

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

Y. BOT

fremsat den 26. januar 2010<sup>1</sup>

1. Kan en medlemsstats lovgivning, hvorefter sportsvæddemål er underlagt en eksklusivordning for at beskytte forbrugerne mod risikoen for ludomani, men som ikke gør det muligt at opfylde dette formål og derfor strider mod retten til fri udveksling af tjenesteydelser, opretholdes i en overgangsperiode, og under hvilke betingelser og hvor længe kan den i givet fald anvendes?

2. Verwaltungsgericht Köln (Tyskland) har med disse spørgsmål anmodet Domstolen om at oplyse, om og under hvilke betingelser der kan gøres undtagelse fra den forpligtelse, som blev fastslået i Simmenthal-dommen<sup>2</sup>, og som er blevet bekræftet i fast retspraksis, og hvorefter den nationale domstol, når en bestemmelse i den nationale lovgivning strider mod en fællesskabsretlig regel, der finder direkte anvendelse, i overensstemmelse med princippet om fællesskabsrettens forrang skal anvende denne regel og undlade at anvende sin nationale lovgivning.

3. I dette forslag til afgørelse vil jeg først foreslå Domstolen at forsyne den forelæggende ret med vejledning om, hvordan den kan undersøge, om dens antagelse om, at den omhandlede lovgivning strider mod retten til fri udveksling af tjenesteydelser, er korrekt.

4. I tilfælde af, at denne antagelse skulle være korrekt, vil jeg dernæst forklare, hvorfor det principielt ikke er muligt — heller ikke i en overgangsperiode — at anvende og opretholde en national retsforskrift, som strider mod en fællesskabsretlig bestemmelse, der finder direkte anvendelse. For så vidt som det er muligt at gøre undtagelse fra den forpligtelse, der følger af Simmenthal-dommen, vil jeg endelig forklare, hvorfor denne mulighed ikke foreligger i forbindelse med den omhandlede lovgivning.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Sml. s. 629.

## I — Retsforskrifter

5. Artikel 12, stk. 1, i Grundgesetz (den tyske grundlov) bestemmer:
- »Den, der uden tilladelse fra myndighederne offentligt afholder eller foranstalter hasardspil, eller som stiller installationer eller lokaler til rådighed herfor, straffes med bøde eller fængsel indtil to år.«
- »Alle tyske borgere har ret til frit at vælge erhverv, arbejdssted og uddannelsessted. Udøvelsen af et erhverv kan reguleres ved love eller på grundlag af en lov.«
6. § 31 i Bundesverfassungsgerichtsgesetz (forfatningsdomstolsloven) foreskriver:
- »1. Bundesverfassungsgerichts afgørelser er bindende for forbundsstatens og delstaternes forfatningsorganer samt for alle retsinstanter og myndigheder.
2. [...] Bundesverfassungsgerichts afgørelse har lovkraft [...], når Bundesverfassungsgericht fastslår, at en lov er forenelig eller uforenelig med Grundgesetz eller ugyldig [...] Domskonklusionen offentliggøres i Bundesgesetzblatt [...]«
7. § 284, stk. 1, i Strafgesetzbuch (den tyske straffelov) har følgende ordlyd:
8. Delstaterne har ved Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (statslig overenskomst om lotterivirksomhed i Tyskland), der trådte i kraft den 1. juli 2004, fastsat ensartede rammer for afholdelse og formidling af hasardspil. Ifølge § 5 i denne overenskomst skal delstaterne sikre et tilstrækkeligt udbud af hasardspil, hvilket de bl.a. kan gøre via en offentligretlig juridisk person eller et overvejende offentligt ejet privatretligt selskab. Det fremgår af den samme bestemmelse, at delstaterne kun kan udøve denne virksomhed inden for deres eget område, medmindre andet er aftalt med en anden delstat.
9. § 1, stk. 1, i Sportwettengesetz Nordrhein-Westfalen (lov om sportsvæddemål i delstaten Nordrhein-Westfalen) af 3. maj 1955 foreskriver:
- »Delstatsregeringen kan autorisere virksomheder i spillesektoren med henblik på afholdelse af sportsvæddemål.

Væddemålsvirksomhederne skal enten være offentligretlige juridiske personer eller privatretlige juridiske personer, der overvejende ejes af offentligretlige juridiske personer [...]«

10. Ifølge de oplysninger, Europa-Kommissionen har angivet i sit skriftlige indlæg, var det på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen kun Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG<sup>3</sup>, der havde fået tilladelse til at afholde sportsvæddemål i delstaten Nordrhein-Westfalen<sup>4</sup>.

11. § 14, stk. 1, i Ordnungsbehördengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (lov om tilsynsmyndigheder i delstaten Nordrhein-Westfalen) bestemmer:

»Tilsynsmyndighederne kan træffe de nødvendige foranstaltninger for i konkrete situationer at afværge en risiko for den offentlige sikkerhed eller orden.«

3 — Herefter »WestLotto«.

4 — Herefter »delstaten NRW«.

## II — Tvisten i hovedsagen og forelæggelsesafgørelsen

12. Winner Wetten GmbH<sup>5</sup>, der har hjemsted i Tyskland, har siden den 1. juni 2005 haft et forretningssted i Bergheim i delstaten NRW, hvorfra det bl.a. formidler Oddset-sportsvæddemål (bookmaking) for selskabet Tipico Co. Ltd<sup>6</sup>. Tipico har hjemsted i Malta, hvor det også er registreret og har fået meddelt statslig bevilling på afholdelse af sportsvæddemål.

13. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim (borgmesteren i Bergheim) udstedte den 28. juni 2005 et administrativt forbud mod, at WW fortsat driver virksomhed med sportsvæddemål, såfremt væddemålsarrangøren ikke er godkendt af delstaten NRW, og truede selskabet med, at dets forretningssted ville blive lukket, hvis det ikke rettede sig efter dette forbud.

14. WW indgav en klage over det administrative forbud, som den 22. september 2005 blev afvist af Landrat des Rhein-Erft-Kreises (forvaltningschefen i Kreis Rhein-Erft). WW anlagde herefter sag til prøvelse af det administrative forbud og af afslaget på klagen ved Verwaltungsgericht Köln.

5 — Herefter »WW«.

6 — Herefter »Tipico«.

15. WW har i forbindelse med denne sag gjort gældende, at det monopol på sportsvæddemål, der er indført i delstaten NRW, strider mod retten til fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49 EF, som fortolket i dom af 6. november 2003, Gambelli m.fl.<sup>7</sup>. I denne dom bemærkede Domstolen, at en erhvervsdrivende, som er etableret på en medlemsstats område og udbyder væddemål på vegne af en væddemålsarrangør, der er etableret i en anden medlemsstat, kan påberåbe sig retten til fri udveksling af tjenesteydelser. Domstolen fastslog ligeledes, at et statsligt monopol på væddemål kun er foreneligt med fællesskabsretten, hvis det begrænser denne virksomhed på en sammenhængende og systematisk måde. Dette er efter WW's opfattelse ikke tilfældet i Tyskland, eftersom de nationale arrangører af sportsvæddemål reklamerer herfor.

16. I forelæggelsesafgørelsen har Verwaltungsgericht Köln for det første oplyst, at WW faktisk har tilsidesat delstaten NRW's lovgivning ved at udbyde sportsvæddemål som mellemmand for Tipico, selv om ingen af de to selskaber har eller kan opnå den fornødne autorisation.

17. Den har for det andet anført, at monopollet på sportsvæddemål i delstaten NRW i betragtning af de krav, Domstolen fastsatte i Gambelli-dommen, strider mod EF-traktatens

bestemmelser om etableringsretten og retten til fri udveksling af tjenesteydelser.

18. Verwaltungsgericht Köln har herved henvist til Bundesverfassungsgerichts dom af 28. marts 2006 og kendelse af 2. august 2006, der vedrørte lovgivningen i henholdsvis delstaten Bayern og delstaten NRW. Bundesverfassungsgericht fandt i disse afgørelser, at monopolerne på sportsvæddemål i disse to delstater må anses for et uforholdsmæssigt indgreb i den erhvervsfrihed, der er sikret ved artikel 12, stk. 1, i Grundgesetz, fordi de ikke sikrer en effektiv bekæmpelse af ludomani. Bundesverfassungsgericht understregede også, at de forfatningsretlige krav og målsætninger svarer til dem, der er fastsat i fællesskabsretten, således som de fremgår af Gambelli-dommen.

19. Den forelæggende ret har endvidere påpeget, at Bundesverfassungsgericht bemærkede, at den aktuelle lovgivning skulle finde anvendelse indtil den 31. december 2007 på betingelse af, at bestemmelserne om sportsvæddemål i denne overgangsperiode blev revideret og bragt i overensstemmelse med Grundgesetz. Forfatningsdomstolen fastslog således, at det organ, der i delstaten arrangerer sportsvæddemål, omgående skulle etablere et minimum af sammenhæng mellem den faktiske udøvelse af dets monopol og formålet om at bekæmpe spillelidenskab og ludomani.

7 — Sag C-243/01, Sml. I, s. 13031.

20. Den forelæggende ret har dog understreget, at det ikke er tilstrækkeligt til at bringe uoverensstemmelsen med fællesskabsretten til ophør, at det statslige monopol på sportsvæddemål rent materielt udformes i overensstemmelse med Bundesverfassungsgerichts krav. Dette kræver efter dens opfattelse også, at de retlige betingelser for udøvelsen af dette monopol ændres. Retten har endvidere bemærket, at national ret, der er i strid med en umiddelbart anvendelig fællesskabsbestemmelse, ikke kan finde anvendelse som følge af fællesskabsrettens forrang.

statsligt monopol på sportsvæddemål, der indeholder retsstridige restriktioner af etableringsretten og retten til fri udveksling af tjenesteydelser, som sikret ved artikel 43 EF og 49 EF, idet de ikke i overensstemmelse med Domstolens praksis (dom af 6.11.2003 i sag C-243/01) på en sammenhængende og systematisk måde medvirker til at begrænse væddemålsvirksomhed, undtagelsesvis fortsat kan finde anvendelse i en overgangsperiode, uanset at umiddelbart gældende fællesskabsret principielt har forrang?

21. Den forelæggende ret har imidlertid gjort opmærksom på, at Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (den øverste forvaltningsdomstol i delstaten NRW) i en kendelse af 28. juni 2006 fastslog, at lovgivningen om sportsvæddemål i denne delstat skulle opretholdes på de samme tidsmæssige og materielle betingelser, som Bundesverfassungsgericht havde fastsat hvad angik delstaten Bayerns lovgivning, for at undgå en »uacceptabel lovgivningslakune«.

- 2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende: Under hvilke betingelser kan der antages at gælde en undtagelse fra forrangsprincippet, og hvorledes fastsættes overgangsperioden?»

22. Verwaltungsgericht Köln har på denne baggrund ved kendelse af 21. september 2006 besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal artikel 43 EF og 49 EF fortolkes således, at nationale bestemmelser om et

### III — Skriftvekslingen med den forelæggende ret

23. Den forelæggende ret har uopfordret sendt Domstolen en skrivelse af 11. maj 2007, hvori den forklarede, at det »efter fast [...] retspraksis er [...] den retlige og faktiske situation på tidspunktet for klageafgørelsen

(i dette tilfælde den 22.9.2005), der er afgørende for vurderingen af den sag, som har givet anledning til anmodningen om præjudiciel afgørelse«. Den anførte videre, at »[h]vis der efterfølgende er sket ændringer i praksis med hensyn til sportsvæddemål — f.eks. efter Bundesverfassungsgerichts afgørelser af 28. marts 2006 og 2. august 2006 — vil disse ændringer ikke være relevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen«.

24. I juli 2008 anmodede Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 104, stk. 5, den forelæggende ret om at uddybe forelæggelsen. Den bad den forelæggende ret om at oplyse, om de præjudicielle spørgsmål stadig var nødvendige for at afgøre tvisten, efter at Bundesverfassungsgericht havde afsagt sin dom af 22. november 2007.

25. Bundesverfassungsgericht fastslog i denne dom, at de overgangsforanstaltninger, den havde fastsat i sin dom af 28. marts 2006, og som på visse betingelser gjorde det muligt at opretholde delstaten Bayerns lovgivning om sportsvæddemål, ikke betød, at de administrative afgørelser om forbud, der var truffet før afsigelsen af denne dom, ikke var retsstridige, og disse afgørelser skulle derfor ophæves.

26. Den forelæggende ret oplyste ved skrivelse af 8. august 2008, at den stadig havde brug for en besvarelse af de præjudicielle spørgsmål for at kunne træffe afgørelse i sagen. Den gjorde opmærksom på, at Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen i en kendelse af 18. april 2007 havde fastslået, at lovligheden af beslutninger, hvori det forbydes at udbyde sportsvæddemål, skal efterprøves ud fra det tidspunkt, hvor den kommende retsafgørelse træffes. Den forelæggende ret har også forklaret, at den retsstilling, der gjaldt fra den 1. januar 2008, adskilte sig væsentligt fra den tidligere retsstilling, og at den derfor ville vurdere lovligheden af det administrative forbud af 28. juni 2005 og af afgørelsen af 22. september 2005, som hovedsagen drejer sig om, i forhold til den situation, der gjorde sig gældende den 31. december 2007, dvs. på et tidspunkt, hvor den tidligere lovgivning, der var i strid med fællesskabsretten, stadig var anvendelig.

#### IV — Bedømmelse

27. Inden jeg undersøger de præjudicielle spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, vil det være hensigtsmæssigt at fremsætte følgende bemærkninger dels om formaliteten med hensyn til disse spørgsmål, dels om den antagelse, som de bygger på.

A — *Formaliteten*

28. Bundesverfassungsgerichts dom af 22. november 2007 kan skabe tvivl om, hvorvidt den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Den norske regering mener heller ikke, at spørgsmålene kan behandles. De er efter dens opfattelse hypotetiske, fordi det ikke er godtgjort, at delstaten NRW's lovgivning strider mod fællesskabsretten.

29. Med hensyn til den første indvending var det faktisk uklart, om de afgørelser, der anfægtes i hovedsagen, skulle ophæves i henhold til Bundesverfassungsgerichts dom, og om den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse derfor har mistet sin genstand.

30. Det skal dog påpeges, at den forelæggende ret i sit svar af 8. august 2008 oplyste, at dens præjudicielle spørgsmål stadig var relevante for sagens afgørelse. Den forklarede, at den skal træffe sin afgørelse i hovedsagen i forhold til den situation, der gjorde sig gældende den 31. december 2007, hvor de bestemmelser, der forbød WW at udbyde sportsvæddemål for Tipico, ifølge de overgangsforanstaltninger, som Bundesverfassungsgericht og Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen havde fastsat, stadig var anvendelige.

31. Spørgsmålet om, hvilken dato Verwaltungsgericht Köln skal tage udgangspunkt i, når den træffer afgørelse i et verserende annullationssøgsmål, og hvilke konsekvenser Bundesverfassungsgerichts dom af 22. november 2007 har for de afgørelser, der er genstand for hovedsagen, afhænger af de nationale materielle og processuelle regler og skal derfor afgøres af den forelæggende ret.

32. Det bør som følge af fordelingen af opgaverne mellem den nationale ret og Domstolen i forbindelse med den præjudicielle procedure og den samarbejdsånd, som denne procedure kendetegnes ved, tages i betragtning, at Verwaltungsgericht Köln stadig mener, at den skal påkende hovedsagen, og at den fastholder sine spørgsmål.

33. De nævnte spørgsmål vedrører fællesskabsrettens fortolkning, og jeg mener derfor, at Domstolen er forpligtet til at behandle sagen, da det efter fast retspraksis inden for rammerne af den procedure, der er indført ved artikel 234 EF, udelukkende tilkommer den nationale ret, som tvisten er indbragt for, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, både om en præjudiciel afgørelse er nødvendig, for at

den kan afsige dom, og om de spørgsmål, den forelægger Domstolen, er relevante<sup>8</sup>.

34. Med hensyn til den anden indvending, der kommer fra den norske regering, har Kommissionen og den tyske regering ganske rigtigt påpeget, at de spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt for Domstolen, kun er relevante, hvis delstaten NRW's lovgivning om sportsvæddemål rent faktisk er i strid med fællesskabsretten. Jeg er enig med de nævnte parter i, at det set ud fra den forelæggende rets redegørelse er tvivlsomt, om dens vurdering er korrekt på dette punkt.

35. Jeg mener derfor, at Domstolen i tråd med den samarbejdsånd, der kendetegner den præjudicielle procedure, og for at forsyne den forelæggende ret med alle fortolknings-elementer vedrørende fællesskabsretten, som kan sætte den i stand til at afgøre tvisten, bør give denne ret de nødvendige oplysninger, for at den kan undersøge på ny, om dens antagelse er korrekt.

36. Det er muligt, at den forelæggende ret skifter mening, når den har fået disse oplysninger, men det betyder ikke, at Domstolen

kan afvise de præjudicielle spørgsmål og undlade at besvare dem. Selv om den nævnte antagelse, henset til sagsakterne, kan drages i tvivl, kan den forelæggende ret alligevel fastholde den, eftersom det i sidste instans er den, der afgør, om delstaten NRW's lovgivning er udformet og i praksis er gennemført på en sammenhængende og systematisk måde for at opnå den tilsluttede beskyttelse<sup>9</sup>.

37. Ifølge fast retspraksis kan Domstolen dog kun afslå at besvare et præjudicielt spørgsmål om fællesskabsrettens fortolkning under særlige omstændigheder, hvor det klart fremgår, at spørgsmålet ikke er relevant for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, hvor problemet er af hypotetisk karakter, eller hvor Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give den forelæggende ret et svar, der gør det muligt for den at afgøre denne tvist<sup>10</sup>.

38. Disse afvisningsgrunde foreligger ikke i denne sag.

8 — Jf. senest dom af 19.11.2009, sag C-314/08, Filipiak, Sml. I, s. 11049, præmis 40.

9 — Dom af 21.10.1999, sag C-67/98, Zenatti, Sml. I, s. 7289, præmis 37, og Gambelli-dommen, præmis 66.

10 — Filipiak-dommen, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis.



39. Den forelæggende ret, som finder, at den lovgivning om sportsvæddemål, som dannede grundlag for de afgørelser, der er indbragt for denne ret, strider mod etableringsretten og retten til fri udveksling af tjenesteydelser, ønsker således oplyst, om og på hvilke betingelser der kan gøres undtagelse fra kravet om, at denne lovgivning som følge af princippet om fællesskabsrettens forrang ikke bringes i anvendelse, og at disse afgørelser skal ophæves. Den har stillet Domstolen dette spørgsmål, fordi den tyske forfatningsdomstol og appelininstansen afgjorde, at denne lovgivning skulle opretholdes, selv om den strider mod den tyske grundlov.

40. Domstolen råder efter min opfattelse over tilstrækkelige faktiske og retlige oplysninger, således at den kan svare på dette spørgsmål. Når den antagelse, som spørgsmålet er baseret på, beror på den nationale rets vurdering og kan bekræftes af denne, viser det desuden, at dette spørgsmål ikke vedrører et rent hypotetisk problem, og heller ikke, at det er åbenbart irrelevant for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

41. Jeg mener derfor, at den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

*B — Den forelæggende rets antagelse om, at delstaten NRW's lovgivning strider mod fællesskabsretten*

42. Den forelæggende ret finder, at delstaten NRW's lovgivning om sportsvæddemål strider mod retten til fri udveksling af tjenesteydelser, således som denne ret er fortolket i Gambelli-dommen, fordi de autoriserede nationale organer tilskynder folk til at deltage i disse væddemål, og lovgivningen derfor ikke sikrer en effektiv bekæmpelse af ludomani. Den har videre anført, at de ændringer, som WestLotto efter Bundesverfassungsgerichts anvisninger har foretaget i sin virksomhed, ikke bringer uoverensstemmelsen med fællesskabsretten til ophør, hvilket kræver, at der også ændres i monolets retlige udformning.

43. Den forelæggende ret har baseret sin konklusion om, at den omhandlede lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten, på, hvad der fremstår som en korrekt retlig vurdering.

44. Det kan således udledes af Gambelli-dommen, at WW, der udbyder sportsvæddemål som mellemmand for et selskab i Malta, kan påberåbe sig be-

stemmelserne i artikel 49 EF<sup>11</sup>. Jeg er endvidere enig med Kommissionen i, at WW kun kan påberåbe sig traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser og ikke bestemmelserne om etableringsfriheden, da der er tale om et tysk selskab, der udøver sin virksomhed i Tyskland.

politik, der i høj grad tilskynder disse forbrugere til at spille<sup>13</sup>.

45. Det er i øvrigt ubestridt, at en national lovgivning som delstaten NRW's, der forbyder udbud af sportsvæddemål, som afholdes af et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser.

47. Som jeg allerede har nævnt, tilkommer det endelig den nationale ret at vurdere, om den omhandlede lovgivning faktisk gennemføres i overensstemmelse med de formål, der forfølges.

46. En sådan restriktion kan endvidere være begrundet i hensynet til den offentlige orden eller i et andet tvingende alment hensyn såsom beskyttelse af forbrugerne mod incitamenter til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed, men den skal være forholdsmæssig i forhold til dette formål, som derfor skal forfølges på en sammenhængende og systematisk måde<sup>12</sup>. Domstolen gjorde det i Gambelli-dommen klart, at denne betingelse ikke er opfyldt, når en medlemsstat har vedtaget restriktive bestemmelser om pengespil med det ene formål at beskytte forbrugerne mod risikoen for overdrevent forbrug, samtidig med at den reelt fører en

48. Den forelæggende rets konklusion kan imidlertid kritiseres i to henseender.

49. For det første kan det, som den norske regering har gjort gældende, ikke afvises, at de betingelser, der stilles i Grundgesetz, er strengere end de fællesskabsretlige betingelser, i hvert fald i lyset af de præciseringer, der er sket i retspraksis efter Gambelli-dommen.

50. I dom af 6. marts 2007, Placanica m.fl.<sup>14</sup>, fastslog Domstolen således, at hvis en medlemsstats lovgivning om pengespil har til formål at lede denne virksomhed ind i kontrollerbare baner for at undgå, at den drives med kriminelle formål, skal de autoriserede erhvervsdrivende udgøre et rimeligt, men

11 — Gambelli-dommen, præmis 58.

12 — Ibidem, præmis 67.

13 — Ibidem, præmis 69.

14 — Forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Sml. I, s. 1891.

samtidig et attraktivt alternativ til en forbudt aktivitet, hvilket i sig selv kan indebære, at der udbydes et bredt udvalg af spil, at der reklameres i et vist omfang, og at nye distributionsmetoder bringes i anvendelse<sup>15</sup>.

51. I de verserende sager C-203/08, Sporting Exchange, og C-258/08, Ladbrokes Betting & Gaming og Ladbrokes International, skal Domstolen tage stilling til en medlemsstats lovgivning, hvori der fastsættes en monopolordning for pengespil for både at beskytte forbrugerne mod ludomani og at bekæmpe kriminalitet.

52. Jeg har foreslået Domstolen at fastslå, at det ikke i sig selv er uforeneligt med de generelle formål, som den pågældende medlemsstat forfølger, at det tillades virksomheder, der har eneret til at drive pengespil i denne medlemsstat, at gøre deres udbud attraktivt ved at udvikle nye spil og ved at reklamere. Det er imidlertid vigtigt, at medlemsstaten i det konkrete tilfælde fører streng kontrol med og begrænser udviklingen af nye spil og reklamevirksomheden af hensyn til formålet om at beskytte forbrugerne mod ludomani.

53. Da det kan være vanskeligt konkret at finde den rette balance mellem disse to formål, har jeg også foreslået, at Domstolen indrømmer medlemsstaterne et vidt skøn. Spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede lovgivning under hensyn til den måde, hvorpå de kompetente myndigheder og indehaverne af eneretten til at udbyde pengespil konkret gennemfører den, forfølger disse formål på en sammenhængende og systematisk måde, skal undersøges af den nationale ret, når den vurderer denne lovgivnings konkrete virkninger.

54. At indehaveren eller indehaverne af retten til at udbyde pengespil reklamerer i en medlemsstat, hvor denne virksomhed er underlagt begrænsninger for at beskytte forbrugerne mod incitamenter til overdrevent forbrug og risikoen for ludomani, betyder med andre ord ikke nødvendigvis, at betingelsen om, at formålene skal forfølges på en sammenhængende og systematisk måde, er tilsidesat, og derfor heller ikke, at denne lovgivning strider mod fællesskabsretten. Det tilkommer den nationale ret at undersøge samtlige formål med den omhandlede lovgivning og at vurdere dens konkrete virkninger for forbrugerne under hensyntagen til medlemsstaternes vide skøn på dette område.

55. Den forelæggende ret har for det andet ikke forklaret, hvorfor de retlige rammer, hvorunder rettighedsindehaveren udbyder

15 — Præmis 55.

sportsvæddemål, skulle være i strid med fællesskabsretten, og således efter den forelæggende rets opfattelse bevirker, at de ændringer, som WestLotto efter Bundesverfassungsgerichts anvisninger har foretaget af sin virksomhed, ikke bringer denne uforenelighed til ophør.

56. Jeg skal endelig gøre opmærksom på, at Domstolen er blevet forelagt en række præjudicielle spørgsmål i den i øjeblikket verserende sag Stoß m.fl.<sup>16</sup>, som netop har til formål at undersøge, om lovgivningen om sportsvæddemål i delstaterne Baden-Württemberg og Hessen, der har mange lighedspunkter med delstaten NRW's lovgivning, er forenelig med fællesskabsretten.

57. De domme, der afsiges i disse sager, som Domstolen behandler sideløbende med den foreliggende sag, vil derfor også kunne få den forelæggende ret til at revidere sin antagelse.

58. Jeg mener som følge heraf, at det vil være hensigtsmæssigt at præcisere følgende over for den forelæggende ret vedrørende den antagelse, som disse spørgsmål er baseret

på, inden jeg tager fat på de præjudicielle spørgsmål:

- En medlemsstats lovgivning, der begrænser udbuddet af sportsvæddemål for at beskytte de interesser, der er omhandlet i traktaten, eller som i henhold til retspraksis anses for legitime, skal for at være i overensstemmelse med fællesskabsretten forfølge sine formål på en sammenhængende og systematisk måde.
- Det tilkommer den nationale ret under hensyntagen til medlemsstaternes vide skøn på dette område at undersøge, om denne betingelse er opfyldt, under hensyn til samtlige formål med den pågældende lovgivning og at vurdere dens konkrete virkninger for forbrugerne.
- Den forelæggende ret kan i givet fald ligeledes tage hensyn til de anvisninger, der gives i den kommende dom i sagen Stoß m.fl.

*C — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål*

59. Det lægges ved undersøgelsen af de præjudicielle spørgsmål, som den forelæggende ret har rejst, til grund, at den omhandlede

<sup>16</sup> — Forenede sager C-316/07, C-358/07 — C-360/07, C-409/07 og C-410/07.

lovgivning udgør en ubegrundet restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, fordi den ikke på en sammenhængende og systematisk måde medvirker til at begrænse væddemålsvirksomhed.

60. Den forelæggende ret mener med rette, at den skal undlade at anvende sin nationale lovgivning, fordi denne lovgivning strider mod en fællesskabsretlig bestemmelse, der finder direkte anvendelse<sup>17</sup>.

61. Ifølge den holdning, som Domstolen indtog i Simmenthal-dommen, og som den siden har bekræftet i en fast praksis, er den nationale ret i tilfælde af konflikt mellem en bestemmelse i den nationale lovgivning og en fællesskabsretlig regel, der finder direkte anvendelse, forpligtet til at sikre den fulde virkning af denne regel og skal om fornødent af egen drift undlade at anvende denne bestemmelse, selv om den måtte være nyere, uden at den behøver at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af denne bestemmelse ad lovgivningsvejen eller ved noget andet forfatningsmæssigt middel<sup>18</sup>.

62. Den forelæggende ret ønsker med det første præjudicielle spørgsmål oplyst, om der kan undtages fra denne forpligtelse.

63. Den ønsker således nærmere bestemt oplyst, om en domstol i en medlemsstat undtagelsesvis og foreløbigt må fortsætte med at anvende sin nationale lovgivning om sportsvæddemål, selv om denne udgør en ubegrundet restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, idet den ikke bidrager til at begrænse virksomhed med væddemål på en sammenhængende og systematiske måde.

64. Den forelæggende ret har oplyst, at den har stillet Domstolen dette spørgsmål, fordi Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen i sin kendelse af 28. juni 2006 foreløbigt afviste fællesskabsrettens forrang for at undgå, at der opstod en »uacceptabel lovgivningslakune«. Ifølge denne kendelse kan de omtvistede bestemmelser i Sportwettengesetz derfor anvendes midlertidigt, til trods for at artikel 49 EF er tilsidesat, på de samme tidsmæssige og materielle betingelser, som Bundesverfassungsgericht havde fastsat i forbindelse med lovgivningen i delstaten Bayern, under hensyn til retten til fri erhvervsudøvelse, der er sikret ved artikel 12 i Grundgesetz.

65. Det fremgår ligeledes af dens bemærkninger, at Bundesverfassungsgericht i kendelsen af 2. august 2006 traf de samme overgangsforanstaltninger vedrørende delstaten NRW's lovgivning.

17 — Domstolen fastslog i dom af 3.12.1974, sag 33/74, van Binsbergen, Sml. s. 1299, at traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser finder direkte anvendelse.

18 — Simmenthal-dommen, præmis 24, og Filipiak-dommen, præmis 81 og den deri nævnte retspraksis.

66. Disse bemærkninger kan forstås således, at den forelæggende ret ønsker at få klarhed over, om der kan undtages fra den forpligtelse, der er fastsat i Simmenthal-dommen, af to forskellige årsager, nemlig dels fordi Bundesverfassungsgericht har besluttet at opretholde den omtvistede lovgivning indtil den 31. december 2007, dels fordi det er nødvendigt at undgå et retligt tomrum, der kan være uheldigt for forbrugerne i delstaten NRW.

67. Svaret på det præjudicielle spørgsmål fremgår med hensyn til virkningen af Bundesverfassungsgerichts afgørelser meget klart af Filipiak-dommen.

68. I den sag, der gav anledning til denne dom, stod Domstolen over for en situation, hvor den pågældende medlemsstats forfatningsdomstol havde kendt den nationale indkomstskattelovgivning, der viste sig at være i strid med etableringsretten og retten til fri udveksling af tjenesteydelser, forfatningsstridig. Forfatningsdomstolen udsatte imidlertid det tidspunkt, fra hvilket denne lovgivning ikke længere havde bindende virkning.

69. Den nationale ret, som tvisten mellem skattemyndighederne og en skattepligtig, der havde udnyttet en af disse rettigheder til fri bevægelighed, var blevet indbragt for, spurgte

Domstolen, om forrangsprincippet forpligtede den til at undlade at anvende den pågældende lovgivning, selv om forfatningsdomstolen havde forlænget dens virkninger.

70. Domstolen mindede om, hvordan en national ret skal løse en konflikt mellem en bestemmelse i national lovgivning og en umiddelbart anvendelig fællesskabsretlig regel. Den nationale ret skal i overensstemmelse med Simmenthal-dommen løse denne konflikt ved at anvende fællesskabsretten og undlade at anvende den modstående nationale bestemmelse og ikke ved at erklære denne bestemmelse ugyldig, hvilket henhører under den pågældende medlemsstats administrative organer og retter<sup>19</sup>.

71. Den bemærkede, at forfatningsdomstolens udskydelse af det tidspunkt, hvor de omtvistede bestemmelser ikke længere har bindende virkning, ikke er til hinder for, at den forelæggende ret i overensstemmelse med princippet om fællesskabsrettens forrang undlader at anvende disse bestemmelser i den sag, som er indbragt for denne<sup>20</sup>.

72. Efterprøvelsen af bestemmelsernes forfatningsmæssighed og af deres overensstemmelse med fællesskabsretten skal med andre ord have mulighed for at udfolde sin virkning,

<sup>19</sup> — Filipiak-dommen, præmis 82.

<sup>20</sup> — Ibidem, præmis 84.

uden at der opstår en indbyrdes konflikt. På samme måde som den nationale rets opgave ifølge Simmenthal-dommen er begrænset til situationer, hvor der er konflikt mellem en fællesskabsregel og en bestemmelse i den nationale lovgivning, griber forfatningsdomstolens afgørelse om at udskyde det tidspunkt, hvor konsekvenserne af den nationale lovs forfatningsstridighed gør sig gældende, således ikke ind i den nationale rets forpligtelse til at sikre fællesskabsrettens forrang, hver gang den møder en sådan konflikt.

73. Det følger heraf, at den omstændighed, at den omtvistede lovgivning i den foreliggende sag også er i strid med Grundgesetz, og at Bundesverfassungsgericht har besluttet at opretholde denne lovgivning i en overgangsperiode, på ingen måde mindsker den forelæggende rets forpligtelse til ikke at anvende den i den sag, der er indbragt for den, når den anser denne lovgivning for at være i strid med artikel 49 EF.

74. Den forelæggende ret skal således i overensstemmelse med Simmenthal-dommen se bort fra den omtvistede lovgivning, når den gøres gældende mod en tjenesteyder som WW, der kan påberåbe sig artikel 49 EF. Denne retspraksis er derimod ikke til hinder for, at den pågældende lovgivning fortsat finder anvendelse på arrangører af sportsvæddemål, der er etableret i tredjelande, og som ikke kan påberåbe sig retten til fri udveksling af tjenesteydelser eller etableringsretten.

75. Hvad angår den anden årsag til, at den forelæggende ret har stillet sit spørgsmål, vil jeg nu se på, om den omtvistede lovgivning, selv om den krænker retten til fri udveksling af tjenesteydelser, kan anvendes, indtil de kompetente myndigheder vedtager en ny lovgivning, der er forenelig med fællesskabsretten.

76. Formålet med at bevare lovgivningen er at undgå, at der i den mellemliggende periode opstår et retligt tomrum, hvor alle arrangører af sportsvæddemål, der har hjemsted i andre medlemsstater, kan udbyde deres væddemål til forbrugerne i delstaten NRW uden at være underlagt andre regler end dem, der gælder i den stat, hvor de er hjemmehørende.

77. Hvis den omtvistede lovgivning oprettholdes, vil det således ikke alene betyde, at den nationale ret kan anvende den i forbindelse med den sag, der er indbragt for den, men også, at alle nationale myndigheder, inklusive domstolene, kan fortsætte med at anvende den i den overgangsperiode, der er fastsat herfor.

78. For at klarlægge, hvad denne problematik indebærer, skal det også understreges, at den omhandlede lovgivning efter den forelæggende rets antagelse ikke gør det muligt at bekæmpe ludomani på en effektiv måde. Ifølge denne antagelse bevirker lovgivningen med andre ord, at det forbydes arrangører, der har hjemsted i andre medlemsstater, at

udbyde sportsvæddemål til forbrugere, der bor i delstaten NRW, men den formår ikke at beskytte forbrugerne mod den autoriserede virksomheds ihærdige forsøg på at lokke dem til at deltage i disse væddemål.

79. Flere af de medlemsstater, der har afgivet indlæg i den foreliggende sag, har anført, at den omtvistede lovgivning i delstaten NRW bør kunne anvendes, indtil der er vedtaget en lovgivning, der er forenelig med fællesskabsretten. De har fremført en række argumenter til støtte herfor, som jeg vil skitsere i det følgende.

80. De har bl.a. påpeget, at en fællesskabsretsakt, der erklæres for ugyldig inden for rammerne af en præjudiciel sag til prøvelse af dens gyldighed eller et annullationssøgsmål, i henhold til artikel 231, stk. 2, EF fortsat kan have retsvirkninger, hvis det er nødvendigt af hensyn til retssikkerheden og for at undgå en lakune i lovgivningen, hvorved de formål modvirkes, der forfølges med denne retsakt.

81. De mener også, at det vil gribe ind i medlemsstaternes skønsbeføjelse med hensyn til beskyttelsen af samfundsordenen og borgerne mod de risici, der er forbundet med pengespil, hvis der slet ikke kan fastsættes en overgangsperiode.

82. At der kan fastsættes en overgangsperiode, fremgår endelig af bestemmelserne i artikel 228, stk. 2, EF, hvorefter en medlemsstat, der har undladt at opfylde en dom, hvori Domstolen har fastslået, at medlemsstaten ikke har overholdt sine forpligtelser, skal modtage en begrundet udtalelse, inden der indledes en ny traktatbrudsprocedure, hvilket betyder, at den får en yderligere sidste frist.

83. Jeg mener i modsætning til disse medlemsstater ikke, at det kan tillades den forelæggende ret at anvende en sådan lovgivning, når den har fastslået, at den strider mod artikel 49 EF.

84. Jeg baserer min holdning på følgende argumenter. For det første vil det rent principielt krænge fællesskabsrettens forrang og retten til en effektiv domstolsprøvelse, hvis denne lovgivning fortsat finder anvendelse, uanset om det kun sker i en overgangsperiode. Hvis det for det andet antages, at der under særlige omstændigheder kan indrømmes en undtagelse fra den forpligtelse, der fremgår af Simmenthal-dommen, vil dette ikke være muligt under de foreliggende omstændigheder, hvor den omtvistede lovgivning ikke er egnet til at opfylde de tilsigtede formål, og hvor årsagerne til, at den strider mod fællesskabsretten, skal findes i en dom i en præjudiciel sag, der er afsagt mere end 18 måneder før de retsakter, der er omtvistet i hovedsagen, blev vedtaget.



## 1. Principielle hindringer

85. Det skal indledningsvis påpeges, at der indtil nu kun er åbnet mulighed for at tilpasse fællesskabsrettens tidsmæssige virkninger for medlemsstaternes lovgivning for så vidt angår fortiden.

86. Domstolen har således siden Defrennedommen<sup>21</sup> anerkendt, at princippet om, at en fortolkende dom i en præjudiciel sag har tilbagevirkende gyldighed, kan fraviges under ekstraordinære omstændigheder, hvor den tilbagevirkende gyldighed ellers ville have alvorlige økonomiske følger for retsforhold, der var stiftet i god tro, fordi der herskede usikkerhed om fællesskabsrettens egentlige rækkevidde<sup>22</sup>.

87. Det er endvidere fast retspraksis, at det i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet ikke er et krav efter fællesskabsretten, at medlemsstaterne skal omgøre forvaltningsafgørelser eller retsafgørelser, der er blevet endelige<sup>23</sup>.

88. Den eneste situation, hvor den nationale ret indtil nu har haft mulighed for at udsætte en fællesskabsretlig bestemmelse

tidsmæssige virkninger, er den, hvor en afledt retsakt på seriøst grundlag anfægtes ved denne, og hvor denne retsakts gyldighed er genstand for Domstolens prøvelse. Sagsøgeren skal desuden have fremført vægtige argumenter for sin ugyldighedsindsigelse og have godtgjort over for den nationale ret, at det er nødvendigt at udskyde den pågældende retsakts anvendelse, indtil Domstolen har truffet en afgørelse.

89. Dette eksempel er dog ikke relevant for det spørgsmål, der behandles i den foreliggende sag, fordi det vedrører en fællesskabsretlig bestemmelse, hvis gyldighed bestrides med en vægtig begrundelse, og som er ved at blive efterprøvet.

90. Artikel 231, stk. 2, EF giver ganske vist udtrykkeligt hjemmel for at forlænge en retsregels tidsmæssige virkninger, selv om den strider mod fællesskabsretten, når en forordning er erklæret for ugyldig som led i et direkte søgsmål.

91. Der er heller ingen tvivl om, at Domstolen har fastslået, at denne bestemmelse gælder for alle afledte retsakter, og at den også er taget i anvendelse i forbindelse med præjudicielle sager vedrørende retsakters gyldighed. Når Domstolen som led i et direkte annullationssøgsmål eller en præjudiciel sag vedrørende en retsakts gyldighed fastslår, at en afledt fællesskabsretsakt er ugyldig og skal

21 — Dom af 8.4.1976, sag 43/75, Sml. s. 455.

22 — Jf. bl.a. dom af 11.8.1995, forenede sager C-367/93 — C-377/93, Roders m.fl., Sml. I, s. 2229, præmis 43.

23 — Dom af 16.3.2006, sag C-234/04, Kapferer, Sml. I, s. 2585, præmis 24, og af 19.9.2006, forenede sager C-392/04 og C-422/04, i-21 Germany og Arcor, Sml. I, s. 8559, præmis 51.

annulleres, kan den således angive, hvilke af denne retsakts virkninger der skal opretholdes, indtil der vedtages en ny retsakt til erstatning for denne, eller i den periode, som Domstolen fastsætter<sup>24</sup>.

92. Anvendelsen af den pågældende bestemmelse er begrundet i retssikkerhedsmæssige hensyn. Det er vigtigt at forhindre, at der rejses tvivl om retsforhold, som er stiftet inden dommens afsigelse, og at undgå, at der opstår et retligt tomrum, som kan bringe retsaktsens formål i fare, når denne retsakt annulleres.

93. I en nyere dom af 3. september 2008, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen<sup>25</sup>, fastslog Domstolen først, at den forordning<sup>26</sup>, hvoraf det fremgik, at appellanternes midler skulle indefrys, for så vidt som den vedrørte appellanterne var vedtaget under tilsidesættelse af en række grundlæggende rettigheder og skulle annulleres, hvorefter den besluttede, at forordningens virkninger skulle opretholdes i et tidsrum på tre måneder efter dommens afsigelse for at gøre det muligt for Rådet

for Den Europæiske Union at afhjælpe disse tilsidesættelser<sup>27</sup>.

94. Jeg mener i modsætning til de medlemsstater, der har afgivet indlæg i den foreliggende sag, at der er visse principielle hindringer, som er vanskelige at overvinde, for at overføre den mulighed, der er nævnt i artikel 231, stk. 2, EF, på nationale retsforrifter, som strider mod en fællesskabsretlig regel, der finder direkte anvendelse.

95. Hvis man ser på, hvad Domstolen tog hensyn til, da den fastlagde den opgave, som den nationale retsinstans har, når den står over for en konflikt mellem disse to former for regler, fremgår det, at den har lagt vægt på følgende forhold.

96. For det første skal en fællesskabsretlig regel, der finder direkte anvendelse, udfolde sine virkninger fuldt ud og ensartet i alle medlemsstater fra sin ikrafttræden og under hele sin gyldighedsperiode, fordi den er en umiddelbar kilde til rettigheder og forpligtelser for alle, som den vedrører, hvad enten det drejer sig om medlemsstater eller om private<sup>28</sup>.

24 — Dom af 15.10.1980, sag 4/79, Providence agricole de la Champagne, Sml. s. 2823, præmis 45 og 46, af 5.7.1995, sag C-21/94, Parlamentet mod Rådet, Sml. I s. 1827, præmis 29-32, og af 3.9.2009, sag C-166/07, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 7135, præmis 72-75.

25 — Forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, Sml. I, s. 6351.

26 — Der var tale om Rådets forordning (EF) nr. 881/2002 af 27.5.2002 om indførelse af visse specifikke restriktive foranstaltninger mod visse personer og enheder, der har tilknytning til Usama bin Laden, Al-Qaida-organisationen og Taliban, og om ophævelse af Rådets forordning (EF) nr. 467/2001 om forbud mod udførsel af visse varer og tjenesteydelser til Afghanistan, om styrkelse af flyveforbudet og om udvidelse af indefrysningen af midler og andre økonomiske ressourcer over for Taliban i Afghanistan (EFT L 139, s. 9).

27 — Præmis 373 ff.

28 — Simmenthal-dommen, præmis 14 og 15.

97. For det andet fremgår det af princippet om fællesskabsrettens forrang, at fællesskabsretlige regler, der gælder umiddelbart, alene i medfør af deres ikrafttræden bevirker, at enhver modstridende bestemmelse i den nationale lovgivning uden videre bliver uanvendelig<sup>29</sup>.

98. For det tredje vil det forringe artikel 234 EF's effektive virkning, hvis den nationale ret ikke uden videre må anvende fællesskabslovgivningen i overensstemmelse med dommen i den præjudicielle sag.

99. Domstolen har heraf udledt, at enhver bestemmelse i en national retsorden eller enhver lovgivningsmæssig, administrativ eller retslig praksis, som har til følge, at fællesskabsrettens virkning begrænses ved, at den dommer, der er kompetent til at anvende fællesskabsretten, frakendes mulighed for, når han anvender denne, at foretage, hvad der kræves for at udelukke nationale lovgivningsbestemmelser, der måtte udgøre en hindring for fællesskabsreglernes fulde virkning, uanset om denne hindring kun er midlertidig, er uforenelig med de krav, der følger af selve fællesskabsrettens natur<sup>30</sup>.

100. I dommen i sagen *Factortame m.fl.*<sup>31</sup> fandt Domstolen desuden, at de nationale retter som følge af kravet om, at fællesskabsretten skal anvendes effektivt og ensartet, havde beføjelse til at udsætte anvendelsen af

en national retsregel, der ansås for at være uforenelig med fællesskabsretten, for midlertidigt at sikre rettigheder, der består i henhold til traktaten, selv om dette ikke var muligt efter den nationale lovgivning.

101. Hvis det tillades, at en national retsregel, som strider mod en fællesskabsretlig regel, der finder direkte anvendelse, fortsat kan gælde, er det klart, at det gør indgreb i fællesskabsrettens effektive og ensartede anvendelse og dermed også strider mod selve princippet om fællesskabsrettens forrang.

102. Det fremgår herved af *Costa*-dommen<sup>32</sup>, at »hvis fællesskabsretten som følge af senere national lovgivning havde forskellig gyldighed fra stat til stat, ville det bringe virkeliggørelsen af de i [traktaten] [...] omhandlede mål i fare og ville indebære en efter artikel [12 EF] forbudt forskelsbehandling«, idet denne bestemmelse forbyder al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, inden for traktatens anvendelsesområde<sup>33</sup>.

103. Hvis den nationale ret anvender en national retsregel, som sagsøgeren med rette har anfægtet som værende uforenelig med fællesskabsretten, vil det endvidere svare til helt at afvise retten til en effektiv domstolsprøvelse og bringe den effektive virkning af artikel 234 EF i fare.

29 — *Ibidem*, præmis 17.

30 — *Ibidem*, præmis 22 og 23.

31 — Dom af 19.6.1990, sag C-213/89, Sml. I, s. 2433.

32 — Dom af 15.7.1964, sag 6/64, Sml. 1954-1964, s. 531, org.ref.: Rec. s. 1141.

33 — *Ibidem*, på s. 535, org.ref.: Rec. s. 1159.

104. I henhold til fast retspraksis er princippet om effektiv domstolsbeskyttelse som bekendt et almindeligt fællesskabsretligt princip, der udspringer af medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner og er fastslået i artikel 6 og 13 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og som endvidere er blevet bekræftet ved artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, proklameret i Nice den 7. december 2000<sup>34</sup>.

105. Formålet med at sikre den effektive virkning af artikel 234 EF og den umiddelbare virkning af de rettigheder, der er forbundet med den frie bevægelighed, er netop at gøre det muligt for en borger at anfægte en medlemsstats lovgivning og at forhindre, at den finder anvendelse på denne borger, når den strider mod en fællesskabsretlig bestemmelse, herunder en grundlæggende ret til fri bevægelighed.

106. Når man gennemgår den gældende retspraksis vedrørende begrænsningen af en præjudiciel doms tilbagevirkende kraft, viser det sig således, at Domstolen har lagt vægt på at forene behovet for at beskytte retsforhold, der er stiftet i god tro, med retten til en

effektiv domstolsbeskyttelse ved at indføre en undtagelse fra princippet om, at sådanne domme ikke har tilbagevirkende kraft, til fordel for personer, der har anlagt sag eller indgivet en tilsvarende klage, inden Domstolen afsiger sin dom.

107. Domstolen har både fulgt denne praksis i sine fortolkende domme<sup>35</sup> og i præjudicielle sager, hvor den har kendt en fællesskabsretlig regel ugyldig<sup>36</sup>.

35 — Jf. bl.a. dom af 4.5.1999, sag C-262/96, *Sürül*, Sml. I, s. 2685, hvori Domstolen fastslog, at den direkte virkning af artikel 3, stk. 1, i associeringsrådets afgørelse nr. 3/80 af 19.9.1980 om anvendelsen af De Europæiske Fællesskabers medlemsstaters sociale sikringsordninger på tyrkiske arbejdstagere og på deres familiemedlemmer (EFT 1983 L 110, s. 60) ikke kunne påberåbes til støtte for krav vedrørende ydelser for perioder, der lå forud for denne doms dato, fordi der herskede usikkerhed om denne bestemmelses rækkevidde, og det risikerede at forstyrre medlemsstaternes sociale sikringsordninger, bortset fra de tilfælde, hvor personer forud for denne dato havde anlagt sag eller indgivet en tilsvarende klage (præmis 112 og 113).

36 — Domstolen bemærkede følgende i dom af 26.4.1994, sag C-228/92, *Roquette Frères*, Sml. I, s. 1445, præmis 25-27: »[...] det tilkommer Domstolen, såfremt den anvender muligheden for at begrænse retsvirkningerne i fortiden af en præjudiciel ugyldigheds erklæring vedrørende en EF-forordning, at fastslå, om den i dommen fastsatte tidsmæssige begrænsning af ugyldighedens retsvirkninger kan fraviges til fordel for den part, som har anlagt sagen for den nationale ret til prøvelse af den nationale retsakt til gennemførelse af forordningen. Domstolen kan imidlertid også fastslå, at en ugyldigheds erklæring, som kun har retsvirkninger for fremtiden, selv i forhold til denne part kan anses for et passende middel (jf. dommen i sagen *Société des produits de maïs*, præmis 18). I forhold til den part, der som sagsøgeren i hovedsagen ved den nationale ret har anført et anfølgende om opkrævning af monetære udligningsbeløb, som er truffet på grundlag af en ugyldig EF-forordning, vil den omstændighed, at den præjudicielle ugyldigheds erklærings retsvirkninger begrænses til fremtiden, medføre, at sagsøgeren i hovedsagen ikke vil have mulighed for at få omstødt den anførte opkrævnings afgørelse, selv om Domstolen under samme sag har kendt den forordning ugyldig, som afgørelsen er truffet på grundlag af. Hermed vil en erhvervsdrivende som sagsøgeren i hovedsagen ikke være sikret en effektiv retsbeskyttelse i tilfælde, hvor institutionerne tilsidesætter Fællesskabets retsregler, hvilket vil forskerte den ved [artikel 234 EF] tilsigtede virkning.«

34 — EFT C 364, s. 1. Jf. dommen i sagen *Kadi og Al Barakat International Foundation mod Rådet og Kommissionen*, præmis 335 og den deri nævnte retspraksis.

108. Hvis den omtvistede lovgivning i den foreliggende sag anvendes over for WW, hvilket måtte medføre, at selskabets søgsmål forkastes som ugrundet, vil det betyde, at sagsøgeren ikke sikres en effektiv domstolsbeskyttelse af de rettigheder, der følger direkte af traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser.

109. Jeg mener derfor, at den grundlæggende ret til en effektiv domstolsbeskyttelse og princippet om fællesskabsrettens forrang udgør hindringer, som er vanskelige at overvinde, for en eventuel undtagelse fra den forpligtelse, der er fastsat i Simmenthal-dommen.

110. Selv om det subsidiært antages, at der efter en afvejning mellem den interesse, der beskyttes af den nationale retsregel, og de rettigheder, der følger af fællesskabsbestemmelsen, svarende til den afvejning, som Domstolen i dommen i sagen Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen foretog mellem beskyttelsen af grundlæggende rettigheder og bekæmpelsen af terrorisme, kan indrømmes en sådan undtagelse, mener jeg af nedenstående årsager ikke, at dette er muligt i den foreliggende sag.

2. Yderligere hindringer, der gør sig gældende i denne sag

111. Der er efter min opfattelse to forhold, der forhindrer, at en national lovgivning som den, der er tale om her, fortsat kan finde anvendelse, selv om den strider mod fællesskabsretten.

112. Den første hindring skyldes, at lovgivningen efter den forelæggende rets antagelse ikke medvirker til at begrænse væddemålsvirksomhed på en sammenhængende og systematisk måde. Lovgivningen bevirker med andre ord, at det forbydes arrangører af sportsvæddemål, der har hjemsted i andre medlemsstater, at udbyde deres spil til forbrugerne i delstaten NRW, men beskytter ikke disse forbrugere mod den autoriserede virksomheds ihærdige forsøg på at lokke dem til at spille.

113. Argumentet om, at det er nødvendigt at opretholde den omhandlede lovgivning for at undgå et retligt tomrum, kan således ikke tiltrædes, eftersom denne lovgivning ikke i sig selv er egnet til at beskytte forbrugerne. Ifølge den forelæggende rets antagelse er der i virkeligheden tale om en diskriminerende eller i hvert fald protektionistisk foranstaltning.

114. Den anden hindring skyldes, at den omtvistede lovgivning efter den samme antagelse tilsidesætter retten til fri udveksling af tjenesteydelser, hvilket fremgår af de kriterier, som

Domstolen udviklede i Gambelli-dommen, der blev afsagt mere end 18 måneder før de retsakter, der anfægtes i hovedsagen, blev vedtaget.

af den tidsmæssige virkning af den fortolkning, som Domstolen foretager af en fællesskabsretlig regel. Princippet om, at en begrænsning kun antages at bestå på grundlag af selve den dom, der afgør fortolkningsspørgsmålet, sikrer ligebehandling af medlemsstaterne og de øvrige retssubjekter og opfylder derved endog de krav, der følger af retssikkerhedsprincippet<sup>39</sup>.

115. Når Domstolen begrænser sine dommes tilbagevirkende kraft, bestræber den sig på at forene denne undtagelse fra kravet om, at fællesskabsretten skal anvendes effektivt, med behovet for at sikre, at fællesskabsretten fortolkes ensartet i alle medlemsstaterne. I den forbindelse fremgår det for det første af fast retspraksis, at det kun er Domstolen, der kan træffe afgørelse om en sådan begrænsning<sup>37</sup>.

118. Når Domstolen i en præjudiciel dom fastslår, at dens fortolkning af fællesskabsretten følger af en af dens tidligere domme, hvori den ikke begrænsede dommens tidsmæssige virkning, angiver den således, at den senere doms tidsmæssige virkninger ikke kan begrænses<sup>40</sup>.

116. For det andet kan begrænsningen af de tidsmæssige virkninger — og dette andet punkt er væsentligt i den foreliggende sag — kun ske på grundlag af den dom, hvori den fællesskabsretlige regel fortolkes. Domstolen har således fastslået, at en sådan begrænsning kun kan antages at bestå på grundlag af selve den dom, der afgør fortolkningsspørgsmålet<sup>38</sup>.

119. Hvis det i den foreliggende sag blev antaget, at det er muligt at fravige Simmenthal-dommen, ville det derfor være uforeneligt med den nævnte retspraksis. Det vil desuden betyde, at medlemsstaterne fritages for kravet om, at de i henhold til den loyalitetspligt, de pålægges i artikel 10 EF, løbende og hurtigst muligt skal tilpasse deres lovgivning efter fællesskabsretspraksis uden at vente på, at deres egen lovgivning anfægtes som led i en præjudiciel forelæggelse eller en traktatbrudsprocedure.

117. Årsagen til dette er, at det er nødvendigt at have et bestemt tidspunkt for fastsættelse

37 — Dom af 8.2.1996, sag C-212/94, FMC m.fl., Sml. I, s. 389, præmis 56. Domstolen har således bemærket, at det grundlæggende krav om, at fællesskabsretten skal anvendes ensartet og generelt, indebærer, at kun Domstolen kan afgøre, om dens fortolkning skal undergives tidsmæssige begrænsninger (dom af 27.3.1980, sag 61/79, Denkvit italiana, Sml. s. 1204, præmis 18).

38 — Dom af 6.3.2007, sag C-292/04, Meilicke m.fl., Sml. I, s. 1835, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis.

39 — Ibidem, præmis 37.

40 — Ibidem, præmis 38-41.

120. På baggrund af det ovenfor anførte i det hele vil jeg derfor foreslå, at den forelæggende rets spørgsmål besvares med, at en domstol i en medlemsstat ikke undtagelsesvis og som en overgangsforanstaltning må fortsætte med at anvende sin nationale lovgivning om sportsvæddemål, såfremt denne udgør en ubegrundet restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, idet den ikke bidrager til at begrænse virksomhed med

væddemål på en sammenhængende og systematisk måde.

121. For så vidt som jeg foreslår, at spørgsmålet om, hvorvidt der kan undtages fra den forpligtelse, som er nævnt i Simmenthaldommen, besvares benægtende, finder jeg det ikke nødvendigt at behandle det andet præjudicielle spørgsmål, der vedrører betingelserne for en sådan undtagelse.

## V — Forslag til afgørelse

122. Henset til de ovenfor anførte betragtninger, foreslår jeg Domstolen at besvare de af Verwaltungsgericht Köln forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»En medlemsstats lovgivning, der begrænser udbuddet af sportsvæddemål for at beskytte de interesser, der er omhandlet i EF-traktaten, eller som i henhold til retspraksis anses for legitime, skal for at være i overensstemmelse med fællesskabsretten forfølge sine formål på en sammenhængende og systematisk måde.

Det tilkommer den nationale ret under hensyntagen til medlemsstaternes vide skøn på dette område at undersøge, om denne betingelse er opfyldt, under hensyn til samtlige formål med den pågældende lovgivning og at vurdere dens konkrete virkninger for forbrugerne.

Den forelæggende ret kan i givet fald ligeledes tage hensyn til de anvisninger, der gives i den kommende dom i de forenede sager C-316/07, C-358/07 — C-360/07, C-409/07 og C-410/07, Stoß m.fl.

En domstol i en medlemsstat må ikke undtagelsesvis og som en overgangsforanstaltning fortsætte med at anvende sin nationale lovgivning om sportsvæddemål, såfremt denne udgør en ubegrundet restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, idet den ikke bidrager til at begrænse virksomhed med væddemål på en sammenhængende og systematisk måde.«