DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 15 september 2011 *

I mål C-347/09,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Bezirksgericht Linz (Österrike) genom beslut av den 10 april 2009, som inkom till domstolen den 31 augusti 2009, i brottmålet mot

Jochen Dickinger,

Franz Ömer,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-C. Bonichot samt domarna K. Schiemann (referent), L. Bay Larsen, A. Prechal och E. Jarašiūnas,

generaladvokat: Y. Bot,
justitiesekreterare: handläggaren K. Malacek,

* Rättegångsspråk: tyska.

mot bakgrund av det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 27 januari 2011,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Jochen Dickinger och Franz Ömer, genom W. Denkmair och O. Plöckinger, Rechtsanwälte,

— Österrikes regering, genom C. Pesendorfer och J. Bauer, båda i egenskap av ombud,

— Belgiens regering, genom L. Van den Broeck och M. Jacobs, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaterna A. Hubert och P. Vlaemminck,

— Greklands regering, genom E.-M. Mamouna, M. Tassopoulou och G. Papadaki, samtliga i egenskap av ombud,

— Maltas regering, genom A. Buhagiar och J. Borg, båda i egenskap av ombud,

— Portugals regering, genom L. Inez Fernandes och A. Barros, båda i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom E. Traversa och B.-R. Killmann, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 31 mars 2011 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 43 EG och 49 EG.

2 Denna begäran har framställts i ett brottmål mot Jochen Dickinger och Franz Ömer, som driver det enligt österrikisk rätt bildade bolaget bet-at-home.com Entertainment GmbH (nedan kallat bet-at-home.com Entertainment), angående överträdelse av den österrikiska lagstiftningen avseende hasardspelsverksamhet, närmare bestämt tillhandahållande av kasinospel via internet.

Tillämpliga bestämmelser

3 Enligt 3 § i den federala lagen om hasardspel (Glücksspielgesetz, BGBl. 620/1989), i dess lydelse som var tillämplig på målet vid den nationella domstolen (nedan kallad GSpG), med rubriken ”Monopol för hasardspel”, är rätten att anordna hasardspel förbehållen den federala regeringen. I 14 och 21 §§ GSpG föreskrivs samtidigt att den

federala finansministern har behörighet att bevilja tillstånd för att anordna lotterier samt för kasinoverksamhet. Sportvadhållning, vilket inte anses vara hasardspel i strikt mening, omfattas inte av regleringen i GSpG, med undantag för en viss typ av totalisatorspel kallad ”Toto”.

4 Kasinospel som tillhandahålls via internet jämställs enligt 12 a § GSpG med lotterier och omfattas således av det avgiftssystem som gäller för lotterier snarare än det system som tillämpas på kasinon. Bestämmelsen i 12 a § GSpG, som infördes i GSpG år 1997 (BGBl. I, 69/1997), innehåller i detta avseende följande definition av ”elektroniska lotterier”:

”lotterier där spelavtalet ingås på elektronisk väg, beslutet om vinst eller förlust delges eller tillhandahålls centralt och deltagarna kan få kännedom om resultatet omedelbart efter deltagande i spelet”.

5 Tillstånd för anordnande av lotterier kan enligt 14 § 2 GSpG endast beviljas en sökande

”1. som är ett kapitalbolag med huvudkontor i landet,

2. som inte ägs av ett moderbolag (i en koncern) som har ett dominerande inflytande och vars inflytande innebär att efterlevnad av gällande bestämmelser inte kan säkerställas,

3. som har en styrelse (Aufsichtsrat) och ett inbetalt bolagskapital på minst 109 000 000 euro, vars lagenliga ursprung kan styrkas på ett adekvat sätt,

4. som utser företagsledare som på grund av sin utbildning har rätt yrkeskompetens samt nödvändiga egenskaper och erfarenheter för att styra verksamheten, mot vilka ingen uteslutningsgrund kan åberopas enligt 13 § lagen om hantverks-, handels- och industriella yrken (Gewerbeordnung 1973), …

5. som mot bakgrund av föreliggande omständigheter (särskilt erfarenheter, kunskap och egna tillgångar) kan förväntas inbringa de största intäkterna (tillståndsavgift och skatt på vadhållning), och

6. där strukturen av den koncern som ägaren eller ägarna till en kvalificerad andel av bolaget tillhör inte försvårar en effektiv kontroll av tillståndshavaren.”

6 Tillståndet kan med tillämpning av 14 § 3, första punkten, GSpG beviljas för en period motsvarande högst femton år.

7 Så länge ett tillstånd för lotteriverksamhet är i kraft kan inget annat tillstånd medges enligt 14 § 5, första meningen, GSpG.

8 Om flera kandidater som uppfyller villkoren i 14 § 2 GSpG ansöker om tillstånd är finansministern enligt 14 § 5, andra meningen, GSpG skyldig att fatta beslut på grundval av de kriterier som anges i 14 § 2, femte punkten, GSpG, och tillståndet ska

således beviljas den aktör som kan antas generera de största intäkterna till den federala regeringen.

9 Enligt 15 § 1 GSpG har tillståndshavaren inte rätt att bilda filialer utanför Österrike. Tillståndshavarens förvärv av kvalificerade andelar i andra bolag måste vidare godkännas av den federala finansministern. Ett sådant godkännande krävs enligt 15 a § GSpG även vid en utökning av tillståndshavarens kommersiella verksamhet och kan endast medges om det inte finns risk för minskade intäkter till den federala regeringen i form av tillståndsavgift och skatt på vadhållning.

10 Enligt 16 § GSpG är tillståndshavaren skyldig att uppställa spelvillkor för den hasardspelsverksamhet som han har anförtrotts att bedriva. Dessa villkor, som ska godkännas av den federala finansministern, offentliggörs i Amtsblatt zur Wiener Zeitung och anslås, upplysningsvis, i tillståndshavarens kommersiella lokaler och på dennes försäljningsställen.

11 Tillståndshavaren ska dessutom enligt 18 § 1 GSpG varje år informera den federala finansministern om vilka som äger andelar av bolagskapitalet och om deras identitet. Enligt 19 § 1 GSpG övervakas tillståndshavaren av den federala finansministern. Den sistnämnde är i detta avseende behörig att granska tillståndshavarens bokföring eller andra handlingar och kan företa syn på plats eller förordna om att revisorer eller andra sakkunniga ska genomföra granskningar. Kostnaderna för denna övervakning åligger tillståndshavare och faktureras årligen av den federala finansministern.

12 I 19 § 2 GSpG föreskrivs bland annat att den federala finansministern ska utse en statskommissarie (Staatskommissär) som enligt 26 § i lagen om kreditväsen (Kreditwesengesetz, BGBl. 63/1979), är behörig att delta i tillståndshavarens bolagsstämmor och styrelsens sammanträden. Statskommissarien ska vara anställd av en regional myndighet eller vara advokat eller revisor. Denna person är underställd den federala finansministerns auktoritet och kan när som helst fråntas sina befogenheter. Statskommissarien har i synnerhet som arbetsuppgift att invända mot beslut av bolagets ledningsorgan som han anser vara rättsstridiga. En sådan invändning får till följd att beslutet blir verkningslöst fram till dess att behöriga myndigheter har fattat ett beslut.

13 Enligt 19 § 3 GSpG har både den federala finansministern och det federala idrottsförbundet rätt att föreslå ledamöter till tillståndshavarens styrelse.

14 Tillståndshavaren är enligt 19 § 4 GSpG skyldig att delge den federala finansministern sin årsredovisning, inklusive förvaltningsberättelse och koncernens årsredovisning, samt revisorns rapport avseende dessa handlingar inom sex månader från slutet av budgetåret.

15 Utdelningen av intäkterna från hasardspel regleras i 17 och 20 §§ GSpG. Tillståndsavgiften avseende elektroniska lotterier fastställs i 17 § 3, sjätte punkten, GSpG till 24 procent av de årliga bruttointäkterna efter avdrag för utdelad vinst. Enligt 20 § GSpG ska 3 procent av lotteriintäkterna avsättas för främjande av sportverksamheter. Detta belopp får emellertid aldrig understiga 40 miljoner euro.

16 Liknande bestämmelser som reglerar beviljande av tolv tillstånd för kasinoverksamhet, övervakningen av tillståndshavarna och driften av kasinospelen återfinns i 21–31 §§ GSpG.

17 Anordning av hasardspel i vinstsyfte av en person som saknar tillstånd är straffbart i Österrike. Enligt 168 § 1 den österrikiska strafflagen (Strafgesetzbuch nedan kallad StGB) döms ”den som anordnar ett spel som uttryckligen är förbjudet eller vars utgång helt eller till väsentlig del beror på slumpen eller den som främjar en sammankomst för att anordna ett sådant spel i syfte att bereda sig eller någon annan ekonomisk vinning av detta anordnande eller denna sammankomst”. För detta brott kan dömas till fängelse i högst sex månader eller till högst 360 dagsböter.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

18 Österreichische Lotterien GmbH (nedan kallat Österreichische Lotterien) är ett privaträttsligt aktiebolag. Genom ett beslut från den federala finansministern av den 16 mars 1995 tillerkändes bolaget det enda giltiga tillståndet för att anordna lotterier i Österrike under perioden 1 december 1994–31 december 2004. Efter det att lagen blev tillämplig på ”elektroniska lotterier” genom att dessa togs in i bestämmelsen i 12 a § GSpG år 1997, utvidgades bolagets tillstånd till att även omfatta denna typ av verksamhet och förlängdes fram till år 2012 genom ett beslut från den federala finansministern av den 2 oktober 1997. Detta tillstånds giltighetstid fastställdes, mot bakgrund av den enligt lag maximala giltighetstiden på 15 år, till perioden 1 oktober 1997–30 september 2012.

19 Majoritetsaktieägaren i Österreichische Lotterien är Casinos Austria AG (nedan kallat Casinos Austria), ett privaträttsligt aktiebolag som har tillerkänts de tolv tillstånd

att bedriva kasinoverksamhet som avses i GSpG (se, i detta avseende, dom av den 9 september 2010 i mål C-64/08, Engelmann, REU 2010, s. I-8219, punkterna 13–15). Vid den tidpunkt som är relevant för omständigheterna i det nationella målet ägdes en tredjedel av aktierna i Casinos Austria indirekt av staten medan den resterande delen av aktierna befann sig i privata investerares ägo.

20 De österrikiska medborgarna Jochen Dickinger och Franz Ömer är grundare av den multinationella koncernen bet-at-home.com för online-spel. Moderbolaget i denna koncern är bet-at-home.com AG, ett bolag bildat enligt tysk rätt med säte i Düsseldorf (Tyskland).

21 Ett av dotterbolagen till bet-at-home.com AG är bet-at-home.com Entertainment, som är ett bolag bildat enligt österrikisk rätt. Detta bolag har sitt säte i Linz (Österrike) och är verksamt inom sektorn ”tjänster för automatisk databehandling och informationsteknik”. Jochen Dickinger och Franz Ömer driver bet-at-home.com Entertainment. Detta bolag innehar dessutom ett österrikiskt tillstånd för att anordna sportvadhållning.

22 Detta bolag har även ett dotterbolag, bet-at-home.com Holding, Ltd, som har bildats enligt maltesisk rätt. Det sistnämnda bolaget har i sin tur bildat tre dotterbolag enligt maltesisk rätt, nämligen bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd och bet-at-home.com Internationale Ltd (nedan sammantaget kallade de maltesiska dotterbolagen).

23 Två av de maltesiska dotterbolagen tillhandahåller hasardspel och sportvadhållning via internet på webbplatsen www.bet-at-home.com. De innehar ett maltesiskt tillstånd (”Class One Remote Gaming License”) för hasardspel online, och ett maltesiskt tillstånd (”Class Two Remote Gaming License”) för sportvadhållning online. Webbplatsen finns tillgänglig på språken spanska, tyska, grekiska, engelska, italienska,

ungerska, nederländska, polska, slovenska, turkiska och ryska, men inte på maltesiska. På webbplatsen tillhandahålls främst hasardspel som poker, black jack, baccarat och roulette samt virtuella enarmade banditer. Alla de nämnda spelen kan spelas med obegränsade insatser.

24 Driften av webbplatsen www.bet-at-home.com sköts uteslutande av de maltesiska dotterbolagen som anordnar de ifrågavarande spelen och innehar licenserna för de nödvändiga programvarorna för att driva denna spelplattform.

25 De maltesiska dotterbolagen har åtminstone fram till december 2007 använt en server som är installerad i Linz, Österrike, och som tillhandahölls dem av bet-at-home.com Entertainment, som även var ansvarigt för driften av webbplatsen, den nödvändiga programvaran för spelen samt kundtjänst.

26 Ett brottmålsförfarande inleddes mot Jochen Dickinger och Franz Ömer, i deras egenskap av ansvariga för driften av bolaget bet at home.com Entertainment, på grund av gärningar som utgör brott mot 168 § 1 StGB. Gärningsbeskrivningen i stämningsansökan har följande ordalydelse:

”Jochen Dickinger och Franz Ömer har i egenskap av ansvariga i … bet-at-home.com Entertainment GmbH, från den 1 januari 2006 fram till i dag begått den brottsliga gärningen att anordna hasardspel i den mening som avses i 168 § 1 [StGB] till gagn för [bet-at-home.com Entertainment] genom att via Internet tillhandahålla spel vilkas vinst eller förlust uteslutande eller huvudsakligen berodde på slumpen och som är uttryckligen förbjudna, bland annat olika typer av pokerspel (’Texas Hold’em’, ’Seven Card Stud’, etc.), black-jack, baccarat, bordspel som roulette samt virtuella enarmade banditer vilka kan spelas med obegränsade insatser, i syfte att bereda sig själv eller annan, i synnerhet [bet-at-home.com Entertainment], ekonomisk vinning.”

27 Jochen Dickinger och Franz Ömer har inför Bezirksgericht Linz gjort gällande att den nationella lagstiftningen om hasardspel strider mot artiklarna 43 EG och 49 EG.

28 Den hänskjutande domstolen ifrågasätter huruvida bestämmelserna i StGB, jämförda med de ifrågavarande österrikiska reglerna om hasardspel, är förenliga med unionsrätten, i synnerhet med beaktande av vad den kvalificerar som ”offensiv reklam” från Casinos Austria för dess hasardspel.

29 Mot denna bakgrund beslutade Bezirksgericht Linz att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) a) Ska artiklarna 43 EG och 49 EG tolkas så, att de principiellt utgör hinder för sådana nationella bestämmelser som 3 § jämfört med 14 § och följande paragrafer samt 21 § [GSpG], enligt vilka:

— tillstånd att anordna lotterier (till exempel elektroniska lotterier) för en tidsperiod på upp till 15 år får tilldelas en enda tillståndshavare som, bland annat, måste vara ett kapitalbolag med säte inom landet, inte får bilda filialer utanför Österrike, måste förfoga över ett inbetalat grundkapital eller aktiekapital på minst 109 000 000 euro och som med hänsyn till omständigheterna kan förväntas ge förbundsrepubliken de största skatteintäkterna,

— tillstånd för kasinoverksamhet för en tidsperiod på upp till 15 år får tilldelas högst tolv tillståndshavare som måste vara aktiebolag med säte inom landet, inte får bilda filialer utanför Österrike, måste förfoga över ett inbetalat aktiekapital på 22 000 000 euro och som med hänsyn till omständigheterna kan förväntas ge de lokala myndigheterna de största skatteintäkterna?

Dessa frågor uppkommer särskilt mot bakgrund av att [Casinos Austria] är innehavare av samtliga tolv kasinotillstånd, vilka beviljades den 18 december 1991 för en tid på högst 15 år och som under mellantiden har förlängts utan offentlig anbudsinfordran eller offentliggörande.

b) Om svaret är ja: Är sådana bestämmelser berättigade med hänsyn till skäl av allmänintresse genom att de begränsar vadhållningsverksamheten, även om tillståndsinnehavaren, som närmast kan sägas verka inom en monopolstruktur, bedriver en expansionistisk politik på marknaden för hasardspel genom intensiv marknadsföring?

c) Om svaret är ja: Ska den hänskjutande domstolen vid proportionalitetsprövningen av sådana bestämmelser, vilka har till syfte att förebygga brottsliga handlingar genom att ställa de på området verksamma näringsidkarna under kontroll och styra hasardspelsverksamheten så att den omfattas av denna kontroll, beakta att denna kommer att omfatta även näringsidkare som tillhandahåller gränsöverskridande tjänster som ändå är underkastade de villkor och kontroller som gäller för tillståndet i den medlemsstat där näringsidkaren är etablerad?

2) Ska de grundläggande friheterna enligt EG-fördraget, särskilt friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 49 EG, tolkas så, att – trots att straffrätten fortfarande i princip omfattas av medlemsstaternas befogenhet – även en nationell straffbestämmelse ska tolkas i enlighet med gemenskapsrätten om den innebär ett förbud eller hinder för utövandet av en av de grundläggande friheterna?

3) a) Ska artikel 49 EG jämförd med artikel 10 EG tolkas så, att kontroller som har utförts och säkerheter som har ställts i den stat där den som tillhandahåller tjänsten är hemmahörande i enlighet med principen om ömsesidigt förtroende ska ha giltighet i den stat där tjänsten tillhandahålls?

b) Om svaret är ja: Ska artikel 49 EG även tolkas så, att man, i fall av begränsningar i friheten att tillhandahålla tjänster som har företagits med skäl av allmänintresse, ska beakta huruvida allmänintresset har tillgodosetts tillräckligt redan genom de bestämmelser, kontroller och inspektioner som den som tillhandahåller tjänsterna är underkastad i den stat där han har sitt säte?

c) Om svaret är ja: Ska man, vid bedömningen av huruvida en medlemsstats bestämmelser om straffansvar för gränsöverskridande erbjudanden om hasardspel utan licens är proportionerliga, beakta att tillräcklig hänsyn har tagits till de ordningsskäl som den stat där tjänsterna tillhandahålls har haft som grund för att motivera begränsningen av den grundläggande friheten redan därigenom att det finns ett strängt tillstånds- och övervakningsförfarande i den stat där den som tillhandahåller tjänsterna är etablerad?

d) Om svaret är ja: Ska den hänskjutande domstolen inom ramen för prövningen av huruvida en sådan begränsning är proportionerlig ta hänsyn till att de berörda bestämmelserna i den stat där den som tillhandahåller tjänsterna har sitt säte till och med går utöver den kontrollnivå som gäller i den stat där tjänsterna tillhandahålls?

e) Krävs det enligt proportionalitetsprincipen att den hänskjutande domstolen, när sådana ordningsskäl som spelarskydd och brottsbekämpning har motiverat straffansvaret för hasardspel, gör en åtskillnad mellan å ena sidan sådana företag som tillhandahåller hasardspel utan något som helst tillstånd och å andra sidan sådana företag som är etablerade och innehar koncession i andra medlemsstater [i unionen] och utnyttjar friheten att tillhandahålla tjänster?

f) Ska man slutligen, vid bedömningen av huruvida en medlemsstats bestämmelser om förbud vid straffansvar att utan tillstånd i medlemsstaten tillhandahålla hasardspel över gränserna är proportionerliga, beakta att ett hasardspelsföretag som innehar ett giltigt tillstånd i en annan medlemsstat på grund av objektiva indirekt diskriminerande hinder för marknadstillträde inte har haft möjlighet att få tillstånd i medlemsstaten och att tillstånds- och övervakningsförfarandet i den stat där företag är etablerat har en skyddsnivå som åtminstone är jämförbar med den egna?

4) a) Ska artikel 49 EG tolkas så, att tjänsternas tillfällighetskaraktär utesluter att företaget som tillhandahåller dem kan förse sig med infrastruktur i värdlandet, till exempel en server, utan att anses ha etablerat sig där?

b) Ska artikel 49 EG även tolkas så, att ett förbud för ett nationellt företag som tillhandahåller support att underlätta möjligheterna för företag som har säte i en annan medlemsstat att tillhandahålla sina tjänster, utgör en begränsning av det senare företagets frihet att tillhandahålla sina tjänster, även om supportföretaget har sitt säte i samma medlemsstat som en del av mottagarna av tjänsterna?"

Prövning av tolkningsfrågorna

Den andra frågan

30 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan, som det finns anledning att pröva först, för att få klarhet i huruvida en medlemsstats lagstiftning varigenom straffansvar föreskrivs vid överträdelser av bestämmelser om monopol på hasardspelsverksamhet, såsom den nationella lagstiftningen, måste vara förenlig med de grundläggande friheterna enligt fördraget, i synnerhet enligt artikel 49 EG.

31 Såsom generaladvokaten har framhållit i punkterna 45–50 i sitt förslag till avgörande framgår det av domstolens fasta rättspraxis att unionsrätten medför begränsningar av medlemsstaternas befogenheter vad avser straffrättslig lagstiftning, eftersom sådan lagstiftning inte får inskränka de grundläggande friheter som garanteras av unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 februari 1989 i mål 186/87, Cowan, REG 1989, s. 195, punkt 19, svensk specialutgåva, volym 10, s. 1, och av den 19 januari 1999 i mål C-348/96, Calfa, REG 1999, s. I-11, punkt 17).

32 Den andra frågan ska således besvaras enligt följande. Unionsrätten, i synnerhet artikel 49 EG, utgör hinder för att det i nationell lagstiftning föreskrivs straffansvar för överträdelser av bestämmelser om monopol på hasardspelsverksamhet, såsom det ifrågavarande monopolet på kasinospel som tillhandahålls via internet i målet vid den nationella domstolen, om sådan lagstiftning inte är förenlig med unionsrättsliga bestämmelser.

Den fjärde frågan

33 Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde tolkningsfrågan, som det finns anledning att pröva härnäst, för att få klarhet i vilka grundläggande friheter som är tillämpliga på de begränsningar som genom den ifrågavarande nationella lagstiftningen åläggs de maltesiska dotterbolagen. Den hänskjutande domstolen undrar i huvudsak om artikel 49 EG ska tolkas så, att den är tillämplig på hasardspelstjänster som tillhandahålls via internet inom en värdmedlemsstat av en aktör med hemvist i en annan medlemsstat, trots att denna aktör

— har upprättat en viss infrastruktur i värdmedlemsstaten för datasupport, såsom en server, vilket skulle kunna medföra att bestämmelserna om etableringsfrihet blir tillämpliga, och

— utnyttjar stödtjänster som tillhandahålls av en aktör med säte i värdmedlemsstaten för att kunna tillhandahålla sina tjänster till kunder i denna medlemsstat, vilket skulle kunna medföra att artikel 49 EG inte kan tillämpas.

34 Såsom generaladvokaten har framhållit i punkterna 57–62 i sitt förslag till avgörande innebär den omständigheten, att en aktör som anordnar hasardspel via internet

använder sig av materiella kommunikationsmedel som ett tredje företag med säte i värdmedlemsstaten har försett den med, inte i sig att bolaget kan anses ha ett fast driftställe i denna medlemsstat jämförbart med ett kontor, vilket annars skulle få till följd att fördragsbestämmelserna om etableringsfrihet skulle vara tillämpliga.

35 Det framgår nämligen av domstolens praxis att det, för att etablering i den mening som avses i fördraget ska anses föreligga, måste finnas avtalsförhållanden mellan en aktör med säte i en medlemsstat och med näringsidkare eller förmedlare med säte i värdmedlemsstaten, som innebär en möjlighet för denna aktör att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i den andra medlemsstaten. Förhållandet ska sålunda vara av sådan beskaffenhet att det möjliggör för kunderna att få tillgång till tjänster som tillhandahålls genom en permanent närvaro i värdmedlemsstaten, även om denna närvaro endast består i ett enkelt kontor som, i förekommande fall, sköts av en självständig person med fullmakt att varaktigt företräda aktören på samma sätt som en agentur (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 september 2010 i de förenade målen C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 samt C-410/07, Stoß m.fl., REU 2010, s. I-8069, punkterna 59 och 60).

36 Det är emellertid utrett att bet-at-home.com Entertainment inte alls hade fullmakt att varaktigt företräda de maltesiska dotterbolagen på hasardspelsmarknaden i Österrike. Bolaget ingrep inte i relationen mellan sina dotterbolag och deras kunder. Driften av webbplattformen www.bet-at-home.com sköts uteslutande av de maltesiska dotterbolagen, som är ansvariga för att anordna spelen, och kunderna ingår motsvarande spelavtal med dessa bolag. Under dessa förhållanden skulle de datasupporttjänster som bet-at-home.com Entertainment tillhandahåller kunna anförtros en annan aktör med säte i en annan medlemsstat utan att de österrikiska kunderna skulle ha märkt det.

37 Av domstolens praxis framgår för övrigt att artikel 49 EG är tillämplig på en anordnare av hasardspel med säte i en medlemsstat som tillhandahåller sina tjänster i en annan

medlemsstat, även om denna för detta ändamål nyttjar förmedlare som är etablerade i samma medlemsstat som mottagarna av dessa tjänster (dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl., REG 20003, s. I-13031, punkt 58). Desto större är sålunda skälen till att denna artikel ska anses tillämplig när aktören inte nyttjar en förmedlare utan endast en tillhandahållare av datasupporttjänster i värdmedlemsstaten.

38 Den fjärde frågan ska således besvaras enligt följande. Artikel 49 EG ska tolkas så, att den är tillämplig på hasardspelstjänster som tillhandahålls via Internet i en värdmedlemsstat av en aktör med säte i en annan medlemsstat, trots att denna aktör

— har upprättat en viss infrastruktur i värdmedlemsstaten för datasupport, såsom en server, och

— utnyttjar datasupporttjänster som tillhandahålls av en aktör med säte i värdmedlemsstaten för att kunna tillhandahålla sina tjänster till kunder som även de har hemvist i denna medlemsstat.

Den första och den tredje frågan

39 Den första och den tredje frågan, vilka ska prövas tillsammans, avser under vilka villkor det är tillåtet att tillerkänna en enda aktör, såsom den ifrågavarande i målet vid den nationella domstolen, monopolställning för anordnande av kasinospel via internet enligt artikel 49 EG.

40 För att kunna besvara dessa frågor på ett ändamålsenligt sätt ska det inledningsvis erinras om under vilka villkor det enligt artikel 49 EG är tillåtet att inrätta ett monopol på hasardspelsverksamhet, såsom det ifrågavarande i det nationella målet. Det är därefter nödvändigt att bedöma i vilken mån den omständigheten att den som har tillerkänts monopolställning för hasardspelsverksamhet bedriver en expansionistisk marknadsföringspolitik kan vara förenlig med de syften som eftersträvas genom monopolsystemet. Vidare finns det anledning att förse den hänskjutande domstolen med vissa anvisningar avseende huruvida vissa begränsningar som åläggs monopolinnehavaren vad beträffar dess rättsliga form, aktiekapitalets belopp, platsen för dess säte och möjligheten att bilda dotterbolag i andra medlemsstater, är förenliga med artikel 49 EG. Det ska slutligen prövas huruvida de kontroller som genomförs i en annan medlemsstat av aktörer som tillhandahåller hasardspel, och de garantier som följer av dessa kontroller, är relevanta vid proportionalitetsprövningen av de restriktiva åtgärder som en medlemsstat vidtar för att reglera hasardspelsverksamhet i syfte att uppnå ett eller flera av de mål som erkänts i domstolens praxis.

41 Det är fastslaget att lagstiftning i en medlemsstat, såsom den ifrågavarande i det nationella målet, i vilken det föreskrivs en ensamrätt för en enda aktör att anordna och göra reklam för hasardspel och enligt vilken det är förbjudet för alla andra aktörer, inbegripet en aktör från en annan medlemsstat, att via Internet tillhandahålla tjänster på den första medlemsstatens territorium, utgör en inskränkning i den frihet att tillhandahålla tjänster som garanteras i artikel 49 EG (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 juni 2010 i mål C-203/08, Sporting Exchange, REU 2010, s. I-4695, punkterna 22 och 24 samt där angiven rättspraxis).

42 En sådan inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster kan emellertid endast tillåtas i de undantagsfall som uttryckligen anges i artiklarna 45 EG och 46 EG, som är tillämpliga på området med stöd av artikel 55 EG, eller om de i enlighet med domstolens praxis kan anses vara motiverade av tvingande skäl av allmänintresse (dom av den 8 september 2009 i mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin

International, REG 2009, s. I-7633, punkterna 55 och 56, samt av den 30 juni 2011 i mål C-212/08, Zeturf, REU 2011, s. I-5633, punkt 37).

43 Vad beträffar målet vid den nationella domstolen ska det erinras om att när ett monopolsystem har inrättats i en medlemsstat för hasardspelsverksamhet och detta system är oförenligt med artikel 49 EG kan en aktörs överträdelse av systemet inte bli föremål för en straffrättslig påföljd (dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 samt C-360/04, Placanica m.fl., REG 2007, s. I-1891, punkterna 63 och 69).

Villkor för inrättande av monopol på hasardspel

44 Vad beträffar de skäl som kan godtas har domstolen fastställt att de mål som eftersträvas med nationell lagstiftning som antagits för hasardspelsverksamhet och vadhållning, sammantaget beaktade, oftast är knutna till skyddet för mottagarna av tjänsterna, konsumentskydd i allmänhet samt till skyddet för ordningen i samhället. Domstolen har även understrukit att sådana mål ingår bland de tvingande skäl av allmänintresse som kan rättfärdiga inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster (domen i det ovannämnda målet Stoß m.fl., punkt 74 och där angiven rättspraxis).

45 Domstolen har även upprepade gånger slagit fast att de moraliska, religiösa eller kulturella särdrag samt de moraliskt och ekonomiskt skadliga följder för den enskilde och samhället som omgärdar spel och vadhållning kan vara omständigheter som motiverar att de nationella myndigheterna ges ett tillräckligt utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att fastställa vad som krävs för att skydda konsumenterna och ordningen i samhället (domen i det ovannämnda målet Stoß m.fl., punkt 76 och där angiven rättspraxis).

46 Den omständigheten att en medlemsstat har valt ett annorlunda skyddssystem än det som har antagits i en annan medlemsstat påverkar inte i sig bedömningen av huruvida bestämmelserna på området är nödvändiga och proportionerliga. Bestämmelserna ska endast bedömas med hänsyn till de ändamål som de behöriga myndigheterna i den berörda medlemsstaten eftersträvar och den skyddsnivå som de avser att säkerställa (domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkt 58).

47 Medlemsstaterna är således i princip fria att fastställa målsättningarna för sin politik i fråga om hasardspel och, vid behov, exakt fastställa den eftersträvade skyddsnivån (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkt 59).

48 En medlemsstat som strävar efter att säkerställa en särskilt hög skyddsnivå kan följaktligen, såsom domstolen i sin praxis har slagit fast, ha fog för bedömningen att det bara är genom att ensamrättigheter ges till ett enda organ, vilket är föremål för sträng kontroll av myndigheterna, som myndigheterna kan kontrollera de risker som är förenade med hasardspelssektorn och fullfölja målet att motverka att allmänheten lockas till överdrivna spelutgifter och bekämpa spelberoende på ett tillräckligt effektivt sätt (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Stoß m.fl., punkterna 81 och 83, samt Zeturf, punkt 41).

49 Myndigheterna i en medlemsstat kan nämligen göra bedömningen att den omständigheten att de i egenskap av kontrollinstans för det organ som har tilldelats ett monopol har ytterligare möjligheter att påverka detta organs beteende och att detta inflytande går utöver lagens mekanismer för reglering och övervakning, vilket gör att de har en större kontroll över utbudet av hasardspel och större möjlighet att på ett effektivt sätt genomföra sin politik än när privata aktörer bedriver verksamheten i konkurrens, även om dessa aktörer måste ha tillstånd och är underkastade ett system med kontroller och sanktioner (domen i det ovannämnda målet Stoß m.fl., punkt 82).

50 De inskränkningar som medlemsstaterna föreskriver ska inte desto mindre uppfylla de villkor som framgår av domstolens praxis vad avser deras proportionalitet, och det ankommer på de nationella domstolarna att pröva huruvida så är fallet (domarna i de ovannämnda målen Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkterna 59 och 60, samt Stoß m.fl., punkterna 77 och 78).

51 Det ska vidare erinras om att det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra frågan avseende vilka mål som eftersträvas av den nationella lagstiftningen inom ramen för ett förfarande som har anhängiggjorts vid domstolen enligt artikel 267 FEUF.

52 Enligt den österrikiska regeringen är målet med den ifrågavarande nationella lagstiftningen dels brottsbekämpande, särskilt genom att skydda deltagarna i hasardspel mot bedrägerier och andra förseelser, dels att motverka att allmänheten lockas till överdrivna spelutgifter genom att vidta lämpliga åtgärder för att skydda speldeltagarna, såsom bland annat fastställda gränser för individuella insatser. Lagstiftningen bidrar således till skyddet för den allmänna ordningen.

53 Jochen Dickinger och Franz Ömer samt Maltas regering har däremot gjort gällande att det framgår av den uttryckliga ordalydelsen av GSpG att dess huvudsakliga syfte är att höja de skatteintäkter som hasardspelsverksamheten genererar. De har särskilt framhållit att tillstånd enligt 14 § 5 GSpG systematiskt beviljas den aktör som kan förväntas inbringa de största intäkterna för den federala regeringen. En territoriell och materiell utökning av tillståndshavarens näringsverksamhet förutsätter dessutom tillstånd från den federala finansministern, vilket endast kan beviljas om det inte riskerar att medföra sänkta intäkter för den federala regeringen.

54 Det ankommer följaktligen på den nationella domstolen att kontrollera att de nationella myndigheterna, vid tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, verkligen avsåg att säkerställa en särskilt hög skyddsnivå och att det, med hänsyn till den eftersträvade skyddsnivån, faktiskt kunde anses att det var nödvändigt att införa en ensamrätt (domen i det ovannämnda målet Zeturf, punkt 47). Det ankommer i detta sammanhang på den medlemsstat som vill åberopa ett mål som motiverar en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster att förse den domstol som har att avgöra målet med alla uppgifter som kan göra det möjligt för denna domstol att kontrollera att nämnda åtgärd verkligen uppfyller de krav som följer av proportionalitetsprincipen (domen i det ovannämnda målet Stoß m.fl., punkt 71).

55 Enbart målet att öka intäkterna till statskassan kan härvid inte motivera en sådan inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster.

56 Det ska i detta avseende erinras om att en nationell lagstiftning endast är ägnad att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet om den verkligen på ett sammanhängande och systematiskt sätt tjänar detta syfte. Det åligger således den hänskjutande domstolen att försäkra sig om att, bland annat med hänsyn till hur det aktuella inskränkande regelverket konkret tillämpas, regelverket verkligen är ägnat att minska möjligheterna till spel och att begränsa verksamheten på detta område på ett sammanhängande och systematiskt sätt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Stoß m.fl., punkterna 88, 97 och 98).

57 Det ankommer följaktligen på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida utvecklingen på hasardspelsmarknaden i Österrike medger slutsatsen att de statliga kontrollerna av monopolinnehavarens verksamhet är ägnade att säkerställa att denne faktiskt är i stånd att, på ett sammanhängande och systematiskt sätt, säkerställa de åberopade målen genom ett utbud som såväl kvantitativt som kvalitativt är väl avvägt

i förhållande till dessa mål (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 juni 2010 i mål C-258/08, Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International, REU 2010, s. I-4757, punkt 37, samt domen i det ovannämnda målet Stoß m.fl., punkt 83).

58 Den marknadsföringspolitik som monopolinnehavaren bedriver har vidare klar relevans vid bedömningen av hur dessa mål eftersträvas.

Omständigheten att innehavaren av en monopolställning för hasardspelsverksamhet bedriver en expansionistisk marknadsföringspolitik

59 Den hänskjutande domstolen har ifrågasatt huruvida inrättandet av en monopolställning genom den ifrågavarande nationella lagstiftningen kan anses vara ägnat att säkerställa målen att motverka incitament till överdrivna spelutgifter och att förebygga spelberoende på grund av den expansionistiska marknadsföringspolitik som bedrivs av monopolinnehavaren genom intensiv reklamverksamhet.

60 Jochen Dickinger och Franz Ömer samt Maltas regering har i detta avseende anfört att det österrikiska systemet tillåter en ständig tillväxt av hasardspelsutbudet samt en fortgående ökning av reklamutgifter för ständigt nya marknadsföringsmål, framför allt ungdomar, särskilt vad avser spelplattformen på Internet www.win2day.at som lanserades av Österreichische Lotterien, vars intäkter med stor marginal har överstigit de traditionella kasinonas sammantagna intäkter.

61 Det ska i detta avseende påpekas att den omständigheten att en aktör som har tillerkänts ensamrätt att tillhandahålla hasardspel utökar sin näringsverksamhet samt att dennes intäkter från denna verksamhet ökar i betydande omfattning påkallar en särskild uppmärksamhet vid prövningen av huruvida den ifrågavarande lagstiftningen är sammanhängande och systematisk och därmed lämplig vid eftersträvandet av de mål som har erkänts genom domstolens praxis. Av denna rättspraxis framgår nämligen att finansieringen av allmännyttiga verksamheter genom intäkter från hasardspelsverksamhet inte får utgöra det verkliga syftet med en restriktiv politik inom denna sektor utan endast kan anses utgöra en accessorisk positiv konsekvens (se, bland annat, dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039, punkterna 57 och 60, svensk specialutgåva, s. 119, av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läärä m.fl., REG 1999, s. I-6067, punkterna 32 och 37, av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti, REG 1999, s. I-7289, punkterna 35 och 36, samt domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., punkterna 61 och 62).

62 En medlemsstat kan följaktligen inte åberopa att hänsyn till den allmänna ordningen gör det nödvändigt att begränsa spelmöjligheterna i den mån myndigheterna i denna medlemsstat lockar och uppmuntrar konsumenter att delta i hasardspel i syfte att stärka statskassan (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., punkt 69).

63 Domstolen har emellertid även fastställt att en genomtänkt expansionspolitik på området för hasardspelsverksamhet kan vara förenlig med målet att styra in denna verksamhet i banor som är möjliga att kontrollera, genom att spelare som ägnar sig åt förbjuden och dold spel- och vadhållningsverksamhet lockas över till tillåten och reglerad verksamhet. En sådan politik kan nämligen vara förenlig både med målet att förhindra att hasardspelsverksamhet används i bedrägliga eller brottsliga syften samt målet att motverka incitament till överdrivna spelutgifter och att förebygga spelberoende, genom att konsumenterna lockas över till den offentliga monopolinnehavarens utbud, vilket anses vara fritt från kriminella inslag samt utformat för att bättre skydda dem mot överdrivna spelutgifter och spelberoende (domen i det ovannämnda målet Stoß m.fl., punkterna 101 och 102).

64 För att uppnå målet att styra in denna verksamhet i kontrollerade banor bör de lagliga aktörerna utgöra ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet, vilket i sig kan förutsätta att de tillhandahåller ett omfattande spelsortiment, att de gör reklam i viss omfattning och att de använder ny distributionsteknik (se domarna i de ovannämnda målen Placanica m.fl., punkt 55, och Stoß m.fl., punkt 101).

65 Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att, mot bakgrund av omständigheterna i målet då det anhängiggjordes vid den nationella domstolen, bedöma om monopolinnehavarens marknadsföringspolitik, med avseende på såväl omfattningen av den reklam som görs som de nya spel som införs, kan anses ingå i en sådan genomtänkt expansionspolitik inom hasardspelssektorn som verkligen är ägnad att locka över konsumenterna till kontrollerade spelformer (se domarna i de ovannämnda målen Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International, punkt 37, samt Zeturf, punkt 69).

66 Vid denna bedömning ankommer det på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida brottslig och bedräglig aktivitet inom spelsektorn samt spelberoende, vid den tidpunkt som är relevant i det nationella målet, kunde utgöra ett problem i Österrike och om problemet kunde avhjälpas genom att utöka antalet godkända och reglerade verksamheter (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International, punkt 29).

67 Eftersom syftet att skydda konsumenterna mot spelberoende i princip är svårförenligt med en expansiv politik på hasardspelsområdet, som bland annat kännetecknas av att nya spel införs och att det görs reklam för dem, kan en sådan politik endast anses vara sammanhängande om de olagliga verksamheterna har en avsevärd omfattning och de åtgärder som vidtas syftar till att kanalisera konsumenternas spellust till lagliga former (domen i det ovannämnda målet Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International, punkt 30).

68 Den marknadsföring som innehavaren av en offentlig monopolställning eventuellt genomför måste under alla förhållanden förbli väl avvägd och strikt begränsad till det som är nödvändigt för att styra konsumenterna mot kontrollerad spelverksamhet. Reklamen får däremot i synnerhet inte uppmuntra konsumenternas naturliga spelbenägenhet genom att locka dem till aktivt deltagande, såsom genom att banalisera spelandet eller ge det en positiv image genom att hänvisa till att spelintäkterna går till verksamhet av allmänintresse eller genom att förstärka spelens dragningskraft med anslående reklambudskap där stora spelvinster förespeglas (domen i det ovannämnda målet Stoß m.fl., punkt 103).

69 Det ska i synnerhet göras åtskillnad på strategier från monopolinnehavaren vars enda syfte är att informera potentiella kunder om produktens existens samt att säkerställa en regelbunden tillgång till hasardspel, genom att styra spelarna mot kontrollerade spelformer och sådana strategier som lockar till ett aktivt deltagande i sådana spel samt främjar detta deltagande. Skillnad ska således göras på en restriktiv marknadsföringspolitik vars enda syfte är att vinna eller befästa en befintlig marknads lojalitet till förmån för det organ som tillerkänts monopolställning och en expansionistisk marknadsföringspolitik vars syfte är att skapa en tillväxt av den globala spelmarknaden.

Huruvida de särskilda begränsningar som ålagts monopolinnehavaren är förenliga med artikel 49 EG

70 Den hänskjutande domstolen önskar genom sina tolkningsfrågor få klarhet i huruvida ett antal begränsningar som åläggs monopolinnehavaren genom den ifrågavarande nationella lagstiftningen är förenliga med artikel 49 EG. Dessa begränsningar avser monopolinnehavarens rättsliga form, storleken på dess aktiekapital, var dess säte är beläget och möjligheten att bilda dotterbolag i andra medlemsstater än den där innehavaren har hemvist.

71 Såsom generaladvokaten har framhållit i punkt 97 i sitt förslag till avgörande måste syftet med monopolet emellertid, i den mån det utgör en särdeles ingripande åtgärd, avse att säkerställa ett särskilt starkt konsumentskydd. Monopolet måste således åtföljas av ett regelverk som garanterar att monopolinnehavaren verkligen på ett konsekvent och systematiskt sätt kan sträva mot det sålunda fastställda målet genom ett utbud som är kvantitativt begränsat och kvalitativt utformat i förhållande till de eftersträvade målen, och som garanterar strikta kontroller genom de behöriga myndigheternas försorg (domarna i de ovannämnda målen Stoß m.fl., punkt 83, och Zeturf, punkt 58).

72 Att monopolinnehavaren åläggs vissa begränsningar vad avser hasardspelsverksamhet är följaktligen inte blott förenligt med unionsrätten utan är i princip ett krav enligt denna. Dessa begränsningar måste vidare uppfylla de villkor som följer enligt unionsrätten vad beträffar proportionalitet, i synnerhet villkoret att de måste vara ägnade att säkerställa att de mål som eftersträvas av myndigheterna genom inrättandet av monopolsystemet uppnås och att de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål. Även om denna bedömning i princip ankommer på den hänskjutande domstolen kan de nedan lämnade anvisningarna i detta avseende vara till nytta för densamma.

— Monopolinnehavarens rättsliga form och aktiekapital

73 Enligt 14 § 2, punkterna 1 och 3, GSpG måste innehavaren av en monopolställning för att anordna lotterier via internet dels vara ett kapitalbolag, dels ha ett aktiekapital på minst 109 000 000 euro.

74 Den österrikiska regeringen har i detta avseende framhållit att villkoret avseende den rättsliga formen motsvarar viljan att ålägga monopolinnehavaren att ha en öppen företagsstruktur för att kunna förebygga penningtvätt och bedrägerier. Den påpekar att samma krav avseende rättslig form, enligt unionsrätten, föreskrivs inom försäkringssektorn. Vad avser storleken på bolagskapitalet har den österrikiska regeringen gjort gällande att detta kapital är proportionerligt i förhållande till de vinster som monopolinnehavaren kan bli skyldig att betala ut inom de olika spel som denna har tillstånd att tillhandahålla via internet, vilka kan innefatta en jackpot på flera miljoner euro.

75 Jochen Dickinger och Franz Ömer har däremot gjort gällande att det erfordrade aktiekapitalet på 109 000 000 euro är oproportionerligt, med hänsyn till att det bolagskapital som krävs för ett kreditinstitut i Österrike endast är 5 000 000 euro.

76 Såsom domstolen har fastställt i punkt 30 i det ovannämnda målet Engelmann, kan kravet på att aktörer som bedriver hasardspelsverksamhet ska ha en viss rättslig form i vissa fall vara motiverat med beaktande av de skyldigheter som vissa associationsformer är underkastade, bland annat i fråga om deras interna organisation, bokföring, de kontroller som de kan bli föremål för och relationer med tredje man, för att motverka penningtvätt och bedrägerier, vilket i förevarande fall har åberopats av den österrikiska regeringen.

77 Kravet på ett aktiekapital av en viss storlek kan likaledes visa sig användbart för att säkerställa att aktören besitter en viss finansiell kapacitet och har förmåga att bemöta de anspråk som kan riktas mot honom från de vinnande speldeltagarna. Det ska här även erinras om att proportionalitetsprincipen innebär att den ålagda begränsningen inte får gå utöver vad som krävs för att uppnå det eftersträvade målet. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att, med beaktande av andra alternativ för att säkerställa att aktören uppfyller de vinnande speldeltagarnas anspråk, bedöma huruvida det ifrågavarande kravet är proportionerligt.

— Platsen för monopolinnehavarens säte

78 Enligt 14 § 2, punkt 1, GSpG måste innehavaren av monopolställning för att anordna lotterier ha sitt huvudkontor inom landets gränser.

79 Såsom generaladvokaten har framhållit i punkt 120 i sitt förslag till avgörande utgör detta villkor en diskriminerande inskränkning som endast kan anses berättigat på grund av de skäl som anges i artikel 46 EG, nämligen med hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa.

80 Den österrikiska regeringen har anfört att det är nödvändigt att huvudkontoret är beläget inom landets gränser för att möjliggöra en effektiv kontroll av online-spel. De österrikiska myndigheterna har nämligen inte samma möjligheter att kontrollera ekonomiska aktörer som är verksamma i andra medlemsstater. Den österrikiska regeringen har även gjort gällande att statskommissariens närvaro i monopolinnehavarens styrelse enligt 19 § 2 GSpG gör att de behöriga nationella myndigheterna effektivt kan granska monopolinnehavarens beslut och förvaltning. Dessa myndigheter kan därigenom få kännedom om innehavarens beslut innan de verkställs och kan således motsätta sig dem om de strider mot den nationella spelpolitiken. De österrikiska myndigheterna har inte samma möjligheter vad gäller aktörer som är etablerade i andra medlemsstater.

81 Såsom har angetts i punkt 53 i denna dom har Jochen Dickinger och Franz Ömer samt Maltas regering däremot, med hänvisning till 14 § 5 GSpG, gjort gällande att det huvudsakliga syftet med den ifrågavarande nationella lagstiftningen är att höja de skatteintäkter som hasardspelsverksamheten genererar. Även om det ankommer på den hänskjutande domstolen att tolka denna nationella bestämmelse kan det under alla förhållanden konstateras att ett system där tillstånd beviljas på grundval av vilken aktör som kan förväntas inbringa de största intäkterna till statskassan, vilket systematiskt missgynnar aktörer som är etablerade i andra medlemsstater än Österrike

enbart av den anledningen att en aktör med säte i Österrike kan förväntas betala mer skatt i Österrike än en aktör med säte i en annan medlemsstat, inte kan anses förenligt med unionsrätten.

82 Vad i synnerhet beträffar syftet att kontrollera och övervaka monopolinnehavaren samt argumentet att det är nödvändigt att säkerställa en effektiv kontroll av de ekonomiska aktörerna, bland annat genom den närvaro av en statskommissarie som åberopats av den österrikiska regeringen, ska det erinras om att det framgår av fast rättspraxis dels att en hänvisning till begreppet allmän ordning förutsätter att det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen, dels att detta begrepp ska tolkas restriktivt när det åberopas till stöd för en avvikelse från en grundläggande princip i fördraget (se dom av den 18 maj 1982 i de förenade målen 115/81 och 116/81, Adoui och Cornuaille, REG 1982, s. 1665, punkt 8, svensk specialutgåva, volym 6, s. 421, domen i det ovannämnda målet Calfa, punkterna 21 och 23, dom av den 20 november 2001 i mål C-268/99, Jany m.fl., REG 2001, s. I-8615, punkt 59, samt av den 22 december 2008 i mål C-161/07, kommissionen mot Österrike, REG 2008, s. I-10671, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

83 Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att avgöra dels huruvida de mål som åberopas av den österrikiska regeringen kan omfattas av detta begrepp, dels, i förekommande fall, huruvida det ifrågavarande villkoret avseende huvudkontor inom landet är förenligt med de krav på nödvändighet och proportionalitet som har slagits fast i domstolens praxis.

84 Den hänskjutande domstolen ska särskilt bedöma huruvida det föreligger andra mindre ingripande sätt att säkerställa en kontrollnivå vad gäller ekonomiska aktörer med säte i andra medlemsstater än Republiken Österrike som motsvarar den nivå som kan uppnås vad avser aktörer som är etablerade inom detta land.

— Förbudet att öppna filialer i andra medlemsstater

85 Enligt 15 § 1 GSpG har tillståndshavaren inte rätt att bilda filialer utanför Österrike.

86 Enligt den österrikiska regeringen innebär detta förbud endast en konkretisering av principen att det ankommer på varje medlemsstat att inom sina gränser själv reglera hasardspelsverksamheten.

87 Varje medlemsstats frihet att själv reglera hasardspelsverksamheten inom sina gränser utgör emellertid inte i sig ett berättigat skäl av allmänintresse som kan motivera avvikelser från de grundläggande friheter som tillförsäkras genom fördraget.

88 Det ska följaktligen konstateras att något giltigt skäl att förbjuda den ifrågavarande monopolinnehavaren i det nationella målet från att bilda filialer utanför Österrike inte har åberopats vid domstolen.

Beaktande av den kontroll som aktörer som bedriver hasardspelsverksamhet kan bli föremål för i andra medlemsstater

89 Den hänskjutande domstolen har, vad beträffar omständigheterna i det nationella målet, frågat sig huruvida den kontroll av aktörer med hasardspelsverksamhet som utförs i andra medlemsstater är relevant för proportionalitetsprövningen av lagstiftarens val att inrätta ett monopolsystem för kasinospel på internet.

90 Det framgår av den tredje frågans ordalydelse att den hänskjutande domstolen verkar utgå ifrån antagandet att de lagstiftningsskäl som har åberopats av värdmedlemsstaten, det vill säga Republiken Österrike, för att motivera den ifrågavarande inskränkningen av friheten att tillhandahålla tjänster redan i tillräcklig utsträckning har tagits i beaktande av hemviststaten, i förevarande fall Republiken Malta, dels att de gällande bestämmelserna i denna stat till och med är strängare än de som gäller i värdmedlemsstaten.

91 Den maltesiska regeringen har i detta sammanhang bekräftat att Malta var den första medlemsstaten som utvecklade ett system vars enda syfte var att reglera kontrollen och övervakningen av hasardspelsverksamheten på internet. Även om grunden för detta system var samma principer och mål som karakteriserar lagstiftningen avseende traditionella kanaler för saluföring av dessa tjänster, utformades det med målet att svara mot de risker som moderna system för tillhandahållande av dessa spel innefattar. Den kontroll som utövades på Malta var till exempel mer omfattande än den ytliga granskning som skedde i Gibraltar i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International.

92 Jochen Dickinger och Franz Ömer samt den maltesiska regeringen har gjort gällande att hasardspel som tillhandahålls via internet kan kontrolleras på ett mer effektivt sätt än de spel som saluförs genom traditionella kanaler, på grund av att samtliga transaktioner som har genomförts genom en dator kan spåras. Problematiska eller suspekta transaktioner kan således lätt avslöjas. Eftersom konsumenterna måste ha ett bankkonto för att kunna betala insatserna är det dessutom möjligt att säkerställa en ökad öppenhet i förhållande till traditionella spelkanaler.

93 De maltesiska aktörerna tillhörande koncernen bet-at-home.com är föremål för en strikt kontroll vilken innefattar en bedömning av deras integritet och yrkesmässiga förtjänster. Dessa aktörer förblir underkastade en kontinuerlig kontroll från de maltesiska myndigheternas sida, vilka är behöriga att reglera denna sektor, bland annat Lotteries and Gaming Authority. Denna sistnämnda myndighet har alltid inrättat

robusta och avancerade regleringssystem, vilka innefattar en kontroll av de involverade personerna samt av de system och processer som aktören använder.

94 Jochen Dickinger och Franz Ömer samt den maltesiska regeringen har åberopat domstolens fasta rättspraxis enligt vilken det inte är förenligt med friheten att tillhandahålla tjänster att underkasta en person som tillhandahåller tjänster inskränkningar för att skydda ett allmänintresse i den mån detta intresse redan skyddas genom de regler vilka den person som tillhandahåller tjänster är underkastad i den medlemsstat där han är etablerad (se, bland annat, dom av den 17 december 1981 i mål 279/80, Webb, REG 1981, s. 3305, punkt 17, av den 23 november 1999 i de förenade målen C-369/96 och C-376/96, Arblade m.fl., REG 1999, s. I-8453, punkterna 34 och 35, samt av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital, REG 2002, s. I-607, punkt 38).

95 De har följaktligen gjort gällande att det, mot bakgrund av att de maltesiska dotterbolagens yrkesmässiga förtjänster och redbarhet redan säkerställs genom de kontroller de underställs på Malta, strider mot artikel 49 EG att de österrikiska myndigheterna utesluter dem från den österrikiska marknaden med hänvisning till målet att skydda speldeltagarna från bedrägerier av aktörer som bedriver hasardspelsverksamhet.

96 Det ska inledningsvis erinras om att det inte kan föreligga någon ömsesidig skyldighet att erkänna tillstånd som har meddelats i andra medlemsstater, såsom unionsrätten ser ut för närvarande (domen i det ovannämnda målet Stoß m.fl., punkt 112). Området för hasardspel som tillhandahålls via internet har nämligen inte blivit föremål för någon harmonisering på unionsnivå och det föreligger väsentliga skillnader vad avser de mål samt den skyddsnivå som eftersträvas genom lagstiftningen i de olika medlemsstaterna. Endast den omständigheten att en aktör lagligen erbjuder tjänster på detta område i en annan medlemsstat, där denne är etablerad och i princip redan är föremål för i lag föreskrivna krav och kontroller utförda av de behöriga myndigheterna i den sistnämnda medlemsstaten, kan av denna anledning inte utgöra en tillräcklig garanti för att de inhemska konsumenterna skyddas mot riskerna för bedrägeri och brottslighet, med hänsyn till de svårigheter som myndigheterna i

etableringsmedlemsstaten i ett sådant sammanhang kan ha att bedöma aktörernas yrkesmässiga förtjänster och redbarhet (domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkt 69).

97 Såsom har påpekats i punkt 46 i denna dom kan den omständigheten att en medlemsstat har valt ett annat skyddssystem än en annan medlemsstat för övrigt inte påverka bedömningen av om de bestämmelser som har antagits på området är nödvändiga och proportionerliga, utan bestämmelserna ska endast bedömas med hänsyn till de mål som eftersträvas av de behöriga myndigheterna i den berörda medlemsstaten samt den skyddsnivå som de avser att säkerställa.

98 De olika medlemsstaterna har nämligen inte nödvändigtvis tillgång till samma tekniska medel för att kontrollera tillhandahållandet av hasardspel on line. Det är inte heller säkert att de gör samma prioriteringar inom detta område. Även om den maltesiska regeringen har bekräftat att Malta var den första medlemsstaten som utvecklade ett system vars enda syfte var att reglera kontrollen och övervakningen av hasardspelsverksamheten på internet, kan den omständigheten att en särskild skyddsnivå för konsumenter, mot bedrägerier från aktören, kan uppnås i en viss medlemsstat genom tillämpning av sofistikerad kontroll- och övervakningsteknik inte leda till slutsatsen att samma skyddsnivå kan uppnås i andra medlemsstater som inte har tillgång till denna teknik och som inte har gjort samma prioritering. En medlemsstat kan för övrigt ha giltiga skäl att vilja övervaka en ekonomisk verksamhet som bedrivs inom dess gränser, vilket skulle vara omöjligt om denna medlemsstat måste hysa tilltro till kontroller som utförts av myndigheterna i en annan medlemsstat genom tekniska system som den ifrågavarande medlemsstaten själv inte behärskar.

99 Den rättspraxis som har åberopats av Jochen Dickinger och Franz Ömer samt den maltesiska regeringen, enligt vilken det strider mot artikel 49 EG att ålägga en aktör vissa inskränkningar för att säkerställa ett allmänintresse i den mån detta intresse redan skyddas i hemviststaten, är på unionsrättens nuvarande utvecklingsstadium inte tillämplig vad avser hasardspelsverksamhet, vilket är ett område som inte har harmoniserats på unionsnivå och där medlemsstaterna således har ett stort utrymme för

skönsmässig bedömning vad beträffar de mål de vill eftersträva och vilken skyddsnivå de vill uppnå.

100 Den första och den tredje frågan ska således besvaras enligt följande: Artikel 49 FEUF ska tolkas på följande sätt:

a) En medlemsstat som strävar efter att säkerställa en särskilt hög skyddsnivå kan ha fog för bedömningen att det bara är genom att ensamrättigheter ges till ett enda organ, vilket är föremål för sträng kontroll av myndigheterna, som myndigheterna kan bekämpa den kriminalitet som riktar sig mot hasardspelssektorn och fullfölja målet att motverka att allmänheten lockas till överdrivna spelutgifter och att bekämpa spelberoende på ett tillräckligt effektivt sätt.

b) För att nationell lagstiftning, varigenom ett monopol på hasardspelsverksamhet inrättas och monopolinnehavaren tillåts bedriva en expansionistisk marknadsföringspolitik, ska anses vara förenlig med syftet att bekämpa brottslighet samt begränsa spelmöjligheterna

— måste utgångspunkten för denna lagstiftning vara att brottslig och bedräglig aktivitet inom spelsektorn samt spelberoende utgör ett problem i den berörda medlemsstaten och att detta problem skulle kunna avhjälpas genom att antalet godkända och reglerade verksamheter utökas, samt

— får endast sådan marknadsföring som är väl avvägd och strikt begränsad till det som är nödvändigt för att styra konsumenterna mot kontrollerad spelverksamhet vara tillåten enligt denna lagstiftning.

c) Den omständigheten att en medlemsstat har valt ett annat skyddssystem än en annan medlemsstat kan inte påverka bedömningen av om de bestämmelser som har antagits på området är nödvändiga och proportionerliga, utan bestämmelserna

ska endast bedömas med hänsyn till de eftersträvade ändamålen och den skyddsnivå som de avser att säkerställa.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) Unionsrätten, i synnerhet artikel 49 EG, utgör hinder för att det i nationell lagstiftning föreskrivs straffansvar för överträdelser av monopol på hasardspelsverksamhet, såsom det ifrågavarande monopolet för kasinospel som tillhandahålls via internet i målet vid den nationella domstolen, om sådan lagstiftning inte är förenlig med unionsrättsliga bestämmelser.

2) Artikel 49 EG ska tolkas så, att den är tillämplig på hasardspelstjänster som tillhandahålls via internet i en värdmedlemsstat av en aktör med säte i en annan medlemsstat, trots att denna aktör

— har upprättat en viss infrastruktur i värdmedlemsstaten för datasupport, såsom en server, och

— **utnyttjar datasupporttjänster som tillhandahålls av en aktör med säte i värdmedlemsstaten för att kunna tillhandahålla sina tjänster till kunder som även de har hemvist i denna medlemsstat.**

3) Artikel 49 FEUF ska tolkas på följande sätt:

a) En medlemsstat som strävar efter att säkerställa en särskilt hög skyddsnivå kan ha fog för bedömningen att det bara är genom att ensamrättigheter ges till ett enda organ, vilket är föremål för sträng kontroll av myndigheterna, som myndigheterna kan bekämpa den kriminalitet som riktar sig mot hasardspelssektorn och fullfölja målet att motverka att allmänheten lockas till överdrivna spelutgifter och att bekämpa spelberoende på ett tillräckligt effektivt sätt.

b) För att nationell lagstiftning, varigenom ett monopol på hasardspelsverksamhet inrättas och monopolinnehavaren tillåts bedriva en expansionistisk marknadsföringspolitik, ska anses vara förenlig med syftet att bekämpa brottslighet samt begränsa spelmöjligheterna

— **måste utgångspunkten för denna lagstiftning vara att brottslig och bedräglig aktivitet inom spelsektorn samt spelberoende utgör ett problem i den berörda medlemsstaten och att detta problem skulle kunna avhjälpas genom att antalet godkända och reglerade verksamheter utökas, samt**

— **får endast sådan marknadsföring som är väl avvägd och strikt begränsad till det som är nödvändigt för att styra konsumenterna mot kontrollerad spelverksamhet vara tillåten enligt denna lagstiftning.**

c) Den omständigheten att en medlemsstat har valt ett annat skyddssystem än en annan medlemsstat kan inte påverka bedömningen av om de bestämmelser som har antagits på området är nödvändiga och proportionerliga, utan bestämmelserna ska endast bedömas med hänsyn till de eftersträvade ändamålen och den skyddsnivå som de avser att säkerställa.

Underskrifter