

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

8. september 2010 *

I sag C-409/06,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Verwaltungsgericht Köln (Tyskland) ved afgørelse af 21. september 2006, indgået til Domstolen den 9. oktober 2006, i sagen:

Winner Wetten GmbH

mod

Bürgermeisterin der Stadt Bergheim,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot og P. Lindh samt dommerne K. Schie-mann (refererende dommer), A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Malenovský, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh og L. Bay Larsen,

* Processprog: tysk.

generaladvokat: Y. Bot
justitssekretær: fuldmægtig N. Nanchev,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. december 2009,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Winner Wetten GmbH ved Rechtsanwälte O. Bludovsky og D. Pawlick
- Bürgermeisterin der Stadt Bergheim ved Rechtsanwälte M. Hecker, M. Ruttig og H. Sicking
- den tyske regering ved M. Lumma, C. Schulze-Bahr, B. Klein og J. Möller, som befuldmægtigede
- den belgiske regering ved A. Hubert, derefter ved L. Van den Broeck, som befuldmægtigede, bistået af advocaten P. Vlaemminck og S. Verhulst

- den tjekkiske regering ved M. Smolek, som befuldmægtiget

- den græske regering ved A. Samoni-Rantou, G. Skiani, M. Tassopoulou og K. Boskovits, som befuldmægtigede

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

- den franske regering ved E. Belliard, G. de Bergues, C. Jurgensen, C. Bergeot-Nunes og A. Adam, som befuldmægtigede

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

- den slovenske regering ved M. Remic, som befuldmægtiget

- den norske regering ved F. Sejersted, G. Hansson Bull, K.B. Moen og Ø. Andersen, som befuldmægtigede

— Europa-Kommissionen ved E. Traversa og K. Gross, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 26. januar 2010,

afsagt følgende

Dom

- ¹ Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 43 EF og 49 EF samt de konsekvenser, som er knyttet til princippet om fællesskabsrettens forrang.

- ² Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem Winner Wetten GmbH (herefter »WW«) og Bürgermeisterin der Stadt Bergheim (borgmesteren i Bergheim) vedrørende sidstnævntes afgørelse om at forbyde WW at drive virksomhed, som består i at udbyde sportsvæddemål.

Nationale retsfor skrifter

Nationale bestemmelser

- 3 § 12, stk. 1, i den tyske grundlov (Grundgesetz) bestemmer:

»Alle tyske borgere har ret til frit at vælge erhverv, arbejdssted og uddannelsessted. Udøvelsen af et erhverv kan reguleres ved lov eller på grundlag af en lov.«

- 4 § 31 i forfatningsdomstolsloven (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) foreskriver:

- »1) Bundesverfassungsgerichts afgørelser er bindende for forbundsstatens og delstaternes forfatningsorganer samt for alle retsinstanser og myndigheder.
- 2) [...] Bundesverfassungsgerichts afgørelse har lovkraft [...], når Bundesverfassungsgericht fastslår, at en lov er forenelig eller uforenelig med grundloven eller ugyldig. Når en lov erklæres for forenelig eller uforenelig med grundloven eller med andre forbundsretlige bestemmelser, skal domskonklusionen offentliggøres i *Bundesgesetzblatt* [...]«

5 Forfatningsdomstolslovens § 35 bestemmer:

»Bundesverfassungsgericht kan i sin afgørelse træffe bestemmelse om, hvem der skal fuldbyrde den; den kan ligeledes træffe bestemmelse om, på hvilken måde fuldbyrdelsen skal ske.«

6 § 284 i straffeloven (Strafgesetzbuch) bestemmer:

»1) 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.

[...]

3) Den, som handler på den i stk. 1 anførte måde

1. erhvervsmæssigt [...]

[...]

straffes med fængsel fra tre måneder til fem år.

[...]«

- 7 Ved statsaftalen om lotterier i Tyskland (Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, herefter »LottStV«), der trådte i kraft den 1. juli 2004, skabte delstaterne en ensartet ramme for erhvervsmæssig organisering, drift og formidling af hasardspil med undtagelse af kasinoer.

- 8 LottStV's § 1 bestemmer:

»Statsaftalen har til formål

1. at kanalisere befolkningens trang til at spille på en ordnet og kontrolleret måde og navnlig undgå, at befolkningen henvender sig til ikke-tilladte hasardspil
2. at forhindre overdreven tilskyndelse til spil
3. at udelukke udnyttelse af spilletrangen med privat eller erhvervsmæssig fortjeneste for øje

4. at sikre, at hasardspil afvikles på lovlig vis, og at deres logik er forståelig, og
5. at sikre, at en betydelig del af indtægterne fra hasardspil anvendes til fremme af offentlige formål eller behandles på en skattemæssigt fordelagtig måde, jf. skatteloven.«

9 LottStV's § 5, stk. 1 og 2, bestemmer:

- »1. Delstaterne har inden for rammerne af de i § 1 omhandlede mål en retlig forpligtelse til at sørge for, at der er et tilstrækkeligt udbud af hasardspil.
2. Delstaterne kan selv på grundlag af loven varetage denne opgave eller lade offentligretlige juridiske personer eller privatretlige selskaber, hvori offentligretlige juridiske personer direkte eller indirekte ejer en bestemmende kapitalandel, varetage opgaven.«

- ¹⁰ I delstaten Nordrhein-Westfalen (herefter »delstaten NRW«) er LottStV gennemført ved lov om sportsvæddemål (Sportwettengesetz Nordrhein-Westfalen) af 3. maj 1955 (herefter »SWG NRW«), hvis § 1, stk. 1, bestemmer:

»Delstatsregeringen kan autorisere virksomheder i spillesektoren med henblik på afholdelse af sportsvæddemål. Væddemålsvirksomhederne skal enten være offentlig-retlige juridiske personer eller privatretlige juridiske personer, der overvejende ejes af offentligretlige juridiske personer. [...]«

- ¹¹ Der er kun givet én tilladelse af denne art i delstaten NRW, og den er givet til Westdeutsche Lotterie & Co. OHG.

Bundesverfassungsgerichts dom af 28. marts 2006

- ¹² Bundesverfassungsgericht har i dom af 28. marts 2006 vedrørende bestemmelserne om gennemførelse af LottStV i delstaten Bayern fastslået, at det offentlige monopol på sportsvæddemål i nævnte delstat tilsidesatte den tyske grundlovs § 12, stk. 1, om den frie erhvervsudøvelse. Bundesverfassungsgericht fandt navnlig, at nævnte monopol, idet det udelukkede private foretagender fra at foranstalte væddemål uden imidlertid at være ledsaget af en lovgivningsmæssig ramme, som er egnet til strukturelt og indholdsmæssigt såvel retligt som faktisk at sikre, at målet bestående i at begrænse spillelysten og bekæmpe ludomani effektivt forfølges, udgjorde et uforholdsmæssigt indgreb i den således sikrede frie erhvervsudøvelse.

- 13 Efter at have understreget, at lovgiver rådede over flere midler til at afhjælpe den således konstaterede forfatningsstridighed, nemlig enten systematisk at indrette monopolet med henblik på at nå ovennævnte mål eller ved lov at indføre procedurer for udstedelse af tilladelser til foranstaltning af erhvervsmæssige væddemål formidlet af private selskaber, besluttede Bundesverfassungsgericht ikke at erklære den omhandlede lovgivning for ugyldig og at opretholde virkningerne heraf indtil den 31. december 2007, idet den præciserede, at lovgiver på denne dato skulle have udøvet sin skønsmagt ved at ændre de regler, som var fundet i strid med den tyske grundlov, således at de blev bragt i overensstemmelse med sidstnævnte.
- 14 Bundesverfassungsgericht fandt desuden, at den aktuelle retstilstand dog kun skulle opretholdes midlertidigt som angivet på betingelse af, at der omgående blev etableret et minimum af sammenhæng mellem formålet om at begrænse spillelidenskab og bekæmpe ludomani og den faktiske udøvelse af monopolet. Navnlig var det forbudt i overgangsperioden at øge udbuddet af væddemål og at foranstalte reklame, som gik videre end ren information vedrørende de udbudte væddemåls art og funktionsmåde. Desuden skulle der straks aktivt informeres om farerne forbundet med væddemål.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 15 Winner Wetten råder over et forretningssted i Bergheim (Tyskland), hvorfra det udøver virksomhed i form af placering af sportsvæddemål for Tipico Co. Ltd, et selskab etableret i Malta.
- 16 Bürgermeisterin der Stadt Bergheim (borgmesteren i Bergheim) udstedte den 28. juni 2005 et administrativt forbud mod, at WW fortsat drev virksomhed med sportsvæddemål, idet selskabets forretningssted ville blive lukket og forseglet, hvis det ikke rettede sig efter dette forbud.

- 17 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) med den begrundelse, at WW ved den nævnte virksomhed om ikke gjorde sig skyldig i medvirken til foranstaltning af hasardspil, hvilket var strafbart i medfør af straffelovens § 284, så i det mindste var skyldig i en overtrædelse af SWG NRW's § 1, der underlægger enhver form for foranstaltning af sportsvæddemål opnåelse af en forudgående tilladelse fra delstaten NRW.
- 18 WW anlagde herefter sag ved Verwaltungsgericht Köln (forvaltningsdomstolen i Köln) til prøvelse af afvisningen af klagen og det administrative forbud af 28. juni 2005, idet selskabet gjorde gældende, at det offentlige monopol på sportsvæddemål, som gjaldt i delstaten NRW, som ligger til grund for disse afgørelser, er i strid med den frie udveksling af tjenesteydelser som sikret ved artikel 49 EF.
- 19 Verwaltungsgericht Köln har anført, at hverken WW eller Tipico Co. Ltd er indehavere af den tilladelse, som kræves i medfør af SWG NRW's § 1 til at kunne udøve den i hovedsagen omhandlede virksomhed, og at de desuden ikke kan gives en sådan tilladelse på grund af monopollet indført ved den lovgivning, som er i kraft i delstaten NRW.
- 20 Verwaltungsgericht Köln er imidlertid herved af den opfattelse, at det følger af dom af 6. november 2003, Gambelli m.fl. (sag C-243/01, Sml. I, s. 13031), at en restriktiv foranstaltning som det nævnte monopol i den foreliggende sag ikke kan begrundes under henvisning til det påståede mål om at forhindre incitamentet til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed og at bekæmpe ludomani, idet det er ubestridt, at de nationale organer, som har tilladelse til at foranstalte sportsvæddemål, tilskynder til deltagelse heri, og at nævnte foranstaltning derfor ikke bidrager til at begrænse væddemålsvirksomhed på en sammenhængende og systematisk måde.

- 21 Det følger af ovennævnte dom af 28. marts 2006 fra Bundesverfassungsgericht, som vedrørte lovgivningen i delstaten Bayern, og af en analog kendelse afsagt af samme ret den 2. august 2006 vedrørende en lignende lovgivning i delstaten NRW, at det offentlige monopol på sportsvæddemål i sidstnævnte delstat tilsidesætter den tyske grundlovs § 12, stk. 1, idet de lovgivningsmæssige rammer, der er i kraft, ikke er egnede til hverken retligt eller faktisk at sikre, at målet bestående i at reducere spillelidenskab og bekæmpe ludomani effektivt forfølges.
- 22 Bundesverfassungsgericht har i nævnte dom desuden udtrykkeligt understreget, at de krav, som følger af ovennævnte bestemmelse i den tyske grundlov, og de krav, som følger af Domstolens praksis, herunder navnlig dommen i sagen Gambelli m.fl., i denne forbindelse er sammenfaldende.
- 23 Ifølge Verwaltungsgericht Köln kan det af det ovenstående udledes, at det monopol, som findes i delstaten NRW, må anses for at være i strid med såvel fællesskabsretten som den tyske grundlov, hvilket Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (den højere forvaltningsdomstol i Nordrhein-Westfalen) i øvrigt allerede har fastslået.
- 24 Ifølge sidstnævnte ret er den omstændighed, at Westdeutsche Lotterie & Co. OHG siden afsigelsen af ovennævnte dom af 28. marts 2006 fra Bundesverfassungsgericht har bestræbt sig på at indrette sin praksis på en sådan måde, at den opfylder de af Bundesverfassungsgericht fastsatte overgangsbetingelser som beskrevet i denne doms præmis 14, ikke tilstrækkelig til at bringe tilsidesættelsen af fællesskabsretten til ophør, idet en ændring af de gældende retsforskrifter herved er nødvendig.

- 25 Verwaltungsgesicht Köln har imidlertid anført, at uanset den manglende overensstemmelse mellem lovgivningen i delstaten NRW og fællesskabsretten som konstateret af Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen fandt sidstnævnte ret, at nævnte lovgivning burde være omfattet af de samme overgangsforanstaltninger som dem fastsat af Bundesverfassungsgericht i ovennævnte dom af 28. marts 2006, dvs., således som det fremgår af nærværende doms præmis 13 og 14, en opretholdelse af virkningerne heraf indtil den 31. december 2007.
- 26 Ifølge Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen kræver det generelle retssikkerhedsprincip og behovet for ikke skabe et retligt tomrum, som kan være til skade for vigtige offentlige interesser, nemlig, at nævnte interesser midlertidigt gives fortrinsret i forhold til den interesse, som private udbydere af væddemål har i frit at få adgang til markedet, idet der — som en fravigelse af princippet om fællesskabsrettens forrang — fastsættes en overgangsperiode, i løbet af hvilken de omhandlede bestemmelser fortsat vil kunne anvendes.
- 27 Verwaltungsgesicht Köln er i tvivl om, hvorvidt indførelsen af en sådan overgangsperiode er forenelig med de krav, som følger af princippet om fællesskabsrettens forrang, der, som det fremgår af dom af 9. marts 1978, Simmenthal (sag 106/77, Sml. s. 629), ubetinget kræver, at en national ret straks skal undlade at anvende en national lovgivning, der er i strid med artikel 43 EF eller 49 EF.
- 28 Verwaltungsgesicht Köln har under disse omstændigheder besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 43 EF og 49 EF fortolkes således, at nationale bestemmelser om et 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 ([dommen i sagen Gambelli m.fl.]) på en sammenhængende og systematisk måde medvirker til at begrænse væddemålsvirksomhed, undtagelsesvist fortsat kan finde anvendelse i en overgangsperiode, uanset at umiddelbart gældende fællesskabsret principielt har forrang?

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

Formaliteten vedrørende de præjudicielle spørgsmål

- ²⁹ Det er den norske regerings opfattelse, at de præjudicielle spørgsmål er hypotetiske. Det fremgår således af forelæggelsesafgørelsen, at den forelæggende ret uden selv at undersøge det monopol, som er indført i delstaten NRW, i lyset af fællesskabsretten har lagt til grund, at nævnte monopol er uforeneligt med bestemmelserne i EF-traktaten, idet den har begrænset sig til at henvise til ovennævnte dom af 28. marts 2006 fra Bundesverfassungsgericht. For det første har Bundesverfassungsgericht imidlertid i nævnte dom udtrykkeligt fastslået, at den ikke havde kompetence til at træffe afgørelse om det omhandlede monopols forenelighed med fællesskabsretten. For det andet foregriber den omstændighed, at Bundesverfassungsgericht fandt, at nævnte monopol var i strid med den tyske grundlov, på ingen måde monoopolets eventuelle uforenelighed med fællesskabsretten.

- ³⁰ Den tyske og den belgiske regering samt Europa-Kommissionen har gjort gældende, at den forelæggende ret frem for at fastslå, at det i hovedsagen omhandlede monopol er uforeneligt med fællesskabsretten alene på grundlag af de konstateringer, som Bundesverfassungsgericht har foretaget i ovennævnte dom af 28. marts 2006, burde have undersøgt, om en sådan uforenelighed fortsat bestod, henset til de betingelser, som Bundesverfassungsgericht ved denne afgørelse har underlagt en midlertidig opretholdelse af virkningerne af den omhandlede lovgivning som beskrevet i denne doms præmis 14.
- ³¹ Den belgiske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at der i mangel af en sådan undersøgelse ikke er ført bevis for, at de præjudicielle spørgsmål er relevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen. Den tyske regering har foreslået Domstolen at omformulere de præjudicielle spørgsmål og besvare dem med, at det således midlertidigt omformede monopol er i overensstemmelse med de betingelser, som følger af dommen i sagen Gambelli m.fl.
- ³² Den forelæggende ret har i et ønske om at besvare de således formulerede indsigelser den 11. maj 2007 sendt en skrivelse til Domstolen, hvorved den har præciseret, at den for at træffe afgørelse i tvisten i hovedsagen er forpligtet til at tage hensyn til den retlige og faktiske situation, som den var på tidspunktet for den i hovedsagen omhandlede afgørelse, dvs. den 22. september 2005, således at der ved afgørelsen af tvisten i hovedsagen ikke kan tages hensyn til eventuelle ændringer indtrådt efter den ovennævnte dom af 28. marts 2006 fra Bundesverfassungsgericht.
- ³³ Domstolen har, henset til indholdet af denne skrivelse, på grundlag af artikel 104, stk. 5, i procesreglementet den 16. juli 2008 tilskrevet den forelæggende ret og opfordret den til at angive, om en besvarelse af de præjudicielle spørgsmål fortsat var relevant for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, henset til de præciseringer, som i mellemtiden var blevet foretaget af Bundesverfassungsgericht i kendelse af 22. november 2007. Bundesverfassungsgericht fastslog i nævnte kendelse vedrørende den lovgivning, der var omhandlet i den sag, som gav anledning til ovennævnte dom af

28. marts 2006, at opretholdelsen af retsvirkningerne af denne lovgivning, som besluttet ved denne dom, ikke fjernede uoverensstemmelsen mellem de administrative beslutninger vedtaget før nævnte dom og den tyske grundlov.

- ³⁴ Den forelæggende ret har i sit svar af 8. august 2008 præciseret, at en besvarelse af de præjudicielle spørgsmål fortsat var relevant, for så vidt som den — i modsætning hvad den tidligere havde anført — havde pligt til at tage hensyn til den retlige og faktiske situation, som forelå den 31. december 2007, for at udtale sig om lovligheden af den i hovedsagen omhandlede afgørelse. Retspraksis havde således udviklet sig i den retning, at lovligheden af en afgørelse som den i hovedsagen omhandlede nu skal vurderes på tidspunktet for afsigelsen af retsafgørelsen. Hvad imidlertid angår hovedsagen er det den 31. december 2007, som der skal tages hensyn til, henset til at nye bestemmelser, som væsentligt adskiller sig fra de foregående, og som på ingen måde har tilbagevirkende kraft, trådte i kraft den 1. januar 2008.

Domstolens bemærkninger

- ³⁵ Det bemærkes for det første, at det ikke tilkommer Domstolen at udtale sig om fortolkningen af nationale bestemmelser, idet en sådan fortolkning henhører under de nationale domstoles enekompetence. Når Domstolen forelægges et præjudicielt spørgsmål af en national domstol, skal den derfor holde sig til den fortolkning af national ret, som den nationale domstol har beskrevet for den (dom af 27.10.2009, sag C-115/08, ČEZ, Sml. I, s. 10265, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

- 36 For det andet følger det af fast retspraksis, at det inden for rammerne af den ved artikel 267 TEUF indførte procedure udelukkende tilkommer den nationale retsinstans, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom (jf. navnlig dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 38, og af 10.3.2009, sag C-169/07, Hartlauer, Sml. I, s. 1721, præmis 24).
- 37 Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national retsinstans, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (jf. PreussenElektra-dommen, præmis 39, og Hartlauer-dommen, præmis 25).
- 38 Begrundelsen for et præjudicielt spørgsmål er således ikke, at Domstolen skal afgive responsa vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål, men at der foreligger et behov med henblik på selve afgørelsen af en retstvist (jf. navnlig dom af 2.4.2009, sag C-459/07, Elshani, Sml. I, s. 2759, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- 39 I disse forskellige henseender bemærkes imidlertid for det første, at det følger af retspraksis, at henset til den klare adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner kan der ikke opstilles krav om, at den forelæggende ret, inden den indbringer et spørgsmål for Domstolen, angiver samtlige de faktiske omstændigheder og retlige vurderinger, som påhviler den i forbindelse med dens dømmende opgave. Det er således tilstrækkeligt, at sagsgenstanden for tvisten i hovedsagen såvel som de aspekter heri, der har væsentlig interesse for Fællesskabets retsorden, fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse for at gøre det muligt for medlemsstaterne at indgive indlæg i overensstemmelse med artikel 23 i statutten for Domstolen og

effektivt deltage i proceduren for Domstolen (jf. dom af 8.9.2009, sag C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, Sml. I, s. 7633, præmis 41).

- 40 For det andet bemærkes, at det fremgår af de præciseringer, som er indeholdt i forelæggelsesafgørelsen, at Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, som er den ret, som pådømmer de indgivne appeller af de afgørelser, der er truffet af den forelæggende ret, allerede har fastslået, dels at det i hovedsagen omhandlede monopol er uforeneligt med EU-retten, dels at overholdelsen af de midlertidige betingelser, som Bundesverfassungsgericht har angivet i ovennævnte dom af 28. marts 2006, og som er gengivet i denne doms præmis 14, ikke er tilstrækkelig til bringe en sådan uforenelighed til ophør.
- 41 Henset til det ovenstående fremgår det ikke klart, at de af den forelæggende ret stillede fortolkningsspørgsmål, der ønskes besvaret, savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller at det rejste problem er af hypotetisk karakter. De præjudicielle spørgsmål kan derfor antages til realitetsbehandling.

Fastlæggelse af de relevante bestemmelser i EU-retten

- 42 Kommissionen har givet udtryk for tvivl med hensyn til relevansen af henvisningen til artikel 43 EF, som er indeholdt i det første spørgsmål, idet den har gjort gældende, at kun artikel 49 EF kan finde anvendelse på en situation som den, der foreligger i hovedsagen.

- 43 Det bemærkes herved, at som det fremgår af fast retspraksis, udgør virksomhed, der består i at give personer mulighed for mod betaling at deltage i et pengespil, tjenesteydelser som omhandlet i artikel 49 EF (jf. navnlig dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 25, og af 21.10.1999, sag C-67/98, Zenatti, Sml. I, s. 7289, præmis 24). Det samme gælder virksomhed i form af reklamering for og salg af pengespil, idet sådanne aktiviteter blot er praktiske foranstaltninger som led i det at arrangere og drive de pengespil, som de vedrører (jf. navnlig Schindler-dommen, præmis 22 og 23).
- 44 Ydelser som de i hovedsagen omhandlede kan således være omfattet af anvendelsesområdet for artikel 49 EF, når — som tilfældet er i hovedsagen — mindst en af tjenesteyderne er etableret i en anden medlemsstat end den, hvor tjenesteydelsen udbydes (jf. navnlig Zenatti-dommen, præmis 24), medmindre artikel 43 EF finder anvendelse.
- 45 Hvad angår artikel 43 EF bemærkes, at denne bestemmelse forbyder restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område, herunder restriktioner, der hindrer oprettelsen af agenturer, filialer eller datterselskaber (jf. dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 45).
- 46 Det følger herved af retspraksis, at begrebet etablering er et meget vidt begreb, som for en fællesskabsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf, hvorved der sker en begunstigelse af det økonomiske og sociale samarbejde i Det Europæiske Fællesskab inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed (jf. navnlig dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 25). Den situation, at en virksomhed, som er etableret i en medlemsstat, permanent er til stede i en anden medlemsstat, kan således være omfattet af bestemmelserne i traktaten om etableringsfriheden, selv om denne tilstedeværelse ikke har form af en filial eller et agentur, men blot af et kontor, der i givet fald ledes af en uafhængig person, som har en fast

bemyndigelse til at handle på virksomhedens vegne i lighed med et agentur (jf. dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 21).

⁴⁷ Hvad angår spil- og væddemålsområdet fandt Domstolen i dommen i sagen Gambelli m.fl., at artikel 43 EF kan anvendes på en situation, hvor et selskab, der er etableret i en medlemsstat, i en anden medlemsstat udøver en virksomhed, som konkret tager form af handelsaftaler, der indgås med erhvervsdrivende eller mellemmand om etablering af dataoverførselscentre, som giver brugerne adgang til elektroniske medier, indsamler og registrerer væddemålsnumrene og videresender dem til nævnte selskab. Hvis et selskab driver virksomhed med indsamling af indsatser i væddemål og hertil som mellemmand benytter en organisation af agenturer, der er etableret i en anden medlemsstat, udgør de restriktioner, som pålægges disse agenturers virksomhed, hindringer for etableringsfriheden (jf. dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 14 og 46, og dom af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 43).

⁴⁸ I den foreliggende sag gør de oplysninger, som er indeholdt i forelæggelsesafgåelsen vedrørende forholdet mellem Tipico Co. Ltd og WW, det hverken muligt at bekræfte eller udelukke, at sidstnævnte bør anses for et datterselskab, en filial eller et agentur som omhandlet i artikel 43 EF.

⁴⁹ Under disse omstændigheder bemærkes, at bedømmelsen af de faktiske omstændigheder i hovedsagen inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 267 TEUF, som er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, henhører under den nationale rets kompetence (jf. navnlig dom af 25.2.2003, sag C-326/00, IKA, Sml. I, s. 1703, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

- 50 Desuden er det som anført i denne doms præmis 36 udelukkende den nationale retsinstans, det tilkommer at vurdere, både om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, og om de spørgsmål, den forelægger Domstolen i den henseende, er relevante.
- 51 Det tilkommer således den forelæggende ret ud fra den konkrete sags omstændigheder at afgøre, om den i hovedsagen omhandlede situation henhører under artikel 43 EF eller under artikel 49 EF.
- 52 Henset til det ovenstående skal de præjudicielle spørgsmål undersøges både i lyset af artikel 43 EF og i lyset af artikel 49 EF.

Om realiteten

Det første spørgsmål

- 53 Det bemærkes for det første, at ifølge fast retspraksis fremgår det af princippet om EU-rettens forrang, at de bestemmelser i traktaten og retsakter fra institutionerne, som gælder umiddelbart, for medlemsstaternes nationale ret alene i medfør af deres ikrafttræden bevirker, at enhver modstridende bestemmelse i den eksisterende nationale lovgivning uden videre bliver uanvendelig (jf. navnlig Simmenthal-dommen, præmis 17, og dom af 19.6.1990, sag C-213/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 2433, præmis 18).

- 54 Som Domstolen har understreget, skal de EU-bestemmelser, der finder direkte anvendelse, som er en umiddelbar kilde til rettigheder og forpligtelser for alle, som de vedrører, hvad enten det drejer sig om medlemsstater eller om private, som er parter i retsforhold, der henhører under EU-retten, udfolde deres virkninger fuldt ud og ensartet i alle medlemsstater fra deres ikrafttræden og under hele deres gyldighedsperiode (jf. i denne retning *Simmenthal-dommen*, præmis 14 og 15, og dommen i sagen *Factortame m.fl.*, præmis 18).
- 55 Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at enhver national ret inden for sin kompetence som organ i en medlemsstat har pligt til i medfør af det i artikel 10 EF angivne princip om samarbejde at anvende den direkte anvendelige EU-ret fuldt ud og at beskytte de rettigheder, som denne tillægger private, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, hvad enten denne er vedtaget før eller efter den EU-retlige bestemmelse (jf. i denne retning *Simmenthal-dommen*, præmis 16 og 21, og dommen i sagen *Factortame m.fl.*, præmis 19).
- 56 Det følger af det ovenstående, at enhver bestemmelse i national ret eller enhver lovgivningsmæssig, administrativ eller retslig praksis, som har til følge, at EU-rettens virkning begrænses ved, at den dommer, der er kompetent til at anvende EU-retten, frakendes mulighed for, når han anvender denne, at foretage, hvad der kræves for at udelukke nationale lovgivningsbestemmelser, der måtte udgøre en hindring for den fulde virkning af direkte anvendelige EU-regler, er uforenelig med de krav, der følger af selve EU-rettens natur (*Simmenthal-dommen*, præmis 22, og dommen i sagen *Factortame m.fl.*, præmis 20).
- 57 Domstolen har præciseret, at dette navnlig ville være tilfældet, såfremt løsningen af en konflikt mellem en bestemmelse i EU-retten og en senere national lov var beholdt en anden myndighed end den dommer, der er udset til at sikre EU-rettens anvendelse, og denne myndighed havde en særlig skønsbeføjelse, endog selv om den

hindring, der således ville opstå for EU-rettens fulde virkning, kun var midlertidig (Simmenthal-dommen, præmis 23).

58 Det bemærkes i øvrigt, at princippet om effektiv retsbeskyttelse i henhold til fast retspraksis er et almindeligt EU-retligt princip, der udspringer af medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner, som 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, og at det i denne henseende tilkommer medlemsstaternes domstole i medfør af det i artikel 10 EF angivne princip om samarbejde at sikre retsbeskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til EU-retten (dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37 og 38 og den deri nævnte retspraksis).

59 Det bemærkes i den foreliggende sag, at Bundesverfassungsgericht, da den i ovennævnte dom og kendelse af henholdsvis 28. marts 2006 og 2. august 2006 fastslog, at et monopol som det i hovedsagen omhandlede var i strid med bestemmelserne i den tyske grundlov, ikke udtalte sig om dette monopols forenelighed med fællesskabsretten, idet den tværtimod i nævnte dom understregede, at den i den foreliggende sag anså sig for at mangle kompetence til at udtale sig herom.

60 Hvad angår den omstændighed, at Bundesverfassungsgericht efter at have fastslået, at monopollet var uforeneligt med den tyske grundlov, under de betingelser, som er nævnt i denne doms præmis 13 og 14, besluttede midlertidigt at opretholde retsvirkningerne af den nationale lovgivning om nævnte monopol, følger det af den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 53-58, at en sådan omstændighed ikke er til hinder for, at en national domstol, som fastslår, at samme lovgivning er i strid med EU-bestemmelser, der har direkte virkning, såsom artikel 43 EF og 49 EF, i overensstemmelse med princippet om EU-rettens forrang beslutter at undlade at

anvende denne lovgivning inden for rammerne af den sag, som er indbragt for den (jf. analogt dom af 19.11.2009, sag C-314/08, Filipiak, Sml. I, s. 11049, præmis 84).

- ⁶¹ Nationale bestemmelser, selv hvis der er tale om forfatningsbestemmelser, må således ikke være til skade for EU-rettens enhed og effektivitet (jf. i denne retning dom af 17.12.1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Sml. 1970, s. 235, org.ref.: Rec. s. 1125, præmis 3).
- ⁶² Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen og af selve ordlyden af det første præjudicielle spørgsmål, at den forelæggende ret også ønsker oplyst, mere generelt og således uafhængigt af afgørelsen fra Bundesverfassungsgericht af 28. marts 2006, om den fortrængning af den nationale lovgivning, som er fundet i strid med artikel 43 EF og 49 EF, som følger af princippet om forrang, kan suspenderes i den tid, der er nødvendig for at bringe denne lovgivning i overensstemmelse med nævnte bestemmelser i traktaten. Som det fremgår af denne doms præmis 26, er dette spørgsmål da også blevet stillet af den forelæggende ret navnlig i relation til den omstændighed, at Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, alt imens den fandt, at det følger af Domstolens praksis, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning er i strid med artikel 43 EF og 49 EF, fastslog, at en sådan suspension var begrundet i forhold til nævnte lovgivning, fordi tvingende hensyn vedrørende beskyttelsen af den offentlige orden og beskyttelsen af borgerne mod de risici, der er forbundet med pengespil, er til hinder for det retlige tomrum, som ville være resultatet af en umiddelbar fortrængning af denne lovgivning.
- ⁶³ Samtlige de medlemsstater, der har afgivet indlæg, har i det væsentlige anført, at en anerkendelse af, at der gælder et princip, som i særlige tilfælde tillader en midlertidig opretholdelse af retsvirkningerne af en national bestemmelse, som er blevet fundet i strid med en direkte anvendelig EU-bestemmelse, kan være berettiget i analogi med den praksis, som Domstolen har udviklet på grundlag af artikel 231, stk. 2, EF, hvorved retsvirkningerne af fællesskabsretsakter, som den har annulleret i medfør af artikel 230 EF eller erklæret ugyldige i medfør af artikel 234 EF, midlertidigt kan opretholdes.

- ⁶⁴ Det bemærkes herved, at i medfør af artikel 231, stk. 2, EF, nu artikel 264, stk. 2, TEUF, der finder analog anvendelse også i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse i medfør af artikel 234 EF, nu artikel 267 TEUF, vedrørende gyldigheden af retsakter, har Domstolen ganske vist et skøn med hensyn til i hver enkelt, konkret sag at afgøre, hvilke virkninger af en EU-retsakt, som den annullerer eller erklærer ugyldig, der skal betragtes som bestående (jf. navnlig dom af 22.12.2008, sag C-333/07, *Régie Networks*, Sml. I, s. 10807, præmis 121 og den deri nævnte retspraksis).
- ⁶⁵ Domstolen kan ved udøvelsen af denne kompetence bl.a. beslutte at suspendere retsvirkningerne af annulationen eller den fastslåede ugyldighed af en sådan retsakt indtil vedtagelsen af en ny retsakt, som afhjælper den konstaterede ulovlighed (jf. i denne retning navnlig dom af 3.9.2008, forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, *Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen*, Sml. I, s. 6351, præmis 373-376, om en annulation og *Régie Networks*-dommen, præmis 126, om en konstatering af ugyldighed).
- ⁶⁶ Som det fremgår af retspraksis, kan opretholdelsen af retsvirkningerne af en EU-retsakt, som er blevet annulleret eller erklæret ugyldig, hvis formål er at hindre, at der opstår et retligt tomrum, indtil en ny retsakt erstatter den annullerede retsakt (jf. navnlig dom af 5.2.2004, sag C-157/02, *Rieser Internationale Transporte*, Sml. I, s. 1477, præmis 60), begrundes i tvingende retssikkerhedsmæssige hensyn vedrørende samtlige de interesser af såvel offentlig som privat karakter, der gør sig gældende (jf. navnlig *Régie Networks*-dommen, præmis 122 og den deri nævnte retspraksis), og i den periode, som er nødvendig for, at en sådan ulovlighed afhjælpes (jf. i denne retning navnlig dommen i sagen *Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen*, præmis 375, og *Régie Networks*-dommen, præmis 126).
- ⁶⁷ I denne forbindelse er det imidlertid tilstrækkeligt at bemærke, at selv om betragtninger, som ligner dem, der ligger til grund for nævnte retspraksis, der er opbygget vedrørende EU-retsakter, analogt og undtagelsesvist kan bevirke en midlertidig suspension af den fortrængende virkning, som en direkte anvendelig EU-bestemmelse har i forhold til national ret, der er i strid hermed, må en sådan suspension, som kun

Domstolen kan fastsætte betingelserne for, uden videre udelukkes i den foreliggende sag, når henses til fraværet af tvingende retssikkerhedsmæssige hensyn, som kunne være egnet til at begrunde en sådan suspension.

⁶⁸ Det fremgår således af forelæggelsesafgørelsen, at den forelæggende ret, som har enekompetence til at vurdere de faktiske omstændigheder i den tvist, som er indbragt for den, på det tidspunkt fandt, at den i hovedsagen omhandlede restriktive lovgivning ikke effektivt bidrog til at begrænse væddemålsvirksomhed på en sammenhængende og systematisk måde, og at det således fulgte af Domstolens tidligere praksis, at en sådan lovgivning, som ikke kunne begrundes under henvisning til målet om at forhindre incitamentet til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed og at bekæmpe ludomani, tilsidesætter artikel 43 EF og 49 EF.

⁶⁹ Henset til det ovenstående skal det første spørgsmål besvares med, at på grund af de direkte anvendelige EU-bestemmelers forrang må en national lovgivning, som vedrører et offentligt monopol på sportsvæddemål, og som ifølge en national rets konstateringer omfatter restriktioner, som er uforenelige med etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, fordi de ikke bidrager til at begrænse væddemålsvirksomhed på en sammenhængende og systematisk måde, ikke fortsat anvendes i en overgangsperiode.

Det andet spørgsmål

⁷⁰ Henset til besvarelsen af det første spørgsmål er det ufornuddent at besvare det andet spørgsmål.

Sagens omkostninger

- ⁷¹ 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 (Store Afdeling) for ret:

På grund af de direkte anvendelige EU-bestemmelers forrang må en national lovgivning, som vedrører et offentligt monopol på sportsvæddemål, og som ifølge en national rets konstateringer omfatter restriktioner, som er uforenelige med etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, fordi de ikke bidrager til at begrænse væddemålsvirksomhed på en sammenhængende og systematisk måde, ikke fortsat anvendes i en overgangsperiode.

Underskrifter