FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 16 maj 2006 [1]

I — Inledning

1. "Rien ne va plus". Domstolen kan inte längre undvika att grundligt behandla frågan om vilka återverkningar de grundläggande friheterna i EG-fördraget har på sektorn för hasardspel.

2. Den skall för tredje gången uttala sig i detta ämne beträffande gällande lagstiftning i Italien. Den gjorde det första gången på Consiglio di Statos (högsta förvaltningsdomstolen) initiativ i dom av den 21 oktober 1999 i målet Zenatti, [2] i vilken den fastslog att EG-fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster inte utgör hinder för nationell lagstiftning såsom den italienska, i vilken rätten att bedriva vadhållningsverksamhet avseende sportevenemang förbehålls vissa organisationer om lagstiftningen i fråga verkligen är motiverad av en socialpolitik som syftar till att begränsa skadeverkningarna av sådan verksamhet och om de restriktioner som därigenom åläggs inte är oproportionerliga i förhållande till dessa syften.

3. Den vägledning som gavs i denna dom skingrade inte det tvivel som den rättsliga regleringen i detta land gav upphov till och föranledde en andra begäran om förhandsavgörande, denna gång från Tribunale di Ascoli Piceno, som, förutom till friheten att tillhandahålla tjänster, hänvisade till etableringsrätten. I domen av den 6 december 2003 i målet Gambelli m.fl. [3] nyanserades det tidigare avgörandet på det sättet att "en nationell reglering som föreskriver straffsanktionerade förbud mot att utöva verksamhet avseende upptagande, mottagande, registrering och förmedling av vad, i synnerhet vid sportevenemang, i frånvaro av koncession eller tillstånd som beviljas av den berörda medlemsstaten, utgör en inskränkning i etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster som fastställs i artiklarna 43 EG och 49 EG", varvid det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida en sådan lagstiftning, mot bakgrund av dess konkreta tillämpning, är motiverad och huruvida de inskränkningar som den medför framstår som oproportionerliga i förhållande till dessa målsättningar.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Dom av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenutti (REG 1999, s. I-7289).

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

4. De tolkningsfrågor som Tribunale di Larino och Tribunale di Teramo har ställt ger domstolen tillfälle att precisera sin rättspraxis, väl medveten om att Corte suprema di cassazione (högsta domstol) har ansett ordningen förenlig med gemenskapens regelverk och de omständigheter som kringgärdat beviljande av tillstånd för vadhållningsverksamhet i Italien.

5. I detta sammanhang ger innehållet i nämnda domar och generaladvokaternas förslag till avgörande mig möjlighet att, med förbehåll för enskilda citat, utelämna vissa detaljer så att jag kan koncentrera mig på att studera de frågeställningar som fortfarande är öppna eller som har uppkommit senare och är nya.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

6. För att uppnå de mål som har uppställts skall gemenskapens verksamhet enligt artikel 3 c EG innefatta ”en inre marknad som kännetecknas av att hindren för fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital avskaffas mellan medlemsstaterna”. De tre sistnämnda områdena regleras i avdelning III i fördragets tredje del, vars kapitel 2 och 3 avser etableringsrätt respektive tjänster.

1. Etableringsrätten

7. Grunderna för denna princip återfinns i artikel 43 EG:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 48 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna

medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital."

säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen skall vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.

8. I artikel 46.1 anges olika undantag:

Med 'bolag' förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte."

"1. Bestämmelserna i detta kapitel och åtgärder som vidtagits med stöd av dessa skall inte hindra tillämpning av bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.

2. Friheten att tillhandahålla tjänster

..."

10. Den allmänna principen anges i artikel 49 första stycket EG:

9. I artikel 48 jämställs juridiska personer med fysiska beträffande utövandet av denna rättighet:

"Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.

"Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt

...”

d) inom fria yrken.

11. Denna bestämmelse kompletteras med följande föreskrift i artikel 50 EG:

Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i kapitlet om etableringsrätt får den som tillhandahåller en tjänst tillfälligt utöva sin verksamhet i det land där tjänsten tillhandahålls på samma villkor som landet uppställer för sina egna medborgare.”

”Som 'tjänster' i detta fördrags mening skall anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.

12. I artikel 55 hänvisas till några bestämmelser som reglerar etableringsrätten:

Med tjänster skall särskilt avses verksamhet:

”Bestämmelserna i artiklarna 45–48 skall tillämpas på de sakområden som regleras i detta kapitel.”

a) av industriell natur,

b) av kommersiell natur,

B — *De italienska bestämmelserna*

c) inom hantverk,

13. De nationella bestämmelserna överensstämmer i stor utsträckning med dem som

behandlades i målet Gambelli, men det är lämpligt att erinra om dem och aktualisera dem.

1. Koncessioner och tillstånd att utöva verksamhet

14. I artikel 88 i Testo Unico delle Leggi di Publica Sicurezza (en konsoliderad version av lagarna om allmän säkerhet, nedan kallad TULPS), [4] i dess lydelse enligt artikel 37.4 i Legge financiaria (budgetlagen) för 2001, [5] föreskrivs att tillstånd för vadhållningsverksamhet kan ges endast åt organ med koncession eller åt sådana som har godkänts av ett ministerium eller av en annan inrättning, som genom lag har förbehållits rätten att organisera eller bedriva vadhållning. Den som önskar vara verksam i vadhållningssektorn måste således få en koncession och ett tillstånd, som i TULPS benämns polistillstånd.

a) Koncessioner

15. Tillsynen av hasardspel ankommer på staten genom Ministero dell'Economia e delle Finanze (ekonomi- och finansministeriet), som delegerat uppgiften till Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (självständig myndighet för statsmonopolen, nedan kallad AAMS). [6]

16. Det finns emellertid två undantag från denna statliga ensamrätt till förmån för Comitato olimpico nazionale italiano (italienska nationella olympiska kommittén, nedan kallad CONI) och Unione italiana per l'incremento delle razze equine (det italienska förbundet för hästrasernas förbättring, nedan kallat UNIRE). [7] CONI och UNIRE har behörighet att organisera vadhållning [8] och att anförtro anordnandet av sådan till utomstående vid evenemang som nämnda organ kontrollerar. [9]

17. För dessa organs beviljande av koncessioner gäller särskilda bestämmelser, som har

4 — Antagen genom kungligt dekret nr 773 av den 18 juni 1931 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 146 av den 26 juni 1931).

5 — Lag nr 388 av den 23 december 2000 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 302 av den 29 december 2000, supplemento ordinario nr 219). Den författningstext som anges i punkt 7 i domen i målet Gambelli innefattar inte denna ändring, vilken nämns i punkt 8 som om det skulle vara fråga om en annan bestämmelse.

6 — Artikel 1 i dekret av republikens president nr 33 av den 24 januari 2002 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 63 av den 15 mars 2002) och artikel 4 i lagdekret nr 138 av den 8 juli 2002 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 158 av den 8 juli 2002), ändrad till lag nr 178 av den 8 augusti 2002 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 187 av den 10 augusti 2002).

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

8 — Artikel 6 lagstiftningsdekret nr 496 av den 14 april 1948 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 118 av den 22 maj 1948).

9 — Artikel 3.229 i lag nr 549 av den 28 december 1995 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 302 av den 2 november 1995) — CONI —, och artikel 3.78 i lag nr 662 av den 23 december 1996 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 303 av den 28 december 1996) — UNIRE –.

ändrats under årens lopp. Inledningsvis var urvalet av rättighetsinnehavare villkorat av insyn i fråga om de berördas ägarförhållanden, vilket var ett skäl till att det för kapitalassociationer fanns ett flertal restriktioner. Aktier med rösträtt skulle nämligen vara utfärdade till fysiska personer, kollektiva bolag eller kommanditbolag och skulle inte kunna överföras genom enbart ett indossament, [10] vilket medförde att företag som var noterade på börsen inte kunde delta i anbudsförfaranden.

18. För närvarande är det enligt artikel 22.11 i Legge financiaria för år 2003 [11] möjligt för alla juridiska personer att delta, utan någon begränsning hänförlig till den juridiska personens form.

b) Polistillstånd

19. För verksamhet i vadhållningssektorn krävs, förutom koncession, ett tillstånd (artikel 88 i TULPS), vilket kan återkallas. Tillstånd nekas den som har dömts till vissa straff eller för att ha begått vissa brott, exempelvis sådana som avser allmän moral och gott uppförande eller överträdelse av regleringen om hasardspel (artiklarna 11 och 14 i TULPS).

20. När ett tillstånd väl beviljats måste innehavaren godta att ordningspolisen när som helst skall ha tillträde till den lokal där den verksamhet som tillståndet avser bedrivs (artikel 16 i TULPS).

2. Sanktionsåtgärder

21. I lag nr 401 av den 13 december 1989 om ingripanden på området för spel och förbjuden vadhållning till skydd för sunda idrottstävlingar (nedan kallad lag nr 401/89) [12] kriminaliseras vissa beteenden.

22. Enligt artikel 4 döms den som olagligen organiserar lotterier eller vadhållning som

10 — Artiklarna 2.1 a och artikel 6 i Ministero delle Finanzes dekret nr 174 av den 2 juni 1998 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 129 av den 5 juni 1998) beträffande CONI och artiklarna 2.1 a och 8 i republikens presidents dekret nr 169 av den 8 april 1998 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 125 av den 1 juni 1998) beträffande UNIRE.

11 — Lag nr 289 av den 27 december 2002 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 305 av den 31 december 2002, supplemento ordinario nr 240).

12 — *Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 294 av den 18 december 1989.

enligt lag är förbehållet staten eller koncessionsinnehavare och som gör det beträffande idrottsevenemang som organiseras av CONI eller UNIRE, till fängelse, i lägst sex månader och högst tre år. Om fråga är om andra tävlingar föreskrivs fängelse mellan tre månader och ett år samt böter (första stycket). Fängelse om högst tre månader samt böter föreskrivs även för reklam för nämnda spel (andra stycket). Den som endast deltar döms till ett av sistnämnda straff (tredje stycket).

23. I artikel 4.4a och 4.4b [13] utsträcks straffansvaret till dem som utan sådant tillstånd som föreskrivs i artikel 88 TULPS mottar eller upptar vadhållningsinsatser av något slag, vare sig vaden ingås i Italien eller utomlands och oavsett om det sker per telefon eller genom dataöverföring, samt den som underlättar sådan verksamhet (4a) och den som mottar lottoblanketter eller andra vadhållningsinsatser genom samma medier utan licens för att använda dem i sådant syfte (4b).

13 — Tillagda genom artikel 37.5 i ovannämnda lag nr 388/00. I punkt 9 i domen i målet Gambelli talas om artikel 4a och artikel 4b, när i själva verket fråga är om två stycken i artikel 4.

III — Bakgrund till tvisten: Domen i målet Gambelli och svaret från Corte suprema di cassazione

24. Såsom jag har påpekat i inledningen av detta förslag har domstolen fått frågor beträffande den gränsöverskridande dimensionen för hasardspel. Till domarna i de ovannämnda målen Gambelli och Zenatti skall läggas dem i målen Schindler [14] och Läärä m.fl. [15], även om dessa mål, med undantag för det första, har rört friheten att tillhandahålla tjänster. [16]

25. Målet avseende bröderna Schindler rörde totalförbudet mot lotterier i Förenade kungariket, i målet Läärä m.fl. behandlades finsk lagstiftning om spelautomater, och målet Zenatti avsåg italienska agenters vadhållningsverksamhet för företags räkning som var etablerade i en annan medlemsstat. Sistnämnda fall hade ganska många likheter med det som gav upphov till domen i målet

14 — Dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler (REG 1994, s. I-1039; svensk specialutgåva, tillägg, s. 119).

15 — Dom av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läärä m.fl. (REG 1999, s. I-6067).

16 — Den har även undersökt andra områden: i dom av den 11 september 2003 i mål C-6/01, Anomar m.fl. (REG 2003, s. I-8621), området för spelautomater, och i dom av den 13 november 2003 i mål C-42/02, Lindman (REG 2003, s. I-13519), området för beskattning i Finland av vinster. Vidare är mål C-89/05, United Utilities, anhängigt, i vilket House of Lords (Förenade kungariket) har frågat "huruvida det undantag för vadhållning som föreskrivs i artikel 13 B f i rådets sjätte direktiv av den 17 maj 1977 (Direktiv 77/388/EEG) avseende '[v]adslagning, lotterier och andra former av hasardspel' tillämpas på tjänster från en person ('representanten') som utför nämnda tjänster i en annan persons namn ('huvudmannen') ..."

Gambelli, som i många avseenden överensstämmer med det fall som nu behandlas, särskilt vad gäller de faktiska omständigheterna och de gemenskapsrättsliga och nationella bestämmelserna.

26. Det är således lämpligt att undersöka de skäl som föranledde de nationella domstolarna att ställa dessa tolkningsfrågor, vilket kräver en redogörelse för domen i målet Gambelli och för Corte suprema di cassaziones tillämpning av kriterierna i den domen.

A — *Domen i målet Gambelli*

27. Piergiorgio Gambelli och 137 andra personer åtalades i ett brottmålsförfarande för att olagligen ha anordnat icke tillåtet hasardspel och förfoga över lokaler där vadhållningsinsatser förmedlades utan tillstånd för en brittisk bookmakers räkning.

28. Tribunale di Ascoli Piceno vände sig till domstolen eftersom den var tveksam inför huruvida de italienska straffbestämmelser som den skulle tillämpa var förenliga med artiklarna 43 EG och 49 EG. [17]

29. I domen i målet Gambelli studerade domstolen, efter att ha redogjort för avgivna yttranden (punkterna 25–43), den uppkomna frågeställningen ur två synvinklar, nämligen utifrån etableringsfriheten (punkterna 44–49) och friheten att tillhandahålla tjänster (punkterna 50–58). [18]

30. När det gällde den första synvinkeln utgick domstolen från det företag i Förenade kungariket som var verksamt i Italien genom italienska agenturer (punkt 46), eftersom det inte var möjligt för dem att vara verksamma direkt på grund av att de nationella bestämmelserna uteslöt möjligheten för kapitalassociationer som var noterade på börsen i

17 — Tribunale di Ascoli Piceno ställde följande fråga: "Är en sådan nationell reglering som följer av artikel 4.1 och följande punkter och artikel 4a och 4b i lag nr 401/89 (i deras lydelse enligt artikel 37.5 i lag nr 388 av den 23 december 2000), vilka innehåller straffsanktionerade förbud mot att utöva verksamhet, oavsett av vem eller var den utförs, avseende upptagande, mottagande, registrering och förmedling av vad, i synnerhet vid sportevenemang, om inte förutsättningar föreligger för sådan koncession eller sådant tillstånd som föreskrivs i inhemsk rätt, förenlig med artikel 43 och följande artiklar och artikel 49 och följande artiklar i EG-fördraget om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla gränsöverskridande tjänster?"

18 — I sitt förslag till avgörande ansåg generaladvokaten Alber att dataöverföringscentraler inte var sekundära etableringsställen för det brittiska företaget utan att dessa centraler bedrev verksamhet med tillhandahållande av tjänster (punkt 87), varför han föreslog ett svar som var begränsat till friheten att tillhandhålla tjänster.

någon annan medlemsstat att erhålla koncession, vilket innebar ett hinder för etableringsfriheten (punkt 48).

31. Vad gällde den andra synvinkeln gjordes en fördjupad analys för att fastslå att de italienska bestämmelserna inskränkte friheten att tillhandahålla tjänster i tre avseenden: a) för det brittiska företaget som mottog vad från Italien, vilken verksamhet domstolen i enlighet med artikel 50 EG (punkt 52) betecknade som tjänster, trots att de sändes till Italien via Internet (punkterna 53 och 54), b) för italienska medborgare som sände vadinsatser, vilket var belagt med straffpåföljd (punkterna 55–57), och c) för förmedlarna, för vilka också var föreskrivet straffansvar (punkt 58).

32. Domstolen fastslog följaktligen att artikel 4 i lag nr 401/89 inskränkte etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster (punkt 59), varför det var nödvändigt att undersöka huruvida hindren var motiverade för att de omfattades av något av undantagen i artiklarna 45 EG och 46 EG eller av tvingande hänsyn till allmänintresset (punkt 60).

33. Inte i något av dessa två undantag ingår minskning av skatteintäkterna (punkt 61) eller finansiering av sociala aktiviteter genom ett uttag på intäkterna, vilken måste "utgöra en accessorisk positiv konsekvens" (punkt 62).

34. Hindren skulle uppfylla de villkor som angetts i rättspraxis (punkt 64). Efter att ha redogjort för dessa villkor (punkt 65) angav domstolen i domen i målet Gambelli att det ankom på den nationella domstolen att bedöma huruvida de var uppfyllda i det omtvistade fallet [19], och angav den några riktlinjer för den nationella domstolen (punkt 66), varvid den förklarade att det krävs att hindren

— är berättigade på grund av tvingande hänsyn av allmänintresse, såsom "skyddet av konsumenter", "för att förhindra bedrägerier" och "överdrivna spelutgifter" och undvikande av att "ordningen i samhället störs", under förutsättning att de vidtagna åtgärderna bidrar till att "begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt" (punkt 67), varför en medlemsstat, när den bedriver en politik som innebär

19 — I liknande ordalag överlät domstolen i punkt 37 i domen i målet Zenatti åt den nationella domstolen att kontrollera huruvida den nationella lagstiftningen var berättigad och huruvida de föreskrivna begränsningarna inte framstod som oproportionerliga. Generaladvokaten Alber bekräftade i sitt förslag till avgörande i målet Gambelli att dittills hade bedömningen överlåtits åt de nationella domstolarna men påpekade att denna uppgift "bereder dem svårigheter" (punkt 116).

en kraftig ökning av vadhållning i syfte att erhålla ekonomiska fördelar, inte kan "åberopa att hänsyn till den allmänna samhällsordningen gör det nödvändigt att begränsa spelmöjligheterna" (punkterna 68 och 69), [20]

— tillämpas på samma sätt och utifrån samma kriterier på alla aktörer i gemenskapen (punkt 70), varvid principen om icke-diskriminering åsidosätts om det är lättare för italienska aktörer att uppfylla dem (punkt 71),

— inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det angivna syftet. Proportionalitetsprincipen skall vara uppfylld i fråga om de påföljder som personer som deltar i vadhållning (punkt 72) och förmedlare som underlättar för en bookmaker som är etablerad i en annan medlemsstat att tillhandahålla tjänsterna (punkt 73) ådöms, samt i fråga om möjligheterna för kapitalassociationer som är börsnoterade i de andra medlemsstaterna att erhålla koncessioner för att organisera spel (punkt 74).

20 — Det skall påpekas att även om domstolen överlämnade åt den nationella domstolen att bedöma huruvida de förutsättningar som fastslagits i rättspraxis var uppfyllda i dess tvist, domstolen i detta fall tog sig friheten att uttrycka sin åsikt i frågan.

B — *Svaret från Corte suprema di cassazione*

35. Några månader efter det att domen i målet Gambelli meddelats fick Corte suprema di cassazione tillfälle att tillämpa de riktlinjer som gavs i domen i ett mål avseende ett överklagande från Pubblico ministero (åklagaren) av ett beslut meddelat den 15 juli 2003 av Tribunale di Prato som i ett brottmålsförfarande mot en man vid namn Gesualdi samt andra personer avseende brott enligt artikel 4.4a i lag nr 401/89 hade upphävt ett beslag mot centraler som drevs av de tilltalade eftersom den ansåg att nämnda bestämmelse stred mot gemenskapsrätten. [21]

36. Corte suprema di cassazione hade genomgående ansett att de nationella bestämmelserna var förenliga med gemenskapsrätten. [22] Domen i målet Gambelli medförde att Tribunale di Pratos dom överklagades till tredje avdelningen, varvid Sezioni unite penali (brottmålsavdelningen i plenum) den 26 april 2004 meddelade dom

21 — Enligt vad som framgår av Corte suprema di cassaziones dom var skälet till detta att den nationella lagstiftningen inte var berättigad: dels erbjöd den ingen garanti för att allmän säkerhet skyddades eftersom den i stället för att minska möjligheterna till spel ökade insatserna och det antal personer som hade tillstånd att utöva sådan verksamhet. Dessutom syftade den inte heller till att öka allmän säkerhet eftersom det saknades medel för att hindra infiltration av kriminella grupper. Enligt Tribunale di Prato hade endast statens ekonomiska intressen varit avgörande för dessa begränsningar av gemenskapens friheter.

22 — Dom av Sezioni III nr 124 av den 27 mars 2000, Foglia, rv. 216223, nr 7764 av den 4 juli 2000, Vicentini, rv. 216986, och nr 36206 av den 6 oktober 2001, Publiese, rv. 220112.

nr 111/04 (nedan kallad domen i målet Gesualdi). [23]

37. I domen i målet Gesualdi frångicks inte övervägandena i domen i målet Gambelli, som ingick som ett led i en enhetlig rättspraxis (punkt 11.1). Däremot innehåller den två nyheter, nämligen den avseende etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster inom ramen för hasardspel samt den som uttryckligen innebär att artikel 4 i lag nr 401/89 begränsar dessa friheter (punkt 11.2.3).

38. Corte suprema di cassazione tog därefter som utgångspunkt att den italienska lagstiftaren sedan flera år tillbaka bedrev en expansiv politik på området för att öka statens inkomster och slog fast att ett sådant agerande överensstämde med skäl hänförliga till allmän ordning och allmän säkerhet som motiverar inskränkningar i de gemenskapsrättsliga friheterna, eftersom bestämmelserna om spel inte syftar till att begränsa efterfrågan och utbud utan att kanalisera dem till kretsar som kan kontrolleras så att brott undviks (punkt 11.2.3).

39. Den använde i det sammanhanget det argumentet att den brittiske bookmakern redan stod under en medlemsstats kontroll, eftersom det tillstånd som detta land meddelat hade territoriella inslag och användningen av en ordning med koncessioner för vadhållning inte hade diskuterats på gemenskapsnivå (punkt 11.2.4).

40. Den framhävde också att det italienska systemet vilar på två pelare: koncessioner och tillstånd. De skäl hänförliga till allmänintresset som motiverar begränsningarna för koncession är uppenbara, åtminstone delvis. De skäl som rör tillstånd följer av de subjektiva villkor som skall vara uppfyllda avseende förebyggande inspektioner och fortlöpande övervakning för att bekämpa kriminella inslag, såsom bedrägeri, penningtvätt och ocker (punkt 11.2.5).

41. Vid utvärderingen av hindrens ändamålsenlighet och proportionalitet gjordes i domen i målet Gesualdi åtskillnad mellan licenser och straffrättsliga påföljder, eftersom domstolarna saknar befogenhet att avgöra huruvida det finns skäl för sådana påföljder och deras omfattning (punkt 12).

23 — Denna har fogats som bilaga 6 till Massimiliano Placanicas yttrande, och det går att ta del av den på http://www.ictlex.net/index.php/2004/04/26/cass-su-sent-11104/.

42. Likaså ansåg domstolen i fråga att de nationella bestämmelserna inte var diskriminerande eftersom de som säkerställde insyn i ägarförhållandena för koncessionshavarna omfattade såväl italienska som utländska aktörer. Dessutom kunde alla kapitalassociationer efter den 1 januari 2004 delta i anbudsförfarandena eftersom de olägenheter som funnits på området hade undanröjts (punkt 13).

43. Avslutningsvis avfärdades att det ömsesidiga erkännandet av examens-, utbildnings- och andra behörighetsbevis i artikel 47 EG var av relevans (punkt 14).

44. Mot bakgrund av dessa överväganden fastslogs i domen att artikel 4 i lag nr 401/89, särskilt artikel 4.4a jämförd med artikel 88 i TULPS, inte är oförenlig med gemenskapsprinciperna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster (punkt 15). [24]

IV — De faktiska omständigheterna i målen vid den nationella domstolen

45. Likheten mellan vad som hände i målen Zenatti och Gambelli och vad som skett i de förfaranden vid de nationella domstolar som ställde de aktuella tolkningsfrågorna underlättar beskrivningen av de faktiska omständigheterna, varför det är tillräckligt med några korta påpekanden.

46. "Dataöverföringscentralerna" finns i lokaler som är öppna för allmänheten och där erbjuds olika dataöverföringsverktyg för tillgång till servrarna hos vadhållningsföretag som är etablerade i andra medlemsstater. I dessa inrättningar spelar de intresserade, mottas deras vad, betalar de och får de sina vinster.

47. Dessa företag leds av oberoende aktörer som enbart underlättar buden genom att agera som förmedlare mellan enskilda och bookmakers med vilka de står i avtalsförhållanden. [25]

24 — Consiglio di Stato (högsta förvaltningsdomstol) har gått på samma linje i beslut av den 1 mars (Nr 5203/2005, överklagande NRG. 4587 av år 2004) och av den 14 juni (N. 5898/2005, överklagande NRG. 2715 av år 1998) av år 2005.

25 — Enligt Tribunale di Teramo "mottog [den tilltalade] på sin agentur listor över evenemang och dess motsvarande värde för det engelska företaget, spred dem, godtog vaden från enskilda och översände dessa data till det nämnda företaget".

48. Massimiliano Placanica, Christian Palazzese och Angelo Sorrichio driver butiker av detta slag för Stanley International Betting Ltd, med säte i Liverpool. Detta företag har ett tillstånd för att driva verksamhet i Förenade kungariket och utlandet som utfärdats av myndigheterna i denna stad. [26] Företaget saknar dock ett italienskt tillstånd, som skulle ha gjort det möjligt för företaget att vara verksamt i sex år, med möjlighet till sex års förlängning, och som det hade försökt erhålla vid det anbudsförfarande som genomfördes i detta land år 1999. Företaget uteslöts från anbudsförfarandet eftersom fråga var om en börsnoterad utländsk kapitalassociation.

49. Pubblico ministero inledde vid Tribunale di Larino ett brottmålsförfarande mot Massimiliano Placanica och anklagade honom för brott enligt artikel 4.4a i lag nr 401/89, eftersom han såsom ende styrelseledamot i företaget Neo Service Srl genom dataöverföring utan tillstånd upptog sportvadhållningsinsatser och andra sorters vadhållningsinsatser för Stanley Internacional Betting Ltd.

50. Något liknande skedde vid Tribunale di Teramo mot Christian Palazzese och Angelo Sorrichio som också bedrev vadhållningsverksamhet för det engelska företagets räkning, även om de innan de började verksamheten hade vänt sig till Questura (polisstationen) di Atri och ansökt om tillstånd utan att ha fått något svar.

V — Tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

51. Tribunale di Larino har vilandeförklarat sitt mål, eftersom den är tveksam inför huruvida systemet med koncessioner är motiverat i syfte att kontrollera hasardspel. I beslut av den 8 juli 2004, vilket har gett upphov till mål C-338/04, har den ställt följande frågor till domstolen:

"Är artikel 4.4a i lag nr 401/89 förenlig med principerna i artikel 43 EG och följande artiklar och artikel 49 EG i fråga om etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster över gränserna, med beaktande av de motstridigheter som följer av en jämförelse mellan EG-domstolens avgöranden (närmare bestämt domen i målet Gambelli m.fl.) och Suprema Corte di Cassaziones i plenum dom

26 — I punkterna 10 och 11 i generaladvokaten Albers förslag till avgörande och punkterna 12–14 i domen i målet Gambelli beskrivs dessa företag och deras sätt att agera på den italienska marknaden i detalj.

nr 23271/04? Är närmare bestämt den straffbestämmelse som avses i åtalet och som gjorts gällande mot Placanica Massimiliano tillämplig i Italien?"

52. Tribunale di Teramo har också, i två beslut av den 23 juli 2004 med liknande innehåll, vilka har gett upphov till målen C-359/04 och 360/04, vilandeförklarat sina förfaranden, och utifrån villkoren för att delta i förfarandena för tilldelning av koncessioner, ställt följande fråga:

"Kan artiklarna 43.1 och 49.1 i EG-fördraget tolkas så, att det är tillåtet för medlemsstaterna att göra tillfälliga undantag (under en tid om 6–12 år) från bestämmelserna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster inom Europeiska Unionen och därvid

1) bevilja vissa aktörer koncessioner för visst tillhandahållande av tjänster, som gäller under 6–12 år, på grundval av en reglering som innebär att vissa (icke italienska) konkurrenter utesluts från anbudsförfarandet,

2) ändra nämnda reglering sedan det visat sig att den inte är förenlig med de principer som anges i artiklarna 43 EG och 49 EG, så att även de aktörer som tidigare inte hade rätt att delta i anbudsförfarandena i fortsättningen har rätt att delta,

3) inte återkalla de koncessioner som beviljats på grundval av den tidigare regleringen som, såsom angetts, var oförenlig med principerna om etableringsfrihet och fri rörlighet för tjänster, och anordna ett nytt anbudsförfarande i enlighet med den nya regleringen som är förenlig med nämnda principer,

4) åtala personer som samarbetar med aktörer som har tillstånd att utöva sådan verksamhet i sin ursprungsmedlemsstat men som uteslöts från anbudsförfarandet på grund av de begränsningar som föreskrevs i den tidigare regleringen, som sedermera upphävts?"

53. Domstolens ordförande förordnade i beslut av den 14 oktober 2004 att målen C-359/04 och C-360/04 skulle förenas och i beslut av den 27 januari 2006 att de även skulle förenas med mål C-338/04. [27]

54. I mål C-338/04 har Masimiliano Placanica, den belgiska, den tyska, den spanska, den franska, den italienska, den österrikiska, den portugisiska och den finländska regeringen samt kommissionen inkommit med skriftliga yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i domstolens stadga. I målen C-359/04 och C-360/04 har yttranden avgetts av Christian Palazzese, Angelo Sorricchio, den spanska, den italienska, den österrikiska och den portugisiska regeringen samt kommissionen.

55. Vid förhandling i målen den 7 mars 2006 närvarade företrädarna för Massimiliano Placanica, Christian Palazzese och Angelo Sorrichio, för den belgiska, den franska, den italienska och den portugisiska regeringen samt för kommissionen och yttrade sig muntligen.

56. Det skall även påpekas att mål C-260/04 är anhängigt vid domstolen. Det målet har inletts genom att kommissionen väckt talan om fördragsbrott mot Republiken Italien och rör systemet med koncessioner för upptagande och insamlande av insatser för spel på hästar. [28]

VI — Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

A — *Tolkningsfrågornas innebörd*

57. De två nationella domstolarna har samma utgångspunkt, nämligen ett brottmålsförfarande som inletts på grund av att de tilltalade agerat som förmedlare av vadhållningsinsatser utan koncession och tillstånd, och samma problem, nämligen betänkligheter kring huruvida de nationella bestämmelserna är förenliga med etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. Domstolarna resonerar dock på olika sätt.

58. Tribunale di Larino ställer sig inte bakom Corte suprema di cassaziones tillämpning av domen i målet Gambelli, efter-

27 — I avvaktan på det avgörande som skall meddelas i förevarande mål finns andra liknande mål om begäran om förhandsavgörande som också gjorts av italienska domstolar (mål C-395/05, D'Antonio m.fl., mål C-397/05, Di Maggio och Buccola, och mål C-466/05, Damonte).

28 — EUT C 217, 2004, s. 14.

som den inte är övertygad om vare sig att den statliga regleringen syftar till att bevara allmän ordning eller att den stävjar diskriminering av aktörer i andra medlemsstater.

59. Tribunale di Teramo har pekat på de avgörande omständigheterna att den bookmaker för vars räkning de tilltalade var verksamma inte kan erhålla tillstånd förrän de tillstånd som beviljades 1999 löpt ut. Om denna tidsperiod innebär ett "tillfälligt undantag" från gemenskapens grundläggande rättigheter är den tveksam inför huruvida det är rättsligt giltigt.

60. Dessa klargöranden är till hjälp vid undersökningen av de hinder som har uppkommit i avseenden som inte har utvecklats i besluten om hänskjutande.

B — *Frågeställning*

61. De regeringar som har yttrat sig i mål C-338/04, med undantag av den belgiska regeringen, anser att tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning, om än av olika skäl. Det portugisiska och det finländska ombudet anser att begäran om förhandsavgörande inte innehåller tillräckliga uppgifter för att ett svar skall kunna avges, medan det tyska, det spanska, det franska och det italienska ombudet anser så på grund av att frågan enligt deras uppfattning avser tolkning av nationell rätt och inte av gemenskapsrätten. Det österrikiska ombudet anser att tolkningsfrågan överensstämmer med den som behandlades i domen i målet Gambelli och har föreslagit att det meddelas beslut i enlighet med artikel 104.3 i rättegångsreglerna, vilket förslag Tyskland, Italien och Frankrike har anslutit sig till i andra hand.

62. I målen C-359/04 och C-360/04 har Spaniens och Italiens regeringar upprepat det resonemang som anfördes i det andra målet till stöd för påståendet att tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning. För det fall de inte har framgång med detta har den italienska regeringen anfört att beslut skall fattas i enlighet med artikel 104.3 i rättegångsreglerna.

63. Mot denna bakgrund skall det undersökas huruvida domstolen skall ta upp tolkningsfrågorna till sakprövning.

C — *Grunderna för att tolkningsfrågorna inte kan tas upp till sakprövning*

1. Den formella riktigheten av beslutet om hänskjutande

64. Domstolen har med jämna mellanrum hävdat att den är skyldig att besvara tolkningsfrågor, förutom när den tolkning eller det ställningstagande till giltigheten av en gemenskapsbestämmelse som begärs inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen, när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den. [29]

65. Det skall påpekas att den nationella domstolen, för att möjliggöra en användbar tolkning, skall redogöra för den faktiska och rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs eller åtminstone ange de omständigheter som ligger till grund för dessa frågor [30] och därvid ange skälen till att den begär förhandsavgörande med någon förklaring till valet av gemenskapsbestämmelser som den begär tolkning av och deras förhållande till den nationella lagstiftningen. [31]

66. Syftet med dessa förutsättningar är att domstolen skall kunna lämna ett användbart svar [32] och att medlemsstaternas regeringar och de berörda skall kunna avge yttranden i enlighet med artikel 23 i domstolens stadga. [33]

67. I detta förfarande uppfyller besluten om hänskjutande angivna villkor i tillräcklig mån eftersom ursprunget till den faktiska och den rättsliga frågan analyseras i dessa. Det är riktigt att de relevanta italienska bestämmelserna inte återges i besluten, men denna brist kan med lätthet rådas bot på genom att man går till domen i målet Gambelli. Vidare betonas kärnan i frågeställningen, vilken ligger i skillnaden mellan domstolens

29 — Dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkterna 59–61, av den 5 juni 1997 i mål C-105/94, Celestini (REG 1997, s. I-2971), punkt 22, av den 7 september 1999 i mål C-355/97, Beck och Bergdorf (REG 1999, s. I-4977), punkt 22, av den 13 juli 2000 i mål C-36/99, Idéal tourisme (REG 2000, s. I-6049), punkt 20, av den 19 februari 2002 i mål C-35/99, Arduino (REG 2002, s. I-1529), punkterna 24 och 25, av den 22 maj 2003 i mål C-18/01, Korhonen m.fl. (REG 2003, s. I-5321), punkterna 19 och 20, av den 9 september 2003 i mål C-137/00, Milk Marque och National Farmers' Union (REG 2003, s. I-7975), punkt 37, av den 25 mars 2004 i de förenade målen C-480/00–C-482/00, C-484/00, C-489/00–C-491/00 och C-497/00–C-499/00, Azienda Agricola Ettore Ribaldi m.fl. (REG 2004, s. I-2943), punkt 72, eller av den 10 november 2005 i mål C-316/04, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (REG 2005, s. I-9759), punkterna 29 och 30.

30 — Beslut av den 8 oktober 2002 i mål C-190/02, Viacom (REG 2002, s. I-8287), punkt 15, och dom av den 17 februari 2005 i mål C-134/03, Viacom Outdoor (REG 2005, s. I-1167), punkt 22, av den 12 april 2005 i mål C-145/03, Keller (REG 2005, s. I-2529), punkt 29, och av den 6 december 2005 i de förenade målen C-453/03, C-11/04, C-12/04 och C-194/04, ABNA m.fl. (REG 2005, s. I-10423), punkt 45.

31 — Beslutet i det ovannämnda målet Auto Viacom, punkt 16, samt dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243), punkt 17, av den 12 juni 1986 i de förenade målen 98/85, 162/85 och 258/85, Bertini m.fl. (REG 1986, s. 1885), punkt 6, av den 17 maj 1994 i mål C-18/93, Corsica Ferries (REG 1994, s. I-1783; svensk specialutgåva, volym 15 s. 113), punkt 14, av den 8 juni 2000 i mål C-258/98, Carra m.fl. (REG 2000, s. I-4217), punkt 19, och av den 21 januari 2003 i mål C-318/00, Bacardi-Martini och Cellier des Dauphins (REG 2003, s. I-905), punkt 43.

32 — Dom av den 26 januari 1993 i de förenade målen C-320/90–C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl. (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1), punkt 6.

33 — Beslut av den 30 april 1998 i de förenade målen C-128/97 och C-137/97, Testa och Modesti (REG 1998, s. I-2181), punkt 6, av den 2 mars 1999 i mål C-422/98, Colonia Versicherung m. fl. (REG 1999, s. I-1279), punkt 5, av den 11 maj 1999 i mål C-325/98, Anssens (REG 1999, s. I-2969), punkt 8, av den 28 juni 2000 i mål C-116/00, Laguillaumie (REG 2000, s. I-4979), punkt 15, och av den 8 oktober 2002 i det ovannämnda målet Viacom, punkt 14, samt dom av den 21 september 1999 i mål C-67/96, Albany (REG 1999, s. I-5751), punkt 40, av den 11 september 2003 i mål C-207/01, Altair Chimica (REG 2003, s. I-8875), punkt 25, och av den 12 april 2005 i det ovannämnda målet Keller, punkt 30.

nämnda dom och Corte suprema di cassaziones resonemang, och därvid uttrycks i vilken utsträckning den ifrågavarande tolkningen behövs i det anhängiga målet.

69. Jag anser att det inte finns hinder för att ta upp de ställda frågorna till sakprövning, fastän ordalydelsen i Tribunale di Larino ger stöd för de ovannämnda staternas uppfattning.

2. Tillämpningen av de nationella bestämmelserna

68. Enligt fast rättspraxis ankommer det enligt funktionsfördelningen mellan domstolen och medlemsstaternas domstolar på de senare att tolka och tillämpa nationell rätt och därvid bedöma dess räckvidd och förenlighet med gemenskapens rättsordning,[34] med förbehåll för den särskilda situation som uppstår när den nationella lagstiftaren reglerar rent nationella frågor genom att hänvisa till gemenskapsbestämmelser.[35]

70. Genom en enkel ändring av ordföljden i frågan omformuleras den nämligen utifrån en gemenskapsrättslig synvinkel så att det inte är fråga om att analysera huruvida artikel 4.4a i lag nr 401/89 överensstämmer med artiklarna 43 EG och 49 EG — vilken är den ordagranna innebörden av beslutet — utan att analysera innebörden av dessa bestämmelser i fördraget, för att koppla ihop dem med de nationella bestämmelserna och med de händelser som gett upphov till målet, även om problemet, vilket kommer att undersökas längre fram, i själva verket har sitt ursprung i en italiensk domstols oenighet med Corte suprema di cassazione.

71. Tribunale di Teramo har å sin sida hänvisat till den ändring i det gällande nationella systemet för beviljande av koncessioner för vadhållningsverksamhet som syftar till att alla kapitalassociationer skall kunna delta i kommande förfaranden när de bemyndiganden som meddelats som en följd av de anbudsförfaranden där de inte tilläts delta löpt ut. Dessa förhållanden förefaller ha anknytning till gemenskapens friheter och har inte behandlats i domen i målet Gambelli.

34 — Dom av den 13 mars 1986 i mål 296/84, Sinatra (REG 1986, s. 1047), punkt 11, av den 21 januari 1993 i mål C-188/91, Deutsche Shell (REG 1993, s. I-363), punkt 27, av den 7 december 1995 i mål C-45/94, Ayuntamiento de Ceuta (REG 1995, s. I-4385), punkt 26, av den 26 september 1996 i mål C-341/94, Allain (REG 1996, s. I-4631), punkt 11, av den 24 oktober 1996 i mål C-435/93, Dietz (REG 1996, s. I-5223), punkt 39, av den 30 april 1998 i mål C-136/95, Thibault (REG 1998, s. I-2011), punkt 21, eller av den 19 januari 2006 i mål C-265/04, Bouanich (REG 2006, s. I-923), punkt 51.

35 — Dom av den 26 september de 1985 i mål 166/84, Thomasdünger (REG 1985, s. 3001), av den 8 november 1990 i mål C-231/89, Gmurzynska-Bscher (REG 1990, s. I-4003), av den 24 januari 1991 i mål C-384/89, Tomatis och Fulchiron (REG 1991, s. I-127), av den 28 mars 1995 i mål C-346/93, Kleinwort Benson (REG 1995, s. I-615), av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161), samt även av den 17 mars 2005 i mål C-170/03, Feron (REG 2005, s. I-2299). Bartoloni, M.E., "La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale 'modellato' sulla normativa comunitaria", Il diritto dell'Unione europea, año VI, nr 2–3, 2001, sidorna 311–349.

72. Dessutom ankommer det på domstolen att tillhandahålla alla kommentarer beträffande de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som gör det möjligt att bedöma dessa i målet. [36]

3. Avgörande av tolkningsfrågan genom ett beslut

73. Enligt artikel 104.3 i rättegångsreglerna är det av processekonomiska skäl möjligt att meddela ett motiverat beslut när en tolkningsfråga är identisk med en annan som redan avgjorts, när svaret framgår klart av rättspraxis eller när frågan inte föranleder något rimligt tvivel.

74. Domstolen har använt denna möjlighet med försiktighet, [37] eftersom den innebär att man frångår vissa förfaranden, vilket begränsar möjligheterna till försvar. Om det är tveksamt huruvida dessa förutsättningar är för handen tillämpas därför inte förfarandet.

75. I detta förslag till avgörande har jag uppmärksammat vissa likheter med målet Gambelli, men att sådana konstateras räcker inte för att motivera ett beslut genom vilket förfarandet avslutas med att tidigare uttalanden upprepas. De nationella domstolarna har inte bett om något som de redan känner till utan önskar få klargöranden beträffande domen i målet Gambelli som, vilket inte får glömmas bort, fortsatte i kölvattnet efter domen i målet Zenatti. De svårigheter som de italienska domstolarna står inför kvarstår om domstolen enbart erinrar om sin rättspraxis. [38]

D — *Domstolens behörighet*

76. Enligt min uppfattning består den verkliga svårigheten i att avgöra huruvida dom-

36 — Dom av den 30 april 1998 i de förenade målen C-37/96 och C-38/96, Sodiprem m.fl. (REG 1998, s. I-2039), punkt 22, och av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m. fl. (REG 2001, s. I-5409), punkt 48.

37 — Exempel på fall där artikel 104.3 i rättegångsreglerna använts är beslut av den 26 maj 2005 i mål C-297/03, Sozialhilfeverband Rohrbach (REG 2005, s. I-4305), och av den 13 december 2005 i mål C-177/05, Guerrero Pecino (REG 2005, s. I-10887), vilka grundades på att svaret framgick klart av tidigare domar, samt av den 14 juli 2005 i mål C-52/04, Personalrat der Feuerwehr Hamburg (REG 2005, s. I-7111), och av den 1 december 2005 i mål C-447/04, Ostermann (REG 2005, s. I-10407), som grundades på att det inte fanns något rimligt tvivel. Det andra kriteriet som föreskrivs i bestämmelsen — identiska frågor — är sällan för handen, dock i beslut av den 7 juli 1998 i de förenade målen C-405/96–C-408/96, Beton Express m.fl. (REG 1998, s. I-4253).

38 — I den sjätte delen av Massimiliano Placanicas och Christian Palazzeses yttrande och i den andra delen, sjätte kapitlet, i Angelo Sorricchios belyses skillnaderna i de italienska domstolarnas tolkning. I fotnot 27 nämnde jag andra liknande tolkningsfrågor som också ställts av italienska domstolar och i vilka avgörandet i förevarande mål avvaktas.

stolen är behörig att besvara tolkningsfrågorna när de har sin grund i underrätternas oenighet kring Corte suprema di cassaziones tillämpning av kriterierna i domen i målet Gambelli.[39] Med andra ord måste det klarläggas huruvida det ingår i domstolens behörighet att uttala sig i meningsskiljaktigheter hos nationella domstolar vid tolkning av gemenskapsrättsliga bestämmelser för att kontrollera huruvida dessa och nationella bestämmelser är förenliga med varandra när domstolen redan har angett de kriterier som reglerar sådana fall.

77. Det finns åtskilliga argument för ett nekande svar på frågeställningen. För det första ankommer, vid en begäran om förhandsavgörande, tolkningen av den statliga bestämmelsen på domstolarna i medlemsstaten, vilka i den anhängiga tvisten har bättre förutsättningar för att lösa denna uppgift i överensstämmelse med den tolkningsvägledning som domstolen har lämnat.

78. I överensstämmelse med denna ståndpunkt överlät domstolen i domen i målet Gambelli uttryckligen åt de italienska domstolarna att bedöma huruvida bestämmelserna i deras rätt överensstämmer med de gemenskapsrättsliga friheterna.[40]

79. För det andra är det så att, om de nationella domstolarna kommer fram till olika eller motstridiga resultat, det ankommer på deras egna respektive rättsordningar att tillhandahålla verktyg för att ena åsikterna. Därvid är parterna bundna av ett avgörande från en domstol i högsta instans och förhindrade att, *per saltum*, vända sig till domstolen, eftersom det i fördraget inte finns något direkt rättsmedel mot nationella domstolars beslut, även om de meddelar dessa som sista instans och därvid tillämpar unionens rätt på ett felaktigt sätt.[41]

80. Trots att den angivna lösningen är relativt enkel krävs det att vissa viktiga förbehåll görs.

81. Dels är det så att domstolen, när den överlåter åt domstolarna i medlemsstaterna att bedöma nationella bestämmelser i förhållande till de gemenskapsrättsliga, inte avstår från sin behörighet på området[42] utan tillämpar de principer som ligger till grund

39 — Tribunale di Teramo har nyanserat denna oenighet ytterligare genom att, såsom jag redan har påpekat, införa nya aspekter. Tvisten har upptäckts i doktrin: Botella, A.S., "La responsabilité du juge national", *Revue trimestrielle de droit européen*, nr 2, 2004, s. 307, nämner eventuell bristande överensstämmelse mellan olika rättsordningar eller mellan domstolar i samma jurisdiktion och har nämnt ett franskt exempel.

40 — Särskilt punkterna 66, 71, 73 och 75.

41 — Generaladvokaten Léger erinrade i sitt förslag till avgörande inför dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler (REG 2003, s. I-10239), om att domstolen år 1975 i sitt yttrande beträffande Europeiska unionen föreslog att fördraget skulle innehålla en lämplig garanti för att skydda enskildas rättigheter mot överträdelser av artikel 234 EG av högsta domstolar (fotnot 126).

42 — Ossenbühl, F., "Der Entwurf eines Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland — Verfassungs- und europarechtliche Fragen", *Deutsches Verwaltungsblatt*, juli 2003, s. 892, hävdar att, även om nationella domstolar inte kan kontrollera sanningshalten i de ursäkter som medlemsstaterna lämnar som motiv för nationella inskränkningar och iakttagandet av proportionalitetsprincipen, domstolen inte helt har slutat att göra denna kontroll, och den anser att antagandet att den har delegerat denna behörighet är felaktigt.

för institutet med förhandsavgörande, varvid de fördelar som deltagandet i tvisten innebär erkänns, medan det slutgiltiga beslutet i frågan ligger kvar hos domstolen. Den har därför tillåtit nya frågor när den nationella domstolen stöter på problem när det gäller förståelsen eller tillämpningen av domstolens dom, när begäran avser en ny rättsfråga eller när den nationella domstolen lägger fram sådana nya omständigheter som föranleder ett annat svar. [43]

82. Samma principer måste förespråkas när hindren härrör från en dom som meddelats av en överordnad nationell domstol som tillämpar de av domstolen lämnade riktlinjerna.

83. Om de italienska domstolarna förbjöds att vända sig till domstolen i fall såsom de förevarande, skulle avvikelser endast kunna rättas till genom en talan om fördragsbrott, på sätt liknande det som skedde i dom av den 9 december 2003 i målet kommissionen mot Italien. [44]

84. Att använda denna väg ger upphov till vissa problem. Det överlåts nämligen åt den som har talerätt att avgöra om en överträdelse skall göras gällande [45] och när överträdelsen skall angripas vid domstolen, trots att de nationella domstolarna befinner sig i en situation som är lämplig för båda uppgifterna. Under det administrativa förfarande som föregår talan om fördragsbrott föranleds vidare medlemsstatens lagstiftande och verkställande makt att på anmodan av kommissionen ställa upp villkor för den dömande makten, med risk för att dess oberoende inskränks. Slutligen leder den till att man reflekterar över innehållet i och följderna av ett fastsällande av ett fördragsbrott, eftersom domen i det ovannämnda målet delvis motiverades av att det i den nationella rättsordningen fanns en bestämmelse som medgav en tolkning som stred mot gemenskapens syfte.

85. Inte heller får de enskilda glömmas bort, vilka kan ta initiativ till att en tolkningsfråga ställs, fastän det ankommer på den domstol vid vilken tvisten är anhängig att besluta i frågan. [46] Om de i förväg vet att det inte går

43 — Beslut av den 5 mars 1986 i mål 69/85, Wünsche (REG 1986, s. 947; svensk specialutgåva, volym 8, s. 497), punkt 15, samt dom av den 11 juni 1987 i mål 14/86, Pretore di Salò (REG 1987, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 9, s. 111), punkt 12, och av den 6 mars 2003 i mål C-466/00, Kaba II (REG 2003, s. I-2219), punkt 39, i vilket Immigration Adjudicator ställde en fråga som var identisk med den som besvarats i dom av den 11 april 2000 i mål C-356/98, Kaba I (REG 2000, s. I-2623), men där Immigration Adjudicator inte höll med om vissa av de bedömningar som gjorts i domen.

44 — Dom av den 9 december 2003 i mål C-129/00, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-14637).

45 — Kommissionen har visat sig motvillig till att väcka talan om fördragsbrott mot medlemsstaterna för underlåtenhet som deras domstolar gjort sig skyldiga till: Cobreros Mendazona, E., "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, särskilt sidorna 291–299; beträffande tidigare fall, Ortúzar Andéchaga, L., *La aplicación judicial del derecho comunitario*, Trivium, Madrid, 1992, sidorna 184 och 185.

46 — Med förbehåll för att domstolen om det är nödvändigt för att fastställa sin egen behörighet undersöker de omständigheter under vilka den nationella domstolen utformar sin begäran om förhandsavgörande (domen i målet Foglia (ovan fotnot 22), punkterna 21 och 27, dom av den 26 september 2000 i mål C-322/98, Kachelmann (REG 2000, s. I-7505), punkt 17, av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 39, av den 17 maj 2001 i mål C-340/99, TNT Traco (REG 2001, s. I-4109), punkt 31, och av den 16 december 2004 i mål C-293/03, My (REG 2004, s. I-12013), punkt 25).

att begära förhandsavgörande, återstår för dem endast att väcka talan om skadeståndsansvar för staten, såsom angetts i domen i det ovannämnda målet Köbler. [47]

86. Att använda denna mekanism är också otillfredsställande, eftersom den, med tanke på att den tillkommit för att skydda gemenskapsrätten vid särskilt allvarliga fall, [48] är underställd några mycket stränga krav, [49] såsom att åsidosättandet skall vara "uppenbart", samtidigt som den utgör ett komplicerat medel som ofta utmynnar i en tolkningsfråga liknande den som skall förhindras.

87. Ett annat argument med större bärighet måste beaktas. Domstolens viktigaste funktion består i att exklusivt säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av gemenskapsrätten. Enligt dom av den 24 maj 1977 i målet Hoffmann-La Roche syftar en begäran om förhandsavgörande till att "förhindra att det i någon medlemsstat uppstår en inhemsk rättspraxis som inte står i överensstämmelse med gemenskapsrättsreglerna". [50] Ett direkt sätt för att uppnå detta kan vara att ingripa i den rättsliga tvisten mellan de olika domstolarna i ett land beträffande den tolkning av unionens rättsordning som en överordnad domstol gjort.

88. I överensstämmelse med denna ståndpunkt medgav domstolen, i dom av den 16 januari 1974 i målet Rheimühlen-Dusseldorf [51], att institutet med förhandsavgörande har det huvudsakliga syftet att säkerställa att den rätt som införts genom fördraget har samma verkan i hela gemenskapen. Domstolen tillade att det även syftar till att säkerställa en enhetlig tillämpning "genom att förse den nationella domstolen med ett medel för att undanröja de svårigheter som kan uppstå till följd av kravet på att gemenskapsrätten skall ges full verkan inom ramen för medlemsstaternas instansordningar"

47 — Martín Rodríguez, P., "La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nr 19, 2004, s. 859, betonar svårigheterna att göra gällande fördragsbrott i det målet, eftersom det skulle tillskrivas den lagstiftande makten, som antagit den bestämmelse som hade diskriminerande följder, den verkställande makten, eftersom den österrikiska myndigheten skulle ha gett företräde åt gemenskapsbestämmelserna, eller den dömande, såsom skedde, för att inte ha gett ett effektivt skydd åt de rättigheter som medborgaren ges i gemenskapens rättsordning.

48 — Simon, D., "The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law", i O'Keeffe, ed., *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, Haag, 2000, sidan 275 och följande sidor.

49 — I domen i det ovannämnda målet Köbler betecknas dessa fall som "undantag" (punkt 53).

50 — Mål 107/76 (REG 1977, s. 957; svensk specialutgåva, volym 3, s. 375), punkt 5.

51 — Mål 166/73 (REG 1974, s. 33; svensk specialutgåva, volym 2, s. 195). Detta mål hade sitt ursprung i några ansökningar om exportbidrag som avslagits av det tyska interventionsorganet för spannmål och foder, vilka avslag fastställts av domstol genom Hessisches Finanzgericht (Hesses skattedomstol). Sedan domen överklagats ställde Bundesfinanzhof (högsta skattedomstol på förbundsnivå) ett flertal tolkningsfrågor. Sedan de besvarats (dom av den 27 oktober 1971 i mål 6/71, Rheinmühlen Düsseldorf, REG 1971, s. 823), biföll Bundesfinanzhof talan delvis och återförvisade målet till underrätten för att denna skulle meddela en ny dom. Dessförinnan ställde emellertid Hessisches Finanzgericht några frågor till domstolen genom beslut som överklagades till Bundesfinanzhof, som i sin tur ställde nya tolkningsfrågor till domstolen, vilket gav upphov till den dom som jag kommenterar, medan Hessisches Finanzgerichts frågor behandlades i dom av den 12 februari 1974 i mål 146/73, Rheinmühlen Düsseldorf (REG 1974, s. 139).

(punkt 2) med en vittgående möjlighet att hänskjuta frågan till domstolen (punkt 3), så att "[en underinstans] måste ... , om den bedömer att ett avgörande i enlighet med en högre instans rättsliga bedömning skulle strida mot gemenskapsrätten, vara fri att till EG-domstolen hänskjuta de i detta hänseende uppkomna frågorna", eftersom, om frågan inte ställs, detta skulle innebära att såväl domstolens behörighet som gemenskapsrättens tillämpning på de nationella instansordningarnas samtliga nivåer, om de knyts till varandra, "äventyrades", såvida frågorna inte "var i sak identiska" med de frågor som redan ställts av domstolen i sista instans (punkt 4). [52]

89. Det är tveklöst så att förslaget föranleder olägenheter, såsom en ökning av antalet tolkningsfrågor eller ett uppenbart brott mot den statliga domstolsorganisationens hieraki. Den första nackdelen saknar relevans, eftersom en arbetsökning inte kan få styra det lämpliga rättsliga valet. [53] Den andra nackdelen är att det inte tas hänsyn till domstolens funktion som högsta tolkare av gemenskapens rättsordning, en viktig roll för att det skall finnas en gemenskap av verklig rättsstatskaraktär. Under alla förhållanden blir hindren mindre om något annat alternativ väljs.

90. Jag kan inte heller låta bli att nämna att, med hänsyn till oklarheterna i utformningen av den dömande makten i unionen, domstolen förorsakar vissa störningar själv, eftersom det inte är lätt att i varje situation uppnå den lämpliga precisionsgraden med hänsyn till att det avgörande inom juridiken är att finna gränserna.

VII — Prövningen av tolkningsfrågorna

91. Om domstolen tillåter frågorna från Tribunale di Larino och Tribunale di Teramo måste en reflexion göras över rätten, spelet och vadhållningarna.

A — *Rätten, spelet och vadhållningarna*

92. Nuförtiden finns det inget som avviker mer från begreppet "rätten" än begreppet

52 — Domstolen fastslog att "[f]örekomsten av en nationell rättsregel enligt vilken domstolarna är bundna av en högre instans rättsliga bedömning är ensam inte av beskaffenhet att kunna frånta dessa möjligheten att enligt artikel [234 EG] hänskjuta en fråga till Europeiska gemenskapernas domstol".

53 — Även om valet kan diskuteras är det utan en ändring i rätten endast domstolar i sista instans som har möjlighet att ställa tolkningsfrågor, i likhet med vad som är fallet på vissa områden (artikel 68 EG).

"hasard", eftersom hasard inte härrör från människans vilja eller allmänna övertygelser, och inte heller fungerar på ett avsiktligt sätt utan nyckfullt och godtyckligt. [54] Under andra tidsperioder har det emellertid funnits en stark koppling mellan de två begreppen. För att det sociala lugnet skulle bevaras krävdes nämligen att beslut respekterades och de som fattade besluten gavs "magisk" eller "prästerlig" makt. [55]

93. Gudsdomar, av mycket gammalt ursprung, [56] visar denna symbios genom att de gjordes beroende av en slumpartad händelse. Senare försökte man grunda avgörandet på rationella kriterier, fram till de moderna rättsordningarna, i vilka tagits avstånd från dessa ödets nycker, förutom i vissa fall. [57]

94. Det finns andra aspekter där man kan ana dessa paradoxala förbindelser, såsom moraliska skyldigheter, på vilka vadhållning utgör ett bra exempel, villkorade köp, när ett framtida och osäkert förhållande beror på risken, ett chansartat fall eller, det som nu diskuteras, slumpartade avtal.

95. Spel, såsom en lekverksamhet, har funnits i alla samfund under historiens lopp och det kan urskiljas fyra nivåer av olika juridisk projektion. På den första återfinns den mest spontana och grundläggande yttringen, ren underhållning och förströelse. [58] På den andra visar sig tävlingen, där vinnaren, förutom nöjet att tävla med andra, får självaktning och social prestige. På den tredje är det inte tillräckligt med underhållning eller möjlighet att få visa vad man kan utan det finns ett pengaintresse. [59] På den fjärde finns vadhållning som, förutom att den

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

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

56 — I Hamurabis lag under det babyloniska imperiets höjdpunkt under det artonde århundradet före Kristus användes ofta vattnets gudsdom: den tilltalade kastades i vattnet och om han överlevde förklarades han oskyldig.

57 — Vanligtvis används "lottdragning" för att välja ledamöterna i en jury eller för att utse domare. Ibland gör sig extrema lösningar gällande, såsom i målet USA mot William Holmes, i vilket, sedan en besättning efter ett skeppsbrott hade kastat fjorton passagerare överbord från en överfull livbåt, domstolen uttalade att i en dramatisk lottdragning för att välja ut offren skall alla delta, såväl sjömän som passagerare.

58 — Ofta syftar envishet endast till att säga emot eller förlöjliga en kamrat, såsom när Don Quijote retar sin väpnare med: "Jag har ett bra vad till dig, Sancho: att nu när du går och talar utan att någon håller dig i handen, finns det inget som gör ont i din kropp" (Cervantes Saavedra, M., *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, Andra delen, kapitel XXVIII, Espasa Calpe, Madrid, 2004, s. 466).

59 — Kant, I., hänvisar till dessa aspekter när han berättar att barns lekar, såsom fotboll, brottning, springtävlingar, soldater, syftar till förströelse och möjlig personlig utveckling. Därefter syftar vuxenlekar, såsom schack och kortspel, samtidigt till rena vinster. Slutligen medborgarnas spel, där deras tur visas i offentliga sammanhang med roulett och tärningsspel och där alla, omedvetet, drivs av den mänskliga naturen (*Antropología en sentido pragmático*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, s. 216).

innebär att penningbelopp sätts på spel, har blivit ett beroende. [60]

96. Av dessa fyra nivåer har den första inte något med den juridiska världen att göra och i praktiken inte heller den andra. När kapital satsas i spel har lagstiftaren emellertid två skäl att agera. Dels för att vaka över återverkningarna på deltagarens egendom [61] och hälsa [62] och stabiliteten för hans familj, dels för att beakta den affärsmässiga karaktären av de inrättningar i vilka verksamheten bedrivs.

97. Dessa skäl är förklaringen till den uppmärksamhet inom juridiken som ges åt hasardspel och dess inverkan på gemenskapsrätten. På detta plan har domstolen ansett att "lotteriverksamhet utgör ekonomisk verksamhet i den mening som avses i fördraget", [63] eftersom den innebär ett "tillhandahållande av en bestämd tjänst mot ersättning", [64] och domstolen har därvid innefattat den i tillhandahållande av tjänster. [65] Man skall inte avfärda den inverkan på andra områden, såsom, i just den ekonomiska sektorn, på etableringsrätten eller, utanför den ekonomiska sfären, på nämnda mänskliga aspekter.

B — *Inskränkningar av grundläggande friheter*

98. I målet Gambelli förespråkade generaladvokaten Alber att frågan om de nationella bestämmelsernas förenlighet med etableringsrätten skulle prövas före frågan om deras förenlighet med friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom nämnda rättighet

60 — Dostoyevski, F., som var allmänt känd för att vara leksugen, beskriver mästerligt dem som fastnar i dess nät: "[...] i spelets värld vet man perfekt att en spelare, när han känner sig passionerat fångad i en så sällsam kamp mot slumpen, kan stanna upp till tjugofyra timmar i sträck sittande framför ett bord utan att ens en sekund vika bort blicken från korten eller det hjul som snurrar" *(Spelaren,* Ed. Bruguera, Barcelona, 1974, s. 247), varefter han tillägger att "efter ett ögonblick kunde jag uppfatta att pengar inte längre betydde något för mig, utan känslan av risk, det intryck av äventyr som det innebar att trotsa all logik. Från den tidpunkten har jag funderat mycket över den omständigheten, och jag har kommit till slutsatsen att det är mycket möjligt att, när man går igenom så många känslor sinnet, långt ifrån att ge efter, blir allt mer upphetsat och kräver allt starkare känslor, tills det slutligen blir håglöst" (s. 274). Samma känsla är underliggande i texten av Gabriel y Galán, J.A., "[...] det var riktigt att dagen tillbringades med att tänka på pengar, vara beroende av dem och leva i deras rytm men, precis som alla spelare hade han inte någon böjelse till pengar, utan till spelmarker [...]" *(Många år senare,* Alfaguara, Madrid, 1992, s. 324). Chateaubriand, F., erkänner en motsvarande känsla efter att ha förlorat större delen av de pengar som han precis hade fått låna: "Jag hade aldrig spelat: spel gav mig en sorts smärta. Efter att denna passion hade härskat över mig hade den stört min mentala förmåga" [*Minnen från andra sidan graven (bok I-XXIV),* El Acantilado, Barcelona, 2004, s. 385].

61 — Dostojevski låter huvudpersonen i sin roman fantisera: "Varför skulle spel vara sämre än alla andra sätt att tjäna pengar, såsom handel, för att ta ett exempel? Det är riktigt att av hundra spelare vinner endast en, men ... vad kunde denna detalj betyda för mig om jag kände mig förutbestämd att vinna?" *(Spelaren,* a.a., s. 68).

62 — José Zorrillas berömda person Juan Tenorio visar prov på detta bekymmer när han efter att ha vunnit ett kortspel utmanas av förloraren och svarar denne: "Det vill säga/att eftersom Ni vann vadet/vill Ni att festen slutar/med att vi går ut och slåss?" (*D. Juan Tenorio,* Alianza, Madrid, 1998, Första delen, fjärde akten, scen VI).

63 — Domarna i de ovannämnda målen Schindler, punkt 19, och Anomar m.fl., punkt 46.

64 — Domen i det ovannämnda målet Anomar m.fl., punkt 47, samt, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Zenatti, punkt 24.

65 — Domarna i de ovannämnda målen Schindler, punkterna 25 och 34, Läärä m.fl., punkt 27, och Anomar m.fl., punkt 52.

kommer före i fördraget (punkt 76), [66] även om dataöverföringscentralerna inte skulle anses som filialer (punkt 87), eftersom regleringen i sådant fall skulle strida mot etableringsrätten (punkt 104), men också skulle åsidosätta friheten att tillhandahålla tjänster (punkt 132).

99. Domstolen, som beaktade spelarna, de företag som ägnade sig åt denna affärsverksamhet och förmedlarna, betraktade inte de båda friheterna särskilt utan konstaterade, efter att ha tänkt över desamma, att "nationella bestämmelser såsom de i den italienska lagstiftningen om vadhållning, särskilt artikel 4 i lag nr 401/89, utgör en inskränkning i etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster" (punkt 59), varefter den analyserade huruvida något i direktivet föreskrivet undantag var för handen eller om bestämmelserna kunde motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset (punkt 60).

100. Det finns inte anledning att ifrågasätta dessa hänvisningar, vilka också förekommer i domen i målet Zenatti beträffande tillhandahållande av tjänster, men det framstår som lämpligt att undersöka de aktuella begränsningarna och de personer som berörs av dem.

101. I det sammanhanget upptäckte domstolen i domen i målet Gambelli hinder för etableringsfriheten i de förutsättningar som krävs i italiensk rätt för dem som deltar i anbudsförfaranden för koncessioner för att öppna vadhållningsagenturer, eftersom några bolagsformer var uteslutna (punkterna 46–48). Domstolen betecknade som hinder för tjänsterna de hinder som ett tjänsteföretag som är etablerat i en annan medlemsstat stöter på för att utöva sitt yrke (punkt 54), samt de som föreskrivs för medborgarna för att delta i vadhållning som organiseras i andra länder i gemenskapen (punkt 57) och för dem som underlättar verksamheten för de tjänsteföretag som är etablerade på dessa territorier (punkt 58), i de två senare fallen under straffansvar. [67]

102. Det är överraskande att samtliga tre nämnda persongrupper behandlades, trots att tolkningsfrågan härrörde från brottmål mot agenter för bookmakern. [68] Varken domstolens funktion eller verkningarna *erga omnes* av dess förhandsavgörande får emellertid glömmas bort, eftersom det är möjligt att välja att åtala enbart spelarna. Dessutom saknar det utländska företaget möjlighet att etablera sig, varför det bedriver sin verksamhet genom att sluta avtal med andra aktörer, vilka står under åtal för att ha uppfyllt avtalen.

66 — Han stödde sig på dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 22.

67 — Korte, S., "Das Gambelli-Urteil des EuGH", *Neue Zeitschrift für Veraltungsrecht,*

68 — Korte, S., a.a., s. 1451.

C — *Huruvida det finns sakliga skäl*

1. Frågeställning

103. Mot bakgrund av vad generaladvokaten Alber hade förespråkat i sitt förslag till avgörande undersökte domstolen i domen i målet Gambelli hindren i den italienska lagstiftningen i ett sammanhang och angav därvid att oberoende av vilken frihet som har åsidosatts måste hindren uppfylla vissa villkor: de skall motiveras av hänsyn till ett tvingande allmänintresse, vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas, inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning samt tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt (punkt 65). [69]

104. Med mer preciseringar än i domen i målet Zenatti överlät domstolen i målet Gambelli åt den nationella domstolen att göra den faktiska bedömningen av huruvida dessa villkor iakttogs genom de italienska bestämmelserna, varvid den angav några riktlinjer för hur denna uppgift skulle göras.

105. Domstolen borde ha lämnat fler preciseringar och uttalat sig om de gemenskapsrättsliga friheternas inverkan på de nationella bestämmelserna, i överensstämmelse med vad generaladvokaten föreslog, vilken hade uppmärksammat de svårigheter som den uppgift som överlämnades åt de nationella domstolarna medförde. [70]

106. Jag tvivlar inte på att domstolen i domen i målet Gambelli gjorde en avvägning i fråga om den noggrannhetsgrad som den kunde tillåta sig utan att överskrida sin behörighet, men i domen i målet Zenatti, genom vilken domstolen inte lyckades undvika en ny begäran om förhandsavgörande, var den alltför försiktig, eftersom den förfogade över tillräckligt med uppgifter för en djupare analys, vilket skulle ha inneburit att de nu aktuella tolkningsfrågorna kunde ha undvikits. [71]

107. Nu måste det uteblivna steget tas och svaret nyanseras, så att den osäkerhet som uppkommit försvinner, även om uppgiften blir mer komplicerad, eftersom det blir nödvändigt att undersöka huruvida det kan finnas något skäl som kan motivera de påtalade hindren för de gemenskapsrättsliga friheterna och därvid utvärdera huruvida

69 — Dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus (REG 1992, s. I-1663; svensk specialutgåva, volym 14, s. 167), punkt 32, och domen i det ovannämnda målet Gebhard, punkt 37.

70 — Punkt 116 i generaladvokaten Albers förslag till avgörande i målet Gambelli. I punkt 120 insisterade han på att, när domstolen har tillräckliga uppgifter för att göra en bedömning, inget bör hindra den från att göra den önskade bedömningen.

71 — Brouwer, L., och Docquir, B., hävdar när de kommenterar domen i målet Gambelli i *Revue de droit comercial belge*, nr 3, 2004, s. 314, punkt 7, att domstolen inte lämnade något utrymme för tvivel: även om bedömningen av förenligheten i princip ankom på den nationella domstolen framgick det klart att den italienska lagstiftningen inte uppfyllde kraven för att vara förenlig med gemenskapsrätten.

hindren är diskriminerande, ändamålsenliga och proportionella.

2. Tvingande hänsyn till allmänintresset

108. Domstolen fastslog i domen i målet Gambelli vilka skäl som motiverar hindren för etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster och vilka som inte gör det, eftersom den avfärdade "minskning av skatteintäkter" och "finansieringen av sociala aktiviteter genom ett uttag på intäkterna från tillåtna spel" (punkterna 61 och 62), [72] men godtog "skyddet av konsumenter", och önskan att "förhindra bedrägerier och att medborgarna lockas till överdrivna spelutgifter" samt "nödvändigheten att förhindra att ordningen i samhället störs" (punkt 67).

109. Den italienska lagstiftningen stödjer sig enligt Corte suprema di cassazione på att kriminaliteten minskas genom att tillsyn sker av vadhållningen. [73]

110. Enligt den italienska regeringen är grunden att skydda allmän ordning [74] och konsumenterna samt att förhindra bedrägerier. [75]

111. Domstolen har uppmärksammat den motstridighet som Italien gör sig skyldig till när denna stat försöker undvika den skada som en verksamhet som den befrämjar medför, [76] vilket är fallet när staten bedriver en politik som innebär en kraftig ökning av spel och vadhållning, [77] varför kampen mot

72 — Domstolen har som hänsyn till allmän ordning i den mening som avses i artikel 46 EG avfärdat skäl av ekonomisk art (se exempelvis dom av den 25 juli 1991 i mål C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda (REG 1991, s. I-4007; svensk specialutgåva, volym 11, s. 331), punkt 11, och av den 29 april 1999 i mål C-224/97, Ciola (REG 1999, s. I-2517), punkt 16.

73 — Domen i det ovannämnda målet Gesualdi, punkt 11.2.3. I doktrinen hävdar Beltrani, S., *La disciplina penale dei giochi e delle scommesse*, Giuffrè, Milán, 1999, s. 313, att systemet syftar framför allt till att skydda statens ekonomiska och fiskala intressen. Detsamma gör Coccia, M., "Rien ne va plus": la corte di giustizia pone un freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo", *Foro italiano*,

74 — Punkt D.a i det yttrande som getts in i målet Placanica och i målen Palazzese och Sorricchio.

75 — Punkt D.b i samma yttranden.

76 — Domen i målet Gambelli, punkterna 68 och 69.

77 — I domen i målet Gesualdi, punkt 11.2.3, nämnde Corte suprema di cassazione lotterierna "Gratta e vinci", som infördes år 1994 av AAMS, "Totogol", som lanserades av CONI, även det år 1994, "SuperEnalotto", som godkändes för bolaget Sisal i oktober 1997, "Totosei", som CONI startade år 1998, "Formula 101", som regleras av ett dekret från augusti 1999 och som Ministero dell'Economia genomförde i april 2000, "Totobingol", som drivs av CONI sedan januari 2001, och "Bingo", som Ministero dell'Economia godkände år 2000.

bedrägeri framstår som den enda ursäkten för de omtvistade inskränkningarna.

112. Därvid görs inga närmare preciseringar beträffande kriminellt beteende inom hasardspel, exempelvis bedrägerier och penningtvätt. [78]

113. I domen i det ovannämnda målet Läärä m.fl. hävdade domstolen att "ett begränsat tillstånd" för vadhållningsverksamhet med exklusiva rättigheter har de fördelarna att spelbegäret och spelverksamheten kanaliseras till en kontrollerad krets, att risken för att verksamheten används för bedrägerier och brott minskas och att avkastningen kan användas för allmännyttiga ändamål (punkt 37). [79]

114. För att iaktta gemenskapsbestämmelserna är det emellertid inte tillräckligt med starka skäl som föranleder en reglering av spelverksamheten på ett sätt som, utan att den förbjuds helt, inskränker den på ett visst sätt, eftersom de föreskrivna åtgärderna även måste vara egalitära, ändamålsenliga och proportionerliga.

3. Den möjliga diskrimineringen

115. I domen i målet Gambelli yttrade sig domstolen inte över åsidosättandet av ickediskrimineringsprincipen i den italienska lagstiftningen [80] utan överlät den värderingen åt den nationella domstolen. [81]

116. Tribunale di Teramo har nu kompletterat de uppgifter som domstolen förfogade över i det målet och har därvid bidragit till att domstolen själv kan lösa frågan utan att tillgripa den ursäkten att 2003 års lagreformer har ändrat situationen i landet, eftersom verkningarna av dessa ändringar enligt dess uppfattning har skjutits upp, antagligen till år 2011, så att följderna av den tidigare ordningen finns kvar och har återverkningar på de brottmål som tolkningsfrågorna härrör från. Dessutom har ändringarna i lagstiftningen inverkat på endast en av delarna i systemet, koncessioner, men inte på andra, såsom tillstånd och sanktionsåtgärder.

78 — Förhindrande av kriminalitet utgör enligt Buschle, D., "Der Spieler" — Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts", *European Law Reporter*, nr 12, 2003, s. 471, ett skäl hänförligt till allmän ordning och samtidigt ett tvingande hänsyn till allmänintresset.

79 — I domen i målet Zenatti, punkt 35, och Anomar m.fl., punkt 74, upprepades denna ståndpunkt.

80 — Generaladvokaten Alber redogjorde i punkterna 95–97 i sitt förslag till avgörande för flera argument som visade på ett åsidosättande.

81 — Punkterna 70 och 71.

117. Det följer av uppgifterna i målet och uppgifterna i tidigare domar att det föreligger särbehandling i fråga om koncessioner och tillstånd.

a) Koncessioner

118. Kapitalassociationer som är börsnoterade i unionen kunde inte delta i anbudsförfaranden för tilldelning av koncessioner. Kraven gällde för alla intresserade, inklusive nationella, [82] men företag med säte i andra medlemsstater var mer utsatta för hindren i den italienska lagstiftningen, [83] eftersom de, om de önskade delta, var tvungna att anpassa sin interna struktur och därför saknade verkliga möjligheter att etablera sig i detta land. [84]

119. Detta resultat förstärks av den restriktivitet som visats i fråga om beviljande av koncessioner, [85] vilken inte är motiverad av behov av att bekämpa kriminalitet, [86] eftersom det vid beviljande av tillstånd först görs kontroller, medan det, för att antas till tilldelningsförfarandena, är tillräckligt med en säkerhet för betalning av relevanta avgifter till statskassan. [87]

120. Olikheten påverkar även förmedlarna, vilka vid straffansvar förhindras att tillhandahålla tjänster åt bookmakers som är etablerade i en annan medlemsstat, som varken kan etablera sig eller erhålla tillstånd att utöva sin verksamhet i Italien.

b) Tillstånd

121. Enligt domstolen innebär ett system med föregående myndighetstillstånd inte att

82 — Domen i målet Zenatti, punkt 26.

83 — Såsom domstolen påpekade i domarna i målen Schindler, punkt 43, och Anomar m.fl., punkt 65, innebär gemenskapsrätten också ett förbud mot nationella bestämmelser som, även om nationalitet inte beaktas, förbjuder eller hindrar verksamheten för en företagare i en annan medlemsstat där denne tillhandahåller liknande tjänster. I domen i målet Zenatti fastslog domstolen i punkt 27 att den italienska lagstiftningen "direkt eller indirekt hindra[de] näringsidkare i andra medlemsländer från att själva bedriva vadhållningsverksamhet i Italien".

84 — Korte, S., a.a., s. 1450. I detta sammanhang medgav den italienska regeringens ombud när den besvarade en av de frågor som ställdes vid förhandlingen i målet att det var åtta företag som hade erhållit koncession, i flertalet fall genom köp av någon som tilldelats koncession.

85 — CONI erbjöd 1 000 koncessioner år 1998. Ministro delle Finanze och Ministro per le Politiche Agricole beviljade inom ramen för sina respektive behörigheter 671 nya koncessioner och förnyade automatiskt 329 befintliga. Denna sista åtgärd motiverade att kommissionen väckte talan om fördragsbrott mot Italien — mål C-260/04, vilket fortfarande är anhängigt — till vilken jag har hänvisat.

86 — I anbudsinfordringar för koncessioner för spel på hästar som genomfördes genom ministerdekret av den 7 april 1999, Approvazione del piano di potenziamento della rete di raccolta ed accettazione delle scommesse ippiche *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nr 86 av den 14 april 1999), föreskrevs att antalet skulle bestämmas med hänsyn till andra parametrar.

87 — Denna uppgift framgår av Tribunale di Teramos beslut med begäran om förhandsavgörande i mål C-359/04.

de nationella myndigheterna kan agera på ett sådant skönsmässigt sätt att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna fråntas sin ändamålsenliga verkan. [88] Det måste å ena sidan grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand så att myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning är klart avgränsat, utan inslag av godtycklighet, och å andra sidan på en förfarandeordning som är lättillgänglig och ägnad att säkerställa att den berördes ansökan behandlas inom en rimlig frist, objektivt och opartiskt. [89]

122. Vid en första anblick får man intrycket att tillstånd enligt artikel 88 i TULPS innefattar de angivna kriterierna, men en mer detaljerad analys av artiklarna 8–14 i just TULPS visar på ett utrymme för skönsmässig bedömning som är oförenligt med objektivitetskravet, bland annat när det i artikel 10 föreskrivs återkallelse "vid missbruk från den auktoriserade personens sida" utan närmare precisering. [90] Avsaknaden av den föreskrivna karaktären följer också av att det varken kan konstateras eller går att komma fram till att kriterierna för avslag på dessa tillstånd är uttömmande.

123. Dessutom förutsätter polistillståndet koncession och omfattas således av de brister som koncessionerna är förenade med just på grund av att de beviljas först.

4. Ändamålsenlighet och proportionalitet

124. De italienska bestämmelserna inskränker etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster på sakliga grunder, men de är diskriminerande, vilket är tillräckligt för att de inte skall kunna tillämpas. De är vidare varken ägnade att uppnå sina egna syften eller proportionerliga i förhållande till det eftersträvade rättsliga intresset.

a) Hindren för etableringsrätten

125. Uteslutandet av vissa bolagsformer från anbudsförfarandet för tilldelning av koncessioner grundas på insynen i företagen, men det finns andra lösningar som är mindre begränsande och mer förenliga med fördraget. [91] Såsom domstolen fastslog i domen

88 — Dom av den 23 februari 1995 i de förenade målen C-358/93 och C-416/93, Bordessa m.fl. (REG 1995, s. I-361), punkt 25, av den 14 december 1995 i de förenade målen C-163/94, C-165/94 och C-250/94, Sanz de Lera m.fl. (REG 1995, s. I-4821), punkterna 23–28, av den 20 februari 2001 i mål C-205/99, Analir m.fl. (REG 2001, s. I-1271), punkt 37, och av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, Smits och Peerbooms (REG 2001, s. I-5473), punkt 90.

89 — Domen i det ovannämnda målet Smits och Peerbooms, punkt 90.

90 — Kommissionen har nämnt artikel 11.1 i TULPS, enligt vilken tillstånd kan nekas om inte god sed styrks, men Corte constituzionale (konstitutionsdomstol) fastslog i dom nr 440 av den 16 december 1994 att den meningen inte överensstämde med konstitutionen eftersom den berörde åläggs bevisbördan.

91 — Hoeller, B., och Bodemann, R., "Das "Gambelli"-Urteil des EuGH und seinen Auswirkungen auf Deutschland", *Neue Juristische Wochenschrift*,

i målet Gambelli "finns [det] andra medel för att kontrollera sådana bolags bokföring och verksamhet". [92] Den bekräftade därvid generaladvokaten Albers förslag till avgörande, i vilket denne angav att det var nödvändigt att kontrollera företagens integritet, exempelvis genom att samla in information om dess företrädare och majoritetsägare. [93]

126. Den italienska staten har inte mot bakgrund av dessa argument vägt de kritiserade åtgärderna mot andra, och den har inte visat att de är de bästa alternativen för att nå syftet med dem.

b) Begränsningarna av friheten att tillhandahålla tjänster

127. Den faktiska omöjligheten för ett företag som är etablerat i en medlemsstat att bedriva sin verksamhet i en annan, samt förbudet mot förmedling och användning av de erbjudna tjänsterna, går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de mål som fastställs i den nationella lagstiftningen. [94]

128. Att inte känna till eller strunta i de undersökningar som utförs och de garantier som lämnas i andra länder i unionen, med den av Corte suprema di cassazione hävdade ursäkten avseende bemyndigandets territoriella karaktär, försenar den europeiska integrationen och strider mot dess grundläggande pelare, och innebär därvid ett åsidosättande av skyldigheten enligt artikel 10 EG att avstå "från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås" och den princip om ömsesidigt förtroende som gäller i relationerna inom gemenskapen.

129. I detta avseende fastslog domstolen, i dom av den 4 december 1986 i målet kommissionen mot Tyskland, [95] att myndigheterna i mottagarstaten måste "ta hänsyn till de kontroller och undersökningar som redan har utförts i etableringsstaten" (punkt 47) och därvid erkänna likvärdighetsprincipen. [96] I dom av den 10 maj 1995 i målet Alpine Investments, [97] som avsåg tjänster per telefon till potentiella mottagare

92 — Punkt 74.

93 — Punkt 99.

94 — Brouwer, L., och Docquir, B., a.a., s. 314, punkt 8.

95 — Dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1986, s. 3755; svensk specialutgåva, volym 8, s. 741).

96 — Generaladvokaten La Pergola fäste i punkt 36 i sitt förslag till avgörande i målet Läärä m.fl. uppmärksamheten på detta kriterium, men domstolen nämnde det inte.

97 — Dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments (REG 1995, s. I-1141), särskilt punkterna 46–49.

i andra medlemsländer, hänsyftade domstolen underförstått på effektivitetsprincipen.

130. Båda principerna får mig att dela generaladvokaten Albers uppfattning i punkt 118 i dennes förslag till avgörande i målet Gambelli, där han anför att hasardspel regleras i lag i alla medlemsstater och att skälen för denna reglering ofta är desamma. [98] Om en organisatör i en annan medlemsstat uppfyller de gällande villkoren i dess lagstiftning bör myndigheterna i den stat där tjänsten tillhandahålls förstå att det är en tillräcklig garanti för organisatörens redbarhet. [99]

131. Corte suprema di cassazione har själv förklarat att det brittiska företag för vars räkning de tilltalade italienarna agerar fick tillstånd att vara verksamma genom beslut av Betting Licensing Committee i Liverpool på grundval av Betting Gaming and Lotteries Act (Lag om vadhållning och lotterier) av år 1963, betalar spelskatt (General Betting Duty) och står under tillsyn av den engelska skattemyndigheten (Inland Revenues and Custom & Excise), av privata revisorer och av tillsynsorganen för börsnoterade bolag.

132. Vid dessa förhållanden, vilka merparten av de stater som har yttrat sig i målet har hänfört sig till, framstår det som klart att de brittiska myndigheterna har bättre förutsättningar än de italienska att kontrollera att verksamheten är lagenlig, samtidigt som det inte har framkommit några argument som talar för en dubbel kontroll. [100] I dom av den 25 juli 1991 i målet Säger, [101] godtog domstolen hindren för friheten att tillhandahålla tjänster med hänsyn till allmänintresset, "i den mån detta intresse inte redan skyddas genom de bestämmelser som tjänsteutövaren omfattas av i den medlemsstat där han är etablerad" (punkt 15).

133. När det gäller förmedlarna har dessa från Ministero dei Comunicazioni (kommunikationsministeriet) erhållit nödvändiga tillstånd för att genom dataöverföring befordra uppgifter, för vilket krävs att de registrerar sig hos handelskammaren, erhåller certifikatet *nulla osta antimafia*, inte har gjort sig skyldiga till brott och underkastar sig tillsyn

98 — För detta fall redogörs i de första punkterna i generaladvokaten Gulmanns förslag till avgörande i det ovannämnda målet Schindler.

99 — På ett vidare plan, Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet — Situationen på den inre marknaden för tjänster — Rapport inom ramen för den första etappen av strategin för tjänster på den inre marknaden (KOM(2002) 441 slutlig), särskilt sidan 36 och följande sidor.

100 — Enligt Schütz, H.-J., Bruha, T., och König, D., *Europarecht Casebook*, München, 2004, s. 752, kräver en medlemsstats införande av striktare villkor en noggrann undersökning av proportionaliteten, särskilt vad gäller bevisningen för att det inte finns mindre begränsande åtgärder.

101 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger (REG 1991, s. I-4221).

från behöriga nationella myndigheter. De är dock förhindrade att tillhandahålla tjänster för ett i en annan medlemsstat etablerat företags räkning.

5. Straffbestämmelserna

134. De gärningar som straffbeläggs i artikel 4.4a och 4.4b i lag nr 401/89 utgår från att verksamhet med anknytning till vadhållning bedrivs utan tillstånd. De utgör en följd av den ordning som har utformats av den italienska lagstiftaren, som har tagit sig ett stort utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om såväl tillåtligheten som förbudet, [102] så att, med beaktande av de diskuterade aspekterna, den skyddsnivå som den anser relevant och landets särart, en viss skyddsnivå har uppnåtts. Valet måste emellertid överensstämma med gemenskapsrätten. [103]

135. Det är således inte fråga om att ifrågasätta *ius puniendi* i staten, vilken har de bästa förutsättningarna att bedöma lämpligheten av och styrkan hos en repressiv reaktion, [104] utan om att, när straffet avser en gärning som strider mot gemenskapens rättsordning, straffet *a fortiori* [105] blir lika hårt, eftersom den ena och den andra bestämmelsen utgör delar i ett större system och inte vattentäta skott. Det ankommer inte på domstolen att välja, [106] men den måste kontrollera att valet är förenligt med gemenskapsrätten.

136. På ett övergripande plan bör uppmärksamhet fästas vid att det i artikel 4 i lag nr 401/89 föreskrivs strängare straff för den som ägnar sig åt vadhållning som är förbehållen staten, CONI, UNIRE eller dess koncessionshavare, vilken omständighet har föga samband med att förhindra brott och mer avser det ekonomiska incitament som spel innebär för statskassan.

137. Det är emellertid också nödvändigt att uppehålla sig vid sanktionsåtgärdernas proportionalitet, utifrån de kriterier som anges i

102 — Domen i det ovannämnda målet Schindler, punkt 61, Läärä m.fl., punkt 35, Zenatti, punkt 33, och Anomar m.fl., punkterna 79 och 87.

103 — Såsom generaladvokaten La Pergola har anfört i punkt 34 i sitt förslag till avgörande i målet Läärä m.fl., är det så att "[å]ven om de restriktiva åtgärderna är beroende av skönsmässig bedömning, är de likväl underkastade en domstolsprövning. Den nationella domstol som har att tillämpa åtgärderna måste nämligen kontrollera att de är lämpliga i förhållande till kraven avseende allmänintresse. Den nationella domstolen skall inom ramen för denna prövning stödja sig på de motiveringsregler — inbegripet proportionalitetsprincipen — som har utarbetats i gemenskapernas rättspraxis i fråga om de gränser som lagligen får uppställas för utövandet av de rättigheter och friheter som följer av fördraget". Såsom jag har anfört utesluter detta inte en kontroll från domstolens sida.

104 — Detta redogjorde jag för i punkt 48 i mitt förslag till avgörande inför dom av den 13 september 2005 i mål C-176/03, kommissionen mot rådet (REG 2005, s. I-7879).

105 — Jag använder mig av det uttryck som generaladvokaten Alber använde i punkterna 97 och 99 i sitt förslag till avgörande i målet Gambelli.

106 — Domen i det ovannämnda målet Schindler, punkt 32.

domen i målet Gambelli, särskilt i punkterna 72 och 73, i vilka åtskillnad gjordes mellan spelaren och förmedlaren.

138. I fråga om spelaren rekommenderade domstolen den nationella domstolen att göra en avvägning beträffande de straff som föreskrevs för den som från sitt hemvist i Italien översänder insatser via Internet till en bookmaker i en annan medlemsstat och därvid beakta den uppmuntran som ges deltagandet i spel som organiseras av godkända nationella organ. För detta hänvisade domstolen till olika domar. [107]

139. När det gäller förmedlaren överlät den också på den nationella domstolen att bedöma huruvida straffbestämmelserna gick utöver vad som var nödvändigt för att bekämpa bedrägeri, eftersom det för den som tillhandahöll tjänsterna gällde en ordning med tillsyn och sanktionsåtgärder i etableringsstaten.

140. Corte suprema di cassazione har inte löst den uppgift som den har anförtrotts, med den förevändningen att den har varit förhindrad att göra det. Det är förvånande att den, trots att den identifierat de tre grundläggande inslagen i den italienska regleringen av vadhållningsverksamhet, för sitt beslut uppehåller sig endast vid tillstånd, genom att helt låta bli att studera sanktionsåtgärden och analysera koncessioner delvis.

141. Domstolen bör uttala sig i detta avseende, eftersom den förfogar över samtliga nödvändiga uppgifter, och utan någon tvekan fastslå att ett straff som innefattar upp till tre års fängelse är oproportionerligt i förhållande till de omständigheter som beskrivits i detta förslag till avgörande, särskilt dem avseende det rättsliga intresse som skyddas genom straffbestämmelserna och dem avseende statens eget agerande som innebär att spel uppmuntras. [108]

142. Dessutom har en fällande dom den följden för den dömde att denne i enlighet med artiklarna 11 och 14 i TULPS inte kan erhålla polistillstånd och att det därigenom är omöjligt att utöva all verksamhet som har samband med vadhållning.

107 — Dom av den 29 februari 1996 i mål C-193/94, Skanavi och Chryssanthakopoulos (REG 1996, s. I-929), punkterna 34–39, och av den 25 juli 2002 i mål C-459/99, MRAX (REG 2002, s. I-6591), punkterna 89–91.

108 — Korte, S., a.a., s. 1451, ger uttryck för allvarligt tvivel beträffande nyttan av straffrättsliga sanktioner med hänsyn till den expansiva politiken avseende spel i Italien. Mignone, C. I., "La Corte di giustizia si pronuncia sul gioco d'azzarso nell'era di Internet", *Diritto pubblico comparato ed europeo*,. 2004, s. 401, frågar sig huruvida det föreligger proportionalitet mellan de skyddade intressena och den personliga frihet som de inskränkt. Hoeller, B., och Bodemann, R., a.a., s. 125, anser att i tysk rätt visar sig den bristande proportionaliteten i att staten undergräver sina egna mål.

143. Det skall inte heller glömmas bort att fråga är om gemenskapens grundläggande friheter, varför alla undantag skall tolkas restriktivt, [109] och att fängelsestraff hindrar personers fria rörlighet. [110]

D — *Avslutande anmärkningar*

144. Avsaknaden av sekundärrätt som är tillämplig på hasardspel innebär att tolkningsfrågorna måste lösas utifrån primärrätten, trots att det med hänsyn till de aktuella områdena skulle vara lämpligt med en harmonisering på området inom ramen för gemenskapens behörighet, vilket gemenskapen inte har saknat möjlighet att genomföra.

145. Det gjordes ett första försök år 1991 när kommissionen, på grundval av studien "Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation", [111] hävdade att regleringen av spel skulle underkastas bestämmelserna om den gemensamma marknaden. På grund av vissa medlemsstaters inställning gick kommissionen emellertid inte vidare. [112]

146. Ett annat tillfälle dök upp med direktiv 2003/31 om elektronisk handel, [113] men i detta uteslöts uttryckligen "[s]pelverksamhet som innebär att penningsvärden satsas på hasardspel, inbegripet lotterier och vadhållningar" (artikel 1.5 d tredje strecksatsen).

147. För närvarande diskuteras ett förslag till tjänstedirektiv, [114] genom vilket man önskar skapa en rättslig ram "som skall underlätta utövandet av etableringsfriheten för tillhandahållare av tjänster och den fria

109 — Se exempelvis dom av den 19 januari 1999 i mål C-348/96, Calfa (REG 1999, s. I-11), punkt 23, som avser skyddet för allmän ordning.

110 — Dom av den 3 juli 1980 i mål 157/79, Pieck (REG 1980, s. 2171; svensk specialutgåva, volym 5, s. 267), punkt 19, och av den 12 december 1989 i mål C-265/88, Messner (REG 1989, s. 4209; svensk specialutgåva, volym 10, s. 281), punkt 14, samt domen i det ovannämnda målet Skanavi och Chryssanthakopoulos, punkt 36.

111 — Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, Luxemburg, 1991. Den kommenterades av generaladvokaten Gulmann i dennes förslag till avgörande i det ovannämnda målet Schindler.

112 — Coccia, M., a.a., s. 524. Kommissionen åberopade subsidiaritetsprincipen för att hindra initiativet (Ordförandeskapets slutsatser från Europeiska rådet i Edinburgh den 11 och den 12 december 1992, bilaga 2, del A: "Subsidiaritet — Exempel på omprövning av anhängiga förslag och gällande lagstiftning", vilka publicerades i den periodiska publikationen *Europeiska gemenskapernas bulletin* nr 2, 1992).

113 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000, om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel") (DO L 178, s. 1).

114 — Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tjänster på den inre marknaden (KOM(2004) 2 slutlig).

rörligheten för tjänster" (artikel 1), som skulle omfatta hasardspel (artikel 2, *a contrario sensu*), trots att det föreskrivs en övergångsperiod under vilken "principen om ursprungsland" [115] inte skall reglera "spelverksamhet som innebär att insatser med penningvärde görs i hasardspel, inbegripet lotterier och vadhållningar" (artikel 18.1 a) för vilken verksamhet föreskrevs en möjlig kompletterande harmonisering "mot bakgrund av en rapport från kommissionen och ett omfattande samråd med berörda parter" (artikel 40), [116] med hänsyn till betydelsen av vad som skall diskuteras. [117]

148. Om man uppnår denna harmonisering i gemenskapen kommer många av problemen med vadhållning över Internet att lösas. Under tiden måste åtgärder som vidtas ensidigt analyseras med utgångspunkt i fördraget. [118]

149. För övrigt går den gränsöverskridande dimensionen för dessa spel utöver Europeiska unionens geografiska utsträckning, såsom bekräftas av diskussionerna inom Världshandelsorganisationen, [119] vars överenskommelser, särskilt Allmänna tjänstehandelsavtalet, har inverkan på gemenskapsrätten om ett tredje land är inblandat, vilket inte är fallet i förevarande fall.

115 — Enligt denna princip omfattas den som tillhandahåller tjänsten endast av lagen i den medlemsstat där han har hemvist, vilken är ansvarig för tillsynen även när verksamheten bedrivs i ett annat gemenskapsland (artikel 16).

116 — Det har inte undgått mig att liberaliseringen av sektorn är långt ifrån okontroversiell. Exempelvis hävdar Ohlmann, W., "Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nr 1, 2005, sidorna 55 och 58, att det inte måste finnas konkurrens. Walz, S., "Gambling um Gambelli? — Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,Giustizia civile,Cross-Border Gambling on the Internet — Challenging National ant International Law*, Zurich/Basel/Geneve, 2004, s. 180.

117 — Buschle, D., a.a., s. 471, framhåller att i Tyskland finns det mellan 90 000 och 500 000 personer som är spelberoende, två tredjedelar män med låg inkomst. Enligt dagstidningen El País, som utgått från uppgifter från konsultföretaget Christiansen Capital Advisors, finns det mellan 1 800 och 2 500 hemsidor på Internet med hasardspel, vilka omsätter mer än 8 200 miljoner dollar i hela världen, vilken summa kommer att stiga till 23 500 miljoner år 2009 (Ciberpaís, den 13 oktober 2005).

118 — Debatten pågår för närvarande. De franska domstolarna har nyligen ställts inför svårigheter liknande dem som deras italienska motsvarigheter beträffande spel på hästar på Internet som bedrivs av företaget Zeturf, som är registrerat på Malta. Cour d'appel (appelationsdomstol) de París fastställde i dom av den 4 januari 2006 en dom meddelad av Tribunal de grande instance (förstainstansdomstol) de París och har, utan att ha begärt förhandsavgörande från domstolen, bekräftat att den nationella lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrätten, vilket redan har föranlett kritik (Verbiest, T., "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 — Exempelvis oenigheten mellan USA och Antigua, vilken har avgjorts genom nämnda organisations appellationsorgans rapport "USA — Åtgärder som påverkar det gränsöverskridande tillhandahållandet av tjänster i form av hasardspel och vadhållning", WT/DS285/AB/R, vilken antogs den 7 april 2005.

VIII — Förslag till avgörande

150. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de av Tribunale di Teramo och Tribunale di Larino ställda frågorna och därvid fastslår följande:

Artiklarna 43 EG och 49 EG skall tolkas så, att de utgör hinder för nationella bestämmelser som vid straffansvar om fängelse i högst tre år förbjuder upptagande, mottagande, registrering eller förmedling av vad utan koncession eller tillstånd i den berörda medlemsstaten för ett företags räkning som inte kan få koncession eller tillstånd för att tillhandahålla sådana tjänster i det landet, men som har godkännande för sådan verksamhet, utfärdat av den medlemsstat där företaget är etablerat.