FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 31. marts 2011 [1]

1. Spørgsmålet om, hvorvidt et monopol til at drive penge- eller hasardspil er i overensstemmelse med retten til fri bevægelighed, som fastsat i fællesskabsretten, har siden september 2009 givet anledning til flere domme i præjudicielle sager, der har givet Domstolen mulighed for at præcisere sin tidligere retspraksis [2].

2. Det fremgår først og fremmest af disse domme, at et sådant monopol kan være i overensstemmelse med denne frihed, såfremt formålet hermed er at sikre et højt niveau af beskyttelse af den offentlige orden og af forbrugerne, og såfremt monopolet tilrettelægges og udøves således, at disse mål rent faktisk opnås.

3. Det fremgår dernæst, at indehaveren af monopolet ikke blot kan være et offentligt organ, men ligeledes en privat udbyder [3]. I dette andet tilfælde skal tildelingen af monopolet ske under overholdelse af ligebehandlingsprincippet og forpligtelsen til gennemsigtighed, medmindre tildelingen af monopolet til denne private udbyder sker »in house« [4].

4. Inden for det særlige område for pengespil via internettet begrundes tildelingen af monopoler yderligere ved de særlige risici, som disse spil frembyder [5].

5. Endvidere har Domstolen fastslået, at en medlemsstat ikke er forpligtet til at anerkende den tilladelse til at drive spil på internettet, som en online-spiludbyder har fået tildelt i en anden medlemsstat, hvor denne udbyder er etableret [6].

6. Med denne præjudicielle anmodning fra Bezirksgericht Linz (Østrig), som er indgået til Domstolens Justitskontor i slutningen af

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Dom af 8.9.2009, sag C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, Sml. I, s. 7633, domme af 3.6.2010, sag C-203/08, Sporting Exchange, Sml. I, s. 4695, og sag C-258/08, Ladbrokes Betting & Gaming og Ladbrokes International, Sml. I, s. 4757, domme af 8.9.2010, sag C-409/06, Winner Wetten, Sml. I, s. 8015, forenede sager C-316/07, C-358/07 — C-360/07, C-409/07 og C-410/07, Stoß m.fl., Sml. I, s. 8069, og sag C-46/08, Carmen Media Group, Sml. I, s. 8149, samt dom af 9.9.2010, sag C-64/08, Engelmann, Sml. I, s. 8219.

3 — Sporting Exchange-dommen, præmis 48, samt dommen i sagen Stoß m.fl., præmis 81.

4 — Sporting Exchange-dommen, præmis 59.

5 — Dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 69-72, og i sagen Carmen Media Group, præmis 102 og 103.

6 — Dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 69, Sporting Exchange-dommen, præmis 33, og dommen i sagen Ladbrokes Betting & Gaming og Ladbrokes International, præmis 54.

august 2009, dvs. inden afsigelsen af de ovennævnte domme, ønskes vurderet, om den østrigske lovgivning om elektroniske spil er i overensstemmelse med den frie udveksling af tjenesteydelser.

7. Ifølge den pågældende lovgivning er udbuddet af sådanne spil til personer i Østrig genstand for et monopol for en periode på højst 15 år tildelt en privat udbyder, der skal opfylde flere betingelser. Udbyderen skal bl.a. være et kapitalselskab med hjemsted i Østrig og har ikke ret til at oprette filialer i udlandet.

8. Den forelæggende ret stiller flere præjudicielle spørgsmål med henblik på at få oplyst, om et sådant monopol og de betingelser, der stilles i national ret for tildeling heraf, er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

9. Hovedparten af disse spørgsmål kan besvares ud fra retspraksis og navnlig de domme, der er afsagt efter indgivelsen af forelæggelseskendelsen.

10. Den foreliggende sag giver imidlertid Domstolen mulighed for at præcisere dens retspraksis, hvad angår betingelsen om, at indehaveren af monopolet skal have sit hjemsted i den pågældende medlemsstat.

11. I Engelmann-dommen blev det fastslået, at en sådan betingelse, for så vidt som den blev pålagt koncessionshavere af traditionelle spil såsom spillekasinoer, var uforholdsmæssig i forhold til de mål om kontrol og beskyttelse af den offentlige orden, som den østrigske regering havde påberåbt.

12. I nærværende forslag til afgørelse foreslår jeg Domstolen at fastslå, at denne samme betingelse, i det ganske særlige tilfælde med monopol til at drive spil på internettet, kan begrundes.

13. Jeg vil henvise til, at en monopolordning, da den i meget høj grad begrænser retten til fri bevægelighed, kun kan begrundes, såfremt formålet hermed er at sikre et højt niveau af beskyttelse af den offentlige orden og forbrugerne.

14. Jeg vil ligeledes fremhæve, at pengespil på internettet frembyder større risici for den offentlige orden og forbrugerne end traditionelle spil, og at spillene kan tilbydes på afstand, uden infrastruktur i modtagermedlemsstaten, hvor denne stat selv kan foretage en grundigere kontrol. På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin findes der ingen

samarbejdsinstrumenter, der gør det muligt for en medlemsstat at få den nødvendige assistance fra den medlemsstat, hvor en onlinespiludbyder er etableret, med henblik på at foretage en sådan kontrol.

15. Jeg udleder heraf, at en medlemsstat derfor har ret til at kræve, at en udbyder, der er indehaver af et monopol til at drive spil på internettet inden for den pågældende medlemsstats grænser, har sit hjemsted her, med henblik på effektivt at kunne kontrolere denne udbyders aktivitet.

16. Endelig vil jeg konkludere, at en medlemsstat derimod ikke kan forbyde indehaveren af et monopol på at drive spil på internettet på dens område at oprette filialer i udlandet, medmindre det godtgøres, at denne foranstaltning er begrundet i tvingende almene hensyn og står i et rimeligt forhold til disse mål.

I — Retsforskrifter

A — *EU-retten*

17. Virksomheden med at drive pengespil har hidtil ikke været omfattet af fællesskabslovgivning eller harmonisering. Denne virksomhed blev udelukket fra anvendelsesområdet for Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked [7].

18. Pengespil udgør en økonomisk aktivitet og er omfattet af anvendelsesområdet for retten til fri bevægelighed, navnlig artikel 49 EF, somforbyder restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Det Europæiske Fællesskab, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i anden medlemsstat end modtageren af den pågældende ydelse.

19. I medfør af artikel 55 EF og 48 EF finder artikel 49 EF anvendelse på tjenesteydelser, der udbydes af et selskab, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet.

B — *Østrisk ret*

20. I Østrig reguleres hasardspil i Glücksspielgesetz (forbundslov om hasardspil) [8].

7 — EUT L 376, s. 36.

8 — BGBl. 620/1989, som ændret i BGBl. I, 145/2006, herefter »GSpG«.

21. I medfør af GSpG's § 3 er retten til at organisere hasardspil i princippet forbeholdt staten. Forbundsfinansministeren kan dog give koncessioner til privatpersoner med henblik på, at disse kan organisere lotterivirksomhed, herunder elektronisk lotteri.

22. I medfør af GSpG's § 12a defineres elektronisk lotteri i denne sammenhæng som »lotterier, hvor spillekontrakten er indgået ved hjælp af elektroniske midler, og hvor beslutningen om gevinst eller tab er centralt tilgængelig, og hvor spilleren straks efter deltagelse i spillet får besked om resultatet«.

23. I medfør af GSpG's § 14 kan forbundsfinansministeren give koncessioner til at drive lotterivirksomhed, herunder elektronisk lotteri. I medfør af GSpG's § 14, stk. 2, kan der kun gives koncession til en kandidat:

— som er et kapitalselskab med hjemsted i indlandet

— som ikke ejes af et moderselskab (i en koncern) med en dominerende indflydelse, og hvis indflydelse indebærer, at overholdelsen af de gældende bestemmelser ikke kan garanteres

— som har et kontrolorgan og en indebetalt selskabskapital på mindst 109 000 000 EUR, hvis lovlige herkomst skal bevises på passende måde

— som udnævner direktører, der på baggrund af deres uddannelse er kompetente, har de egenskaber og den erfaring, der kræves for at drive virksomheden korrekt, og for hvilke der ikke kan gøres nogen udelukkelsesgrunde efter artikel 13 i den østrigske næringslov gældende

— der efter omstændighederne (navnlig erfaring, kendskab og egne midler) må forventes at ville opnå det bedste afgiftsprovenu (koncessionsafgift og afgift på væddemål) for forbundsstaten, og

— at strukturen af den koncern, som ejeren eller ejerne af en kvalificeret andel af selskabet har, ikke vanskeliggør en effektiv kontrol af koncessionshaveren.

24. I medfør af GSpG's § 14, stk. 3, første sætning, kan koncessionen højst tildeles for en periode på 15 år. Så længe en koncession om

lotteri er gældende, fastsætter GSpG's § 14, stk. 5, første punktum, at der ikke må gives andre koncessioner.

25. I medfør af GSpG's § 15, stk. 1, må koncessionshaveren ikke oprette filialer uden for Østrig. Endvidere kræves der godkendelse fra forbundsfinansministeren, såfremt koncessionshaveren erhverver kvalificerede andele i andre selskaber. I medfør af GSpG's § 15b kræves en sådan tilladelse ligeledes i forbindelse med en udvidelse af koncessionshaverens erhvervsaktivitet, og den godkendes kun, såfremt der ikke kan forventes en nedgang i forbundsstatens indtægter fra koncessionsafgiften eller afgift på væddemål.

26. I medfør af GSpG's § 18, stk. 1, skal koncessionshaveren endvidere hvert år underrette forbundsfinansministeren om, hvem der ejer andele i selskabskapitalen.

27. Afholdelse af hasardspil med vinding for øje af personer, der ikke er tildelt koncession, kan forfølges strafferetligt i medfør af § 168 i Strafgesetzbuch (den østrigske straffelov).

II — De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

28. Jochen Dickinger og Franz Ömer, der er østrigske statsborgere, stiftede det multinationale selskab bet-at-home.com, der driver online-spil. Moderselskabet er bet-at-home.com AG, et selskab efter tysk ret med hjemsted i Düsseldorf (Tyskland), som bl.a. ejer bet-at-home.com Entertainment GmbH, der er et selskab efter østrigsk ret. Dette selskab har hjemsted i Linz (Østrig) og tilbyder tjenesteydelser med automatisk dataforarbejdning og informationsteknologi. Selskabet har endvidere en gyldig licens til sportsvæddemål efter østrigsk ret. Selskabet har endvidere oprettet en filial, bet-at-home.com Holding Ltd, der er et selskab efter maltetisk ret. Sidstnævnte stiftede på sin side tre datterselskaber, nemlig bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd samt bet-at-home.com Internationale Ltd, der alle er selskaber stiftet efter maltetisk ret med hjemsted på Malta.

29. To af disse maltesiske selskaber, nemlig bet-at-home.com Entertainment Ltd og bet-at-home.com Internationale Ltd, udbyder hasardspil og sportsvæddemål over internettet. Det førstnævnte selskab har i den forbindelse en gyldig maltesisk licens (»Class One Remote Gaming License«) til online-hasardspil, og det andet selskab har en gyldig maltetisk licens (»Class Two Remote Gaming License«) til online-sportsvæddemål. Hasardspillene

og sportsvæddemålene bliver af begge de maltesiske datterselskaber udbudt på internetplatformen bet-at-home.com. Denne internetside bliver udbudt på sprogene spansk, tysk, græsk, engelsk, italiensk, ungarsk, nederlandsk, polsk, slovensk, tyrkisk og russisk, men ikke på maltetisk. På internetadressen udbydes hasardspil som poker, black-jack, baccarat, roulette samt spil på virtuelle enarmede tyveknægte. Alle de nævnte spil kan spilles med ubegrænsede indsatser.

30. Driften af internetplatformen www.bet-at-home.com sikres udelukkende af bet-at-home.com Internet Ltd og bet-at-home.com Entertainment Ltd. Disse maltetiske selskaber er ansvarlige for planlægningen af spillene. Spilledeltagerne indgår modsvarende kontrakter udelukkende med disse selskaber, som ligeledes har licenserne til den software, der er nødvendig for at kunne drive spilplatformen.

31. bet-at-home.com Entertainment Ltd samt bet-at-home.com Internationale Ltd benyttede indtil december 2007 en server installeret i Linz, Østrig, og stillet til rådighed af bet-at-home.com Entertainment GmbH, der ligeledes stod for vedligeholdelsen af websiden og den software, der var nødvendigt for spillene. Indtil dette tidspunkt blev telefonsupporten for alle spildeltagere varetaget fra lokaler i Linz. Denne support blev faktureret til de maltetiske selskaber.

32. En østrigsk bank med hjemsted i Linz udgjorde bankforbindelsen ved overførsel af indsatser. Indehaveren af den pågældende konto var det maltetiske selskab bet-at-home.com Internationale Ltd.

33. På baggrund af disse omstændigheder blev der indledt en straffesag mod Jochen Dickinger og Franz Ömer med påstand om overtrædelse af § 168 i den østrigske straffelov, som den forelæggende ret skal behandle i første instans.

34. Som svar på en anmodning fra Domstolen har den østrigske regering præciseret, at Jochen Dickinger og Franz Ömer i tvisten i hovedsagen er tiltalt for forhold i relation til deres arbejde for i det østrigske selskab bet-at-home.com Entertainment GmbH. Ifølge regeringen lyder tiltalen således:

»Jochen Dickinger og Franz Ömer har, som ansvarshavende for bet-at-home.com Entertainment GmbH, fra den første januar 2006 og indtil dags dato gjort sig skyldige i overtrædelse af § 168, stk. 1, i den østrigske straffelov, idet de har planlagt hasardspil til fordel for selskabet ved at tilbyde spil via internettet, hvis fortjeneste og tab alene eller hovedsageligt afhænger af tilfældet eller som udtrykkeligt er forbudte […]«

35. Jochen Dickinger og Franz Ömer har ved Bezirksgericht Linz gjort gældende, at den nationale lovgivning om hasardspil er i strid med artikel 43 EF og 49 EF.

36. Bezirksgericht Linz er i tvivl om, hvorvidt bestemmelserne i den østrigske straffelov, sammenholdt med de østrigske regler om hasardspil, der anvendes i den foreliggende sag, er forenelige med fællesskabsretten. Den har derfor besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Skal artikel 43 EF og 49 EF fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning som den, der er indeholdt i § 3, sammenholdt med [GSpG's] § 14f. og § 21 […], ifølge hvilken:

— en koncession til lotterivirksomhed (eksempelvis lotterier, elektroniske lotterier m.v.) kun kan tildeles en enkelt koncessionsansøger for en periode på op til 15 år, og hvorefter denne koncessionsansøger bl.a. skal være et kapitalselskab med hjemsted i Østrig, ikke må oprette filialer uden for Østrig, skal råde over en indbetalt anparts- henholdvis aktiekapital på mindst 109 000 000 EUR og efter omstændighederne må forventes at ville opnå det bedste afgiftsprovenu for forbundsstaten

— en koncession til kasinodrift kun kan tildeles højst 12 koncessionsansøgere for en periode på op til 15 år, og hvorefter disse blandt andet skal være aktieselskaber med hjemsted i Østrig, ikke må oprette filialer uden for Østrig, skal råde over en indbetalt aktiekapital på mindst 22 000 000 EUR og efter omstændighederne må forventes at ville opnå det bedste afgiftsprovenu for de lokale myndigheder?

Disse spørgsmål er des mere påtrængende på baggrund af, at Casinos Austria AG er indehaver af samtlige 12 kasinokoncessioner, som blev tildelt den 18. december 1991 for maksimumsperioden på 15 år, og som i mellemtiden er blevet forlænget uden offentligt udbud eller bekendtgørelse.

b) I bekræftende tilfælde, kan en sådan lovgivning retfærdiggøres med begrundelse i det almene hensyn til

en begrænsning af spillevirksomhed, selv når koncessionsindehaverne i en quasi-monopolitisk struktur på deres side med omfattende reklameudgifter forsøger at udvide området for hasardspil?

c) I bekræftende tilfælde, skal den forelæggende ret ved prøvelsen af forholdsmæssigheden af en sådan lovgivning, som forfølger det mål at forebygge strafbare handlinger ved at underkaste de erhvervsdrivende, som er aktive inden for dette område, kontrol og ved således at styre hasardspilsaktiviteter ind i baner, som er underlagt denne kontrol, tage i betragtning, at lovgivningen også omfatter grænseoverskridende tjenesteydere, selv om disse allerede i den medlemsstat, hvor de er hjemmehørende, omfattes af strenge betingelser og kontrol i forbindelse med deres koncession?

2) Skal de grundlæggende friheder i EF-traktaten, især den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49 EF, fortolkes således, at en medlemsstats strafferetlige bestemmelser også skal bedømmes i forhold til fællesskabsretten, hvis de er egnet til at forhindre eller vanskeliggøre udøvelsen af en af de grundlæggende friheder, uanset at det forsat principielt henhører under medlemsstaternes kompetence at lovgive indenfor det strafferetlige område?

3) a) Skal artikel 49 EF sammenholdt med artikel 10 EF fortolkes således, at den kontrol og de garantier, som foretages, henholdsvis ydes, i den medlemsstat, hvor en tjenesteyder er hjemmehørende, under hensyntagen til princippet om gensidig tillid skal tages i betragtning i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen modtages?

b) I bekræftende tilfælde, skal artikel 49 EF endvidere fortolkes således, at det, såfremt der foretages en begrænsning i den frie udveksling af tjenesteydelser begrundet i et alment hensyn, skal overvejes, hvorvidt dette almene hensyn allerede med de retsforskrifter, kontrolforanstaltninger og inspektioner, som tjenesteyderen er underlagt i den stat, hvor vedkommende er hjemmehørende, i tilstrækkelig grad er blevet tilgodeset?

c) I bekræftende tilfælde, skal der ved prøvelsen af forholdsmæssigheden af en bestemmelse i en medlemsstat, som under strafansvar forbyder grænseoverskridende udbud af tjenesteydelser i form af hasardspil uden licens fra denne medlemsstat, tages hensyn til, at de ordensmæssige hensyn, som den stat, hvor tjenesteydelserne modtages, påberåber sig som begrundelse for begrænsningen af den grundlæggende frihed, allerede i tilstrækkelig grad er taget i betragtning gennem strenge bevillings- og

tilsynsprocedurer i den stat, hvor tjenesteyderen er hjemmehørende?

d) I bekræftende tilfælde, skal den forelæggende ret derved ved prøvelsen af forholdsmæssigheden af en sådan begrænsning tage hensyn til, at kontrollen i henhold til de relevante forskrifter i det land, hvor tjenesteyderen er hjemmehørende, endog er mere indgående end i det land, hvor tjenesteydelsen modtages?

e) Kræver proportionalitetsprincippet endvidere, såfremt der gælder et strafsanktioneret forbud mod hasardspil, som er begrundet i ordensmæssige hensyn, f.eks. beskyttelsen af spillere og kriminalitetsbekæmpelse, at den forelæggende ret skal foretage en sondring mellem på den ene side de udbydere, som uden nogen form for tilladelse udbyder hasardspil, og på den anden side de udbydere, som er hjemmehørende og har koncession i andre medlemsstater, og som driver deres virksomhed under udøvelse af retten til fri udveksling af tjenesteydelser?

f) Skal der endelig ved prøvelsen af forholdsmæssigheden af en bestemmelse i en medlemsstat, som under strafansvar forbyder grænseoverskridende udbud af tjenesteydelser i form af hasardspil uden koncession eller tilladelse fra denne medlemsstat, tages hensyn til, at det for en i en anden medlemsstat behørigt licenseret udbyder af hasardspil på grund af objektive, indirekte diskriminerende adgangshindringer ikke var muligt at opnå en indenlandsk licens, og at procedurerne for licensudstedelse og tilsyn i etableringsstaten yder et i det mindste sammenligneligt beskyttelsesniveau?

4) a) Skal artikel 49 EF fortolkes således, at den midlertidige karakter af præstationen af tjenesteydelserne udelukker, at tjenesteyderen vil kunne udstyre sig med bestemte former for infrastruktur (som eksempelvis en server) i modtagermedlemsstaten uden at blive anset for hjemmehørende i denne medlemsstat?

b) Skal artikel 49 EF endvidere fortolkes således, at en bestemmelse, hvorved det forbydes indenlandske udbydere af supportydelser at gøre det lettere for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat at levere sine tjenesteydelser, også udgør en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, når udbyderne af supportydelser er hjemmehørende i den samme medlemsstat som en del af modtagerne af tjenesteydelserne?«

III — Stillingtagen

37. Det bemærkes indledningsvis, at de af den forelæggende ret stillede spørgsmål delvist går videre end tvisten i hovedsagen og omfatter spørgsmål, hvis besvarelse åbenbart ikke er nødvendig for at kunne træffe en afgørelse i sagen. Det er navnlig tilfældet med det første spørgsmål, litra a), anden tankestreg, vedrørende den i den østrigske lovgivning faststatte ordning med koncession til kasinodrift.

38. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, og som det bekræftes af såvel sagsakterne som af det svar, den østrigske regering har givet på Domstolens anmodning om nærmere oplysninger, er de to personer tiltalt ved den forelæggende ret for at have tilbudt pengespil via internettet i strid med den østrigske lovgivning herom. Tvisten i hovedsagen vedrører på ingen måde kasinodriften i Østrig.

39. Jeg foreslår derfor Domstolen kun at undersøge de forelagte spørgsmål, for så vidt som de vedrører udbud af spil på internettet.

40. De mange spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, kan efter min opfattelse sammenfattes i fire spørgsmål, som jeg foreslår at besvare i følgende rækkefølge.

41. Den forelæggende ret ønsker for det første oplyst, om en medlemsstats strafferetlige bestemmelser vedrørende enhver overtrædelse af et monopol til at drive pengespil på internettet skal være i overensstemmelse med retten til fri bevægelighed, og navnlig artikel 49 EF, uanset at strafferetten henhører under medlemsstaternes kompetence (andet spørgsmål).

42. Den ønsker for det andet oplyst, om artikel 49 EF er relevant for den foreliggende sag, når på den ene side de maltetiske selskaber anvender aktiver såsom en server installeret i Østrig, og når på den anden side det selskab, der stiller disse aktiver til rådighed, er etableret i Østrig [fjerde spørgsmål, litra a) og b)].

43. Den forelæggende ret ønsker for det tredje oplyst, om det monopol, der er fastsat i national ret, og de betingelser, som tildelingen af dette monopol er underlagt, er i overensstemmelse med artikel 49 EF, især under hensyn til de krav og den kontrol, som de maltetiske selskaber er underlagt i deres hjemstat [første spørgsmål, litra a), første afsnit, og litra c), samt tredje spørgsmål, litra a)-f)].

44. Retten ønsker for det fjerde oplyst, om den pågældende lovgivning kan begrundes, når indehaveren af monopolet fører en udvidelsespolitik ved hjælp af en intensiv reklameaktivitet [første spørgsmål, litra b)].

A — *Rammerne for medlemsstaternes kompetence i strafferetlige spørgsmål*

45. Den forelæggende ret ønsker i det væsentlige oplyst, om en medlemsstats lovgivning, hvorefter enhver overtrædelse af et monopol til at drive pengespil, såsom monopolet til at drive elektronisk lotteri som fastsat i østrigsk lovgivning, er strafbar, skal være i overensstemmelse med retten til fri bevægelighed og navnlig artikel 49 EF, selv om strafferetten henhører under medlemsstaternes kompetence.

46. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen henhørte det strafferetlige område under medlemsstaternes kompetence. På trods af de reformer, som Lissabontraktaten har medført, forholder det sig i vidt omfang stadig således. Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at medlemsstaterne hver især skal udøve deres kompetence under overholdelse af EF-traktaten og navnlig retten til fri bevægelighed [9].

47. En national bestemmelse kan derfor ikke udelukkes fra anvendelsesområdet for retten til fri bevægelighed og således ikke længere være omfattet af kravet om overholdelse af denne ret, med den ene begrundelse, at bestemmelsen henhører under den pågældende medlemsstats strafferet [10].

48. Dette krav om overensstemmelse for så vidt angår de strafferetlige bestemmelser, der, som i den foreliggende sag, skal sikre en overholdelse af et monopol til at drive pengespil, og som er indført i almenhedens interesse, har følgende betydning. Såfremt det pågældende monopol findes at være i overensstemmelse med fællesskabsretten, er de strafferetlige sanktioner, der skal sikre overholdelsen heraf, det i princippet også, medmindre de selv er i strid med andre normer såsom de grundlæggende rettigheder og principper.

49. Hvis det pågældende monopol derimod viser sig at være i strid med retten til fri bevægelighed, kan de strafferetlige bestemmelser, der skal sikre overholdelsen af et sådant monopol, ikke finde anvendelse. Det fremgår desuden af fast retspraksis, at en medlemsstat ikke kan iværksætte en strafferetlig sanktion som følge af manglende iagttagelse af en administrativ formalitet, når opfyldelsen af denne formalitet bliver afslået eller umuliggjort af den pågældende medlemsstat i strid med fællesskabsretten [11].

50. Jeg foreslår derfor at besvare spørgsmålet med, at en medlemsstats lovgivning, hvorefter enhver overtrædelse af et monopol til at

9 — Jf. f.eks. på området for direkte beskatning, dom af 18.12.2007, sag C-101/05, A, Sml. I, s. 11531, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis. Hvad angår medlemsstaternes kompetence til at tilrettelægge deres socialsikringsordning, jf. dom af 28.4.1998, sag C-158/96, Kohll, Sml. I, s. 1931, præmis 15, 16 og 21, og på sundhedsområdet, dom af 16.5.2006, sag C-372/04, Watts, Sml. I, s. 4325, præmis 92.

10 — Jf. bl.a. dom af 2.2.1989, sag 186/87, Cowan, Sml. s. 195, præmis 19.

11 — Dom af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 69.

drive pengespil, såsom monopolet til at drive elektronisk lotteri som foreskrevet i østrigsk lov, er strafbar, skal være i overensstemmelse med retten til fri bevægelighed og navnlig artikel 49 EF, selv om strafferetten henhører under medlemsstaternes kompetence.

B — *Hvorvidt artikel 49 EF er relevant i den foreliggende sag*

1. Virkningen af at anvende materielle kommunikationsmidler i modtagermedlemsstaten

51. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt den tvist, der verserer for den, er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 49 EF.

52. Denne ret ønsker således med sit fjerde spørgsmål, litra a), i det væsentlige oplyst, om artikel 49 EF skal fortolkes således, at udbud af spil på internettet fra en udbyder, der er etableret i en anden medlemsstat end modtagermedlemsstaten, kan anses for at have en midlertidig karakter og derfor er omfattet af den pågældende artikel, når denne udbyder anvender materielle kommunikationsmidler såsom en server og en telefoncentral i modtagermedlemsstaten, og som er leveret af en tredje part.

53. Den ønsker dernæst, med sit fjerde spørgsmål, litra b), oplyst, om artikel 49 EF skal fortolkes således, at en medlemsstats lovgivning, der forbyder indenlandske tjenesteudbydere at forsyne selskaber med hjemsted i en anden medlemsstat med kommunikationsmidler med henblik på at kunne tilbyde pengespil på internettet til personer med bopæl i denne stat, udgør en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser.

54. Efter fast retspraksis er udbud af spil over internettet fra en udbyder, der er etableret i en medlemsstat, til forbrugere i en anden medlemsstat, en tjenesteydelse efter artikel 49 EF [12]. Denne retspraksis følger af den praksis, hvorefter leveringen af en ydelse, som tjenesteyderen telefonisk tilbyder modtagere etableret i andre medlemsstater, og som han yder fra den medlemsstat, hvor han er etableret, er en tjenesteydelse [13].

55. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om det forhold, at de maltetiske virksomheder, der udbyder spil på internettet til forbrugere

12 — Dom af 6.11.2003, sag C-243/01, Gambelli m.fl., Sml. I, s. 13031, præmis 54, samt dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 46.

13 — Jf. bl.a. dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141, præmis 22.

bosiddende i Østrig, anvender materielle midler såsom en server og en telefonlinje, der leveres af et selskab etableret i Østrig, medfører, at de på kontinuerlig og varig vis er etableret i Østrig, således at de ikke er omfattet af artikel 49 EF, men af traktatbestemmelserne vedrørende etableringsfriheden.

56. Den forelæggende ret har ikke angivet, hvilken relevans dette spørgsmål har for den sag, den er forelagt. Jeg mener ikke, at spørgsmålet har nogen betydning herfor. Selv om de maltetiske selskaber måtte anses for at have fast driftssted i Østrig, og at de således er etableret her efter traktatbestemmelserne om etableringsfriheden, ville undersøgelsen af, hvorvidt den pågældende østrigske lovgivning er i overensstemmelse med disse bestemmelser snarere end med bestemmelserne om retten til fri udveksling af tjenesteydelser ikke føre til et andet resultat [14]. I begge tilfælde skal lovgivningen betragtes som en hindring for udøvelsen af retten til fri bevægelighed, og vurderingen af, om den er i overensstemmelse med fællesskabsretten, henset til de af den østrigske regering fremførte grunde, fører til samme konklusion.

57. Såfremt det undersøgte spørgsmål imidlertid skal besvares, mener jeg, at det på baggrund af de af den forelæggende ret fremlagte oplysninger skal besvares benægtende. Det ene forhold at online-spiludbyderen anvender materielle kommunikationsmidler, leveret af en tredje part i modtagermedlemsstaten, kan ikke i sig selv føre til den konklusion, at tjenesteyderen har et fast driftssted i denne stat, der kan sammenlignes med en filial.

58. Den pågældende situation skal efter min opfattelse adskilles fra den, som Domstolen tog stilling til i dommen i sagen Gambelli m.fl. I den dom anerkendte Domstolen, at Stanley International Betting Ltd, et selskab efter engelsk ret, havde udøvet sin ret til etableringsfrihed i Italien, fordi selskabet havde indgået handelsaftaler med italienske erhvervsdrivende eller mellemmænd, ifølge hvilke sidstnævnte indsamlede og registrerede de italienske forbrugeres væddemålsnumre og videresendte dem til det pågældende selskab.

59. Domstolen udledte heraf, at Stanley International Betting Ltd drev virksomhed med indsamling af indsatser i væddemål i Italien og hertil som mellemmand benyttede en organisation bestående af agenturer [15].

60. I denne sag fremgår det ikke af sagsakterne, at de maltetiske selskaber har indgået handelsaftaler med det østrigske selskab, der leverede de materielle driftsmidler, og at

14 — Jf. i denne retning dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 59. Jf. ligeledes dommen i sagen Stoß m.fl.

15 — Dommens præmis 46.

sådanne aftaler skulle have bevirket, at sidstnævnte har en fast bemyndigelse til at handle på virksomhedernes vegne i lighed med et agentur, i henhold til de kriterier, som Domstolen har opregnet i dom af 4. december 1986, i sagen Kommissionen mod Tyskland [16], og gentaget i Winner Wetten-dommen [17] samt i dommen i sagen Stoß m.fl. [18].

61. I øvrigt medfører den erhvervsdrivendes anvendelse af en server, der fysisk befinder sig i en medlemsstat, ikke, at denne erhversdrivende udøver sin økonomiske aktivitet i den pågældende stat. I denne henseende, og selv om Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»Direktivet om elektronisk handel«) [19] udelukker online-spil fra sit anvendelsesområde [20], kan det være nyttigt at fremhæve, at ifølge 19. betragtning til direktivet er etableringsstedet for en virksomhed, der leverer tjenester via en internet-hjemmeside, ikke det sted, hvor den benyttede teknologi befinder sig, eller det sted, hvor internet-hjemmesiden er tilgængelig, men det sted, hvor virksomheden udøver sin erhvervsmæssige virksomhed.

16 — Sag 205/84, Sml. s. 3755, præmis 21.
17 — Præmis 46.
18 — Præmis 59.
19 — EFT L 178, s. 1.
20 — Artikel 1, stk. 5, litra d), sidste led, i direktivet om elektronisk handel.

62. På baggrund heraf mener jeg, at det undersøgte spørgsmål skal besvares med, at artikel 49 EF skal fortolkes således, at den omstændighed, at en udbyder af spil på internettet anvender materielle kommunikationsmidler såsom en server og en telefoncentral i modtagermedlemsstaten, og som er leveret af en tredje part, ikke i sig selv udelukker en anvendelse af EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for tjenesteydelser.

63. Hovedsagens særlige faktuelle kontekst gør det imidlertid nødvendigt at supplere dette svar. Vi ved, at de to maltetiske selskaber, der tilbyder pengespil på internettet til østrigske forbrugere under anvendelse af en server og en telefoncentral leveret af bet-at-home.com Entertainment GmbH, et selskab efter østrigsk ret, er indirekte datterselskaber eller »under-datterselskaber« af dette selskab. De er datterselskaber af det maltetiske selskab bet-at-home.com Holding Ltd, som er et selskab efter maltesisk ret, der selv er et datterselskab af det østrigske selskab.

64. Som den østrigske regering og Kommissionen med rette har anført, kan artikel 49 EF ikke finde anvendelse i den foreliggende sag, såfremt det viser sig, at disse maltetiske datterselskaber er udtryk for en kunstig konstruktion og det således godtgøres, at de kun er oprettet med det ene formål, at deres

østrigske moderselskab kan omgå forbuddet mod at drive online-spil i Østrig [21].

65. Dette vil være tilfældet, såfremt de nævnte datterselskaber ikke har nogen som helst økonomisk virkelighed. Som Domstolen fastslog i dom af 12. september 2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas [22], forudsætter begrebet »etablering« som omhandlet i traktatens bestemmelser vedrørende etableringsfriheden, at der rent faktisk udøves erhvervsmæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum. Begrebet forudsætter derfor, at det pågældende selskab faktisk befinder sig i værtsmedlemsstaten og faktisk udøver erhvervsmæssig virksomhed i denne [23].

66. Virksomhedens faktiske tilstedeværelse i den pågældende stat skal kunne fastslås på grundlag af objektive omstændigheder, bl.a. graden af selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr [24].

67. Derfor foreslår jeg Domstolen at supplere det ovenstående svar med en tilføjelse, hvorefter artikel 49 EF ikke, under omstændighederne i den foreliggende sag, kan påberåbes, såfremt de maltetiske selskaber er udtryk for en kunstig konstruktion, og de kun er oprettet med det ene formål, at gøre det muligt deres østrigske moderselskab at omgå forbuddet mod at drive online-spil i Østrig.

21 — Dom af 12.5.1998, sag C-367/96, Kefalas m.fl., Sml. I, s. 2843, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis.

22 — Sag C-196/04, Sml. I, s. 7995.

23 — Præmis 54.

24 — Præmis 67.

2. Betydningen af de retsforfulgte personers etablering i Østrig

68. Med sit fjerde spørgsmål, litra b), ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 49 EF finder anvendelse i den foreliggende sag, selv om den nationale lovbestemmelse, der ligger til grund for tiltalen, gøres gældende for ansvarlige personer i et selskab, der selv er etableret i modtagermedlemsstaten.

69. Besvarelsen af dette spørgsmål bør ikke give anledning til vanskeligheder. Artikel 49 EF finder, under omstændighederne i den foreliggende sag, på en måde »dobbelt anvendelse«.

70. Dels udgør en national lovgivning, der, som den omtvistede østrigske lovgivning, har til formål at hindre et selskab etableret i Østrig i at forsyne online-spiludbydere etableret i en anden medlemsstat med materielle kommunikationsmidler for at udbyde deres spil til de østrigske forbrugere, en restriktion af dette østrigske selskabs ret til frit at udveksle tjenesteydelser med disse udbydere.

Lovgivningen udgør således en restriktion af mellemmændenes ret til frit at levere tjenesteydelser [25].

71. Dels udgør en medlemsstats strafferetlige forbud mod, at dens indbyggere optræder som mellemmænd for en udbyder i en anden medlemsstat, således at denne hindres i at levere sine tjenesteydelser i forbudsmedlemsstaten, ligeledes en hindring efter artikel 49 EF. Formålet med forbuddet er at hindre den pågældende udbyder i at tilbyde sine tjenesteydelser i en anden medlemsstat, end der, hvor han er etableret, og at hindre forbrugerne i den pågældende medlemsstat i at få adgang til disse ydelser [26].

72. Derfor vil jeg foreslå at besvare spørgsmålet med, at artikel 49 EF skal fortolkes således, at en medlemsstats lovgivning, der forbyder tjenesteydere etableret i medlemsstaten at forsyne selskaber, der er etableret i en anden medlemsstat, med materielle midler til at udbyde spil på internettet til personer med bopæl i denne medlemsstat, udgør en restriktion af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til den pågældende artikel.

25 — Dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 58.

26 — Jf. bl.a. dom af 21.10.1999, sag C-67/98, Zenatti, Sml. I, s. 7289, præmis 24, og dommen i sagen Stoß m.fl., præmis 57.

C — *Begrundelsen for monopolet og de krav, der pålægges indehaveren af monopolet*

73. Spørgsmålet, om den strafferetlige forfølgning i hovedsagerne er i overensstemmelse med fællesskabsretten, afhænger som sagt af, om det monopol, som forfølgningen skal sikre opretholdt, er foreneligt med fællesskabsretten. Den forelæggende ret har stillet flere spørgsmål med henblik på at kunne afgøre, om dette monopol er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

74. Med sit første spørgsmål, litra a), ønsker den oplyst, om artikel 49 EF er til hinder for et monopol til at drive lotterier via internettet og de krav, som tildelingen af et sådant monopol er underlagt i dens lovgivning. Med sit første spørgsmål, litra c), og tredje spørgsmål, litra a)-f), ønsker den forelæggende ret oplyst, om og i givet fald i hvilket omfang den omstændighed, at online-spiludbyderne, der er etableret i en anden medlemsstat, i den pågældende stat er underlagt forpligtelser og kontrol, skal tages i betragtning i forbindelse med prøvelsen af, om denne lovgivning er forholdsmæssig.

75. Jeg foreslår Domstolen at undersøge disse spørgsmål samlet. Den forelæggende rets spørgsmål, om der gælder en forpligtelse til gensidig anerkendelse af de forpligtelser og den kontrol, som de maltetiske selskaber er underlagt på Malta, og det eventuelle omfang

heraf, rejser spørgsmål om gyldigheden af indførelsen heraf samt, i et vist omfang, gyldigheden af kravet om, at indehaveren af monopolet skal have sit hjemsted i Østrig.

76. Disse spørgsmål fra den forelæggende ret kan opfattes således, at den i det væsentlige ønsker oplyst, om artikel 49 EF er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter lotteridrift på internettet er forbeholdt en enkelt koncessionshaver i en periode på maksimalt 15 år, som skal være et kapitalselskab med indbetalt anparts- henholdsvis aktiekapital på mindst 109 000 000 EUR, som har sit hjemsted i denne stat og som ikke må oprette filialer i udlandet.

77. Besvarelsen af dette spørgsmål indebærer, at de forskellige restriktioner, der følger af den østrigske lovgivning, skal undersøges én efter én, dvs. monopolets eksistens, monopolets varighed, monopolindehaverens selskabsform samt størrelsen af selskabskapitalen, kravet om hjemsted på det nationale område og endelig forbuddet mod at oprette filialer i udlandet.

78. Før denne undersøgelse skal der mindes om de principper, der kan udledes af retspraksis, og inden for rammerne af hvilke undersøgelsen bør ske.

79. Efter fast retspraksis kan medlemsstaterne begrænse virksomhed med pengespil på deres område. Pengespil udgør en økonomisk aktivitet, som objektivt set kan få meget skadelige virkninger både for samfundet på grund af risikoen for øget fattigdom blandt spillerne som følge af et overdrevent spilforbrug og for den offentlige orden i almindelighed, bl.a. på grund af de store indtægter, som spil kan generere.

80. Efter artikel 46, stk. 1, EF kan den fri udveksling af tjenesteydelser med pengespil således gøres til genstand for restriktioner begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed eller i tvingende almene hensyn såsom hensynene til forebyggelse af bedrageri og forbrugerbeskyttelse og fjernelse af incitamenter for borgerne til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed [27].

81. Så længe området ikke er harmoniseret på fællesskabsplan, og for så vidt der på dette område består store moralske, religiøse og kulturelle forskelle mellem medlemsstaterne, tilkommer det hver medlemsstat på disse områder i overensstemmelse med deres egne værdinormer at vurdere de krav, som måtte være nødvendige til beskyttelse af de omhandlede interesser [28].

27 — Dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, præmis 56.

28 — Ibidem, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis.

82. Det er imidlertid vigtigt, at restriktionen for retten til fri bevægelighed, der er iværksat for at forsvare disse interesser, opfylder en test vedrørende egnethed og proportionalitet. Restriktionen skal således være egnet til at sikre gennemførelsen af det påberåbte formål, hvilket medfører, at den skal sikre det pågældende hensyn på en proportional, sammenhængende og systematisk måde [29].

83. I forbindelse med vurderingen af, om de bestemmelser, som en medlemsstat har vedtaget, er nødvendige og forholdsmæssige, står det fast, at den ene omstændighed, at medlemsstaten har valgt en anden beskyttelsesordning end den, en anden medlemsstat har indført, ikke i sig selv har betydning, da der ikke er nogen harmonisering af det pågældende område eller af medlemsstaternes nævnte skønsmargin. Disse bestemmelser skal udelukkende bedømmes i forhold til de mål, som den pågældende medlemsstats nationale myndigheder forfølger, og det beskyttelsesniveau, som bestemmelserne skal sikre [30].

84. I den foreliggende sag fremgår det af sagsakterne, at den anfægtede østrigske lovgivning blev indført med henblik på at bekæmpe kriminalitet og for at beskytte forbrugerne. Ifølge den østrigske regering er formålet med lovgivningen at undgå hvidvaskning af penge og bedrageri samt at bekæmpe kriminalitet. Formålet er ligeledes at sikre en tilstrækkelig sikkerhed i forbindelse med udbetaling af gevinster og beskytte spillerne mod overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed.

85. I overensstemmelse med de nævnte principper skal det i lyset af disse mål undersøges, om restriktionerne i den østrigske lovgivning, som den forelæggende ret henviser til, kan anses for begrundede. Jeg gennemgår disse successivt.

1. Tildelingen af et monopol til at drive lotterier på internettet

86. Som nævnt i indledning til dette forslag til afgørelse fremgår det af fast retspraksis, at et monopol til at drive pengespil kan være i overensstemmelse med fællesskabsretten, såfremt formålet hermed er at sikre et højt beskyttelsesniveau for den offentlige orden og beskyttelsen af forbrugerne.

87. Således har Domstolen fastslået, at de offentlige myndigheder i en medlemsstat med rette kan anlægge den betragtning, at udstedelsen af enerettigheder til et offentligt organ, hvis ledelse er underlagt direkte statslig kontrol, eller til en privat udbyder, hvis virksomhed er underlagt streng kontrol fra de offentlige myndigheders side, kan gøre det

29 — Ibidem, præmis 60 og 61.

30 — Ibidem, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis.

muligt for dem at sikre en bedre garanti for en effektiv gennemførelse af deres politik vedrørende beskyttelsen af den offentlige orden og forbrugerne, end hvis disse aktiviteter udøves af private foretagender, som konkurrerer med hinanden, selv om sidstnævnte er underlagt en tilladelsesordning og en kontrol- og sanktionsordning [31].

88. Med tildelingen af et sådant monopol kan man i højere grad sikre målet om at forhindre overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed og risikoen for afhængighed end under en ordning, hvor dette marked bliver tilgængeligt for flere tjenesteydere [32].

89. Med andre ord kan tildelingen af et monopol gøre det muligt at undgå de skadelige virkninger af indførelsen af konkurrence blandt flere udbydere, der kan få dem til at konkurrere om, på den mest opfindsomme måde, at gøre deres spil mere tiltrækkende og derved at forøge forbrugernes omkostninger til spil [33].

90. Denne retspraksis finder i endnu højere grad anvendelse på området for spil på internettet, henset til de yderligere risici, som disse spil indebærer for den offentlige orden og forbrugerne [34]. Disse risici er beskrevet i dommen i sagen Carmen Media Group på følgende måde:

»102 […] Desuden indebærer de hasardspil, som er tilgængelige via internettet, på grund af den manglende direkte kontakt mellem forbrugeren og den erhvervsdrivende en øget risiko af en anden art end den, som gælder på de traditionelle markeder for sådanne spil, for eventuel svig begået af de erhvervsdrivende mod forbrugerne (dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 70).

103 Det bemærkes, at de forhold, som særligt kendetegner hasardspil via internettet, på samme måde kan vise sig at udgøre en kilde til risici af en anden art og af større betydning hvad angår forbrugerbeskyttelse og navnlig beskyttelse af unge mennesker og personer med en særlig tilbøjelighed til spil, eller som kan udvikle en sådan tilbøjelighed, sammenlignet med de traditionelle markeder for sådanne spil. Foruden den tidligere nævnte manglende direkte kontakt mellem forbrugeren og den erhvervsdrivende udgør den nemme og konstante adgang til spil udbudt på internettet og det potentielt omfattende omfang og den høje hyppighed af et sådant internationalt udbud i et miljø, som desuden er kendetegnet ved spillerens isolation og anonymitet og en mangel på social kontrol, faktorer, som

31 — Dommen i sagen Stoß m.fl., præmis 81 og 82.

32 — Ibidem, præmis 81 og den deri nævnte retspraksis.

33 — Sporting Exchange-dommen, præmis 58.

34 — Dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 67-70.

kan favorisere udviklingen af ludomani og overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed og derfor øge de hermed forbundne negative sociale og moralske konsekvenser, som de er blevet fremhævet i en fast retspraksis.«

91. En medlemsstat har derfor ret til at tildele en enkelt privat udbyder retten til at drive pengespil via internettet på medlemsstatens område.

92. Henset til denne konklusion har den forelæggende rets spørgsmål om forekomsten og det eventuelle omfang af den pågældende medlemsstats forpligtelse til at tage hensyn til de forpligtelser og kontrolforanstaltninger, som udbyderne af spil på internettet er underlagt i den medlemsstat, hvor de er etableret, ingen relevans.

93. Det fremgår klart af dommen i sagen Stoß m.fl., at når et monopol til hasardspil er blevet tildelt i en medlemsstat, og den nævnte foranstaltning forekommer at opfylde de forskellige betingelser, som gør det muligt at begrunde den med henvisning til legitime mål af almen interesse, som er anerkendt i retspraksis, vil enhver forpligtelse til at anerkende tilladelser udstedt til private foretagender etableret i andre medlemsstater, selv hypotetisk, måtte udelukkes alene på grund af eksistensen af et sådant monopol. Det er kun i tilfælde af, at de omhandlede monopoler bliver fundet i strid med fællesskabsretten, at spørgsmålet om, hvorvidt der eventuelt består en sådan forpligtelse til gensidig anerkendelse af tilladelser udstedt i andre medlemsstater, kan vise sig at være relevant [35].

94. Denne konklusion gælder så meget desto mere på området for spil på internettet. Som anført i indledningen fremgår det af fast retspraksis, at henset til de vanskeligheder som en medlemsstat kan støde på ved vurderingen af online-spiludbydernes professionelle egenskaber og hæderlighed, har de øvrige medlemsstater ret til at fastslå, at den kontrol og de forpligtelser, som disse udbydere er underlagt i den medlemsstat, hvor de er etableret, ikke udgør en tilstrækkelig garanti for beskyttelsen af nationale forbrugere mod risikoen for svig og kriminalitet [36].

95. Den maltetiske regering, der, medmindre jeg tager fejl, ikke intervenerede i de tidligere sager for Domstolen vedrørende pengespil,

35 — Dommen i sagen Stoß m.fl., præmis 109 og 110.

36 — Dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 69, Sporting Exchange-dommen, præmis 33, og dommen i sagen Ladbrokes Betting & Gaming og Ladbrokes International, præmis 54.

har i sit skriftlige indlæg anført, at denne retspraksis er ubegrundet. Den har henvist til kvaliteten af den kontrol, der er fastsat i dens lovgivning.

96. Jeg mener ikke, at den maltetiske regerings argumentation kan begrunde en genovervejelse af den nævnte retspraksis. Da det fremgår af fast retspraksis, at en høj grad af forbrugerbeskyttelse for at fjerne incitamenter til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed kan begrunde tildelingen af et monopol, synes den diskussion, som den maltetiske regering forsøger at genåbne, ikke at være relevant.

97. Eftersom et monopol udgør en yderst restriktiv foranstaltning, kræves det imidlertid ifølge fast retspraksks, at det har til formål at sikre et særligt højt beskyttelsesniveau for forbrugerne. Det bør således ledsages af lovgivningsmæssige rammer, som er egnede til at sikre, at indehaveren af det pågældende monopol reelt sættes i stand til på en sammenhængende og systematisk måde at forfølge det således fastsatte mål, bl.a. at beskytte forbrugerne mod incitamenter til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed, samt at de offentlige myndigheder udøver en streng kontrol [37].

98. Det tilkommer den nationale ret at vurdere, om disse betingelser er opfyldt [38].

99. Den østrigske regering har i denne henseende anført, at i henhold til dens lovgivning er indehaveren af monopolet forpligtet til at fastsætte høje beskyttelsesstandarder for spillerne, såsom fastsættelse af et loft på 800 EUR pr. uge samt tidsmæssige og indsatsmæssige begrænsninger. Det fremgår ligeledes af sagsakterne, at indehaveren af monopolet udøver sin virksomhed under den østrigske finansministers kontrol via statskommissærer og et medlem af kontrolorganet, der har en udvidet ret til indsigt i virksomhedens ledelse, uden imidlertid at have direkte indflydelse herpå.

100. Det tilkommer den nationale ret at vurdere, om den østrigske lovgivning, således som den er udformet og i forhold til, hvordan den er gennemført, opfylder de nævnte betingelser.

101. Da den forelæggende ret i sine spørgsmål har henvist til de bestemmelser i national ret, der gælder med hensyn til spillevirksomheder såsom kasinoer, kan det være hensigtsmæssigt i denne henseende at tilføje følgende præciseringer.

102. Det pågældende monopols overensstemmelse med fællesskabsretten kan efter min opfattelse ikke påvirkes af, at kasinodrift efter østrigsk lovgivning ikke er genstand for et monopol, men er underlagt en mindre restriktiv ordning med koncessioner, der kan

37 — Dommen i sagen Stoß m.fl., præmis 83.

38 — Zenatti-dommen, præmis 37, dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 66, og dommen i sagen Stoß m.fl., præmis 78.

tildeles i alt 12 ansøgere. Tilbud om spil på internettet og på kasioner repræsenterer væsentlige forskelle, navnlig hvad angår betingelserne for spillernes adgang hertil, hvilket kan begrunde, at de førstnævnte underlægges strengere regler [39].

103. Derfor er jeg ligeledes af den opfattelse, at den under retsmødet påberåbte omstændighed, hvorefter grænsen på 800 EUR pr. uge kun finder anvendelse på lotterier på internettet, således at en spiller, der har nået denne grænse ikke hindres i at spille andre typer af traditionelle spil i Østrig, ikke bevirker, at den østrigske lovgivning om online-spil er uforenelig med fællesskabsretten.

2. Monopolets varighed

104. Et monopols varighed kan i sig selv udgøre en hindring for retten til fri bevægelighed, der adskiller sig fra den, der følger af tildelingen af enerettigheder, da denne varighed fastsætter det tidsrum, i hvilken det pågældende marked er lukket for andre udbydere.

105. I Engelmann-dommen fastslog Domstolen, at tildeling af koncessioner med en gyldighedsperiode på indtil 15 år udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser [40]. Denne vurdering gælder desto mere, når denne varighed på 15 år endvidere gælder for tildeling af et monopol til en privat udbyder.

106. I samme dom fastslog Domstolen imidlertid, at tildelingen af koncessioner med en sådan gyldighedsperiode kunne begrundes, navnlig henset til, at koncessionshaveren har brug for at have en periode til rådighed, der er tilstrækkelig lang til at afskrive de investeringer, som kræves for at etablere et spillekasino [41].

107. Den pågældende retspraksis synes at kunne overføres på tildelingen af et monopol til at drive spil på internettet, selv om de investeringer, som kræves for at udøve denne virksomhed, synes lavere end de, der kræves for at drive kasinoer.

108. At tildele et monopol i en for kort periode kan endvidere tilskynde indehaveren af denne eneret til at ville maksimere sin fortjeneste. I dette tilfælde kan tildelingen af et monopol i en tilstrækkelig lang periode bidrage

39 — Jf. dommen i sagen Stoß m.fl., præmis 95 og 96.

40 — Præmis 46.

41 — Præmis 48.

til virkeliggørelsen af målet om at beskytte forbrugerne mod incitamenter til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed.

3. Selskabsformen og størrelsen af selskabskapitalen

109. Den østrigske lovgivning fastsætter, at indehaveren af et monopol til at drive lotterier på internettet dels skal være et kapitalselskab, dels skal råde over en indbetalt anparts- henholdsvis aktiekapital på mindst 109 000 000 EUR.

110. Det første af disse krav hindrer fysiske personer og virksomheder i en anden medlemsstat i at udøve den anfægtede aktivitet i Østrig under en anden selskabsform. Det andet krav gør det vanskeligere at oprette et kapitalselskab, der kan beviliges et sådant monopol. Derfor udgør begge disse krav en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser [42]. De kan ikke desto mindre begrundes ud fra de i østrigsk lovgivning forfulgte mål, såfremt de står i rimeligt forhold til disse mål.

111. Den østrigske regering har i denne henseende anført, at kravet om selskabsform er begrundet i ønsket om at pålægge indehaveren af monopolet en gennemsigtig virksomhedsstruktur, for således at hindre hvidvaskning af penge og bedrageri. Den har fremhævet, at fællesskabsretten foreskriver det samme krav om selskabsform på forsikringsområdet [43]. Hvad angår størrelsen af selskabskapitalen, har den anført, at dette er forholdsmæssigt i forhold til størrelsen af de gevinster, som indehaveren af monopolet vil skulle udbetale i forbindelse med de forskellige spil, som denne har ret til at udbyde på internettet, idet disse kan omfatte en jackpot på flere millioner euro.

112. På baggrund af disse forklaringer, og henset til retspraksis, synes de to krav, med forbehold for den nationale rets vurdering, begrundede og forholdsmæssige.

113. Hvad angår selskabsformen skal det for det første bemærkes, at i modsætning til

42 — Jf. i denne retning Engelmann-dommen, præmis 28.

43 — Den østrigske regering har henvist til artikel 6, stk. 1, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/83/EF af 5.11.2002 om livsforsikring, EFT L 345, s. 1, artikel 8, stk. 1, litra a), i Rådets første direktiv 73/239/EØF af 24.7.1973 om samordning af de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om adgang til udøvelse af direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring, EFT L 228, s. 3, samt artikel 5 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/68/EF af 16.11.2005 om genforsikringsvirksomhed og om ændring af Rådets direktiv 73/239/EØF og 92/49/EØF samt direktiv 98/78/EF og 2002/83/EF, EUT L 323, s. 1, i forening med bilag I til direktiv 2005/68.

lovgivningen i dommen i sagen Gambelli m.fl. og dommen i sagen Placanica m.fl. giver den østrigske lovgivning samtlige kapitalselskaber uden undtagelse mulighed for at udøve det pågældende monopol [44].

114. For det andet fastslog Domstolen i Engelmann-dommen, at den kontrol, som en medlemsstat kan pålægge en erhvervsdrivende, der ønsker at drive virksomhed med pengespil på dens område, kan begrunde, at det kræves af den pågældende erhvervsdrivende, at denne har en bestemt retlig form. Domstolen har præciseret, at den østrigske lovgivning, der forbeholder driften af kasinoer for aktieselskaber, kan begrundes i hensyn til de forpligtelser, en sådan selskabsform er underlagt, bl.a. hvad angår regnskabsførelse, den kontrol, de kan være genstand for, og forholdet til tredjemand [45].

115. Denne analyse bør kunne overføres på kravet om kapitalselskabsformen, henset til de forpligtelser som fællesskabslovgivningen pålægger kapitalselskaber, i henseende til regnskabsførelse og den kontrol, de er underlagt [46].

116. Det må derfor konkluderes, at kravene i den østrigske lovgivning, hvorefter indehaveren af monopolet skal være et kapitalselskab og råde over en indbetalt anparts- henholdsvis aktiekapital på mindst 109 000 000 EUR, kan være i overensstemmelse med fællesskabsretten, med forbehold af den nationale rets undersøgelse af forholdsmæssigheden.

4. Placeringen af hjemstedet

117. Den anfægtede østrigske lovgivning fastsætter, at indehaveren af et monopol til at drive lotterier på internettet skal have sit hjemsted på det nationale område.

118. Dette krav udgør utvivlsomt en begrænsning af udøvelsen af etableringsfriheden. I Engelmann-dommen blev kravet anset for at være en diskriminerende foranstaltning, eftersom det indebærer en forskelsbehandling

44 — Den italienske lovgivning, der blev anfægtet i de pågældende domme, udelukkede kapitalselskaber, der er noteret på de officielle børser. Domstolen fastslog, at denne udelukkelse, der var begrundet i hensynet til virksomhedernes gennemsigtighed, var uforholdsmæssig, eftersom der fandtes andre midler, hvormed sådanne selskabers regnskaber og virksomhed kunne kontrolleres, jf. dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 74.

45 — Engelmann-dommen, præmis 30.

46 — Jf. Rådets første direktiv 68/151/EØF af 9.3.1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde, EFT den danske specialudgave: serie I kapitel 1968(I) s. 0041, og Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25.7.1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer, EFT L 222, s. 11, med senere ændringer.

mellem selskaber, hvis hjemsted er beliggende på det nationale område, og de selskaber, hvis hjemsted er beliggende i en anden medlemsstat. Et sådant krav forhindrer ligeledes disse selskaber i gennem en filial eller et datterselskab at drive spil på internettet i Østrig.

119. I den pågældende dom fastslog Domstolen, i forbindelse med bestemmelserne i den østrigske lovgivning om spillevirksomhed, at kravet om at koncessionshaverne skulle have deres hjemsted i Østrig ligeledes hindrede et selskab etableret i en anden medlemsstat i at udøve virksomhed i Østrig via en filial. Under retsmødet har den østrigske regering forklaret, at et monopol til at drive lotterier på internettet kan tildeles en filial af et selskab, der er etableret i en anden medlemsstat.

120. Det skal undersøges, om dette krav kan begrundes. Som Domstolen fastslog i den pågældende dom, kan kravet, henset til dets diskriminerende karakter, kun begrundes ved en af de i artikel 46 EF nævnte grunde, dvs. beskyttelsen af den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed [47].

47 — Præmis 34.

121. Den østrigske regering har anført, at tilstedeværelsen af et hjemsted på det nationale område er nødvendig for at kunne foretage en effektiv kontrol af online-spillene. Den har anført, at denne tilstedeværelse gør det muligt for de kompetente nationale myndigheder på effektiv vis at overvåge monopolindehaverens beslutninger og ledelse. Disse myndigheder kan således få kendskab til monopolindehaverens beslutninger inden de gennemføres og modsætte sig dem, såfremt de er i strid med den nationale politik om spillevirksomhed. Regeringen har gjort gældende, at den ikke vil have samme muligheder i forhold til en operatør etableret i en anden medlemsstat.

122. Ligesom Kommissionen mener jeg, at den østrigske regerings argumentation skal tages til følge.

123. I Engelmann-dommen kom Domstolen ganske vist frem til den modsatte konklusion, hvad angår det samme etableringskrav, som den østrigske lovgivning pålagde indehaverne af en koncession til spillekasinoer.

124. Domstolen fastslog, at mindre indgribende midler kunne gøre det muligt at kontrollere koncessionshaverens virksomhed og regnskab og således bekæmpe kriminalitet, såsom bl.a. muligheden for at kræve særskilte regnskaber for hvert enkelt spillekasino revideret af en ekstern revisor, muligheden for at få systematisk underretning om de beslutninger, der træffes af bestyrelsesorganerne, samt

muligheden for at modtage oplysninger om deres ledelse [48].

125. Domstolen tilføjede, at der desuden kan føres kontrol med og iværksættes sanktioner over for ethvert selskab, der er etableret i en medlemsstat, uanset hvor medlemmerne af dets ledelse har bopæl. Endelig fastslog den, at henset til den omhandlede virksomhed, nemlig drift af spillekasinoer beliggende på østrigsk område, kunne der foretages kontrol i kasinoernes lokaler [49].

126. Jeg mener ikke, at dette ræsonnement og den konklusion, som Domstolen drog på grundlag heraf, kan overføres på en situation med et monopol til at drive spil på internettet. Dette synspunkt baseres på følgende betragtninger, der knytter sig til beskyttelsen af den offentlige orden, som defineret i retspraksis, eftersom de vedrører en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn [50].

127. Det er ubestridt, at pengespil på internettet indebærer større risici end pengespil på traditionelle spillesteder såsom kasinoer. Den største fare ved disse spil er, at der ikke er nogen direkte kontakt mellem spilleren og udbyderen, hvilket kan fremme bedrageri såvel fra forbrugerens side i henseende til dennes alder eller identitet, som fra udbyderens side i henseende til overholdelse af kravene om spillets forløb.

128. Denne fare skyldes ligeledes, at det er meget let for enhver at få adgang til spillene ved hjælp af en computer eller en mobiltelefon, at spillene er tilgængelige konstant, at spillene potentiel kan angå meget store beløb og den omstændighed, at spillemiljøet, når spilleren hengiver sig til spillet, oftest er kendetegnet ved spillerens isolation og anonymitet og en mangel på social kontrol.

129. Det er derfor en kendsgerning, at disse spil kan øge risikoen for afhængighed af spil og overdrevne udgifter, især hos unge og personer med en særlig tilbøjelighed til spil.

130. Disse særlige egenskaber begrunder derfor, at en medlemsstat anvender midler til at sikre en effektiv kontrol med de betingelser, på hvilke den erhvervsdrivende, der har

48 — Præmis 37 og 38.

49 — Præmis 38 og 39.

50 — Dom af 22.12.2010, sag C-208/09, Sayn-Wittgenstein, Sml. I, s. 13693, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis.

fået tilladelse til at drive sådanne spil på sit område, rent faktisk udøver sin virksomhed. Som den østrigske regering har anført, har en medlemsstat ret til at kontrollere, om dens lovgivning overholdes og i givet fald modsætte sig en beslutning fra denne erhvervsdrivende, som vil være i strid med dennes forpligtelser, inden denne beslutning gennemføres og får skadelige sociale konsekvenser.

131. Med andre ord kan en medlemsstat skønne, at det ikke er tilstrækkeligt at underkaste monopolindehaverens aktivitet helt præcise regler. Den kan ligeledes kræve at kunne udøve en grundig kontrol med, om disse regler overholdes, og den kan anvende midler, der gør det muligt præventivt at modsætte sig enhver tilsidesættelse af disse regler.

132. Særegenheden ved spil på internettet er imidlertid, at spillene helt kan udbydes på afstand. Udbud af internetspil kræver ikke, i modsætning til traditionelle pengespil såsom kasinospil, nogen infrastruktur i modtagermedlemsstaten, som myndighederne i den pågældende stat selv kan kontrollere.

133. I tilfældet med online-spil, der er leveret fra en anden medlemsstats område, kan de kompetente myndigheder i modtagermedlemsstaten således ikke selv foretage den kontrol, som de mener er nødvendig at foretage i de lokaler, hvor tjenesteyderen udøver sin virksomhed. Det skal i denne henseende understreges, at i forbindelse med bekæmpelse af hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme har Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/60/EF af 26. oktober 2005 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme [51], der finder anvendelse på kasinoer, der leverer spil på internettet, fastsat, at medlemsstaterne skal foreskrive mulighed for at foretage inspektioner på stedet. Efter min opfattelse har en medlemsstat ret til at skønne, at beskyttelsen af dens forbrugere mod risikoen for bedrageri og mod incitamenter til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed ligeledes kan begrunde denne type kontrol.

134. Som flere medlemstater har understreget under retsmødet, findes der på nuværende tidspunkt ikke noget fællesskabsretligt samarbejdsinstrument, hvorefter den medlemsstat, hvor online-spiludbyderen er etableret, er forpligtet til at give de kompetente myndigheder i modtagermedlemsstaten enhver teknisk assistance, som denne har brug

51 — EUT L 309, s. 15.

for med henblik på at foretage kontrol af, om deres lovgivning overholdes [52].

135. Endvidere er det efter min opfattelse ikke rimeligt at antage, at myndighederne i den medlemsstat, hvor en sådan tjenesteyder er etableret, kan foretage en restriktiv og grundig kontrol af, om denne tjenesteyder nøje og til stadighed efterlever de forpligtelser, som denne er pålagt i hver af de medlemsstater, hvor denne har tilladelse til at drive pengespil. Især fordi disse forpligtelser, da der ikke er nogen harmonisering på området, varierer fra medlemsstat til medlemsstat, og på et hvilket som helst tidspunkt kan ændre sig.

136. Denne konklusion er så meget desto mere berettiget, når en sådan tjenesteudbyders virksomhed er rettet mod flere stater, som det synes at være tilfældet med bet-at-home.com Entertainment Ltd samt med bet-at-home.com Internationale Ltd, hvis hjemmeside findes på spansk, tysk, græsk, engelsk, italiensk, ungarsk, nederlandsk, polsk, slovensk, tyrkisk og russisk.

137. Princippet om gensidig anerkendelse, der normalt finder anvendelse i mangel af harmonisering for at fremme udøvelsen af retten til fri bevægelighed, kan ikke anvendes inden for det særlige område med spil på internettet. Som allerede nævnt fremgår det af fast retspraksis, at henset til de praktiske vanskeligheder, som udøvelsen af en effektiv og grundig kontrol af en online-spiludbyders virksomhed kan give anledning til, kan andre medlemsstater med rette anse den kontrol, som udøves i den stat, hvor udbyderen er etableret, for utilstrækkelig [53].

138. Under retsmødet blev spørgsmålet stillet, om det er tilstrækkeligt at pålægge tjenesteyderen af internetspil at installere en server i modtagermedlemsstaten, hvilket ville gøre det muligt at udbyde disse spil på dennes område. Den belgiske regering svarede, at et sådant krav kunne vise sig utilstrækkeligt, når serveren blev anvendt fra en anden medlemsstat, og når samtlige beslutninger vedrørende denne brug blev truffet i den pågældende stat.

139. På baggrund af de forskellige vurderinger, der er kommet til udtryk i den foreliggende sag, er det undersøgte krav efter min opfattelse derfor ikke uforholdsmæssigt. Jeg mener, at en medlemsstat har ret til at antage, at den er bedre i stand til at udøve en restriktiv

52 — De foranstaltninger, som medlemsstaterne i henhold til direktiv 2005/60 er forpligtede til at træffe i forhold til kasinoer på deres område, har alene til formål at bekæmpe hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme. Formålet med foranstaltningerne er ikke at forhindre bedrageri mod forbrugerne i udøvelsen af denne slags virksomhed. Formålet er heller ikke at sikre en beskyttelse af spillerne. Formålet er ikke, at en medlemsstat tillader en anden medlemsstat at kontrollere overholdelsen af dens lovgivning på spilleområdet.

53 — Dommen i sagen Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, præmis 69, Sporting Exchange-dommen, præmis 33, og dommen i sagen Ladbrokes Betting & Gaming og Ladbrokes International, præmis 54.

og effektiv kontrol med en udbyder af spil på internettet, hvilket i givet fald gør det muligt for medlemsstaten at gøre indvendinger mod gennemførelsen af en beslutning, der er i strid med dens lovgivning, såfremt udbyderen har sit hjemsted på medlemsstatens område.

140. Et sidste argument skal efter min opfattelse tages i betragtning ved vurderingen af dette kravs forholdsmæssighed.

141. Som nævnt ovenfor er spørgsmålet om, hvorvidt et monopol er foreneligt med fællesskabsretten, betinget af, at formålet med monopolet er at sikre et højt niveau af beskyttelse af den offentlige orden og af forbrugerne, og at det ledsages af et regelsæt, der sikrer gennemførelsen af disse mål samt en grundig kontrol af den pågældende medlemsstat. Disse krav er logiske i forhold til den fri bevægelighed, eftersom et monopol i meget høj grad indskrænker disse friheder.

142. Jeg mener således, at det er i overensstemmelse med dette krav at tillade, at en medlemsstat, inden for det særlige område med spil på internettet, pålægger indehaveren af monopolet at have sit hjemsted på medlemsstatens område, idet det gør det muligt for medlemsstaten at udøve en mere effektiv kontrol med, at udbyderen overholder medlemsstatens politik om beskyttelse af forbrugerne mod svig og ludomani, end hvis sidstnævnte udøvede sin aktivitet fra en anden medlemsstat.

143. Under retsmødet har de tiltalte, Jochen Dickinger og Franz Ömer, i øvrigt ikke undladt at fremhæve, at de selskaber, som de driver, og som har leveret de omhandlede spil, er etableret på Malta og består af personer, der alle er bosat der, som bevis på, at den udøvede kontrol var reel og effektiv. Det er derfor vanskeligt at forstå, hvorfor de samme betingelser, pålagt med samme formål, skulle underkendes, fordi det er Republikken Østrig, der opstiller dem.

144. Jeg foreslår derfor Domstolen at fastslå, at artikel 49 EF ikke er til hinder for, at en medlemsstat pålægger det kapitalselskab, som den har tildelt monopol til at drive spil på internettet, at have sit hjemsted på denne medlemsstats område.

5. Forbuddet mod at oprette filialer i en anden medlemsstat

145. Forbuddet mod at oprette en filial i udlandet, for så vidt som der herved forbydes

en sådan oprettelse i en anden medlemsstat, udgør en udtrykkelig negation af en af de rettigheder, der af artikel 43 EF og 48 EF udtrykkeligt tildeles et selskab med hjemsted på en medlemsstats område. Dette forbud kan således medføre, at det bliver mindre attraktivt at have monopol til at drive spil på internettet i Østrig, og kan dermed afholde et selskab etableret i en anden medlemsstat fra at ansøge om tildeling af dette monopol.

146. Den østrigske regering har i sit skriftlige indlæg blot angivet, at det anfægtede forbud kun overfører idéen, hvorefter det tilkommer hver enkelt medlemsstat at regulere driften af pengespil inden for dens egne grænser.

147. Jeg mener ikke, at denne forklaring kan godtages som en gyldig grund for begrænsningen af etableringsfriheden.

148. Retten til at drive pengespil i en medlemsstat er ganske vist undergivet denne stats skønsbeføjelse. Det påhviler imidlertid hver medlemsstat at træffe beslutning herom og i givet fald træffe foranstaltninger til at sikre, at dens lovgivning overholdes. Såfremt en medlemsstat beslutter at åbne sit marked for pengespil til private udbydere, har samtlige selskaber, der lovligt er etableret i en medlemsstat, ret til at få adgang til dette marked og i givet fald underkaste sig den tilladelsesprocedure, som den pågældende medlemsstat har indført.

149. Den østrigske regering kan således ikke forbyde en erhvervsdrivende, som den har tildelt et monopol til at drive spil på internettet på dens område, at udøve samme aktivitet via en filial i en anden medlemsstat uden at forklare, hvorfor et sådant forbud er nødvendigt for at kunne gennemføre et legitimt mål såsom beskyttelsen af den offentlige orden og forbrugerne, som forfølges af dens egen lovgivning.

150. Det er ligeledes nødvendigt, at et sådant forbud forfølger disse mål på en sammenhængende og systematisk måde. I den foreliggende sag kan der stilles spørgsmålstegn ved sammenhængen af en sådan foranstaltning, hvis den blot forbyder oprettelsen af en filial og ikke af et datterselskab. Forbuddet mod at oprette en filial i udlandet skal være forholdsmæssig i forhold til de forfulgte mål.

151. For så vidt som diskussionerne i den foreliggende sag har været rettet mod

gyldigheden af et monopol til at drive spil på internettet og kravet om at have et hjemsted på det nationale område, kan det ikke udelukkes, at den østrigske regering for den nationale ret kan påberåbe omstændigheder, der berettiger det undersøgte krav.

152. Derfor foreslår jeg Domstolen at fastslå, at det tilkommer den nationale ret at afgøre, om dette krav er gyldigt, og at fastslå, at artikel 43 EF er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter den virksomhed, der har monopol til at drive spil på internettet på den pågældende medlemsstats område, forbydes at oprette en filial i en anden medlemsstat, medmindre dette krav er begrundet i et tvingende alment hensyn og er forholdsmæssigt i forhold til dette mål.

D — *Monopolindehaverens adfærd*

153. Med sit første spørgsmål, litra b), ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om et monopol til at drive spil på internettet kan begrundes, når indehaveren af dette monopol fører en udvidelsespolitik via en intensiv markedsføring.

154. Domstolen har besvaret et lignende spørgsmål, bl.a. i dommen i sagen Ladbrokes Betting & Gaming og Ladbrokes International og dommen i sagen Stoß m.fl.

155. Det fremgår af de pågældende domme, at den omstændighed, at indehaveren af monopolet driver en udvidelsespolitik og laver reklame for sine spil, ikke nødvendigvis er uforeneligt med forekomsten af et sådant monopol og målet om at beskytte forbrugerne mod incitamenter til overdrevent spil.

156. Det fremgår af retspraksis, at en medlemsstat kan tillade indehaveren af et monopol til at drive spil på internettet at føre en udvidelsespolitik og gøre en vis reklame for disse, såfremt det er godtgjort, at ulovlige online-spil har et betragteligt omfang, således at udvidelsen og reklamen viser sig nødvendig for at lede forbrugernes spillelyst ind i legitime baner [54].

157. En medlemsstat, som konfronteres med et stort antal ulovlige hjemmesider, der tilbyder pengespil, har således ret til at tilbyde

54 — Dommen i sagen Ladbrokes Betting & Gaming og Ladbrokes International, præmis 30.

indehaveren af et monopol til at drive onlinespil på dens område at foretage en vis markedsføring og på en måde, som er tilstrækkelig tillokkende for, at forbrugerne kan blive ledt mod lovlige spil.

158. Når en medlemsstat på en gang forsøger at beskytte forbrugerne mod incitamenter til overdrevent spil og bekæmpe bedrageri og ulovligt spil, skal spørgsmålet om, hvorvidt dens lovgivning indebærer, at disse mål forfølges på en sammenhængende og systematisk måde, bedømmes ud fra en samlet vurdering af disse mål [55].

159. En kontrolleret udvidelsespolitik, der støttes af en omfattende markedsføring, der skal lede spillerne mod lovlige spil, bør i princippet ikke betragtes som værende uforenelige med målet om at beskytte forbrugerne mod et incitament til overdrevent spil, selv om disse tiltag kan synes at være modsatrettede [56]. Det er nødvendigt, at indehaveren af monopolet gennem sin handling, således som denne er reguleret af den pågældende medlemsstat, bestræber sig på at finde en balance mellem forfølgelsen af samtlige disse mål.

160. Det tilkommer derfor den nationale ret at undersøge, om den udvidelsespolitik, som indehaveren af monopolet fører, samt dennes markedsføring, med baggrund i dens omfang og karakter, er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at kanalisere spillerne mod tilladte spillenetværk og forbliver forenelig med målet om at beskytte forbrugerne mod et incitament til overdrevent spil [57].

161. Jeg foreslår derfor at besvare spørgsmålet med, at et monopol til at drive spil på internettet kan begrundes, selv om indehaveren af monopolet fører en udvidelsespolitik via en intensiv markedsføring, når denne udvidelse og markedsføring er nødvendig for at kanalisere spillerne mod tilladte spillenetværk, og at de ikke er af en sådan art og beskaffenhed, at de er uforenelige med målet om at beskytte forbrugerne mod et incitament til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed.

55 — Ibidem, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis.

56 — Dommen i sagen Stoß m.fl., præmis 101 og den deri nævnte retspraksis.

57 — Dommen i sagen Ladbrokes Betting & Gaming og Ladbrokes International, præmis 37, og i sagen Stoß m.fl., præmis 103.

IV — Forslag til afgørelse

162. På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at Bezirksgericht Linz' præjudicielle spørgsmål besvares som følger:

»1) En medlemsstats lovgivning, hvorefter enhver overtrædelse af et monopol til at drive pengespil, såsom monopolet til at drive elektronisk lotteri som foreskrevet i østrigsk lov, er strafbar, skal være i overensstemmelse med retten til fri bevægelighed og navnlig artikel 49 EF, selv om strafferetten henhører under medlemsstaternes kompetence.

2) Artikel 49 EF skal fortolkes således, at den omstændighed, at en udbyder af spil på internettet anvender materielle kommunikationsmidler såsom en server og en telefoncentral i modtagermedlemsstaten, og som er leveret af en tredje part, ikke i sig selv udelukker en anvendelse af EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for tjenesteydelser.

Artikel 49 EF kan imidlertid ikke, under omstændighederne i den foreliggende sag, påberåbes, såfremt de maltetiske selskaber er udtryk for en kunstig konstruktion, og de kun er oprettet med det ene formål at gøre det muligt for deres østrigske moderselskab at omgå forbuddet mod at drive online-spil i Østrig.

Artikel 49 EF skal fortolkes således, at en medlemsstats lovgivning, der forbyder tjenesteydere etableret i medlemsstaten at forsyne selskaber, der er etableret i en anden medlemsstat, med materielle midler til at udbyde spil på internettet til

personer med bopæl i denne medlemsstat, udgør en restriktion af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til den pågældende artikel.

3) Artikel 49 EF ikke er til hinder for, at en medlemsstat pålægger det kapitalselskab, som den har tildelt monopol til at drive spil på internettet, at have sit hjemsted på denne medlemsstats område.

Artikel 43 EF er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter den virksomhed, der har monopol til at drive spil på internettet på den pågældende medlemsstats område, forbydes at oprette en filial i en anden medlemsstat, medmindre dette krav er begrundet i et tvingende alment hensyn og er forholdsmæssigt i forhold til dette mål.

4) Et monopol til at drive spil på internettet kan begrundes, selv om indehaveren af monopolet fører en udvidelsespolitik via en intensiv markedsføring, når denne udvidelse og markedsføring er nødvendig for at kanalisere spillerne mod tilladte spillenetværk, og at de ikke er af en sådan art og beskaffenhed, at de er uforenelige med målet om at beskytte forbrugerne mod et incitament til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed.«