DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

9. september 2010 *

I sag C-64/08,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Landesgericht Linz (Østrig) ved afgørelse af 23. januar 2008, indgået til Domstolen den 19. februar 2008, i straffesagen mod

Ernst Engelmann,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-C. Bonichot, og dommerne C. Toader, K. Schiemann (refererende dommer), P. Kūris og L. Bay Larsen,

generaladvokat: J. Mazák
justitssekretær: fuldmægtig K. Malacek,

* Processprog: tysk.

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 14. januar 2010,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Ernst Engelmann ved Rechtsanwälte P. Ruth og T. Talos samt ved A. Stadler

— den østrigske regering ved C. Pesendorfer, som befuldmægtiget

— den belgiske regering ved L. Van den Broeck, som befuldmægtiget, bistået af advocaten P. Vlaemminck og A. Hubert

— den græske regering ved A. Samoni-Rantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou og E.-M. Mamouna, som befuldmægtigede

— den spanske regering ved F. Díez Moreno, som befuldmægtiget

— den portugisiske regering ved L. Inez Fernandes, P. Mateus Calado og A. Barros, som befuldmægtigede

— Europa-Kommissionen først ved P. Dejmek, derefter ved E. Traversa og H. Krämer, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 23. februar 2010,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 43 EF og 49 EF.

2 Denne anmodning er indgivet i forbindelse med en straffesag mod Ernst Engelmann, som er tiltalt for overtrædelse af den østrigske lovgivning om drift af spillekasinoer.

Retsforskrifter

3 I Østrig er hasardspil reguleret ved Glücksspielgesetz (forbundslov om hasardspil) som bekendtgjort i Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 1989, s. 620 (herefter »GSpG«).

4 Ifølge forarbejderne til GSpG har denne lov dels til formål at regulere hasardspil, dels forfølger den et formål af fiskal karakter.

5 Vedrørende formålet om regulering af hasardspil fremgår det af den almindelige del af bemærkningerne til GSpG, at et fuldstændigt forbud mod hasardspil ideelt betragtet ville være den mest hensigtsmæssige form for regulering, men at det, henset til det velkendte forhold, at spilletrangen lader til at være mennesket iboende, ikke desto mindre er langt mere hensigtsmæssigt i den enkeltes og samfundets interesse at lede spilletrangen ind i kontrollerede baner. Derved opnås ifølge bemærkningerne to formål, nemlig forebyggelse af, at hasardspil i stedet drives ulovligt, således som det kan iagttages i stater med et fuldstændigt forbud mod hasardspil, samtidig med at staten bevarer muligheden for at føre tilsyn med hasardspil, der drives på lovligt grundlag, og derved have beskyttelsen af den enkelte spiller for øje som det primære formål med dette tilsyn.

6 I fiskal henseende er det i lovbemærkningerne anført, at forbundsstaten har en interesse i på grundlag af spilmonopolet på hasardspil at kunne opnå så stort et afgiftsprovenu som muligt, hvorfor forbundsregeringen i forbindelse med vedtagelsen af lovgivning på området for hasardspil – under iagttagelse og varetagelse af formålet om at regulere hasardspil – skal tilstræbe, at sådanne spil gennemføres på en sådan måde, at monopolet sikrer den så store indtægter som muligt.

7 I GSpG's § 3 fastsættes et »statsmonopol« på området for hasardspil, idet det foreskrives, at retten til at arrangere og drive hasardspil principielt er forbeholdt staten, medmindre andet er fastsat i denne lov.

8 I medfør af GSpG's § 21, stk. 1, kan Bundesminister der Finanzen (forbundsfinansministeren) overdrage retten til at arrangere og drive hasardspil ved udstedelse af koncessioner til at drive spillekasinoer. Der kan udstedes i alt højst 12 koncessioner, og der kan kun udstedes én koncession inden for hver kommune (Gemeinde).

9 Betingelserne for at få tildelt en koncession til at drive et kasino er fastsat i GSpG's § 21, stk. 2. Af denne bestemmelse fremgår bl.a., at koncessionshaver skal være et aktieselskab med hjemsted i Østrig og med en aktiekapital på mindst 22 mio. EUR, og at koncessionshaver efter omstændighederne skal kunne forventes under iagttagelse af GSpG's bestemmelser om beskyttelse af spillerne at kunne opnå optimale indtægter i form af afgifter til de stedlige myndigheder.

10 I medfør af GSpG's § 22 meddeles der koncession for en periode på indtil 15 år.

11 I henhold til GSpG's § 31, stk. 1, har Bundesminister der Finanzen en almindelig tilsynsbeføjelse over for koncessionshaveren. I denne henseende kan ministeren gøre sig bekendt med koncessionshaverens regnskaber, og hans medarbejdere kan også få adgang til koncessionshaverens forretningslokaler med henblik på udøvelsen af tilsynsbeføjelsen. Desuden udpeger ministeren i henhold til GSpG's § 31, stk. 2, en statskommissær (Staatskommissär), som repræsenterer staten i det koncessionshavende selskab. Desuden skal det reviderede årsregnskab i henhold til nævnte § 31, stk. 3, forelægges ministeren senest seks måneder efter regnskabsårets afslutning.

12 Afholdelse af hasardspil ved en person, der ikke er koncessionshaver, og erhvervsmæssig deltagelse i spil, der afholdes under sådanne betingelser, bliver strafferetligt forfulgt. I henhold til § 168 i Strafgesetzbuch (den østrigske straffelov, herefter

»StGB«) straffes »den, der foranstalter et spil, hvorved gevinst og tab udelukkende eller overvejende beror på tilfældet, eller som udtrykkeligt er forbudt, eller fremmer et arrangement, der er foranstaltet med henblik på afholdelse af et sådant spil, med henblik på derigennem at skaffe sig selv eller tredjemand en formuefordel«.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

13 De i GSpG's § 21 omhandlede tolv spillekasinokoncessioner indehaves for tiden af Casinos Austria AG.

14 Koncessionerne blev oprindeligt ved en administrativ afgørelse af 18. december 1991 tildelt dette selskab for den maksimale periode på 15 år.

15 Koncessionerne til at drive de seks spillekasinoer i Bregenz, Graz, Innsbruck, Linz, Salzburg og Wien blev herefter fornyet før tiden for en periode på 15 år med virkning fra den 1. januar 1998, således at de udløber den 31. december 2012. Tilsvarende blev koncessionerne vedrørende de seks kasinoer i Baden, Bad Gastein, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Seefeld og Velden fornyet for en periode på 15 år med virkning fra den 1. januar 2001, således at de udløber den 31. december 2015.

16 Den østrigske regering har som svar på et spørgsmål fra Domstolen bekræftet, at samtlige disse koncessioner er blevet tildelt uden forudgående offentligt udbud.

17 Ernst Engelmann, som er tysk statsborger, har drevet spillekasinoer i Østrig fra begyndelsen af 2004 til den 19. juli 2006 i Linz og fra april 2004 til den 14. april 2005 i Schärding. I disse kasinoer tilbød han kunderne at spille bl.a. et spil benævnt »observationsroulette« samt kortspillene »Poker« og »Two Aces«. Han havde ikke ansøgt de østrigske myndigheder om at få tildelt en koncession til at afholde hasardspil og var heller ikke i besiddelse af en lovlig bevilling udstedt af de kompetente myndigheder i en anden medlemsstat.

18 Ved dom af 5. marts 2007 fandt Bezirksgericht Linz Ernst Engelmann skyldig i på østrigsk område at have afholdt hasardspil med økonomisk vinding for øje. Han havde således gjort sig skyldig i ulovlig foranstaltning af hasardspil i henhold til StGB's § 168, stk. 1. Som følge heraf blev han idømt en bøde på 2 000 EUR.

19 Ernst Engelmann iværksatte appel af denne dom for Landesgericht Linz. Denne ret finder det tvivlsomt, om StGB's bestemmelser, sammenholdt med de østrigske bestemmelser om hasardspil, er forenelige med EU-retten, navnlig artikel 43 EF og 49 EF.

20 Denne tvivl skyldes for det første, at der den forelæggende ret bekendt ikke forud for vedtagelsen af de gældende forskrifter i GSpG har fundet en undersøgelse sted af de farer, der er forbundet med ludomani, og de retlige og faktiske muligheder for forebyggelse. Disse forskrifter er ifølge Landesgericht Linz i strid med Domstolens praksis, hvorefter de grunde, som kan påberåbes af en medlemsstat for at retfærdiggøre en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, skal være ledsaget af

en gennemgang af, hvorvidt den restriktive foranstaltning, som medlemsstaten har truffet, er egnet og forholdsmæssig.

21 For det andet finder den forelæggende ret det tvivlsomt, om den østrigske politik på området for koncessioneret hasardspil er sammenhængende og systematisk. Der kan efter denne rets opfattelse kun være tale om en sammenhængende og systematisk begrænsning af virksomhed forbundet med hasardspil og væddemål, hvis lovgiver vurderer alle hasardspilsformer og -sektorer og derefter griber ind afhængigt af det konstaterede risiko- og afhængighedspotentiale forbundet med hver enkelt spiltype. Dette er ikke tilfældet i Østrig. På grundlag af det østrigske monopol på hasardspil kan der nemlig i betydeligt omfang reklameres for denne sektor, og der accepteres i denne henseende endog en aktiv opfordring til at deltage i hasardspil og væddemål.

22 For det tredje finder Landesgericht Linz det tvivlsomt, om det er i overensstemmelse med kravene om egnethed, nødvendighed og forholdsmæssighed at begrænse udstedelsen af koncessioner til aktieselskaber beliggende i Østrig med henblik på at hindre økonomisk kriminalitet, hvidvaskning af penge og ludomani.

23 For det fjerde henviser Landesgericht Linz til de nationale myndigheders aktive bestræbelser på at opnå et afgiftsprovenu på grundlag af indtægterne fra spillekasinoerne. Denne situation er i modstrid med Domstolens praksis, hvorefter restriktioner for de grundlæggende friheder på området for hasardspil reelt skal tjene det formål at reducere spillemulighederne og ikke at skabe en ny finansieringskilde.

24 Hvis der i henhold til EU-retten kan udstedes en tilladelse til at drive et spillekasino til Ernst Engelmann, uden at han skal stifte eller erhverve et aktieselskab med hjemsted i

Østrig, vil han ifølge den forelæggende ret i princippet kunne søge om at få tildelt en koncession. Hvis han blev tildelt en sådan koncession, ville gerningsindholdet i StGB's § 168 om ulovlig foranstaltning af hasardspil ikke længere være opfyldt.

25 Under disse omstændigheder har Landesgericht Linz besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 43 EF […] fortolkes således, at den er til hinder for en forskrift, hvorefter drift af hasardspil i kasinoer udelukkende er forbeholdt selskaber i aktieselskabsform med hjemsted på denne medlemsstats område, og dermed forudsætter stiftelse eller erhvervelse af et kapitalselskab, der er beliggende i denne medlemsstat?

2) Skal artikel 43 EF og 49 EF fortolkes således, at de er til hinder for et nationalt monopol på bestemte hasardspil, som eksempelvis hasardspil i kasinoer, når der i den pågældende medlemsstat ikke findes en sammenhængende og systematisk politik med det formål at begrænse hasardspil, eftersom nationale koncessionshavere opmuntrer til deltagelse i hasardspil — såsom statslige sportsvæddemål og lotterier — og reklamerer herfor (i fjernsyn, aviser og tidsskrifter), idet reklamerne endog indebærer, at der kort tid før lottotrækningen tilbydes et kontant beløb for en spillekupon (»TOI TOI TOI — Glaub' ans Glück«)?

3) Skal artikel 43 EF og 49 EF fortolkes således, at de er til hinder for en forskrift, hvorefter samtlige koncessioner til at drive hasardspil og kasinoer i henhold til en national spillelovgivning tildeles for en periode på 15 år på grundlag af en

ordning, der udelukker ansøgere fra fællesskabsområdet (som ikke er hjemmehørende i denne medlemsstat) fra udbud (Ausschreibung)?«

Om de præjudicielle spørgsmål

26 Ernst Engelmann, der ikke bestrider, at han ikke har søgt om en koncession til at drive et spillekasino i Østrig, kunne under alle omstændigheder ikke opnå en sådan koncession, eftersom han for det første ikke opfyldte betingelserne i den omhandlede nationale lovgivning, nemlig kravet om at være et aktieselskab med hjemsted i denne medlemsstat, og samtlige koncessioner, som var hjemlet i national lovgivning, for det andet allerede var blevet tildelt et østrigsk selskab. Ifølge den forelæggende ret er spørgsmålet, om gerningsindholdet af den lovovertrædelse, som Ernst Engelmann er tiltalt for at have begået, er opfyldt, knyttet til spørgsmålet om lovligheden af denne udelukkelse. Derfor vil det første og det tredje spørgsmål blive gennemgået først.

Det første spørgsmål

27 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 43 EF er til hinder for to af de betingelser, som i henhold til national lovgivning stilles til indehavere af koncessioner til at drive spillekasinoer, nemlig kravet om at have retlig form af et aktieselskab og kravet om at have hjemsted på nationalt område.

Kravet om, at koncessionshavere skal have retlig form af et aktieselskab

28 Betingelsen om, at erhvervsdrivende, der ønsker at drive spillekasinoer, skal have retlig form af et aktieselskab, udgør en restriktion for etableringsfriheden i artikel 43 EF's forstand. En sådan betingelse forhindrer særligt erhvervsdrivende, som er fysiske personer, og virksomheder, som i etableringslandet har valgt en anden selskabsform, i at oprette en sekundær etablering i Østrig (jf. i denne retning dom af 12.7.1984, sag 107/83, Klopp, Sml. s. 2971, præmis 19, af 7.7.1988, sag 143/87, Stanton og L'Étoile 1905, Sml. s. 3877, præmis 11, og af 29.4.2004, sag C-171/02, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 5645, præmis 42).

29 Det skal undersøges, hvorvidt denne restriktion ikke desto mindre kan tillades som en undtagelsesforanstaltning, der er udtrykkeligt fastsat i EF-traktaten eller under henvisning til Domstolens praksis kan begrundes i tvingende almene hensyn. Artikel 46, stk. 1, EF tillader restriktioner, som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed. Domstolens praksis har angivet en række tvingende almene hensyn, som ligeledes vil kunne begrunde disse restriktioner, såsom hensynene til forbrugerbeskyttelse, forebyggelse af svig og fjernelse af incitamenter for borgerne til overdrevet forbrug i tilknytning til spilvirksomhed samt hensynet til generelt at forebygge forstyrrelser af samfundsordenen.

30 Som anført af Europa-Kommissionen og af generaladvokaten i punkt 68 i forslaget til afgørelse kan visse formål eventuelt begrunde, at det kræves af en erhvervsdrivende, at denne har en bestemt retlig form. De forpligtelser, der gælder for aktieselskaber, herunder med hensyn til intern organisation, regnskabsførelse, den kontrol, de kan

være genstand for, og forholdet til tredjemand, kan, henset til spilsektorens særegenheder og de risici, der er forbundet hermed, begrunde et sådant krav.

31 Bedømmelsen af, om sådanne formål i det foreliggende tilfælde faktisk forfølges med kravet om, at den erhvervsdrivende skal have retlig form af et aktieselskab, og om de vil kunne udgøre en begrundelse baseret på en i traktaten udtrykkeligt fastsat undtagelsesforanstaltning eller et i Domstolens praksis anerkendt tvingende alment hensyn, samt i givet fald om nævnte krav overholder proportionalitetsprincippet, kan ikke foretages, uden at der foreligger yderligere oplysninger. Under disse omstændigheder tilkommer det de nationale retter at foretage denne bedømmelse.

Kravet om, at indehavere af koncessioner til at drive spillekasinoer skal have hjemsted på nationalt område

32 Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 51 og 52 i forslaget til afgørelse, udgør kravet om, at indehavere af koncessioner til at drive spillekasinoer skal have hjemsted på nationalt område, en restriktion for etableringsfriheden i artikel 43 EF's forstand, for så vidt som det indebærer en forskelsbehandling af selskaber, hvis hjemsted er beliggende i en anden medlemsstat, og forhindrer disse selskaber i gennem et agentur, en filial eller et datterselskab at drive spillekasinoer i Østrig.

33 Denne konstatering anfægtes på ingen måde af den af den østrigske regering påberåbte omstændighed, at dette krav først skal opfyldes af de erhvervsdrivende fra det tidspunkt, hvor de er blevet udvalgt, og kun i den periode, koncessionen vedrører. Som generaladvokaten har anført i punkt 62 i forslaget til afgørelse, kan et sådant krav

således afholde selskaber, der er etableret i andre medlemsstater, fra at søge på grund af udgifterne til etablering og indretning i Østrig, som de vil skulle afholde, hvis deres ansøgning imødekommes. Med denne ordning undgås det i øvrigt heller ikke, at et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat forhindres i at drive spillekasinoer på østrigsk område gennem et agentur, en filial eller et datterselskab.

34 Det følger i denne henseende af Domstolens praksis, at for så vidt som en foranstaltning eller restriktion som den, der er konstateret i denne sag, er af diskriminerende karakter, er den kun forenelig med EU-retten, såfremt den henhører under en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse, såsom artikel 46 EF, dvs. den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed (jf. dom af 16.1.2003, sag C-388/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 721, præmis 19, og af 6.10.2009, sag C-153/08, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 9735, præmis 37).

35 En sådan restriktion skal desuden opfylde de betingelser med hensyn til forholdsmæssighed, der fremgår af Domstolens praksis, og kan kun anses for at være egnet til at sikre gennemførelsen af det påberåbte formål, hvis den reelt opfylder hensynet til at nå målet på en sammenhængende og systematisk måde (jf. i denne retning dom af 8.9.2009, sag C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, Sml. I, s. 7633, præmis 59-61).

36 Den østrigske regering har gjort gældende, at kravet om, at indehavere af koncessioner til at drive spillekasinoer skal have hjemsted på nationalt område, har til formål at muliggøre en effektiv kontrol med erhvervsdrivende, der driver virksomhed inden for hasardspilsektoren, med henblik på at undgå, at virksomheden udnyttes i kriminelt eller svigagtigt øjemed. Kravet gør det navnlig muligt at udøve en vis kontrol med beslutninger, der træffes af selskabsorganerne, på grund af, at staten er repræsenteret i organer som selskabsbestyrelsen.

37 Uden at det er nødvendigt at afgøre, hvorvidt dette formål kan henhøre under begrebet den offentlige orden, er det i denne henseende tilstrækkeligt at konstatere, at en kategorisk udelukkelse af erhvervsdrivende med hjemsted i en anden medlemsstat må anses for uforholdsmæssig, da dette går videre end nødvendigt for at bekæmpe kriminalitet. Der findes således andre midler, hvorved sådanne erhvervsdrivendes virksomhed og regnskaber kan kontrolleres (jf. i denne retning dom af 6.11.2003, sag C-243/01, Gambelli m.fl., Sml. I, s. 13031, præmis 74, og af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 62, samt dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 39).

38 Bl.a. kan nævnes muligheden for at kræve særskilte regnskaber for hvert enkelt spillekasino, der drives af den samme erhvervsdrivende, revideret af en ekstern revisor, muligheden for at få systematisk underretning om de beslutninger, der træffes af koncessionshavernes organer, samt muligheden for at modtage oplysninger om deres ledelse eller deres hovedaktionærer. Desuden kan der, som anført af generaladvokaten i punkt 60 i forslaget til afgørelse, føres kontrol med og iværksættes sanktioner over for ethvert selskab, der er etableret i en medlemsstat, uanset hvor medlemmerne af dets ledelse har bopæl.

39 Henset til den omhandlede virksomhed, nemlig drift af spillekasinoer beliggende på østrigsk område, er der desuden intet til hinder for, at der foretages kontrol i kasinoernes lokaler med henblik på bl.a. at forebygge, at de erhvervsdrivende begår svig til skade for forbrugerne.

40 Herefter skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 43 EF skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter det udelukkende er forbeholdt erhvervsdrivende med hjemsted på denne medlemsstats område at drive hasardspil i spillekasinoer.

Det tredje spørgsmål

41 Selv om det tredje spørgsmål efter sin ordlyd vedrører diskriminerende betingelser, som i henhold til national lovgivning finder anvendelse på udbud (Ausschreibung) med henblik på tildeling af koncessioner til at drive spillekasinoer i Østrig, er det ubestridt, henset til den østrigske regerings oplysninger, at der ikke har været afholdt noget udbud, og at der ikke har været sikret gennemsigtighed i forbindelse med, at Casinos Austria AG med virkning fra henholdsvis den 1. januar 1998 og den 1. januar 2001 blev tildelt 12 koncessioner, der var i kraft på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Disse 12 koncessioner udgør i øvrigt samtlige koncessioner, som er hjemlet i national lovgivning.

42 Følgelig skal det tredje spørgsmål forstås således, at det ønskes oplyst, om artikel 43 EF og 49 EF er til hinder for, at samtlige koncessioner til at drive spillekasinoer for en periode på 15 år på en medlemsstats område tildeles uden nogen form for udbud.

43 Der kan i denne sammenhæng identificeres tre forskellige restriktioner, nemlig for det første begrænsningen af antallet af koncessioner til at drive kasinoer, for det andet at disse koncessioner tildeles for en periode på 15 år og for det tredje den omstændighed, at tildelingen fandt sted uden nogen form for gennemsigtighed. Der skal foretages en særskilt undersøgelse af hver enkelt af disse restriktioner og navnlig af, om de er egnede til at sikre virkeliggørelsen af det eller de mål, som den pågældende medlemsstat har påberåbt sig, og om de ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå målet (dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 49, og dom af 8.9.2010, sag C-46/08, Carmen Media Group, Sml. I, s. 8145, præmis 60).

44 Hvad for det første angår den omstændighed, at antallet af koncessioner til at drive spillekasinoer er begrænset, er det ubestridt, at en sådan restriktion indebærer hindringer for etableringsfriheden og for den frie udveksling af tjenesteydelser (dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 50 og 51).

45 Med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse heraf, forekommer en begrænsning af antallet af koncessioner inden for den berørte sektor, og dermed antallet af spillekasinoer, til 12, hvilket ifølge den østrigske regerings oplysninger svarer til et spillekasino pr. 750 000 indbyggere, imidlertid efter sin karakter at gøre det muligt at begrænse spillemulighederne og dermed tilgodese et alment hensyn, der er anerkendt i EU-retten (jf. i denne retning dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 62 og 67, og i sagen Placanica m.fl., præmis 53, samt Carmen Media Group-dommen, præmis 84). Eftersom forbrugerne skal begive sig til et andet sted for at tage på kasino og kunne deltage i de omhandlede hasardspil, indebærer en begrænsning af antallet af spillekasinoer en styrkelse af hindringerne for at deltage i sådanne spil.

46 Hvad for det andet angår koncessionernes gyldighedsperiode fremgår det af Domstolens praksis, at tildeling af koncessioner med en gyldighedsperiode på indtil 15 år efter sin karakter kan vanskeliggøre eller ligefrem udelukke, at erhvervsdrivende i andre medlemsstater udøver de friheder, som er sikret ved artikel 43 EF og 49 EF, og dermed udgør en restriktion for udøvelsen af disse friheder (jf. i denne retning dom af 9.3.2006, sag C-323/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 2161, præmis 44).

47 Hvad angår bedømmelsen af, om denne restriktion kan anses for forenelig med EU-retten, må det tillægges betydning, at etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, som er grundlæggende principper i traktaten, kun kan begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på værtsmedlemsstatens område. De nationale regler må for at kunne opfylde dette begrundelseskrav desuden være egnede til at sikre gennemførelsen af det tilstræbte mål og ikke gå videre end nødvendigt for

at nå dette mål (dommen af 9.3.2006 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

48 Dette synes at være tilfældet i den foreliggende sag, idet tildeling af koncessioner med en gyldighedsperiode på indtil 15 år, med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse heraf, synes begrundet, navnlig henset til at koncessionshaveren har brug for at have en periode til rådighed, der er tilstrækkeligt lang til at afskrive de investeringer, som kræves for at etablere et spillekasino.

49 Hvad for det tredje angår proceduren for tildeling af de i hovedsagen omhandlede koncessioner skal der indledningsvis henvises til, at selv om tjenesteydelseskoncessioner på EU-rettens nuværende udviklingstrin ikke er omfattet af nogen af de direktiver, hvorved EU-lovgiver har reguleret området for offentlige kontrakter, er offentlige myndigheder, som udsteder sådanne koncessioner, ikke desto mindre forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler, herunder artikel 43 EF og 49 EF, samt det gennemsigtighedskrav, som følger heraf (jf. i denne retning dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60 og 61, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16-19, af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 46-48, af 13.4.2010, sag C-91/08, Wall, Sml. I, s. 2815, præmis 33, og af 3.6.2010, sag C-203/08, Sporting Exchange, Sml. I, s. 4695, præmis 39).

50 Uden at det nødvendigvis indebærer en forpligtelse til at iværksætte et udbud, følger det af kravet om gennemsigtighed, som finder anvendelse, når den tjenesteydelseskoncession, der er tale om, kan være af interesse for en virksomhed i en anden medlemsstat end den, hvor koncessionen udstedes, at den udstedende myndighed skal sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet vedrørende tjenesteydelseskoncessionerne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (Sporting Exchange-dommen, præmis 40 og 41 og den deri nævnte retspraksis).

51 Udstedelse af en koncession, uden nogen form for gennemsigtighed, til en erhvervsdrivende med hjemsted i den medlemsstat, som den ordregivende myndighed henhører under, udgør således en forskellig behandling til skade for erhvervsdrivende med hjemsted i andre medlemsstater, som ikke har nogen reel mulighed for at tilkendegive deres interesse i at opnå den omhandlede koncession. En sådan forskellig behandling er i strid med principperne om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og den udgør en indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som er forbudt i medfør af artikel 43 EF og 49 EF, medmindre den er objektivt begrundet (jf. i denne retning Coname-dommen, præmis 19, og Parking Brixen-dommen, præmis 50, samt dom af 17.7.2008, sag C-347/06, ASM Brescia, Sml. I, s. 5641, præmis 59 og 60).

52 Den omstændighed, at udstedelsen af bevillinger til at drive spillekasinoer ikke kan sidestilles med koncessionskontrakter om tjenesteydelser, kan ikke i sig selv begrunde, at de krav, som følger af artikel 49 EF, herunder særligt ligebehandlingsprincippet og forpligtelsen til gennemsigtighed, tilsidesættes (jf. i denne retning Sporting Exchange-dommen, præmis 46).

53 Kravet om gennemsigtighed fremtræder således som en forudgående betingelse for en medlemsstats ret til at tildele bevillinger til at drive spillekasinoer, uanset hvorledes de erhvervsdrivende udvælges, eftersom virkningerne af tildelingen af sådanne bevillinger er de samme for virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater, der potentielt kunne være interesserede i at udøve sådan virksomhed, som virkningerne af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

54 Der skal desuden henvises til, at når der i en medlemsstat er indført en bevillingsordning, hvorved der forfølges legitime formål, som er anerkendt i retspraksis, kan en sådan ordning ikke begrunde, at de nationale myndigheder træffer skønsmæssige afgørelser, som kan føre til, at EU-rettens bestemmelser — herunder særligt grundlæggende friheder som de i hovedsagen omhandlede — mister deres effektive virkning

(jf. bl.a. Sporting Exchange-dommen, præmis 49, og Carmen Media Group-dommen, præmis 86).

55 Det fremgår således af fast retspraksis, at for at en ordning med forudgående administrativ godkendelse kan være begrundet, selv om den bryder med sådanne grundlæggende friheder, må den bygge på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling, og på forinden kendte forhold, således at de lægger en ramme for de nationale myndigheders skønsudøvelse, der dermed ikke bliver udtryk for vilkårlighed. Desuden skal enhver, der berøres af en restriktiv foranstaltning som følge af en sådan fravigelse, have ret til en effektiv søgsmålsadgang (jf. Sporting Exhange-dommen, præmis 50, og Carmen Media Group-dommen, præmis 87).

56 I hovedsagens tilfælde må det fastslås, at den fuldstændige mangel på gennemsigtighed i forbindelse med udstedelsen af koncessioner til at drive spillekasinoer med virkning fra den 1. januar 1998 og den 1. januar 2001 ikke er i overensstemmelse med artikel 43 EF og 49 EF.

57 Den østrigske regering har begrænset sig til i denne henseende at anføre, at proceduren for tildeling af koncessioner var i overensstemmelse med dagældende national ret, og at der på daværende tidspunkt ikke havde kunnet udledes noget krav om gennemsigtighed af Domstolens praksis. Denne regering har tillige gjort gældende, at erhvervsdrivende, der opfyldte betingelserne i henhold til gældende lovgivning, ville have kunnet søge spontant om at få tildelt en koncession. Ingen af disse omstændigheder udgør imidlertid en begrundelse baseret på en i traktaten udtrykkeligt fastsat undtagelsesforanstaltning eller et i Domstolens praksis anerkendt tvingende alment hensyn, som kan begrunde tildeling af de i hovedsagen omhandlede koncessioner uden nogen form for gennemsigtighed.

58 På ovenstående baggrund skal det tredje spørgsmål besvares med, at kravet om gennemsigtighed, som følger af artikel 43 EF og 49 EF samt af principperne om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet, er til hinder for, at samtlige koncessioner til at drive spillekasinoer på en medlemsstats område tildeles uden nogen form for udbud.

Det andet spørgsmål

59 Henset til svarene på det første og det tredje spørgsmål samt den omstændighed, at den forelæggende ret, som anført i denne doms præmis 26, har knyttet gerningsindholdet af den lovovertrædelse, Ernst Engelmann er tiltalt for at have begået, sammen med spørgsmålet, om han er blevet udelukket fra muligheden for at erhverve en koncession på lovligt grundlag, er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål.

Sagens omkostninger

60 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

1) Artikel 43 EF skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter det udelukkende er forbeholdt erhvervsdrivende med hjemsted på denne medlemsstats område at drive hasardspil i spillekasinoer.

2) Kravet om gennemsigtighed, som følger af artikel 43 EF og 49 EF samt af principperne om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet, er til hinder for, at samtlige koncessioner til at drive spillekasinoer på en medlemsstats område tildeles uden nogen form for udbud.

Underskrifter