DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 9 september 2010 *

I mål C-64/08

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Landesgericht Linz (Österrike) genom beslut av den 23 januari 2008, som inkom till domstolen den 19 februari 2008, i brottmålet mot

Ernst Engelmann,
meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-C. Bonichot samt domarna C. Toader, K. Schiemann (referent), P. Kūris och L. Bay Larsen

generaladvokat: J. Mazák,
justitiesekreterare: handläggaren K. Malacek,

* Rättegångsspråk: tyska.

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 14 januari 2010,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Ernst Engelmann, genom P. Ruth och T. Talos, Rechtsanwälte, samt genom A. Stadler,

— Österrikes regering genom C. Pesendorfer, i egenskap av ombud,

— Belgiens regering, genom L. Van den Broeck, i egenskap av ombud, biträdd av P. Vlaemminck och A. Hubert, advocaten

— Greklands regering, genom A. Samoni-Rantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou och E.-M. Mamouna, samtliga i egenskap av ombud,

— Spaniens regering, genom F. Díez Moreno, i egenskap av ombud,

— Portugals regering, genom L. Inez Fernandes, P. Mateus Calado och A. Barros, samtliga i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, inledningsvis genom P. Dejmek, därefter genom E. Traversa och H. Krämer, i egenskap av ombud,

och efter att den 23 februari 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

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

2 Begäran har framställts i ett brottmål mot Ernst Engelmann angående överträdelse av den österrikiska lagstiftningen om anordnande av kasinospel.

Tillämpliga bestämmelser

3 I Österrike finns föreskrifter om hasardspel i den federala lagen om hasardspel (Glücksspielgesetz) i dess lydelse enligt *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 620/1989 (nedan kallad GSpG).

4 Enligt förarbetena till GSpG har lagen dels den ordningspolitiska målsättningen att reglera hasardspel, dels en målsättning av fiskal natur.

5 Vad gäller den ordningspolitiska målsättningen att reglera hasardspel anges i den allmänna delen i de förklarande anmärkningarna till GSpG att under idealiska förhållanden skulle den lämpligaste lösningen vara ett totalförbud mot hasardspel. Med avseende på den välkända omständigheten att spelbegäret tycks vara inneboende hos människan är det emellertid lämpligare att i den enskildes och samhällets intresse styra detta spelbegär. Det anges att två mål därigenom uppnås. Man undviker att hasardspel går över till illegal verksamhet, vilket har kunnat observeras i de stater i vilka hasardspel helt och hållet är förbjudna, och staten har på samma gång möjlighet att övervaka hasardspel som bedrivs legalt. Vidare ska det primära målet med denna övervakning vara att skydda spelaren.

6 Vad gäller den fiskala målsättningen anges, i nämnda förklarande anmärkningar, att förbundsstaten har ett intresse av att kunna få ut så stora intäkter som möjligt ur hasardspelsmonopolet. Vid regleringen av hasardspel ska förbundsregeringen därför eftersträva att hasardspel genomförs på så sätt att monopolet ger staten så stora intäkter som möjligt samtidigt som den ordningspolitiska målsättningen iakttas och säkerställs.

7 Genom 3 § i lagen om hasardspel har det införts ett ”statligt hasardspelsmonopol”. I nämnda lagrum föreskrivs således att rätten att anordna och driva verksamhet med hasardspel i princip är förbehållen staten, såvida inte annat anges i lagen.

8 Enligt 21 § GSpG kan det federala finansministeriet bevilja rätt attanordna och driva verksamhet med hasardspel genom att lämna tillstånd att anordna kasinospel. Det får beviljas högst 12 tillstånd, varav enbart ett tillstånd per kommun.

9 Villkoren för att bevilja tillstånd fastställs i 21.2 § GSpG. Det anges bland annat att tillståndshavaren ska vara ett aktiebolag som har sitt säte i Österrike, har ett bolagskapital på minst 22 miljoner euro och med hänsyn till omständigheterna ger de lokala myndigheterna de bästa möjligheterna till intäkter från avkastningen, med iakttagande av bestämmelserna i GSpG om spelarnas skydd.

10 Enligt 22 § GSpG får ett tillstånd vara gällande högst 15 år.

11 Enligt 31.1 § GSpG har det federala finansministeriet en allmän rätt att utöva tillsyn över tillståndshavaren. Det kan i detta syfte ta del av tillståndshavarens bokföring, och de tjänstemän som ansvarar för övervakningen har rätt till tillträde till tillståndshavarens affärslokaler. Enligt 31.2 § företräds ministeriet dessutom i tillståndshavarens bolag av en statskommissarie. De granskade årsboksluten ska vidare överlämnas till det federala finansministeriet inom sex månader efter räkenskapsårets slut.

12 Åtal kan väckas mot en person som utan tillstånd anordnar hasardspel eller som i kommersiellt syfte deltar i spel som anordnas under sådana omständigheter. Enligt 168 § i den österrikiska strafflagen (Strafgesetzbuchnedan kallad StGB) döms ”den

som anordnar ett spel som uttryckligenär förbjudet eller vars utgång helt eller till väsentlig del beror påslumpen eller den som främjar en sammankomst för att anordna ett sådant spel i syfte att själv tillförasen ekonomisk vinning av detta anordnande eller denna sammankomst eller att tillföra tredje man en sådan vinning".

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

13 De 12 tillstånd som föreskrivs i 21§ GSpG för att anordna kasinospel innehas för närvarande av Casinos Austria AG.

14 Casinos Austria AG hade förstg, enom ett förvaltningsbeslut av den 18 december 1991, beviljats dessa tillstånd för högst 15 år.

15 Därefter förnyades tillstånden för de sex kasinon belägna i Bregenz, Graz, Innsbruck, Linz, Salzburg och Wien. Detta skedde på förhand, för 15 år, med verkan från och med den 1 januari 1998, vilket innebär att tillståndens giltighetstid löper ut den 31 december 2012. Dessutom förnyades tillstånden för sex kasinon belägna i Baden, Bad Gastein, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Seefeld och Velden. Dessa tillstånd förnyades för 15 år, med verkan från och med den 1 januari 2001, vilket följaktligen innebär att deras giltighetstid löper ut den 31 december 2015.

16 Den österrikiska regeringen har, som svar på en fråga från domstolen, bekräftat att samtliga tillstånd beviljades utan någon föregående anbudsinfordran.

17 Ernst Engelmann, som är tysk medborgare, anordnade kasinospel i Österrike, nämligen, från början av år 2004 till den 19 juli 2006, i Linz och, från april 2004 till den 14 april 2005, i Schärding. I dessa kasinon erbjöd han sina kunder bland annat spelet ”observationsroulette” och kortspelen ”poker” och ”Two Aces”. Ernst Engelmann hade varken ansökt om tillstånd för att anordna hasardspel eller erhållit vederbörligt tillstånd i en annan medlemsstat.

18 Genom dom av den 5 mars 2007 fann Bezirksgericht Linz Ernst Engelmann skyldig till att i Österrike ha anordnat hasardspel för att därav tillföras en ekonomisk vinning. Han befanns därmed ha gjort sig skyldig till den brottsliga gärningen olovligt anordnande av hasardspel enligt 168.1 § StGB och han dömdes till böter på 2 000 euro.

19 Ernst Engelmann överklagade denna dom till Landesgericht Linz. Den nationella domstolen är osäker på huruvida bestämmelserna i StGBi förening med de österrikiska bestämmelserna om hasardspel, är förenliga med unionsrätten, särskilt artiklarna 43 EG och 49 EG.

20 Denna osäkerhet grundar sig för det första på den omständigheten att antagandet av de tillämpliga bestämmelserna i GSpG, de uppgifter som den nationella domstolen har kännedom om, inte föregicks av en bedömning av de risker som är förenade med spelberoende och de faktiska och rättsliga möjligheterna till förebyggande som finns. Enligt Landesgericht Linz strider dessa bestämmelser mot domstolens praxis, enligt vilken de skäl som en medlemsstat kan åberopa för att motivera en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster ska åtföljas av en bedömning av

huruvida de inskränkande åtgärder som vidtagits av denna medlemsstat är lämpliga och proportionerliga.

21 Den nationella domstolen är för det andra osäker på huruvida den österrikiska politiken är sammanhängande och systematisk vad gäller hasardspel som omfattas av tillstånd. Den anser att det enbart kan vara fråga om en sammanhängande och systematisk begränsning av verksamhet med hasardspel och vadhållning om lagstiftaren bedömer alla områden och sektorer för hasardspel och vidtar åtgärder med hänsyn till de risker och den fara för beroende som är förknippad med varje typ av spel. Så är inte fallet i Österrike. Det österrikiska hasardspelsmonopolet gör det nämligen möjligt att i mycket stor omfattning göra reklam för denna sektor. Såtillvida är det till och med accepterat med en aktiv inbjudan att delta i hasardspel eller vadhållning.

22 För det tredje är Landesgericht Linz osäker på huruvida den omständigheten att tillstånd endast beviljas aktiebolag med säte i Österrike, i syfte att bekämpa ekonomisk brottslighet, penningtvätt och spelberoende, är förenligt med kraven på lämplighet, nödvändighet och proportionalitet.

23 För det fjärde har Landesgericht Linz hänvisat till de nationella myndigheternas aktiva strävan efter intäkter från de avgifter som betalas in av kasinon. Enligt den nationella domstolen strider detta mot domstolens praxis, enligt vilken inskränkningar i de grundläggande friheterna på området för hasardspel ska syfta till att verkligen minska spelmöjligheterna och inte till att skapa en ny källa för finansiering.

24 Enligt den nationella domstolen skulle Ernst Engelmann, om det enligt bestämmelserna i unionsrätten är möjligt att bevilja denne tillstånd att anordna hasardspel i kasinon utan att behöva bilda eller förvärva ett aktiebolag med säte i Österrike, i princip

kunna ansöka om tillstånd. Om han hade beviljats ett sådant tillstånd skulle villkoren för olovligt hasardspel i den mening som avses i 168 § StGB inte längre vara uppfyllda.

25 Mot denna bakgrund beslutadeLandesgericht Linz att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Ska artikel 43 [EG] … tolkas så, att den utgör hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse enligt vilken uteslutande aktiebolag med säte på medlemsstatens territorium får anordna hasardspel i kasinon, vilket innebär att det är nödvändigt att bilda eller förvärva ett aktiebolag i medlemsstaten?

2. Ska artiklarna 43 [EG] och 49 [EG] tolkas så, att de utgör hinder för ett nationellt monopol på vissa hasardspel, till exempel hasardspel i kasinon, när medlemsstaten i fråga inte har någon sammanhängande och systematisk politik för att begränsa hasardspel, eftersom de som anordnar spel och som har ett nationellt tillstånd uppmuntrar till deltagande i hasardspel – till exempel vadhållning i samband med sportevenemang och lotterier som anordnas av staten – och gör reklam för detta (i tv, tidningar och tidskrifter), varvid kontanter för en lott till och med erbjuds i reklamen kort före lottdragningen (’TOI TOI TOI – Glaub’ ans Glück’) (’Lycka till – Tro på turen’)?

3. Ska artiklarna 43 [EG] och 49 [EG] tolkas så, att de utgör hinder för att tillämpa en medlemsstats bestämmelse, enligt vilken alla lagstadgade tillstånd för hasardspel och kasinon utfärdas för en tidsperiod av 15 år på grundval av bestämmelser

enligt vilka sökande från gemenskapens område (som inte är hemmahörande i denna medlemsstat) utesluts från anbudsinfordran?”

Prövning av tolkningsfrågorna

26 Ernst Engelmannsom inte har bestritt att han inte ansökt om tillstånd att anordna kasinospel i Österrike, kunde under alla omständigheter inte få ett sådant tillstånd. För det första uppfyllde han inte villkoren enligt den nationella lagstiftningen i fråga, det vill säga att utgöra ett aktiebolag med säte i denna medlemsstat. För det andra hade alla tillstånd som föreskrivs i den nationella lagstiftningen redan beviljats ett österrikiskt bolag. Enligt den nationella domstolenär frågan, huruvida rekvisiten för det brott som Ernst Engelmann åtalats för är uppfyllda, knuten till frågan huruvida detta uteslutande var tillåtet. Det finns följaktligen anledning att först pröva den första och den tredje frågan.

Den första frågan

27 Den nationella domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 43 EG utgör hinder för att tillämpa två av de villkor som enligt den nationella lagstiftningen ska vara uppfyllda av dem som har tillstånd att anordna kasinospel, det vill säga skyldigheten att ha den rättsliga formen av ett aktiebolag och skyldigheten att ha sitt säte på det nationella territoriet.

Skyldigheten för tillståndshavarna att ha den rättsliga formen av ett aktiebolag

28 Villkoret enligt vilket de aktörer somönskar anordna kasinospel ska ha den rättsliga formen av ett aktiebolag utgör en inskränkning i etableringsfriheten i den mening som avses i artikel 43 EG. Det hindrar nämligen aktörer som är fysiska personer, samt företag som har valt en annan rättslig form i det land där de är etablerade, från att upprätta en sekundär etablering i Österrike (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 1984 i mål 107/83, Klopp REG 1984, s. 2971, punkt 19, svensk specialutgåva, volym 7, s. 653, av den 7 juli 1988 i mål 143/87, Stanton och L'Étoile 1905, REG 1988, s. 3877, punkt 11, och av den 29 april 2004 i mål C-171/02, kommissionen mot Portugal, REG 2004, s. I-5645, punkt 42).

29 Det ska dock undersökas i vilken mån en sådan inskränkning kan godtas med stöd av de undantag som uttryckligen föreskrivs i EG-fördraget eller om den, i enlighet med domstolens praxis, kan anses vara motiverad av tvingande skäl av allmänintresse. Enligt artikel 46.1 EG godtas inskränkningar som grundas på hänsyn till allmän ordningsäkerhet och hälsa. I domstolens praxis har fastställts ett antal tvingande skäl av allmänintresse som också kan motivera nämnda inskränkningar, däribland att skydda konsumenterna, att förhindra bedrägerier och att medborgarna lockas till överdrivna spelutgifter samt att förhindra att ordningen i samhället störs.

30 Såsom har påpekats av Europeiska kommissionen i dess yttrande och av generaladvokaten i punkt 68 i hans förslag till avgörande, kan vissa mål eventuellt motivera att en aktör åläggs skyldigheten att ha en viss rättslig form. Aktiebolagens skyldigheter, bland annat i fråga om deras interna organisation, bokföring, kontroller som de kan bli föremål för och relationer med tredje man, skulle nämligen kunna motivera en sådan

skyldighet, med hänsyn till spelsektorns särskilda karaktär och de faror som är förknippade med denna sektor.

31 Frågorna huruvida sådana mål verkligen eftersträvas i detta fall genom kravet att aktören ska ha formen av ett aktiebolag och huruvida de kan motiveras med stöd av ett undantag som uttryckligen föreskrivs i fördraget eller med stöd av ett tvingande skäl av allmänintresse som erkänns i domstolens praxis samt, i förekommande fall, huruvida nämnda krav genomförs med iakttagande av proportionalitetsprincipen kan, i avsaknad av kompletterande uppgifter, inte prövas. Det ankommer under dessa omständigheter på den nationella domstolen att göra denna bedömning.

Skyldigheten för dem som har tillstånd att anordna kasinospel att ha sitt säte på det nationella territoriet

32 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 51 och 52 i sitt förslag till avgörande utgör skyldigheten för dem som har tillstånd att anordna kasinospel att ha sitt säte på det nationella territoriet en inskränkning i etableringsfriheten i den mening som avses i artikel 43 EG. Bolag med säte i en annan medlemsstat diskrimineras nämligen och hindras från att anordna kasinospel i Österrike genom ett kontor, en filial eller ett dotterbolag.

33 Detta konstaterande påverkas inte alls av den omständighet som åberopats av den österrikiska regeringen enligt vilken denna skyldighet endast åvilar aktörerna från och med den tidpunkt då aktörerna har valts ut och så länge som tillståndet är giltigt. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 62 i sitt förslag till avgörande kan en sådan skyldighet nämligen avhålla bolag som är etablerade i andra medlemsstater

från att lämna in en ansökan på grund av de kostnader för etablering och installering i Österrike som uppkommer för dem om deras ansökan beviljas. Systemet gör det inte heller möjligt att undvika att ett bolag med säte i en annan medlemsstat hindras från att anordna kasinospel i Österrike genom ett kontor, en filial eller ett dotterbolag.

34 Av domstolens praxis framgår härvid att i den mån som en sådan inskränkning som den i förevarande mål är diskriminerande, är den förenlig med unionsrätten bara om den omfattas av en uttrycklig undantagsbestämmelse, såsom artikel 46 EG, nämligen allmän ordning, säkerhet eller hälsa (dom av den 16 januari 2003 i mål C-388/01, kommissionen mot Italien, REG 2003, s. I-721, punkt 19, och av den 6 oktober 2009 i mål C-153/08, kommissionen mot Spanien, REG 2009, s. I-9735, punkt 37).

35 En sådan inskränkningska dessutom uppfylla de krav på proportionalitet som följer av domstolens praxis, och den kan endast anses vara ägnad att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet om den verkligen på ett sammanhängande och systematiskt sätt tillgodoser behovet av att uppnå målet (se, för ett liknande resonemang, 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 59–61).

36 Den österrikiska regeringen har hävdat att skyldigheten för dem som har tillstånd att anordna kasinospel att ha sitt säte i landet har till ändamål att göra det möjligt att effektivt kontrollera de aktörer som är verksamma inom hasardspelssektorn för att förhindra att dessa verksamheter används i brottsliga eller bedrägliga syften. Skyldigheten medför att en viss kontroll kan utövas över de beslut som bolagsorganen fattar, genom att företrädare för staten ingår i sådana organ som bolagsstyrelsen.

37 Utan att det behöver fastställas huruvida detta ändamål kan omfattas av begreppet allmän ordning, räcker det i detta avseende att konstatera att det framstår som oproportionerligt att aktörer med säte i en annan medlemsstat generellt utesluts eftersom detta går utöver vad som är nödvändigt för att bekämpa brottsligheten. Det finns nämligen flera sätt att kontrollera dessa aktörers verksamhet och bokföring (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl., REG 2003, s. I-13031, punkt 74, av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., REG 2007, s. I-1891, punkt 62, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 39).

38 Härvid kan bland annat nämnas möjligheten att kräva att en och samme aktör för varje kasino har en separat bokföring som kan kontrolleras av en extern revisor möjligheten att systematiskt få del av de beslut som fattas av de organ som har tillstånd och möjligheten att inhämta uppgifter från deras ledning eller deras största aktieägare. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 60 i sitt förslag till avgörande, är det också möjligt att utföra kontroller hos varje företag som är etablerat i en medlemsstat och att ålägga företaget sanktioner oavsett var dess ledning är bosatt.

39 Det finns dessutom, med hänsyn till den aktuella verksamheten, det vill säga anordnande av spel i kasinon i Österrike, inget som hindrar att det utförs kontroller i kasinonas lokaler, bland annat för att förhindra att aktörerna gör sig skyldiga till bedrägeri, till skada för konsumenterna.

40 Den första frågan ska följaktligen besvaras enligt följande. Artikel 43 EG ska tolkas så att den utgör hinder för att tillämpa en medlemsstats lagstiftning enligt vilken uteslutande aktörer med säte påmedlemsstatens territorium får anordna hasardspel i kasinon.

Den tredje frågan

41 Den tredje frågan avser enligt sin lydelse de diskriminerande villkor som, enligt den nationella lagstiftningen, är tillämpliga på anbudsinfordran i syfte att bevilja tillstånd att anordna kasinospel i Österrike. Det framgår likväl av de uppgifter som lämnats av den österrikiska regeringen att någon anbudsinfordran inte förekom och att någon insyn inte säkerställdes med avseende på de åtgärder genom vilka Casinos Austria AG, med verkan från och med den 1 januari 1998 respektive från och med den 1 januari 2001, beviljades de 12 tillstånd som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet. De 12 tillstånden motsvarade också det totala antalet tillstånd som föreskrivs i den nationella lagstiftningen.

42 Den tredje frågan ska följaktligen förstås så, att det begärs att domstolen ska avgöra huruvida artiklarna 43 EG och 49 EG utgör hinder för att samtliga tillstånd att anordna kasinospel på en medlemsstats territorium beviljas utan något anbudsförfarande för en tidsperiod av 15 år.

43 I detta hänseende kan tre inskränkningar identifieras, det vill säga begränsningen av antalet tillstånd att anordna kasinospel, beviljandet av tillstånden för en tidsperiod av 15 år och det förhållandet att tillstånden beviljas utan någon insyn. Det ska följaktligen separat, för var och en av dessa inskränkningar, prövas bland annat huruvida inskränkningen är ägnad att säkerställa förverkligandet av det mål som den aktuella medlemsstaten har åberopat, och huruvida den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål (se, för ett liknande resonemangdomen i de ovannämnda förenade målen Placanica m.fl., punkt 49, och dom av den 8 september 2010 i mål C-46/08, Carmen Media Group, REU 2010, s. I-8145, punkt 60).

44 Det kan för det första slås fast att en begränsning av antalet tillstånd att anordna kasinospel utgör hinder för etableringsfriheten och för friheten att tillhandahålla tjänster (domen i de ovannämnda förenade målen Placanica m.fl., punkterna 50 och 51).

45 Det framgår emellertid, med förbehåll för vad som kan framkomma av en av den nationella domstolen utförd kontroll, att en begränsning inom den aktuella sektorn av antalet tillstånd, och följaktligen av antalet kasinon, till 12 – vilket enligt den österrikiska regeringens uppgifter motsvarar ett kasino per 750 000 invånare – i sig är ägnad att begränsa antalet speltillfällen och således att uppnå ett mål av allmänintresse som erkänns i unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., punkterna 62 och 67; i de ovannämnda förenade målen Placanica m.fl., punkt 53, och i det ovannämnda målet Carmen Media Group, punkt 84). Eftersom konsumenterna måste förflytta sig när de ska bege sig till ett kasinos lokaler för att kunna delta i hasardspelen i fråga, medför en begränsning av antalet kasinon att det blir svårare att delta i sådana spel.

46 Vad för det andra avser tillståndens giltighetstid, framgår det av domstolens praxis att beviljandet av tillstånd för en period som kan omfatta 15 år kan få till följd att aktörer i andra medlemsstater får det svårare eller helt hindras från att utöva de friheter som garanteras i artiklarna 43 EG, och 49 EG, och utgör därför en inskränkning i utövandet av dessa friheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 mars 2006 i mål C-323/03, kommissionen mot Spanien, REG 2006, s. I-2161, punkt 44).

47 Vad beträffar bedömningen av huruvida denna inskränkning är förenlig med unionsrätten, ska det erinras om att etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster är grundläggande principer i fördraget, och de kan därför endast inskränkas genom regler som grundas på tvingande skäl av allmänintresse och som gäller för alla personer och företag som bedriver verksamhet i värdmedlemsstaten. För att vara motiverad ska den nationella lagstiftningen i fråga dessutom vara ägnad att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås, och den ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för

att uppnå detta mål (dom av den 9 mars 2006 i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien punkt 45 och där angiven rättspraxis).

48 Dessa villkor verkar vara uppfyllda i förevarande mål. Det framgår nämligen att det, med förbehåll för vad som kan framkomma av en av den nationella domstolen utförd kontroll, är motiverat att bevilja tillstånd för en period som kan omfatta 15 år, särskilt med hänsyn till tillståndshavarens behov av en tillräckligt lång tidsperiod för att kunna amortera de investeringar som erfordras för att öppna ett kasino.

49 Vad för det tredje avser förfarandet för beviljande av de tillstånd som är aktuella i målet vid den nationella domstolen, ska det först erinras om att det på unionsrättens nuvarande stadium visserligen är såatt tjänstetillstånd inte omfattas av något av de direktiv genom vilka unionslagstiftaren har reglerat området för offentlig upphandling. Offentliga myndigheter som beviljar sådana tillstånd är emellertid skyldiga att iaktta de grundläggande bestämmelserna i fördragen, särskilt artiklarna 43 EG och 49 EG, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkterna 60 och 61, av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkterna 16–19, av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkterna 46–48 av den 13 april 2010 i mål C-91/08, Wall, REU 2010, s. I-2815 punkt 33, och av den 3 juni 2010 i mål C-203/08, Sporting Exchange, REU 2010, s. I-4695, punkt 39).

50 Även om denna skyldighet att lämna insyn, som gäller när det aktuella tjänstetillståndet kan vara av intresse för ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat än den där tillståndet beviljas, inte nödvändigtvis innefattar en skyldighet att göra en anbudsinfordran, innebär den att myndigheten som beviljar tillståndet ska garantera alla potentiella anbudsgivare en tillräcklig grad av offentlighet för att tjänstetillståndet ska kunna öppnas för konkurrens och för att det ska gå att kontrollera om tilldelningsförfarandena är opartiska (domen i det ovannämnda målet Sporting Exchange, punkterna 40 och 41 och där angiven rättspraxis).

51 Den omständigheten att ett tillstånd helt utan insyn beviljas en aktör som är etablerad i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns utgör nämligen en skillnad i behandling till förfång för aktörer som är etablerade i andra medlemsstater och som inte har någon faktisk möjlighet att tillkännage sitt intresse av att beviljas det aktuella tillståndet. En sådan skillnad i behandling strider mot principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och utgör indirekt diskriminering på grund av nationalitet, vilket är förbjudet enligt artiklarna 43 EG och 49 EG, såvida inte skillnaden i behandling är motiverad av sakliga skäl (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Coname, punkt 19, och Parking Brixen, punkt 50, och dom av den 17 juli 2008 i mål C-347/06, ASM Brescia, REG 2008, s. I-5641, punkterna 59 och 60).

52 Det förhållandet att tillstånd som beviljas för att anordna kasinospel inte motsvarar avtal om tjänstekoncession kan inte i sig motivera att det bortses från de krav som följer av artikel 49 EG, i synnerhet likabehandlingsprincipen och skyldigheten att lämna insyn (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Sporting Exchange, punkt 46).

53 Det framgår nämligen att skyldigheten att lämna insyn är en obligatorisk förutsättning för en medlemsstats rätt att bevilja tillstånd att anordna kasinospelo, avsett hur aktörerna väljs ut. De verkningar som beviljande av sådana tillstånd får för de företag som är etablerade i andra medlemsstater och som potentiellt är intresserade av att utöva denna verksamhet är nämligen desamma som de som följer av ett avtal om tjänstetillstånd.

54 Det ska dessutom erinras om att när det i en medlemsstat har införts ett tillståndssystem som syftar till att uppnå legitima mål som erkänns i rättspraxis kan ett sådant system inte rättfärdiga att de nationella myndigheterna agerar på ett sådant skönsmässigt sätt att unionsrättsliga bestämmelser, i synnerhet bestämmelserna om de grundläggande friheterna, såsom dem som är i fråga i målet vid den nationella

domstolen, förlorar sin ändamålsenliga verkan (se, bland annat, domarna i de ovannämnda målen Sporting Exchange, punkt 49, och Carmen Media Group punkt, 86).

55 För att ett system för föregående myndighetstillstånd ska kunna anses berättigat trots att sådana grundläggande friheter därigenom inskränks, måste det enligt fast rättspraxis grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand, så att ramarna för myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning kan fastställas, så att det inte utövas på ett godtyckligt sätt. Den som berörs av en inskränkning som grundas på ett sådant undantag måste dessutom ha möjlighet att förfoga över ett effektivt rättsmedel (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Sporting Exchange, punkt 50, och Carmen Media Group, punkt 87).

56 Det kan i förevarande fall konstateras att den omständigheten att det inte förekom någon som helst insyn vid beviljandet av tillstånden att anordna kasinospel, med verkan från och med den 1 januari 1998 och från och med den 1 januari 2001, strider mot artiklarna 43 EG och 49 EG.

57 Den österrikiska regeringen har i detta hänseende endast anfört att förfarandet för beviljande av tillstånden var förenligt med den nationella rätt som då gällde och att något krav på insyn inte vid denna tidpunkt hade kunnat utläsas ur domstolens praxis. Denna regering har även hävdat att aktörer som uppfyllde villkoren enligt den tillämpliga lagstiftningen självmant kunde ansöka om att beviljas tillstånd. Ingen av dessa omständigheter kan emellertid motiveras med stöd av ett undantag som uttryckligen föreskrivs i fördraget eller med stöd av ett tvingande skäl av allmänintresse som erkänns i domstolens praxis, som kan motivera att de tillstånd som är aktuella i målet vid den nationella domstolen beviljas utan någon som helst insyn.

58 Med hänsyn till det anförda ska den tredje frågan besvaras enligt följande. Skyldigheten att lämna insyn, som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG samt av principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, utgör hinder för att samtliga tillstånd att anordna kasinospel på en medlemsstats territorium beviljas utan något anbudsförfarande.

Den andra frågan

59 Med hänsyn till svaren på den första och den tredje frågan, och till att den nationella domstolen, såsom har påpekats i punkt 26 i denna dom, anser att det finns ett samband mellan rekvisiten för det brott som Ernst Engelmann åtalats för och frågan huruvida det var rättsenligt att utesluta honom från möjligheten att få ett tillstånd, behöver den andra frågan inte besvaras.

Rättegångskostnader

60 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) Artikel 43 EG ska tolkas så, att den utgör hinder för att tillämpa en medlemsstats lagstiftning enligt vilken uteslutande aktörer med säte på medlemsstatens territorium får anordna hasardspel i kasinon.

2) Skyldigheten att lämna insyn, som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG samt av principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, utgör hinder för att samtliga tillstånd att anordna kasinospel på en medlemsstats territorium beviljas utan något anbudsförfarande.

Underskrifter