om to stykker i artikel 4.

III — Baggrunden: dommen i sagen Gambelli m.fl. og Corte suprema di cassaziones reaktion

24. Som anført indledningsvis i dette forslag til afgørelse er Domstolen allerede tidligere blevet forelagt spørgsmål vedrørende det grænseoverskridende aspekt ved hasardspil. Foruden dommen i sagen Gambelli m.fl. og Zenatti-dommen skal nævnes Schindler-dommen [14] og dommen i sagen Läärä m.fl. [15], selv om disse domme, med undtagelse af den førstnævnte, navnlig vedrørte den frie udveksling af tjenesteydelser [16].

25. Baggrunden for sagen vedrørende Schindler-brødrene var totalforbuddet mod lotterier i Det Forenede Kongerige. Sagen Läärä m.fl. drejede sig om den finske ordning vedrørende spilleautomater. Endelig vedrørte Zenatti-sagen italienske agenturers organisering af væddemål på vegne af et selskab i en

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

15 — Dom af 21.9.1999, sag C-124/97, Sml. I, s. 6067.

16 — Domstolen har også undersøgt andre områder: Dommen af 11.9.2003 i sagen Anomar m.fl. (sag C-6/01, Sml. I, s. 8621) vedrørte forlystelsesautomater, og dommen af 13.11.2003 i Lindman-sagen (sag C-42/02, Sml. I, s. 13519) vedrørte beskatningen af gevinster i Finland. I den verserende sag C-89/05, United Utilities, har House of Lords (Det Forenede Kongerige) forelagt følgende spørgsmål: »Finder fritagelsen for væddemål i artikel 13, punkt B, litra f), i Rådets sjette direktiv af 17. maj 1977 (direktiv 77/388/EØF) [vedrørende væddemål, lotterier og andre former for hasardspil eller spil om penge] anvendelse, når en person (»den befuldmægtigede«) leverer tjenesteydelser på vegne af en anden person (»fuldmagtsgiveren«) [...]«.

anden medlemsstat. Sidstnævnte sag havde mange træk til fælles med sagen Gambelli m.fl., som på mange punkter ligner den foreliggende sag, især hvad angår de faktiske omstændigheder og de fællesskabsretlige og nationale bestemmelser.

26. Det skal derfor undersøges, hvad der har foranlediget de nationale retter til at forelægge de præjudicielle spørgsmål i sagen her, og der skal i denne forbindelse redegøres for dommen i sagen Gambelli m.fl. og for den måde, hvorpå Corte suprema di cassazione har anvendt kriterierne i denne dom.

A — *Dommen i sagen Gambelli m.fl.*

27. Piergiorgio Gambelli og 137 andre personer var under en straffesag blevet tiltalt for ulovligt at have afholdt uautoriserede pengespil og for at drive lokaler, hvor der uden tilladelse blev afviklet væddemål ved hjælp af en britisk bookmaker.

28. Tribunale di Ascoli Piceno fandt det tvivlsomt, om de italienske straffebestemmelser, som den skulle anvende, var forenelige med artikel 43 EF og 49 EF og forelagde Domstolen spørgsmålet herom [17].

29. I dommen redegjorde Domstolen først for de indlæg, der var indgivet (præmis 25-43), hvorefter den undersøgte sagen fra to synsvinkler, nemlig først i lyset af etableringsretten (præmis 44-49) og dernæst i lyset af den frie udveksling af tjenesteydelser (præmis 50-58) [18].

30. Ved undersøgelsen af sagen fra den første synsvinkel lod Domstolen udgangspunktet være den situation, at et selskab i Det Forenede Kongerige drev virksomhed i Italien ved mellemkomst af italienske agenturer (præmis 46), idet det ikke kunne drive sin virksomhed direkte, fordi der efter den nationale lovgivning ikke kunne gives koncessioner til kapitalselskaber, der var børs-

17 — Spørgsmålet var følgende: »Er en national lovgivning som den italienske, der i artikel 4, stk. 1 ff., artikel 4a og artikel 4b i lov nr. 401/89 (senest ændret ved artikel 37, stk. 5, i lov nr. 388 af 23.12.2000) indeholder strafsanktionerede forbud mod, at en person hvorsomhelst udøver virksomhed med indsamling, modtagelse, registrering og videresendelse af tilbud om væddemål, navnlig vedrørende sportsbegivenheder, uden en koncession eller tilladelse som foreskrevet i national ret, uforenelig (med de deraf følgende retsvirkninger i det nationale retssystem) med EF-traktatens artikel 43 ff. og artikel 49 ff. vedrørende etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser over grænserne?«

18 — Generaladvokat Alber gav i sit forslag til afgørelse udtryk for den opfattelse, at dataoverførselscentrene ikke var det britiske firmas sekundære etableringer, men at disse centres virksomhed fandt sted som led i den frie udveksling af tjenesteydelser (punkt 87), og han foreslog derfor at begrænse besvarelsen til kun at omfatte den frie udveksling af tjenesteydelser.

noterede i andre medlemsstater (hvilket var tilfældet i sagen); dette udgjorde en restriktion for etableringsfriheden (præmis 48).

31. Ved undersøgelsen af sagen fra den anden synsvinkel gik Domstolen videre i analysen og konstaterede, at de italienske regler hindrede den frie udveksling af tjenesteydelser i tre henseender, nemlig a) for det britiske selskab, som modtog tilbud om væddemål fra Italien — en virksomhed, som Domstolen kvalificerede som en »tjenesteydelse« i artikel 50 EF's forstand (præmis 52), også selv om disse tilbud blev fremsendt via internettet (præmis 53 og 54), b) for de italienske borgere, som overførte indsatser og herved risikerede strafferetlige sanktioner (præmis 55-57), og endelig c) for mellemmændene, som også kunne straffes (præmis 58).

32. Som følge heraf fastslog Domstolen, at artikel 4 i lov nr. 401/89 hindrede etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser (præmis 59), og at det derfor måtte undersøges, om de pågældende restriktioner kunne tillades i henhold til en af undtagelserne i artikel 45 EF og 46 EF eller kunne begrundes i tvingende almene hensyn (præmis 60).

33. Ingen af disse to undtagelser omfatter tab af skatteindtægter (præmis 61) eller finansiering af sociale aktiviteter via en afgift på spilleindtægter, som skal »være en ekstra fordel« (præmis 62).

34. Restriktionerne skal opfylde de betingelser, der fremgår af Domstolens praksis (præmis 64). Domstolen opregnede disse i dommen (præmis 65) og fastslog herefter, at det påhvilede den nationale ret at afgøre, om betingelserne var opfyldt i den foreliggende sag. Domstolen opstillede nogle parametre for den nationale rets bedømmelse [19], som omfattede følgende krav:

— Restriktionerne skal være begrundet i tvingende almene hensyn, såsom »beskyttelse af forbrugerne«, »forebyggelse af bedrageri« og fjernelse af incitamenter til »overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed« eller forebyggelse af »forstyrrelser af samfundsordenen«, idet de vedtagne foranstaltninger »på en sammenhængende og systematisk måde skal medvirke til at

19 — I Zenatti-dommen fastslog Domstolen med en lignende formulering (i præmis 37), at det tilkom den forelæggende ret at afgøre, om den nationale lovgivning var berettiget, og om de restriktioner, som den pålagde, ikke virkede uforholdsmæssige i forhold til målene. Generaladvokat Alber anførte i sit forslag til afgørelse i sagen Gambelli m.fl., at det hidtil er blevet overladt til de nationale retter at foretage undersøgelsen heraf, men at opgaven »åbenbart volder dem vanskeligheder« (punkt 116).

begrænse væddemålsvirksomhed« (præmis 67). Når en stat forfølger en politik, hvorefter væddemålsvirksomhed udvides kraftigt med henblik på at drage økonomisk fordel heraf, kan den derfor »ikke påberåbe sig, at hensynet til den offentlige orden gør det nødvendigt at reducere spillemulighederne« (præmis 68 og 69) [20].

— Restriktionerne skal finde anvendelse på samme måde og ud fra ens kriterier på alle erhvervsdrivende (præmis 70), og kriteriet om, at der ikke må udøves forskelsbehandling, er ikke overholdt, hvis de pågældende betingelser lettere kan opfyldes af italienske erhvervsdrivende (præmis 71).

— Restriktionerne må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det formål, der forfølges. Den straf, der pålægges de personer, der indgår væddemålene (præmis 72), og de mellemmænd, der medvirker ved udvekslingen af tjenesteydelser, som leveres af en bookmaker, der er etableret i en anden medlemsstat (præmis 73), må ikke være uforholdsmæssig, og der skal ligeledes være forholdsmæssighed i mulighederne for kapitalselskaber, der er noteret på andre medlemsstaters officielle børser, for at opnå koncession til at administrere væddemål (præmis 74).

20 — Det bemærkes, at selv om Domstolen overlod det til den nationale ret at afgøre, om de betingelser, der fremgår af retspraksis, var opfyldt i hovedsagen, tillod den sig dog at give udtryk for sin egen opfattelse vedrørende dette spørgsmål.

B — *Corte suprema di cassaziones reaktion*

35. Nogle måneder efter afsigelsen af dommen i sagen Gambelli m.fl. fik Corte suprema di cassazione lejlighed til at anvende de retningslinjer, som er opstillet i dommen, i en appelsag anlagt af Pubblico ministero (anklagemyndigheden) til prøvelse af en kendelse afsagt af Tribunale di Prato den 15. juli 2003. Denne ret havde i en straffesag mod Mario Gesualdi m.fl. vedrørende en lovovertrædelse i artikel 4, stk. 4a, i lov nr. 401/89 ophævet beslaglæggelser af de centre, som de tiltalte drev, idet den mente, at nævnte bestemmelse var i strid med fællesskabsretten [21].

36. Corte suprema di cassazione havde ved flere lejligheder fastslået, at de nationale regler var forenelige med fællesskabsbestemmelserne [22]. På grund af dommen i sagen Gambelli m.fl. blev Gesualdi-sagen — på anmodning af tredje afdeling, som havde fået den tildelt — behandlet af Sezioni unite penali (plenum i straffesager), som den

21 — Ifølge dommen fra Corte suprema di cassazione fordi Tribunale di Prato fandt, at den nationale lovgivning ikke var begrundet: For det første indeholdt den ingen garanti for beskyttelse af den offentlige orden, idet den i stedet for at begrænse spillemulighederne øgede antallet af indgåede væddemål og personer med tilladelse til at udøve denne virksomhed, og for det andet tog den heller ikke sigte på at øge den offentlige sikkerhed, idet den ikke omfattede foranstaltninger med henblik på at forhindre infiltration af kriminelle organisationer. Efter Tribunale di Pratos opfattelse var det alene statens økonomiske interesser, der lå til grund for disse restriktioner for de fællesskabsretlige frihedsrettigheder.

22 — Dom nr. 124 af 27.3.2000, Foglia, rv. 216223, dom nr. 7764 af 4.7.2000, Vicentini, rv. 216986, og dom nr. 36206 af 6.10.2001, Publiese, rv. 220112, alle afsagt af Sezione III (tredje afdeling).

26. april 2004 afsagde dom nr. 111/04 (herefter »Gesualdi-dommen«) [23].

37. Gesualdi-dommen stillede ikke spørgsmålstegn ved Domstolens betragtninger i dommen i sagen Gambelli m.fl., som var i tråd med fast retspraksis (præmis 11.1). Retten påpegede dog to fornyelser, nemlig for det første vedrørende etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med hasardspil, og for det andet vedrørende den omstændighed, at artikel 4 i lov nr. 401/89 udtrykkeligt blev anset for at udgøre en restriktion for disse frihedsrettigheder (præmis 11.2.3).

38. Med henvisning til, at den italienske lovgiver i mange år havde ført en ekspansiv politik på området med henblik på at øge statens indtægter, blev det i dommen dernæst fastslået, at en sådan politik var i overensstemmelse med det hensyn til den offentlige orden og sikkerhed, som begrunder hindringer for de fællesskabsretlige frihedsrettigheder, idet bestemmelserne vedrørende spil ikke tager sigte på at begrænse udbud og efterspørgsel, men på at lede udbud og efterspørgsel ind i kontrollerede baner for at undgå kriminalitet (præmis 11.2.3).

39. Corte suprema di cassazione afviste i denne forbindelse det argument, at den britiske bookmaker allerede var under tilsyn i en medlemsstat, med den begrundelse, at den tilladelse, der var udstedt af denne medlemsstat, havde territorial karakter, og at en koncessionsordning for væddemål ikke havde været drøftet på fællesskabsplan (præmis 11.2.4).

40. Corte suprema di cassazione anførte endvidere, at den italienske ordning hviler på to søjler, nemlig koncessioner og tilladelser. De almene hensyn, der begrunder begrænsningerne for koncessioner, er — i hvert fald delvist — åbenbare. De hensyn, som gør sig gældende i forbindelse med tilladelser, afspejles ved forskellige subjektive betingelser vedrørende forebyggende kontrol og løbende tilsyn for at bekæmpe kriminalitet i form af bedrageri, hvidvaskning af penge og åger (præmis 11.2.5).

41. Ved bedømmelsen af restriktionernes formålstjenlighed og forholdsmæssighed blev der i Gesualdi-dommen sondret mellem bevillingerne og de strafferetlige sanktioner, idet det blev bemærket, at det ikke tilkom retten at træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet om sanktionernes hensigtsmæssighed eller størrelsen heraf (præmis 12).

23 — Dommen er vedlagt som bilag 6 til Massimiliano Placanicas indlæg og findes på http://www.ictlex.net/index.php/2004/04/26/cass-su-sent-11104/.

42. Corte suprema di cassazione afviste ligeledes, at de nationale bestemmelser var udtryk for forskelsbehandling, idet de bestemmelser, som sikrer gennemsigtighed i koncessionshavernes aktionærkreds, både berører italienske og udenlandske koncessionshavere. Desuden har alle kapitalselskaber fra den 1. januar 2004 kunnet deltage i udbuddene, eftersom begrænsningerne på dette område er blevet ophævet (præmis 13).

43. Endelig fandt retten ikke argumentet vedrørende gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater og andre kvalifikationsbeviser som omhandlet i artikel 47 EF relevant (præmis 14).

44. På denne baggrund fastslog Corte suprema di cassazione, at artikel 4 i lov nr. 401/89, særlig artikel 4, stk. 4a, sammenholdt med TULPS's artikel 88, ikke var uforenelig med de fællesskabsretlige principper om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser (præmis 15) [24].

IV — De faktiske omstændigheder i hovedsagerne

45. Lighederne mellem Zenatti- og Gambelli m.fl.-sagen og de hovedsager, der ligger til grund for de præjudicielle spørgsmål, gør det nemmere at beskrive den faktiske baggrund, som kan opridses med nogle korte bemærkninger.

46. De såkaldte »dataoverførselscentre« drives i offentligt tilgængelige lokaler, hvor brugerne kan benytte forskelligt elektronisk udstyr, som giver adgang til udenlandske bookmakerfirmaers servere. I disse lokaler kan folk indgå væddemål, modtage bekræftelse herpå, indbetale indsats og — hvis de vinder — hæve gevinsten.

47. Disse virksomheder ledes af uafhængige erhvervsdrivende, som blot behandler tilbuddene om væddemål ved at fungere som mellemmænd i forholdet mellem privatpersoner og de bookmakere, som de har indgået kontrakter med [25].

24 — Consiglio di Stato har udtalt sig i samme retning i afgørelse af 1.3.2005 (N. 5203/2005, appel NRG. 4587/2004) og af 14.6.2005 (N. 5898/2005, appel NRG. 2715/1998).

25 — Ifølge Tribunale di Teramo modtog den tiltalte »til sit agentur — lister over sportsbegivenheder og odds vedrørende disse fra det engelske moderselskab, offentliggjorde dem, modtog indsatser fra privatpersoner og overførte de relevante oplysninger til nævnte selskab«.

48. Massimiliano Placanica, Christian Palazzese og Angelo Sorrichio driver lokaler af denne type for firmaet Stanley International Betting Ltd i Liverpool. Dette firma har tilladelse til at drive bookmakervirksomhed i Det Forenede Kongerige og i udlandet i henhold til en bevilling udstedt af myndighederne i Liverpool [26]. Firmaet har ikke opnået den seksårige tilladelse (med mulighed for forlængelse i yderligere seks år) til virksomhedsdrift i Italien. Firmaet forsøgte at opnå tilladelsen under udbudsrunden i Italien i 1999, men blev udelukket, fordi det var et børsnoteret kapitalselskab.

49. Anklagemyndigheden rejste ved Tribunale di Larino straffesag mod Massimiliano Placanica for overtrædelse af artikel 4, stk. 4a, i lov nr. 401/89, idet han i egenskab af eneste leder af selskabet Neo Service Srl blev tiltalt for uden bevilling over internettet at indsamle indsatser i væddemål vedrørende sportslige og ikke-sportslige begivenheder på vegne af Stanley International Betting Ltd.

50. En tilsvarende sag blev anlagt ved Tribunale di Teramo mod Christian Palazzese og Angelo Sorrichio, som også administrerede væddemål for det britiske selskab. Christian Palazzese og Angelo Sorrichio havde dog, før de påbegyndte deres virksomhed, ansøgt Questura (politikontoret) i Atri om tilladelser, men ikke modtaget svar.

V — De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

51. Tribunale di Larino har udsat sagen, fordi den er i tvivl om, hvorvidt koncessionssystemet kan begrundes i hensynet til at lede hasardspil ind i kontrollerede baner. Ved kendelse af 8. juli 2004, som har givet anledning til sag C-338/04, har den forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Anser EF-Domstolen artikel 4, stk. 4a, i lov nr. 401/89 for at være forenelig med principperne i artikel 43 EF ff. og artikel 49 EF om etableringsfriheden og den frie udveksling af grænseoverskridende tjenesteydelser i lyset af de forskellige fortolkninger, der fremgår af EF-Domstolens afgørelser (navnlig Gambelli-dommen) og Corte Suprema di cassazione, Sezioni Unite's afgø-

26 — Punkt 10 og 11 i generaladvokat Albers forslag til afgørelse i sagen Gambelli m.fl. og præmis 12-14 i dommen i samme sag indeholder en nærmere beskrivelse af dette firma og en redegørelse for, hvordan det driver virksomhed på det italienske marked.

relse i sag nr. 23271/04? Nærmere bestemt anmodes EF-Domstolen om at tage stilling til, om de straffebestemmelser, der henvises til i tiltalen mod Massimiliano Placanica, kan anvendes i Italien.«

52. Tribunale di Teramo har i to lignende kendelser af 23. juli 2004, som har givet anledning til sag C-359/04 og sag C-360/04, også udsat behandlingen af de respektive sager og, ud fra synsvinklen vedrørende betingelserne for at deltage i udbudsrunder med henblik på tildeling af koncession, forelagt følgende spørgsmål:

»Kan artikel 43, stk. 1, EF og artikel 49, stk. 1, EF fortolkes således, at medlemsstaterne midlertidigt (i en periode på 6 til 12 år) kan fravige principperne om etableringsfrihed og den frie udveksling af tjenesteydelser inden for Den Europæiske Union uden at tilsidesætte nævnte principper, ved at handle på følgende måde:

1) Ved at tildele visse personer bevillinger med henblik på udøvelse af en bestemt virksomhed med levering af tjenesteydelser, for en periode på 6 eller 12 år, på grundlag af regler, der udelukker visse (ikke-italienske) typer af konkurrenter fra udbudsproceduren

2) ved at ændre nævnte ordning efter senere at være blevet opmærksom på, at den ikke var forenelig med principperne i artikel 43 EF og 49 EF, således at de retssubjekter, der tidligere var udelukket, i fremtiden kan deltage

3) ved ikke at tilbagekalde bevillingerne tildelt i medfør af den tidligere ordning, der som nævnt var i strid med principperne om etableringsfrihed og den frie udveksling af tjenesteydelser, eller iværksætte en ny udbudsrunde i overensstemmelse med de nye regler, som nu er i overensstemmelse med ovennævnte principper, og

4) ved derimod at fortsætte retsforfølgelsen af enhver, der udfører bookmakervirksomhed sammen med en anden erhvervsdrivende, som — til trods for, at sidstnævnte har tilladelse til at udføre sådan virksomhed i oprindelsesmedlemsstaten — var udelukket fra udbudsproceduren, netop fordi de tidligere gældende regler, der senere er blevet ophævet, indebar, at vedkommende var udelukket fra at deltage?«

53. Domstolens præsident besluttede ved kendelse af 14. oktober 2004 at forene sag C-359/04 og sag C-360/04 og ved kendelse af 27. januar 2006 at forene disse med sag C-338/04 [27].

54. I sag C-338/04 har Massimiliano Placanica, den belgiske, den tyske, den spanske, den franske, den italienske, den østrigske, den portugisiske og den finske regering samt Kommissionen indgivet skriftlige indlæg inden for den frist, der er fastsat i artikel 23 i Domstolens statut. I sag C-359/04 og sag C-360/04 har Christian Palazzese, Angelo Sorrichio, den spanske, den italienske, den østrigske og den portugisiske regering samt Kommissionen indgivet skriftlige indlæg.

55. Under retsmødet den 7. marts 2006 fremsatte repræsentanterne for Massimiliano Placanica, Christian Palazzese og Angelo Sorrichio og de befuldmægtigede for den belgiske, den spanske, den franske, den italienske og den portugisiske regering samt Kommissionens repræsentant mundtlige indlæg.

56. For Domstolen verserer desuden sag C-260/04, som Kommissionen har anlagt mod Den Italienske Republik med påstand om traktatbrud. Denne sag vedrører ordningen for udstedelse af koncessioner til indsamling og modtagelse af hestevæddemål [28].

VI — Formaliteten vedrørende de præjudicielle spørgsmål

A — *Meningen med de præjudicielle spørgsmål*

57. De sager, der indbragt for de to forelæggende retter har samme udgangspunkt, nemlig en straffesag, hvorunder der er rejst tiltale for formidling af væddemål uden koncession eller tilladelse, og samme mål, nemlig en afklaring af tvivlen vedrørende de nationale bestemmelsers forenelighed med principperne om etableringsfrihed og den frie udveksling af tjenesteydelser, men deres ræsonnement går i forskellige retninger.

58. Tribunale di Larino er ikke enig i, at Corte suprema di cassazione har anvendt retspraksis ifølge dommen i sagen Gambelli

27 — Andre italienske domstole har forelagt lignende sager (sag C-395/05, D'Antonio m.fl., sag C-397/05, Di Maggio og Buccola, og sag C-466/05, Damonte), som vil blive behandlet, når afgørelsen i sagen her foreligger.

28 — EUT 2004 C 217, s. 14.

m.fl. korrekt, da den ikke synes overbevist om, at de nationale bestemmelser har til formål at kontrollere den offentlige orden og forhindrer forskelsbehandling af erhvervsdrivende fra andre medlemsstater.

59. Tribunale di Teramo lægger vægt på de omstændigheder, som indebærer, at den bookmaker, på hvis vegne de tiltalte drev virksomhed, ikke har kunnet opnå en tilladelse, før de i 1999 udstedte bevillinger udløb. For så vidt som denne periode udgør en »midlertidig fravigelse« af fællesskabsbestemmelserne om de grundlæggende frihedsrettigheder, er retten i tvivl om lovligheden heraf.

60. Disse præciseringer letter undersøgelsen af de spørgsmål, som er opstået med hensyn til de aspekter, som ikke vedrører realiteten af de præjudicielle forelæggelser.

B — *Indledende bemærkninger*

61. Med undtagelse af den belgiske regering er alle de regeringer, som har indgivet indlæg i sag C-338/04, af den opfattelse, at det præjudicielle spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, om end af forskellige årsager. De befuldmægtigede for den portugisiske og den finske regering mener ikke, at kendelsen giver tilstrækkelige oplysninger til, at spørgsmålet kan besvares. Repræsentanterne for den tyske, den spanske, den franske og den italienske regering er af den opfattelse, at spørgsmålet vedrører fortolkningen af national ret og ikke af fællesskabsretten. Den østrigske regering mener, at det forelagte spørgsmål skal afvises, fordi det er sammenfaldende med det spørgsmål, som blev besvaret i dommen i sagen Gambelli m.fl., og at der derfor bør afsiges en kendelse i henhold til procesreglementets artikel 104, stk. 3. Sidstnævnte løsning foreslås også subsidiært af den tyske, den italienske og den finske regering.

62. I sag C-359/04 og sag C-360/04 har den spanske og den italienske regering til støtte for deres afvisningspåstand fremført det samme argument som i sag C-338/04. Hvis dette ikke kan tiltrædes, foreslår den italienske regering ovennævnte fremgangsmåde med afsigelse af en kendelse i henhold til procesreglementets artikel 104, stk. 3.

63. På denne baggrund skal det undersøges, om Domstolen bør antage de præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling.

C — *De fremførte formalitetsindsigelser*

1. De formelle krav til forelæggelseskendelsen

64. Domstolen har gentagne gange udtalt, at den er forpligtet til at træffe afgørelse vedrørende præjudicielle spørgsmål, men at dette dog ikke gælder, når den af den nationale ret ønskede fortolkning eller vurdering af en fællesskabsbestemmelses gyldighed savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en sagligt korrekt besvarelse [29].

65. Det må erindres, at det for at nå frem til en brugbar fortolkning er påkrævet, at den nationale ret giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i alt fald forklarer de faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål [30]. Den nationale ret skal redegøre for grundene til, at den har indledt den præjudicielle forelæggelsesprocedure, og i det mindste i et vist omfang angive begrundelsen for udvælgelsen af de fællesskabsbestemmelser, som den ønsker fortolket, og den forbindelse, som består mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning [31].

66. Formålet med disse krav er at sætte Domstolen i stand til at nå frem til en brugbar besvarelse [32] og at give medlemsstaternes regeringer samt andre berørte parter mulighed for at afgive indlæg i henhold til artikel 23 i Domstolens statut [33].

67. I denne sag opfylder forelæggelseskendelserne i tilstrækkeligt omfang de anførte betingelser, idet der heri redegøres for den faktiske og retlige baggrund for spørgsmålene. De relevante italienske bestemmelser gengives ganske vist ikke, men denne mangel kan der kompenseres for ved en henvisning til dommen i sagen Gambelli m.fl. Kendelserne peger desuden på kernen i problemet

29 — Dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59-61, af 5.6.1997, sag C-105/94, Celestini, Sml. I, s. 2971, præmis 22, af 7.9.1999, sag C-355/97, Beck og Bergdorf, Sml. I, s. 4977, præmis 22, af 13.7.2000, sag C-36/99, Idéal tourisme, Sml. I, s. 6049, præmis 20, af 19.2.2002, sag C-35/99, Arduino, Sml. I, s. 1529, præmis 24 og 25, af 22.5.2003, sag C-18/01, Korhonen m.fl., Sml. I, s. 5321, præmis 19 og 20, af 9.9.2003, sag C-137/00, Milk Marque og National Farmers' Union, Sml. I, s. 7975, præmis 37, af 25.3.2004, forenede sager C-480/00 — C-482/00, C-484/00, C-489/00 — C-491/00 og C-497/00 — C-499/00, Azienda Agricola Ettore Ribaldi m.fl., Sml. I, s. 2943, præmis 72, og af 10.11.2005, sag C-316/04, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, Sml. I, s. 9759, præmis 29 og 30.

30 — Kendelse af 8.10.2002, sag C-190/02, Viacom, Sml. I, s. 8287, præmis 15, samt dom af 17.2.2005, sag C-134/03, Viacom Outdoor, Sml. I. s. 1167, præmis 22, af 12.4.2005, sag C-145/03, Keller, Sml. I, s. 2529, præmis 29, og af 6.12.2005, forenede sager C-453/03, C-11/04, C-12/04 og C-194/04, ABNA m.fl., Sml. I, s. 10423, præmis 45.

31 — Viacom-kendelsen, præmis 16, samt dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 17, af 12.6.1986, forenede sager 98/85, 162/85 og 258/85, Bertini m.fl., Sml. s. 1885, præmis 6, af 17.5.1994, sag C-18/93, Corsica Ferries, Sml. I, s. 1783, præmis 14, af 8.6.2000, sag C-258/98, Carra m.fl., Sml. I, s. 4217, præmis 19, og af 21.1.2003, sag C-318/00, Bacardi-Martini og Cellier des Dauphins, Sml. I, s. 905, præmis 43.

32 — Dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90 — C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 6.

33 — Kendelse af 30.4.1998, forenede sager C-128/97 og C-137/97, Testa og Modesti, Sml. I, s. 2181, præmis 6, af 2.3.1999, sag C-422/98, Colonia Versicherung m.fl., Sml. I, s. 1279, præmis 5, af 11.5.1999, sag C-325/98, Anssens, Sml. I, s. 2969, præmis 8, og af 28.6.2000, sag C-116/00, Laguillaumie, Sml. I, s. 4979, præmis 15, Viacom-kendelsen, præmis 14, dom af 21.9.1999, sag C-67/96, Albany, Sml. I, s. 5751, præmis 40, og af 11.9.2003, sag C-207/01, Altair Chimica, Sml. I, s. 8875, præmis 25, og Keller-dommen, præmis 30.

ved at fokusere på uoverensstemmelsen mellem denne dom fra Domstolen og Corte suprema di cassaziones argumentation, og herved angives nærmere bestemt, hvorledes den ønskede fortolkning er relevant for den verserende sag.

69. Jeg mener ikke, at de forelagte spørgsmål skal afvises fra realitetsbehandling, selv om affattelsen af forelæggelseskendelsen fra Tribunale di Larino tilsyneladende støtter nævnte medlemsstaters opfattelse.

2. Anvendelsen af de nationale bestemmelser

68. Det følger af fast retspraksis, at det efter kompetencefordelingen mellem Domstolen og de nationale retter tilkommer den nationale ret at fortolke og anvende de nationale retsregler og herved tage stilling til spørgsmålet om deres rækkevidde og forenelighed med fællesskabsretten [34], idet dette dog ikke gælder i den særlige situation, hvor den nationale lovgiver ved reguleringen af rent interne forhold henviser til fællesskabsbestemmelserne [35].

70. Man skal nemlig blot bytte lidt om på ordenes rækkefølge for at omformulere spørgsmålet ud fra en fællesskabsretlig synsvinkel, således at det ikke længere drejer sig om en undersøgelse af, om artikel 4, stk. 4a, i lov nr. 401/89 er forenelig med artikel 43 EF og 49 EF — således som der ordret spørges i kendelsen — men om en analyse af betydningen af disse traktatbestemmelser med henblik på at forbinde dem med de nationale regler og med de omstændigheder, som ligger til grund for tvisten, selv om problemet (som vil blive undersøgt nedenfor) reelt hidrører fra en italiensk rets åbenbare uenighed med Corte suprema di cassazione.

71. Tribunale di Teramo henviser til ændringen af den gældende nationale ordning for tildeling af koncessioner til at drive væddemålsvirksomhed, som gør det muligt for kapitalselskaber at deltage i fremtidige udbudsrunder, når de tilladelser, der blev tildelt efter udbudsprocedurer, som sådanne selskaber var udelukket fra at deltage i, udløber. Disse forhold er af betydning i relation til de fællesskabsretlige frihedsrettigheder og er ikke behandlet i dommen i sagen Gambelli m.fl.

34 — Dom af 13.3.1986, sag 296/84, Sinatra, Sml. s. 1047, præmis 11, af 21.1.1993, sag C-188/91, Deutsche Shell, Sml. I, s. 363, præmis 27, af 7.12.1995, sag C-45/94, Ayuntamiento de Ceuta, Sml. I, s. 4385, præmis 26, af 26.9.1996, sag C-341/94, Allain, Sml. I, s. 4631, præmis 11, af 24.10.1996, sag C-435/93, Dietz, Sml. I, s. 5223, præmis 39, af 30.4.1998, sag C-136/95, Thibault, Sml. I, s. 2011, præmis 21, og af 19.1.2006, sag C-265/04, Bouanich, Sml. I, s. 923, præmis 51.

35 — Dom af 26.9.1985, sag 166/84, Thomasdünger, Sml. s. 3001, af 8.11.1990, sag C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Sml. I, s. 4003, af 24.1.1991, sag C-384/89, Tomatis og Fulchiron, Sml. I, s. 127, af 28.3.1995, sag C-346/93, Kleinwort Benson, Sml. I, s. 615, og af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloem, Sml. I, s. 4161. Jf. ligeledes dom af 17.3.2005, sag C-170/03, Feron, Sml. I, s. 2299. M.E. Bartoloni, »La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale »modellato« sulla normativa comunitaria«, *Il diritto dell'Unione europea*, årgang VI, nr. 2-3, 2001, s. 311-349.

72. Det påhviler desuden Fællesskabets retsinstanser at fremlægge alle hensigtsmæssige oplysninger vedrørende fællesskabsbestemmelserne med henblik på at lette bedømmelsen heraf i den omtvistede sag [36].

3. Afgørelse af det præjudicielle spørgsmål ved kendelse

73. Domstolen kan i medfør af procesreglementets artikel 104, stk. 3, af procesøkonomiske hensyn træffe afgørelse ved begrundet kendelse, såfremt et præjudicielt spørgsmål er identisk med et allerede afgjort spørgsmål, såfremt besvarelsen af et sådant spørgsmål klart kan udledes af retspraksis, eller såfremt det ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl.

74. Domstolen er tilbageholdende med at anvende denne mekanisme [37], eftersom den indebærer anvendelse af procedurer, som begrænser retten til kontradiktion. Domstolen afstår derfor fra at anvende den, hvis der er tvivl om, hvorvidt de nævnte betingelser er opfyldt.

75. Jeg har i dette forslag til afgørelse gjort opmærksom på visse lighedspunkter med Gambelli m.fl.-sagen, men konstateringen heraf er ikke tilstrækkelig til at begrunde en kendelse, hvorved den præjudicielle procedure afsluttes ved henvisning til tidligere afgørelser. De forelæggende retter anmoder ikke om at få oplyst noget, de allerede ved, men om en præcisering af dommen i sagen Gambelli m.fl., der jo fremkommer i kølvandet på Zenatti-dommen. De problemer, som de italienske retter står over for, vil forblive uløste, hvis Domstolen blot henviser til sin praksis [38].

D — *Domstolens kompetence*

76. Efter min opfattelse ligger det egentlige problem i at afgøre, om Domstolen har

36 — Dom af 30.4.1998, forenede sager C-37/96 og C-38/96, Sodiprem m.fl., Sml. I, s. 2039, præmis 22, og af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 48.

37 — Som eksempler på anvendelsen af procesreglementets artikel 104, stk. 3, kan nævnes kendelse af 26.5.2005, sag C-297/03, Sozialhilfeverband Rohrback, Sml. I, s. 4305, og af 13.12.2005, sag C-177/05, Guerrero Pecino, Sml. I, s. 10887, som er baseret på den omstændighed, at besvarelsen klart kunne udledes af retspraksis, kendelse af 14.7.2005, sag C-52/04, Personalrat der Feuerwehr Hamburg, Sml. I, s. 7111, og af 1.12.2005, sag C-447/04, Ostermann, Sml. I, s. 10407, hvor begrundelsen er, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl. Det andet kriterium, som nævnes i bestemmelsen — nemlig identitet med et allerede afgjort spørgsmål — er sjældent opfyldt, men som eksempel kan dog nævnes kendelse af 7.7.1998, forenede sager C-405/96 — C-408/96, Beton Express m.fl., Sml. I, s. 4253.

38 — I sjette del af Massimiliano Placanicas og Christian Palazzeses skriftlige indlæg og i anden del, niende afsnit, i Angelo Sorrichios skriftlige indlæg belyses de nationale retters uenighed vedrørende fortolkningen. I fodnote 27 har jeg nævnt andre præjudicielle forelæggelser, ligeledes fra italienske retter, som vil blive behandlet, når afgørelsen i denne sag foreligger.

kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål, når baggrunden for disse er underinstansernes uenighed i måden, hvorpå Corte suprema di cassazione har anvendt kriterierne i dommen i sagen Gambelli m.fl. [39]. Det skal med andre ord undersøges, om det hører med til Domstolens kompetence at bilægge de nationale retters uoverensstemmelser ved fortolkningen af fællesskabsbestemmelserne med henblik på at bedømme deres forenelighed med de nationale bestemmelser, når den allerede har skitseret de kriterier, der gælder for de pågældende spørgsmål.

77. Der er flere forhold, der taler for en benægtende besvarelse af dette spørgsmål. For det første tilkommer det inden for rammerne af den præjudicielle forelæggelse retten i medlemsstaten at fortolke den nationale regel, idet denne i en verserende sag bedst er i stand til at løse denne opgave i overensstemmelse med de retningslinjer for fortolkningen, som Domstolen har givet.

78. I overensstemmelse hermed fastslog Domstolen i dommen i sagen Gambelli m.fl. udtrykkeligt, at det tilkom de italienske retter at afgøre, om bestemmelserne i national ret var i overensstemmelse med de fællesskabsretlige frihedsrettigheder [40].

79. Såfremt de nationale retter når frem til forskellige eller modstridende resultater, tilkommer det for det andet deres egen retsorden at tilvejebringe midler til fastlæggelse af en ensartet holdning. En afgørelse fra en overordnet ret er herved bindende for underinstanserne, som ikke kan gå direkte til Fællesskabets retsinstanser, idet traktaten ikke hjemler mulighed for anlæggelse af direkte søgsmål til prøvelse af afgørelser truffet af de nationale retter, selv om disse, når de træffer afgørelse i sidste instans, anvender fællesskabsretten forkert [41].

80. Selv om den løsning, jeg peger på ovenfor, er forholdsvis enkel, giver den imidlertid anledning til væsentlige forbehold.

81. Når Domstolen overlader det til medlemsstaternes retter at bedømme de nationale bestemmelser i forhold til fællesskabsbestemmelserne, giver den for det første ikke afkald på sine egne beføjelser på området [42], men anvender de principper, der ligger til

39 — Tribunale di Teramo har nuanceret denne uenighed yderligere, idet den som allerede nævnt har tilføjet nye aspekter. Denne type konflikt er også beskrevet i den juridiske litteratur. Å.S. Botella, »La responsabilité du juge national«, *Revue trimestrielle de droit européen*, nr. 2, 2004, s. 307, nævner de eventuelle uoverensstemmelser mellem forskellige retsordener eller mellem retter inden for samme retsorden og giver et eksempel på dette fra Frankrig.

40 — Særlig præmis 66, 71, 73 og 75.

41 — Generaladvokat Léger bemærkede i sit forslag til afgørelse i Köbler-sagen (dom af 30.9.2003, sag C-224/01, Sml. I, s. 10239), at Domstolen i udtalelsen om Den Europæiske Union i 1975 tilkendegav, at det ville være hensigtsmæssigt at have en passende garanti i traktaten til beskyttelse af borgernes rettigheder i tilfælde, hvor de øverste retsinstanser tilsidesætter artikel 234 EF (fodnote 126).

42 — F. Ossenbühl, »Der Entwurf eines Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland — Verfassungs- und europarechtliche Fragen«, *Deutsches Verwaltungsblatt*, juli, 2003, s. 892, anfører, at selv om de nationale retter kan efterprøve rigtigheden af de argumenter, hvormed medlemsstaterne begrunder nationale restriktioner, og overholdelsen af proportionalitetsprincippet, har Domstolen ikke helt opgivet selv at foretage denne efterprøvelse, og det er således efter forfatterens opfattelse forkert at antage, at den har uddelegeret denne beføjelse.

grund for den præjudicielle procedure, idet den anerkender de fordele, som det nære kendskab til sagen indebærer, samtidig med at den endelige afgørelse af spørgsmålet fortsat ligger hos Domstolen. Domstolen har således anerkendt forelæggelsen af nye spørgsmål, såfremt den nationale ret havde vanskeligheder med hensyn til forståelsen eller anvendelsen af Domstolens dom, såfremt den forelagde Domstolen et særskilt retsspørgsmål, eller såfremt den fremførte nye synspunkter, på grundlag af hvilke Domstolen kunne tænkes at ville ændre sin besvarelse [43].

82. De samme principper må gælde, når vanskelighederne skyldes en dom, som er afsagt af en national overordnet ret, der anvender de retningslinjer, som Domstolen har givet.

83. Hvis de italienske retter ikke kunne forelægge Domstolen fortolkningsspørgsmål i sager som den foreliggende, ville eventuelle fejl kun kunne afhjælpes gennem et traktatbrudssøgsmål, således som det var tilfældet i dommen af 9. december 2003 i sagen Kommissionen mod Italien [44].

84. Denne fremgangsmåde medfører visse problemer: For det første overlades afvejningen af lovovertrædelsen og valget af det tidspunkt, hvor den skal forelægges Domstolen [45], til den, der har søgsmålsret, selv om de nationale retter befinder sig i en perfekt situation med henblik på afgørelsen heraf. For det andet indebærer denne mekanisme, at den lovgivende og den udøvende magt under traktatbrudssøgsmålets administrative procedure og i forbindelse med Kommissionens åbningsskrivelser får forrang i forhold til den dømmende magt, hvilket risikerer at bringe den dømmende myndigheds uafhængighed i fare. For det tredje fører denne løsning til en overvejelse om indholdet og konsekvenserne af, at det fastslås, at der foreligger traktatbrud: den nævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien er nemlig delvist begrundet i, at der i national ret fandtes en bestemmelse, som tillod en fortolkning, der var i modstrid med fællesskabsånden.

85. Det må heller ikke glemmes, at borgere kan fremsætte anmodning om forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål for Domstolen, selv om afgørelsen i sagen tilkommer den ret, sagen er indbragt for [46]. Hvis borgerne på

43 — Kendelse af 5.3.1986, sag 69/85, Wünsche, Sml. s. 947, præmis 15, dom af 11.6.1987, sag 14/86, Pretore di Salò, Sml. s. 2545, præmis 12, og af 6.3.2003, sag C-466/00, Kaba II, Sml. I, s. 2219, præmis 39. I sidstnævnte sag forelagde Immigration Adjudicator et spørgsmål, som var identisk med det, som var blevet besvaret i dommen af 11.4.2000 i Kaba I-sagen (sag C-356/98, Sml. I, s. 2623), en dom, som Immigration Adjudicator på visse punkter var uenig i.

44 — Sag C-129/00, Sml. I, s. 14637.

45 — Kommissionen har været tilbageholdende med at anlægge sag mod medlemsstaterne vedrørende traktatbrud, som skyldes de nationale retters afgørelser, jf. E. Cobreros Mendazona, »La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario«, *Revista Española de Derecho Europeo*, nr. 10, 2004, særlig s. 291-299; Jf. vedrørende tidligere sager L. Ortúzar Andéchaga, *La aplicación judicial del derecho comunitario*, Trivium, Madrid, 1992, s. 184 og 185.

46 — Domstolen er dog med henblik på at efterprøve sin egen kompetence beføjet til om fornødent at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt sagen (Foglia-dommen, præmis 21 og 27, samt dom af 26.9.2000, sag C-322/98, Kachelmann, Sml. I, s. 7505, præmis 17, af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 39, af 17.5.2001, sag C-340/99, TNT Traco, Sml. I, s. 4109, præmis 31, og af 16.12.2004, sag C-293/03, My, Sml. I, s. 12013, præmis 25).

forhånd er afskåret fra en forelæggelse, vil deres eneste mulighed være at få placeret et økonomisk ansvar; et sådant økonomisk ansvar blev anerkendt i Köbler-dommen [47].

86. Anvendelsen af sidstnævnte mekanisme er i øvrigt også utilfredsstillende, for så vidt som den, da den er tænkt som et middel til at sikre overholdelsen af fællesskabsretten i særligt alvorlige tilfælde [48], er underlagt meget strenge betingelser [49], som f.eks. at tilsidesættelsen skal være »åbenbar«, og for så vidt som den udgør et komplekst retsmiddel, som ofte munder ud i et præjudicielt spørgsmål, der ligner det, der forsøges undgået.

87. Der er også et andet og vigtigere argument at tage hensyn til. Domstolens vigtigste funktion er at sikre en ensartet fortolkning og anvendelse af fællesskabsbestemmelserne. Som fastslået i dommen af 24. maj 1977 i Hoffmann-La Roche-sagen har den præjudicielle forelæggelse til formål at »hindre, at der i en medlemsstat skabes national retspraksis, som ikke er i overensstemmelse med fællesskabsretten« [50]. En direkte vej til at nå dette resultat kan være at gribe ind i de juridiske diskussioner mellem et lands retter om en overordnet rets fortolkning af fællesskabsretten.

88. I overensstemmelse med denne tankegang blev det i dommen af 16. januar 1974 i Rheinmühlen-sagen [51] anerkendt, at den præjudicielle forelæggelse opfyldte formålet om at sikre, at den ret, der udspringer af traktaten, får samme virkning på hele Fællesskabets område. Domstolen tilføjede, at den præjudicielle procedure også tilstræbte at sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsretten »ved at give den nationale dommer et middel til at eliminere de vanskeligheder, som kravet om, at der gives fællesskabsretten fuld virkning inden for medlemsstaternes retter, kunne rejse« (præmis 5). De nationale retter har således en meget vid adgang til at

47 — P. Martín Rodríguez, »La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario«, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nr. 19, 2004, s. 859, fremhæver vanskelighederne ved at afgøre, hvem der var ansvarlig for traktatbruddet i denne sag, idet tilsidesættelsen ville kunne tilregnes den lovgivende magt, fordi den havde vedtaget bestemmelsen om indførelse af den diskriminerende godtgørelse, den udøvende magt, fordi de østrigske myndigheder burde have givet fællesskabsbestemmelserne forrang, eller den dømmende magt (hvilket blev tilfældet), fordi den ikke havde sikret en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder i henhold til Fællesskabets retsorden.

48 — D. Simon, »The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law«, i *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, O'Keeffe (red.), Kluwer, Haag, 2000, s. 275 ff.

49 — I Köbler-dommen hedder det, at staten kun »undtagelsesvis« kan drages til ansvar i sådanne tilfælde (præmis 53).

50 — Sag 107/76, Sml. s. 957, præmis 5.

51 — Sag 166/73, Sml. s. 33. Baggrunden for sagen var nogle anmodninger om eksportrestitutioner, som den tyske interventionsmyndighed for korn- og foderstoffer havde afslået. Denne afgørelse blev stadfæstet af Hessisches Finanzgericht (skattedomstolen i Hessen). Sagsøgeren appellerede til Bundesfinanzhof (den øverste tyske domstol i skattesager), som forelagde Domstolen nogle præjudicielle spørgsmål. Disse blev besvaret (ved dom af 27.10.1971, sag 6/71, Rheinmühlen, Sml. 1971, s. 201, org.ref.: Rec. s. 823), og Bundesfinanzhof gav herefter sagsøgeren delvist medhold og hjemviste sagen til førsteinstansen, således at denne kunne træffe en ny afgørelse. Hessisches Finanzgericht afsagde imidlertid en kendelse om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for Domstolen. Denne kendelse blev kæret til Bundesfinanzhof, som herefter selv forelagde Domstolen et præjudiciel spørgsmål. Dette spørgsmål gav anledning til den dom, jeg henviser til her, mens spørgsmålene fra Hessisches Finanzgericht blev besvaret i dom af 12.2.1974, sag 146/73, Rheinmühlen, Sml. s. 139.

gå til Domstolen (præmis 10), og »den lavere ret skal [...] have frihed til, hvis den skønner, at den højere instans' retlige bedømmelse kan føre den til at afsige en dom i strid med fællesskabsretten, [...] at forelægge Domstolen de spørgsmål, som giver anledning til tvivl« (præmis 13), for hvis den var bundet, uden at kunne forelægge Domstolen sådanne spørgsmål, ville Domstolens kompetence og anvendelsen af fællesskabsretten »blive vanskeliggjort« på alle trin af de nationale domstolssystemer, medmindre spørgsmålene »materielt set var identiske med« spørgsmål, som allerede var stillet af den øverste instans (præmis 14 og 12) [52].

89. Denne indfaldsvinkel er utvivlsomt forbundet med visse ulemper, som f.eks. et meget stort antal præjudicielle forelæggelser og et tilsyneladende brud på det statslige domstolshierarki. Den første ulempe kan ikke tages i betragtning, eftersom størrelsen af arbejdsbyrden ikke må få betydning for det retlige valg, som bør foretages [53]. I forbindelse med den anden af de nævnte ulemper glemmes det, at Domstolen er øverste instans ved fortolkningen af fællesskabsretten og herved udgør grundlaget for eksistensen af et egentligt retssamfund. Under alle omstændigheder ville ulemperne ikke være mindre, hvis man valgte en anden løsning.

90. Jeg er heller ikke blind for, at Domstolen, på grund af uklarhederne omkring udformningen af Fællesskabets dømmende magt, selv er årsag til en del af forvirringen. Det er nemlig ikke lige til at opnå en tilstrækkelig grad af præcision i hvert enkelt tilfælde, og det afgørende på det retlige område er jo at afstikke grænser.

VII — Stillingtagen til de præjudicielle spørgsmål

91. Såfremt Domstolen antager de præjudicielle spørgsmål fra Tribunale di Larino og Tribunale di Teramo til realitetsbehandling, bliver nogle overvejelser vedrørende ret, spil og væddemål aktuelle.

A — *Ret, spil og væddemål*

92. I vore dage er der intet, der ligger fjernere fra forestillingen om »ret« end

52 — Domstolen kendte følgende for ret: »En intern retsregel, der binder retterne til en overordnet instans' retlige bedømmelse, kan ikke i sig selv fratage dem den i artikel [234 EF] hjemlede adgang til at forelægge De Europæiske Fællesskabers Domstol præjudicielle spørgsmål.«

53 — Det kan ved en ændring af traktaten bestemmes, at kun de retter, der træffer afgørelse i sidste instans, skal have mulighed for at forelægge præjudicielle spørgsmål, således som det er tilfældet inden for visse områder (jf. artikel 68 EF), men et sådant valg giver anledning til diskussion.

begrebet »tilfældet«, for tilfældet udspringer ikke af menneskets vilje eller almindelige opfattelser. Tilfældet er heller ikke udtryk for det planlagte, men for det vilkårlige og umotiverede [54]. Til andre tider har disse to begreber imidlertid været tæt knyttet til hinanden, for af hensyn til bevarelse af den sociale ro måtte der være respekt for domstolsafgørelser, og de personer, der afsagde dem, blev anset for at have »magisk« eller »hellig« magt [55].

93. I de såkaldte ordalier eller gudsdomme fra ældgammel tid [56] kom denne symbiose til udtryk ved, at afgørelsen blev gjort afhængig af en tilfældig begivenhed. Senere blev domstolsafgørelser i større og større omfang baseret på rationelle kriterier, frem til moderne retsordener, som med enkelte undtagelser [57] har afskaffet disse skæbnens lunefuldheder.

94. Der findes andre forhold, som afspejler denne paradoksale forbindelse, såsom de naturlige forpligtelser, hvorpå væddemål er et godt eksempel, betingede kontrakter, hvor en uvis, fremtidig omstændighed afhænger af tilfældet, uforudselige omstændigheder, og, som i sagen her, hasardkontrakter.

95. Spil som legende aktivitet har været kendt i alle samfund og til alle tider, og man kan i denne forbindelse tale om fire niveauer med forskellig retlig betydning. På første niveau findes det helt spontane og elementære spil, hvor der alene er tale om underholdning og adspredelse [58]. På andet niveau forekommer der et konkurrencemoment, som foruden fornøjelsen ved at kappes med andre også giver vinderen selvagtelse og prestige. På tredje niveau er underholdning og demonstration af egne evner ikke nok — der er også en økonomisk interesse [59]. På fjerde niveau findes væddemål, hvor der ikke

54 — R.A. Rivas Torralba, *Juegos de azar*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 1996, s. 11.

55 — L. Díez Picazzo, *Experiencia jurídica y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, s. 18 og 21.

56 — Hammurapis Lov, der blev udgivet under det babylonske riges storhedstid i det 18. århundrede f.Kr., nævner flere steder det ordal, der bestod i vandprøven: Den tiltalte blev kastet i floden, og overlevede han, blev han kendt uskyldig.

57 — Det er almindeligt at udvælge jurymedlemmer og sagkyndige ved lodtrækning. Nogle gange er en drastisk løsning nødvendig, som f.eks. i sagen U.S. mod William Holmes, hvor besætningen efter et forlis havde kastet 14 passagerer over bord fra en overfyldt redningsbåd. Dommeren i sagen fandt, at alle — både passagerer og besætningsmedlemmer — burde have deltaget i den dramatiske lodtrækning til udvælgelse af ofrene.

58 — Ofte bruges en udfordring alene til at tage til genmæle over for eller latterliggøre en anden i ens selskab, som f.eks. da don Quixote slynger sin væbner følgende ord i ansigtet: »Jeg vil vædde på, Sancho, [...] at nu hvor I snakker løs, uden at nogen bremser Jer, gør det ikke ondt nogetsteds i Jeres krop« (Miguel de Cervantes Saavedra, *Den Sindrige ridder Don Quixote de la Mancha*, oversat fra spansk af Rigmor Kappel Schmidt, bind II, kapitel XXVIII, forlaget Centrum, 1999, s. 256).

59 — Immanuel Kant henviser til disse aspekter, idet han skriver, at børnelege som boldspil, brydekampe, kapløb og røver- og soldaterlege har til formål at underholde og udvikle. Senere søges der med voksenspil som skak og kortspil samtidig opnået en gevinst. Endelig er der de spil, hvor borgeren demonstrerer sit held offentligt ved rouletten eller med terninger, og som alle — uden at det er bevidst — sættes i gang af den menneskelige natur (*Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*).

blot sættes penge på spil, men også udvikles afhængighed [60].

96. Det første af disse fire niveauer er ikke lovreguleret, og det samme gælder praktisk talt også det andet. Når der risikeres en sum penge i spil, må lovgiver imidlertid gribe ind af to årsager. Dels skal der tages hensyn til følgerne af spillet for deltagerens formue [61] og sundhed [62] samt til hans families stabilitet, dels skal der tages hensyn til den erhvervsmæssige karakter af de centre, hvor spillene afvikles.

97. Dette er forklaringen på den opmærksomhed, der fra retlig side tildeles hasardspil og hasardspils indvirkning på fællesskabsretten. Domstolen har i denne forbindelse fastslået, at »lotterier udgør en økonomisk virksomhed i traktatens forstand« [63], fordi »der er tale om levering af en bestemt tjenesteydelse mod vederlag« [64], og at lotterier må betragtes som en virksomhed vedrørende tjenesteydelser [65]. Der kan heller ikke ses bort fra, at spil har indvirkning på andre områder, som f.eks. — inden for samme økonomiske sektor — etableringsretten, eller — uden for økonomisk sammenhæng — de allerede nævnte menneskelige aspekter.

B — *Restriktioner for de grundlæggende frihedsrettigheder*

98. I forslaget til afgørelse i sagen Gambelli m.fl. valgte generaladvokat Alber at undersøge de nationale bestemmelsers forenelighed med etableringsretten før deres forenelighed med den frie udveksling af tjenesteydelser, fordi etableringsfriheden ifølge traktaten har forrang frem for den frie

60 — Fjodor Dostojevskij, der var kendt som spillegal, beskriver mesterligt mennesker, der er faldet i spilledjævelens kløer: »Spillere forstår kun alt for godt, hvorledes et menneske f.eks. kan udholde at sidde fireogtyve timer ved kortbordet uden at kaste et blik hverken til højre eller venstre« (»Dostojevskijs samlede værker«, oversat af Ejnar Thomassen, bind 18: *Spilleren* og *Krokodillen*, Stig Vendelkærs Forlag, København, 1966, s. 113). Dostojevskij tilføjer senere følgende: »Men derefter [...] blev jeg pludselig — uden yderligere forfængelige rørelser — båret afsted som i storm af det virkelige, mægtige vovemod. Måske er det således, at den sjæl, som i kort tid løftes og nedslås af mange heftige følelser, ingenlunde mættes eller trættes, men netop ægges og anspores derved og søger stadig stærkere og stærkere følelser indtil den endelige og fuldstændige udmattelse« (s. 128). Det er den samme følelse, der beskrives i følgende tekst af José Antonio Gabriel y Galán: »Det var sandt, at jeg tænkte på penge dagen lang, var afhængig af dem, levede efter deres rytme, men ligesom andre spillere hang jeg dog ikke ved pengene, det var kun jetonerne, der interesserede mig« (*Muchos años después*, Alfaguara, Madrid, 1992, s. 324, frit oversat). François-René de Chateaubriand erkender at have haft en lignende følelse efter at have tabt størstedelen af en pengesum, som han lige havde lånt: »Jeg havde aldrig spillet: Spillet fremkaldte en form for smertelig beruselse i mig. Hvis jeg var blevet besat af denne passion, ville den have gjort mig forstyrret i hovedet« (*Mémoires d'Outre-Tombe* (niende bog, kapitel 6), Garnier, Paris, 1989, s. 495 og 496, frit oversat).

61 — Dostojevskij lader sin hovedperson sige følgende: »Hvorfor skulle gevinsten ved spil være af ringere eller slettere art end enhversomhelst anden pengevinding, f.eks. ved handelsvindingen? Ganske vist: hér vinder af hundrede spillere kun én; men hvad vedkommer det mig — når blot jeg er denne ene?« (*Spilleren*, nævnt i fodnote 60, s. 18).

62 — José Zorrillas berømte figur Don Juan Tenorio giver udtryk for bekymring i denne retning, da han efter at have vundet et kortspil bliver udfordret af taberen og svarer denne med følgende ord: »Vil det sige/at fordi jeg vandt/vil De, at festen slutter med/at vi går udenfor og slås?« (*Don Juan Tenorio*, Alianza, Madrid, 1998, første del, fjerde akt, sjette scene, frit oversat).

63 — Schindler-dommen, præmis 19, og dommen i sagen Anomar m.fl., præmis 46.

64 — Dommen i sagen Anomar m.fl., præmis 47; jf. i samme retning Zenatti-dommen, præmis 24.

65 — Schindler-dommen, præmis 25 og 34, dommen i sagen Läärä m.fl., præmis 27, og i sagen Anomar m.fl. præmis 52.

udveksling af tjenesteydelser (punkt 76) [66]. Generaladvokaten mente dog ikke, at dataoverførselscentrene var sekundære etableringer (punkt 87), for i så fald ville bestemmelserne være i strid med princippet om den frie etableringsret (punkt 104), men også med princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser (punkt 132).

99. Domstolen, der undersøgte sagen i forhold til spillerne, de firmaer, der driver spillevirksomhed, og mellemmændene, fandt ikke, at de to frihedsrettigheder udelukkede hinanden. Domstolen foretog en afvejning af begge frihedsrettigheder og fastslog herefter, at »en national lovgivning som den italienske lovgivning om væddemål, navnlig artikel 4 i lov nr. 401/89, udgør en restriktion for etableringsfriheden og for den frie udveksling af tjenesteydelser« (præmis 59). Herefter tog den stilling til, om en sådan restriktion var omfattet af de undtagelser, der er nævnt i traktaten, eller om den kunne begrundes i tvingende almene hensyn (præmis 60).

100. Der skal ikke rejses tvivl om disse overvejelser, som hvad angår den frie udveksling af tjenesteydelser også findes i Zenatti-dommen. Det forekommer dog hensigtsmæssigt at undersøge aspekterne af de i denne sag omhandlede hindringer og undersøge, hvem der berøres af dem.

66 — Generaladvokaten støttede sig til dommen af 30.11.1995 i Gebhard-sagen (sag C-55/94, Sml. I, s. 4165, præmis 22).

101. I denne forbindelse blev det i dommen i sagen Gambelli m.fl. fastslået, at de betingelser, der blev stillet i den italienske lovgivning for at kunne deltage i udbud med henblik på at få tildelt koncessioner til at oprette væddemålsagenturer, indebar hindringer for etableringsfriheden, fordi de udelukkede visse selskabsformer (præmis 46-48). Domstolen fastslog desuden, at restriktioner, som en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, støder på ved udøvelsen af sin virksomhed, udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser (præmis 54); det samme var tilfældet med restriktioner for borgernes deltagelse i væddemål, der afholdes i andre af Fællesskabets medlemsstater (præmis 57), og restriktioner for dem, som medvirker ved den virksomhed, der drives af udbydere, der er etableret i en anden medlemsstat (præmis 58); i de sidste to tilfælde var der tale om strafsanktionerede forbud [67].

102. Det er overraskende, at Domstolen ved besvarelsen af et præjudicielt spørgsmål, som var blevet rejst under en straffesag mod bookmakerfirmaets agenturer, lod sin undersøgelse omfatte alle de tre nævnte grupper [68]. Imidlertid må der her erindres om Domstolens funktion og virkningen erga omnes af de domme, den afsiger i præjudicielle sager; der ville således kunne anlægges sag mod selve spillerne. Desuden har det udenlandske firma ikke mulighed for at etablere sig, og det driver derfor sin virksomhed ved at indgå kontrakter med andre erhvervsdrivende, som bliver retsforfulgt for at opfylde kontrakten.

67 — S. Korte, »Das Gambelli-Urteil des EuGH«, *Neue Zeitschrift für Veraltungsrecht*, 2004, s. 1449, anfører, at sådanne trusler vedrørende samarbejdet om at drive væddemålsvirksomhed udgør en barriere på markedet for tjenesteydelser.

68 — S. Korte, nævnt i foregående fodnote, s. 1451.

C — *Spørgsmålet, om restriktionerne er begrundet*

1. Indledende bemærkninger

103. Modsat hvad generaladvokat Alber havde foreslået i sit forslag til afgørelse, valgte Domstolen i dommen i sagen Gambelli m.fl. at undersøge restriktionerne i den italienske lovgivning samlet. Domstolen præciserede, at uanset hvilken frihedsrettighed der anses for at være tilsidesat, skal restriktioner opfylde visse betingelser: De skal være begrundet i tvingende almene hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål, og de skal anvendes uden forskelsbehandling (præmis 65) [69].

104. Domstolen fastslog mere detaljeret end i Zenatti-dommen, at det påhvilede den nationale ret konkret at afgøre, om den italienske lovgivning opfyldte disse betingelser, men den angav dog visse kriterier, som skulle udgøre rammerne for denne bedømmelse.

105. Domstolen burde have været mere præcis og udtalt sig om de fællesskabsretlige frihedsrettigheders afspejling i de nationale bestemmelser, således som generaladvokaten havde foreslået med henvisning til de vanskeligheder, som denne opgave forvoldte de nationale retter [70].

106. Jeg tvivler ikke på, at Domstolen i dommen i sagen Gambelli m.fl. vurderede, hvor detaljeret den kunne tillade sig at være uden at overskride sine beføjelser, men på baggrund af Zenatti-dommen, som ikke forhindrede en ny forelæggelse, var Domstolen alt for forsigtig, for den havde tilstrækkelige oplysninger til at foretage en mere dyberegående analyse, som kunne have forhindret forelæggelsen af de præjudicielle spørgsmål i denne sag [71].

107. Nu må der således gås skridtet videre med en uddybelse af besvarelsen med henblik på at fjerne den fremkaldte usikkerhed, også selv om opgaven synes mere kompliceret. Derfor skal det undersøges, om der er forhold, der kan retfærdiggøre de anførte hindringer for de fællesskabsretlige frihedsrettigheder, og vurderes, om hindringerne er

69 — Dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32, og Gebhard-dommen, præmis 37.

70 — Punkt 116 i generaladvokat Albers forslag til afgørelse i sagen Gambelli m.fl. I punkt 120 understreges, at hvis en tilstrækkelig mængde omstændigheder er kendt, som tillader Domstolen at foretage den ønskede bedømmelse, er der intet, der hindrer den i at gøre dette.

71 — L. Brouwer og B. Docquir anfører i deres kommentar til Gambelli-dommen i *Revue de droit commercial belge*, nr. 3, 2004, s. 314, punkt 7, at Domstolen afskar enhver tvivl: Selv om det i princippet påhvilede den forelæggende ret at foretage en bedømmelse af foreneligheden, var det Domstolens klare opfattelse, at den italienske lovgivning ikke opfyldte betingelserne for at være forenelig med fællesskabsbestemmelserne.

ikke-diskriminerende, anvendes uden forskel, hensigtsmæssige og forholdsmæssige.

2. Tvingende almene hensyn

108. Domstolen fastslog i dommen i sagen Gambelli m.fl., hvilke hensyn der ikke kan begrunde restriktioner for etableringsfriheden eller for den frie udveksling af tjenesteydelser, og hvilke der kan. Til de første hensyn hører »nedgang i skatteindtægter« og »finansieringen af sociale aktiviteter via en afgift på indtægter fra tilladte spil« (præmis 61 og 62) [72], hvorimod »beskyttelse af forbrugerne«, »forebyggelse af bedrageri og fjernelse af incitamenter for borgerne til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed« samt »hensynet til at forebygge forstyrrelser af samfundsordenen« kan begrunde en restriktion (præmis 67).

109. Ifølge Corte suprema di cassazione er baggrunden for den italienske lovgivning, at man ved at føre tilsyn med væddemålsvirksomhed kan mindske kriminaliteten [73].

110. Ifølge den italienske regering er det hensynet til beskyttelsen af den offentlige orden [74] og af forbrugerne samt ønsket om at bekæmpe bedrageri [75], der ligger til grund for lovgivningen.

111. Domstolen har gjort opmærksom på den selvmodsigelse, der ligger i at forsøge at undgå den skade, som en virksomhed, der favoriseres, indebærer [76], hvilket forekommer, når staten forfølger en politik, hvorefter spille- og væddemålsvirksomhed udvides kraftigt [77]. Bekæmpelse af bedrageri synes

72 — Domstolen har fastslået, at økonomiske hensyn ikke kan betegnes som hensyn til den offentlige orden i artikel 46 EF's forstand (jf. bl.a. dom af 25.7.1991, sag C-288/89, Collective Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, præmis 11, og af 29.4.1999, sag C-224/97, Ciola, Sml. I, s. 2517, præmis 16).

73 — Gesualdi-dommen, præmis 11.2.3. I retsvidenskaben anfører S. Beltrani, *La disciplina penale dei giochi e delle scommesse*, Giuffrè, Milano, 1999, s. 313, at systemet først og fremmest skal beskytte statens økonomiske og skattemæssige interesser. Jf. i samme retning M. Coccia, »»Rien ne va plus«: la corte di giustizia pone un freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo«, *Foro italiano*, 1994, s. 521.

74 — Punkt D.a i regeringens skriftlige indlæg i Placanica-sagen og i sagerne Palazzese og Sorricchio.

75 — Punkt D.b i de samme skriftlige indlæg.

76 — Dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 68 og 69.

77 — I Gesualdi-dommen nævner Corte suprema di cassazione i præmis 11.2.3 lotterierne »Gratta e vinci«, som AAMS indførte i 1994, »Totogol«, som blev startet af CONI, ligeledes i 1994, »SuperEnalotto«, som selskabet Sisal fik koncession på i oktober 1997, »Totosei«, som CONI indførte i 1998, »Formula 101«, som er reguleret ved et dekret udstedt i august 1999 og igangsat af Økonomiministeriet i april 2000, »Totobingol«, som CONI har drevet siden januar 2001, og »Bingo«, som Økonomiministeriet gav tilladelse til i 2000.

følgelig at være det eneste hensyn, der kan begrunde de omtvistede restriktioner.

112. Der er i denne forbindelse ikke fremført nærmere oplysninger, som gør det muligt at få indblik i indvirkningen af kriminel adfærd, f.eks. bedrageri og hvidvaskning af penge, på hasardspil [78].

113. I dommen i sagen Läärä m.fl. fastslog Domstolen, at en »tilladelse i begrænset omfang« til spil inden for rammerne af en eneret har den fordel, at spillelysten og udnyttelsen af spil ledes ind i kontrollerede baner, at risikoen for, at en sådan udnyttelse sker i svigagtigt og kriminelt øjemed, forhindres, og at indtægterne kan anvendes til almennyttige formål (præmis 37) [79].

114. Fællesskabsbestemmelserne er imidlertid ikke overholdt, blot fordi der er tvingende grunde til at regulere spillevirksomheden, således at denne ikke forbydes fuldstændigt, men begrænses på en bestemt måde, idet de vedtagne foranstaltninger desuden skal sikre ligebehandling, være hensigtsmæssige og forholdsmæssige.

3. Spørgsmålet om en eventuel forskelsbehandling

115. I dommen i sagen Gambelli m.fl. blev der ikke taget stilling til, om den italienske lovgivning tilsidesatte princippet om forbud mod forskelsbehandling [80], idet det blev overladt til den nationale ret at foretage bedømmelsen heraf [81].

116. Tribunale di Teramo har nu suppleret de oplysninger, som Domstolen rådede over ved afsigelsen af denne dom, og har herved bidraget til, at Domstolen selv kan træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet, uden at henvise til, at de lovgivningsmæssige reformer i 2003 har ændret situationen i landet. Efter det oplyste får ændringerne sandsynligvis først virkning i 2011, således at følgerne af den tidligere ordning stadig slår igennem og får betydning for de straffesager, som ligger til grund for forelæggelserne. Desuden berører lovændringerne kun en del af systemet, nemlig koncessionerne, og ikke tilladelserne og sanktionerne.

78 — Ifølge D. Buschle, »»Der Spieler« — Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts«, *European Law Reporter*, nr. 12, 2003, s. 471, indebærer kriminalitetsbekæmpelse et hensyn til den offentlige orden og samtidig et tvingende alment hensyn.

79 — Det samme synspunkt kommer til udtryk i Zenatti-dommen, præmis 35, og i dommen i sagen Anomar m.fl., præmis 74.

80 — Generaladvokat Alber anfører i punkt 95-97 i forslaget til afgørelse flere argumenter for, at dette princip var tilsidesat.

81 — Præmis 70 og 71.

117. På baggrund af de oplysninger, som foreligger i sagerne, og oplysningerne i de tidligere afsagte domme fremgår det, at der foreligger en forskelsbehandling ved tildelingen af koncessioner og tilladelser.

a) Koncessioner

118. Kapitalselskaber, der er noteret på de officielle børser i Fællesskabet, kunne ikke deltage i udbudsrunder med henblik på tildeling af koncessioner. Disse krav gjaldt for alle interesserede udbydere, også de nationale [82], men virksomheder, som var etableret på andre medlemsstaters område, blev hårdere ramt af hindringerne i den italienske lovgivning [83]. Hvis de ønskede at deltage i et udbud, var de nemlig nødt til at tilpasse deres interne struktur, og de havde derfor reelt ingen muligheder for at etablere sig i Italien [84].

119. Denne konklusion forværres af den tilbageholdenhed, der er blevet udvist ved tildeling af koncessioner [85], som ikke skyldes tvingende behov for at bekæmpe kriminaliteten [86], eftersom det for at få adgang til proceduren for tildeling af koncessioner er tilstrækkeligt at stille en sikkerhed for betalingen af de relevante afgifter til statskassen [87], mens tilladelser er genstand for forudgående kontroller.

120. Den ulige behandling berører også mellemmændene, der under strafansvar forbydes at levere tjenesteydelser til bookmakere i andre medlemsstater, som hverken kan etablere sig eller opnå tilladelse til at udøve deres virksomhed i Italien.

b) Tilladelser

121. Efter Domstolens opfattelse kan en ordning med forudgående administrativ til-

82 — Zenatti-dommen, præmis 26.

83 — Som Domstolen mindede om i Schindler-dommen, præmis 43, og i dommen i sagen Anomar m.fl., præmis 65, er fællesskabsbestemmelserne også til hinder for en national lovgivning, der — uanset at den ikke tager hensyn til nationalitet — er til hinder for eller generer den virksomhed, der udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han leverer tilsvarende tjenesteydelser. I Zenatti-dommen blev det i præmis 27 fastslået, at den italienske lovgivning »direkte eller indirekte forhindrer udbyderne i de andre medlemsstater i selv at indgå væddemål på italiensk område«.

84 — S. Korte, nævnt i fodnote 67, s. 1450. I denne forbindelse erkendte den italienske regerings repræsentant ved besvarelsen af et af de spørgsmål, jeg stillede ham under retsmødet, at kun otte udenlandske virksomheder havde opnået en koncession, og at disse i de fleste tilfælde var købt af den, der havde fået tildelt koncessionen.

85 — CONI bevilgede 1 000 koncessioner i 1998. Finansministeren og landbrugsministeren udbød inden for deres respektive kompetenceområder 671 nye licenser og fornyede automatisk de 329 eksisterende. Fornyelsen af licenser har foranlediget Kommissionen til at anlægge traktatbrudssag mod Italien (den allerede nævnte verserende sag C-260/04).

86 — Det fremgår af de indkaldelser af bud på koncessionerne på hestevæddemål, som blev foretaget ved ministerielt dekret af 7.4.1999, Approvazione del piano di potenziamento della rete di raccolta ed accettazione delle scommesse ippiche (GURI nr. 86 af 14.4.1999), at antallet blev fastsat efter andre kriterier.

87 — Denne oplysning findes i Tribunale di Teramos forelæggelseskendelse i sag C-359/04.

ladelse ikke legitimere en skønsmæssig adfærd fra de nationale myndigheders side, som kan føre til, at fællesskabsbestemmelserne berøves deres effektive virkning [88]. En sådan ordning skal for det første bygge på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling, og som er kendt på forhånd, således at de lægger en ramme for de nationale myndigheders skønsudøvelse, der dermed ikke bliver udtryk for vilkårlighed, og for det andet være baseret på et proceduremæssigt system, som er let tilgængeligt og sikrer de berørte, at deres ansøgning bliver behandlet objektivt og upartisk inden for en rimelig frist [89].

122. Ved første øjekast ser det ud til, at tilladelsen i henhold til TULPS's artikel 88 opfylder de nævnte betingelser, men en nærmere analyse af TULPS's artikel 8-14 viser, at myndighederne er tillagt et skøn, som er uforeneligt med kravet om objektivitet, idet det f.eks. i artikel 10 noget upræcist bestemmes, at tilladelsen kan tilbagekaldes »i tilfælde af misbrug fra indehaverens side« [90]. Det forhold, at der mangler en bunden kompetence, ses også i det forhold, at det hverken kan konstateres eller udledes, at kriterierne for nægtelse af tilladelse er udtømmende opregnet.

123. Udstedelse af polititilladelse forudsætter desuden, at der er tildelt en koncession, og tilladelsen får således de samme mangler, som koncessionen er behæftet med, netop på grund af dennes forudgående karakter.

4. Formålstjenlighed og forholdsmæssighed

124. De italienske bestemmelser begrænser etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser for at nå et legitimt mål, men de er diskriminerende, hvilket er tilstrækkeligt til ikke at anvende dem. Bestemmelserne er desuden hverken egnede til at sikre virkeliggørelsen af de formål, de forfølger, eller forholdsmæssige i forhold til den tilsigtede retlige interesse.

a) Hindringer for etableringsretten

125. Det forhold, at visse selskabsformer er udelukket fra at deltage i udbudsrunder med henblik på tildeling af koncession, begrundes i behovet for gennemsigtighed i virksomhederne, men der findes andre løsninger, som er mindre restriktive, og som i højere grad er i overensstemmelse med traktaten [91]. Dom-

88 — Dom af 23.2.1995, forenede sager C-358/93 og C-416/93, Bordessa m.fl., Sml. I, s. 361, præmis 25, af 14.12.1995, forenede sager C-163/94, C-165/94 og C-250/94, Sanz de Lera m.fl., Sml. I, s. 4821, præmis 23-28, af 20.2.2001, sag C-205/99, Analir m.fl., Sml. I, s. 1271, præmis 37, og af 12.7.2001, sag C-157/99, Smits og Peerbooms, Sml. I, s. 5473, præmis 90.

89 — Smits og Peerbooms-dommen, præmis 90.

90 — Kommissionen nævner TULPS's artikel 11, stk. 2, hvorefter tilladelsen kan nægtes, hvis den interesserede ikke godtgør at udvise god adfærd, men Corte costituzionale (forfatningsdomstolen) har i dom nr. 440 af 16.12.1994 erklæret denne sætning for forfatningsstridig, fordi den pålægger den pågældende person bevisbyrden.

91 — B. Hoeller og R. Bodemann, »Das »Gambelli«-Urteil des EuGH und seinen Auswirkungen auf Deutschland«, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, s. 125, anfører med hensyn til de tyske bestemmelser — som i visse aspekter ligner de italienske — at en lovgivning, som ikke giver alle virksomheder adgang til væddemålsmarkedet, uanset deres retlige karakter, skal anses for et uforholdsmæssigt indgreb i etableringsfriheden.

stolen fastslog således i dommen i sagen Gambelli m.fl., at »der findes andre midler, hvormed sådanne selskabers regnskaber og virksomhed kan kontrolleres« [92]. Domstolen var dermed enig med generaladvokat Alber, der i sit forslag til afgørelse herom havde udtalt, at det var muligt at kontrollere selskabernes vederhæftighed, f.eks. ved at indhente vandelsoplysninger om dem, der tegner selskabet, og om hovedaktionærerne [93].

126. Disse argumenter har ikke fået den italienske stat til at afveje de anfægtede foranstaltninger i forhold til andre mulige foranstaltninger eller godtgøre, at de var bedst egnede til at opnå det formål, staten forfølger.

b) Begrænsninger af den frie udveksling af tjenesteydelser

127. Bestemmelser, som gør det faktisk umuligt for et foretagende, som er etableret i en medlemsstat, at udøve sin erhvervsmæssige virksomhed i en anden medlemsstat, eller som forbyder formidling og brug af de udbudte ydelser, går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå de formål, som er fastsat i den nationale lovgivning [94].

128. Hvis man som Corte supreme di cassazione ser bort fra eller tilsidesætter andre af Unionens staters undersøgelser eller garantier ved at påberåbe sig tilladelsernes territoriale karakter, forsinkes den europæiske integration og selve grundlaget for denne berøres i strid med kravet i artikel 10 EF om, at medlemsstaterne skal afholde sig fra at træffe »foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af traktatens målsætning i fare« og med princippet om gensidig tillid mellem medlemsstaterne.

129. I denne forbindelse blev det i dommen af 4. december 1986 i sagen Kommissionen mod Tyskland [95] fastslået, at myndighederne i modtagerstaten er forpligtet til »at tage hensyn til den kontrol og de efterprøvelser, der allerede er foretaget i etableringsstaten« (præmis 47) og herved anerkende ækvivalensprincippet [96]. I dommen af 10. maj 1995 i Alpine Investments-sagen [97], som vedrørte

92 — Præmis 74.

93 — Punkt 99.

94 — L. Brouwer og B. Docquir, nævnt i fodnote 71, s. 314, punkt 8.

95 — Sag 205/84, Sml. s. 3755.

96 — Generaladvokat La Pergola henviser i punkt 36 i sit forslag til afgørelse i sagen Läärä m.fl. til dette kriterium, men Domstolen nævnte det imidlertid ikke i dommen i sagen.

97 — Sag C-384/93, Sml. I, s. 1141, præmis 46-49.

ydelser, der telefonisk tilbydes potentielle modtagere etableret i andre medlemsstater, blev der i øvrigt indirekte henvist til effektivitetsprincippet.

130. I lyset af disse to principper er jeg enig i generaladvokat Albers udtalelse i punkt 118 i forslaget til afgørelse i sagen Gambelli m.fl. om, at pengespil i samtlige medlemsstater reguleres ved lov, og at de begrundelser, der anføres for denne regulering, i vidt omfang er sammenfaldende [98]. Hvis en arrangør fra en anden medlemsstat således opfylder de dér gældende vilkår, bør de nationale myndigheder i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen præsteres, anse dette for at være en tilstrækkelig garanti for arrangørens hæderlighed [99].

131. Corte suprema di cassazione har selv oplyst, at det britiske selskab, på hvis vegne de italienske tiltalte handler, har tilladelse til at drive virksomhed i henhold til en afgørelse truffet af Betting Licensing Committee i Liverpool i medfør af Betting, Gaming and Lotteries Act (lov om væddemål og lotterier) fra 1963, at det betaler afgift på væddemål (General Betting Duty) og er under tilsyn af de britiske skatte- og afgiftsmyndigheder (Inland Revenue og Customs & Excise), private revisionsfirmaer samt de organer, der fører tilsyn med børsnoterede selskaber.

132. Under disse omstændigheder, som de fleste af de medlemsstater, der har indgivet indlæg i sagen, har forbigået, synes det ubestridt, at de britiske myndigheder bedre end de italienske kan efterprøve lovligheden af de omhandlede aktiviteter, og der synes ikke at være argumenter for at foretage en dobbelt kontrol [100]. Dommen af 25. juli 1991 i Säger-sagen [101] anerkendte hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser begrundet i almene hensyn, for så vidt som »disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret« (præmis 15).

133. Mellemmændene har for deres vedkommende opnået de nødvendige tilladelser til elektronisk dataoverførsel fra Ministero dei Comunicazioni (Kommunikationsministeriet). De skal for at opnå en sådan tilladelse registreres i handelskammeret, opnå det såkaldte nulla osta antimafia-certifikat og have en ren straffeattest. De er

98 — Dette aspekt er uddybet i de første punkter i generaladvokat Gulmanns forslag til afgørelse i Schindler-sagen.

99 — Jf. mere generelt rapporten fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet — Status over det indre marked for tjenester — Rapport om første fase af strategien for tjenester i det indre marked (KOM(2002) 441 endelig), s. 33 ff.

100 — H.J. Schütz, T. Bruha og D. König, *Europarecht Casebook*, München, 2004, s. 752, mener, at en medlemsstats indførelse af strengere betingelser forudsætter en nøje undersøgelse af forholdsmæssigheden, idet det navnlig skal godtgøres, at der ikke findes mindre restriktive foranstaltninger.

101 — Sag C-76/90, Sml. I, s. 4221.

endelig undergivet de kompetente nationale myndigheders kontrol. Alligevel forhindres de i at præstere tjenesteydelser på vegne af et selskab, der er lovligt etableret i en anden medlemsstat.

135. Der er således ikke tale om at stille spørgsmålstegn ved statens straffelov, idet denne bedst kan vurdere, om en sanktion er effektiv, passende og forholdsmæssig [104], men om at fastslå, at når straffen er knyttet til en ordning, der strider mod fællesskabsretten, er selve straffen så meget mere [105] i strid med fællesskabsretten, eftersom reglerne ikke er skarpt adskilte fra hinanden, men udgør dele af en større helhed. Det tilkommer ikke Domstolen at vælge [106], men at sikre, at det foretagne valg er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

5. De strafferetlige bestemmelser

134. De handlinger, som i henhold til artikel 4, stk. 4a og 4b, i lov nr. 401/89 kan pålægges sanktioner, vedrører udøvelse af væddemålsvirksomhed uden tilladelse. Der er tale om en konsekvens af den ordning, som er udformet af den italienske lovgiver, som har anvendt et vidt skøn fra frihed til forbud [102], hvorved der under hensyn til de analyserede aspekter, det beskyttelsesniveau, der anses for passende, og de særlige forhold i landet, er truffet beslutning om et bestemt beskyttelsesniveau. Dette valg skal imidlertid være i overensstemmelse med fællesskabsretten [103].

136. Generelt bemærkes, at der i henhold til artikel 4 i lov nr. 401/89 er fastsat hårdere straffe, hvis overtrædelsen vedrører afholdelse af væddemål, der er forbeholdt staten, CONI, UNIRE eller koncessionerede organer. Dette kan næppe forbindes med hensynet til kriminalitetsforebyggelse, men skyldes snarere den økonomiske interesse, som spil udgør for statskassen.

137. Der er imidlertid ligeledes grund til at behandle spørgsmålet, om sanktionerne er forholdsmæssige, som omhandlet i dommen

102 — Schindler-dommen, præmis 61, dommen i sagen Läärä m.fl., præmis 35, Zenatti-dommen, præmis 33, og dommen i sagen Anomar m.fl., præmis 79 og 87.

103 — Generaladvokat La Pergola anførte herved følgende i punkt 34 i sit forslag til afgørelse i sagen Läärä m.fl.: »Selv om de er truffet efter skøn, kan de begrænsende foranstaltninger, der er indført, prøves retsligt. Deres egnethed i forhold til, hvad de almene hensyn kræver, kan således prøves ved den nationale domstol, der skal anvende dem. Denne domstol skal ved behandlingen af sagen henholde sig til de begrundelsesregler — herunder proportionalitetsprincippet — som Fællesskabets retsinstanser har udarbejdet for de begrænsninger, der lovligt kan indføres for udøvelsen af de rettigheder og friheder, som følger af traktaten.« Dette udelukker som nævnt ikke en efterprøvelse ved Domstolen.

104 — Som anført i punkt 48 i mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Rådet (dom af 13.9.2005, sag C-176/03, Sml. I, s. 7879).

105 — Jeg bruger her det udtryk, som blev anvendt af generaladvokat Alber i punkt 97 og 99 i forslaget til afgørelse i sagen Gambelli m.fl.

106 — Schindler-dommen, præmis 32.

i sagen Gambelli m.fl., særligt præmis 72 og 73, hvor der blev sondret mellem spilleren og mellemmanden.

138. Hvad angår spilleren henstillede Domstolen til den nationale ret at afveje den straf, der pålægges den, der indgår væddemål via internettet fra sin bopæl i Italien med en bookmaker, der er etableret i en anden medlemsstat, under hensyntagen til den tilskyndelse, der gives til at deltage i de spil, der afholdes af godkendte nationale organer; Domstolen henviste herved til forskellige domme [107].

139. Også hvad mellemmændene angik overlod Domstolen det til den forelæggende ret at vurdere, om straffen gik ud over, hvad der er nødvendigt for at bekæmpe bedrageri, under hensyn til at tjenesteyderen i etableringsstaten var undergivet regler om kontrol og sanktioner.

140. Corte suprema di cassazione gennemførte ikke den opgave, den fik henstilling om, med den begrundelse, at dette var forbudt den. Det er overraskende, at den, selv om den nævner de tre grundlæggende elementer af den italienske retlige ordning for administration af væddemål, alene baserer sin afgørelse på aspektet om tilladelse og helt afstår fra at undersøge sanktionen og kun delvist undersøger koncessionen.

141. Tidspunktet er kommet for Domstolen til at træffe afgørelse, eftersom den har alle de nødvendige oplysninger med henblik herpå, og uden omsvøb fastslå, at en straf, som indebærer frihedsberøvelse i indtil tre år, er uforholdsmæssig i forhold til de omstændigheder, som er beskrevet i dette forslag til afgørelse, navnlig i forhold til den retlige interesse, der søges beskyttet med straffebestemmelserne, og i forhold til statens egen adfærd, som består i at tilskynde til spil [108].

142. En idømmelse af straf har desuden for den person, der dømmes, konsekvenser, som i henhold til TULPS's artikel 11 og 14 forhindrer udstedelse af den krævede polititilladelse, således at han er afskåret fra at udøve nogen form for væddemålsvirksomhed.

107 — Dom af 29.2.1996, sag C-193/94, Skanavi og Chryssanthakopoulos, Sml. I, s. 929, præmis 34-39, og af 25.7.2002, sag C-459/99, MRAX, Sml. I, s. 6591, præmis 89-91.

108 — S. Korte, nævnt i fodnote 67, s. 1451, stiller sig stærkt tvivlende over for nytten af de strafferetlige sanktioner og henviser til Italiens ekspansive politik på spilleområdet. C.I. Mignone, »La Corte di giustizia si pronuncia sul gioco d'azzardo nell'era di Internet«, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, s. 401, stiller spørgsmålstegn ved, om der er et rimeligt forhold mellem de interesser, som beskyttes, og den personlige frihed, som ofres. B. Hoeller og R. Bodemann, nævnt i fodnote 91, s. 125, mener, at misforholdet i tysk ret kommer til udtryk ved, at staten undergraver virkeliggørelsen af sine egne mål.

143. Det må heller ikke glemmes, at der er tale om indgreb i grundlæggende fællesskabsretlige frihedsrettigheder, hvilket betyder, at enhver undtagelsesbestemmelse må fortolkes restriktivt [109], og at fængselsstraf udgør en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed [110].

D — *Afsluttende bemærkninger*

144. Når der ikke findes bestemmelser om hasardspil i den afledte ret, må de præjudicielle spørgsmål besvares med udgangspunkt i den primære ret, selv om det henset til de berørte områder ville være hensigtsmæssigt at foretage en harmonisering af området inden for rammerne af Fællesskabets beføjelser. Der har været lejligheder nok til at gøre dette.

145. Et første forsøg blev gjort i 1991, hvor Kommissionen på grundlag af rapporten »Gambling in the Single Market — A Study of the Current Legal and Market Situation« [111] anførte, at reguleringen af spil henhørte under det fælles marked. Kommissionen gik dog ikke videre med forslaget på grund af visse medlemsstaters tøven [112].

146. En anden lejlighed bød sig med direktiv 2000/31 om elektronisk handel [113], men dette direktiv undtager udtrykkeligt »spil, som indebærer, at der gøres en indsats med penge i hasardspil, herunder lotteri og væddemål«, fra sit anvendelsesområde [artikel 1, stk. 5, litra d), tredje led].

147. I øjeblikket diskuteres et forslag til et vigtigt direktiv om tjenesteydelser [114], der skal opstille en retlig ramme »med henblik på at lette udøvelsen af etableringsfriheden

109 — Jf. bl.a. dom af 19.1.1999, sag C-348/96, Calfa, Sml. I, s. 11, præmis 23, som konkret vedrørte undtagelsen vedrørende hensynet til »den offentlige orden«.

110 — Jf. dom af 3.7.1980, sag 157/79, Pieck, Sml. s. 2171, præmis 19, af 12.12.1989, sag C-265/88, Messner, Sml. s. 4209, præmis 14, og Skanavi og Chryssanthakopoulos-dommen, præmis 36.

111 — Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer, Luxembourg, 1991. Rapporten blev nævnt af generaladvokat Gulmann i forslaget til afgørelse i Schindler-sagen.

112 — M. Coccia, nævnt i fodnote 73, s. 524. Kommissionen standsede initiativet under henvisning til subsidiaritetsprincippet (formandskabets konklusioner fra Det Europæiske Råd i Edinburgh den 11.-12.12.1992, bilag 2 til del A: »Nærhedsprincippet — eksempler på gennemgang af forelagte forslag og gældende lovgivning«, trykt i *Bulletin for De Europæiske Fællesskaber*, nr. 2, 1992).

113 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/13/EF af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»Direktivet om elektronisk handel«) (EFT L 178, s. 1).

114 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om tjenesteydelser i det indre marked (KOM(2004) 2 endelig).

for tjenesteydere samt den frie udveksling af tjenesteydelser« (artikel 1). Dette direktivs bestemmelser vil finde anvendelse på hasardspil (artikel 2 modsætningsvis), idet der dog opereres med en overgangsperiode, hvori »oprindelseslandsprincippet« [115] ikke vil finde anvendelse på »spil, som indebærer, at der gøres indsats med penge i hasardspil, herunder lotteri og væddemål« [artikel 18, stk. 1, litra a)], for hvilke der er fastsat en eventuel yderligere harmonisering »på baggrund af en rapport fra Kommissionen og en bred høring af de berørte parter« (artikel 40) [116] henset til vigtigheden af de spørgsmål, der skal drøftes [117].

148. Hvis det lykkes at gennemføre en sådan harmonisering på fællesskabsplan, vil mange af de problemer, der er forbundet med spil på internettet, være løst. Indtil da skal de foranstaltninger, der vedtages ensidigt, undersøges på grundlag af traktatens bestemmelser [118].

149. I øvrigt rækker disse spils grænseoverskridende dimension ud over Den Europæiske Unions område, hvilket stridighederne i WTO viser [119]. WTO-overenskomsterne, særligt den almindelige overenskomst om handel med tjenesteydelser (GATS), har betydning i forhold til fællesskabsretten, hvis et tredjeland er involveret, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

115 — Ifølge dette princip er tjenesteydere udelukkende omfattet af lovgivningen i den medlemsstat, hvor de har bopæl, og denne stat har ansvaret for kontrollen, også når tjenesteydelserne udføres i en anden medlemsstat (artikel 16).

116 — Jeg er ikke blind for, at liberaliseringen af sektoren langt fra vil ske uden sværdslag. W. Ohlmann, »Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli«, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nr. 1, 2005, s. 55 og 58, anfører f.eks., at der ikke skal være konkurrence på området. S. Walz, »Gambling um Gambelli? — Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, s. 524, udtrykker forbehold med hensyn til gyldigheden af udenlandske tilladelser, og C. Campegiani og C. Pati, »Il sistema di monopolio statale delle scommesse e la sua compatibilità con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (arts. 43 e 49 CE)«, *Giustizia civile*, 2004-I, s. 2532, argumenterer for en statslig kontrol af spillevirksomhed. S. Geeroms, »Cross-Border Gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC Rules Compared: A Justified Restriction on the Freedom to Provide Services?«, *Cross-Border Gambling on the Internet — Challenging National and International Law*, Zürich/Basel/Geneve, 2004, s. 180, mener, at der bør skabes et liberaliseret marked, som skal være reguleret af en overnational eller international lovgivning med strenge regler med henblik på at forebygge kriminalitet.

117 — D. Buschle, nævnt i fodnote 78, s. 471, påpeger, at der i Tyskland er mellem 90 000 og 500 000 personer, som er afhængige af hasardspil, hvoraf to tredjedele er mænd med lave indkomster. Dagbladet *El País* har gengivet tal fra konsulentfirmaet Christiansen Capital Advisors, der viser, at der findes mellem 1 800 og 2 500 spillesider på internettet, som på verdensplan omsætter for mere end 8,2 mia. dollars — et tal, som vil stige til 23,5 mia. i 2009 (*Ciberpaís*, den 13.10.2005).

118 — Debatten er i øjeblikket i fuld gang. De franske domstole har for nylig skullet tage stilling til problemer svarende til dem, de italienske domstole er blevet forelagt, i forbindelse med hestevæddemål, som det maltesiske selskab Zeturf driver på internettet. Cour d'appel de Paris stadfæstede ved dom af 4.1.2006 den dom, der var afsagt af tribunal de grande instance de Paris. Cour d'appel fastslog, uden at forelægge spørgsmålet for Domstolen, at den nationale lovgivning er forenelig med fællesskabsretten, hvilket allerede har givet anledning til kritik (T. Verbiest, »Paris hippiques en ligne: la Cour d'appel de Paris confirme la condamnation de Zeturf«, *Droit et Nouvelles Technologies*, http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1150).

119 — Som eksempel kan nævnes den konflikt mellem USA og Antigua, som blev bilagt ved Appelorganets rapport af 7.4.2005, United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R.

VIII — Forslag til afgørelse

150. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Tribunale di Teramo og Tribunale di Larino, således:

»Artikel 43 EF og 49 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som — under trussel om straf på op til tre års frihedsberøvelse — indeholder et forbud mod indsamling, modtagelse, registrering og videresendelse af væddemål, uden en koncession eller tilladelse, der er udstedt af den pågældende medlemsstat, på vegne af en virksomhed, som ikke har mulighed for at opnå koncession eller tilladelse til at præstere sådanne tjenesteydelser i den pågældende medlemsstat, men som har opnået en sådan tilladelse i den medlemsstat, hvor virksomheden er etableret.«