

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

PAOLO MENGOZZI

föredraget den 4 mars 2010¹

I – Inledning

1. En miljardindustri som gäller en farlig och i kulturellt avseende känslig verksamhet. En tjänst som tack vare de nya kommunikationsmedlen lätt passerar gränserna. En sektor som inte är harmoniserad inom vilken det endast finns rättspraxis som får tolkas fall för fall.

2. Alla dessa faktorer sammanfaller i spelsektorn. Därför är det inte förvånande att det förekommer många tvister i sektorn och att den sannolikt kommer att fortsätta att ge upphov till konflikter i framtiden. De frågor som studeras här är ett gott bevis på detta, liksom många andra frågor som för närvarande är anhängiga i domstolen².

3. Avsaknaden av sekundärrätt på förevarande område är en avgörande faktor som tvingar domstolarna att hänvisa direkt till fördragen. Trots att rättspraxis på området har ökat märkbart under de senaste åren finns det fortfarande ingen tillräcklig grund i rättspraxis för att lösa de olika typfall som varje dag läggs fram för de nationella domstolarna. Det är på dessa som det ankommer att ur gemenskapsrättslig synvinkel i sista instans studera de bestämmelser som begränsar tillträdet till spelmarknaden i en medlemsstat. När domstolen besvarar tolkningsfrågor är den skyldig att upplysa de nationella domstolarna om vilken väg de ska gå för att kunna lösa denna svåra uppgift.

4. I de i detta fall berörda målen har Verwaltungsgericht i Giessen och Stuttgart (förvaltningsdomstolar, Tyskland) begärt att domstolen ska uttala sig för det första om huruvida monopolet på sportvadhållning och lotterier i Tyskland är förenligt med gemenskapsrätten. De anser nämligen att den nationella politik som går ut på att begränsa spel lider av en förmodad brist på sammanhang. För det andra ska domstolen uttala sig om huruvida det är möjligt att tillämpa principen om ömsesidigt erkännande på nationella tillstånd att anordna sportvadhållning.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Se målen C-46/08, Carmen Media Group, C-64/08, Engelman, och C-212/08, Zeturf Ltd, samt de förenade målen C-447/08 och C-448/08, Sjöberg och Gerdin, som ännu inte avgjorts av domstolen.

II – Tillämpliga bestämmelser

B – Den tyska rätten

A – Gemenskapsrättsliga bestämmelser

5. Sektorn för hasardspel är för närvarande inte harmoniserad i unionsrätten. Enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden³ utsluts uttryckligen hasardspel från dess tillämpningsområde: ”Detta direktiv skall inte tillämpas på följande verksamheter: ... h) Spelverksamhet som innebär att insatser med penningvärde görs i hasardspel, t.ex. lotterier, kasinospel och vadslagningar” (artikel 2.2).

6. Avsaknaden av harmonisering gör det nödvändigt att gå till primärrätten och i förevarande fall till artikel 49 EU enligt vars första stycke ”inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen [ska] förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten”.

7. I Tyskland är behörigheten på spelområdet uppdelad mellan förbundsstaten och delstaterna (Länder). I de flesta delstaterna finns ett regionalt monopol för anordnande av sportvadhållning och lotterier medan driften av spelautomater och kasinon anförtros privata aktörer som fått erforderligt tillstånd.

1. Förbundsstatlig rätt

8. I 284 § i den tyska strafflagen (Strafgesetzbuch, nedan kallad StGb), föreskrivs följande:

”1) Den som anordnar hasardspel som är tillgängligt för allmänheten utan att ha myndigheternas tillstånd eller tillhandahåller den utrustning som behövs döms till böter eller fängelse i högst två år.

3 — EUT L 376, s. 36, nedan kallat tjänstedirektivet.

...

(3) Den som agerar i de fall som anges i första punkten

10. Vad beträffar tillstånd för vadhållning vid hästkapplöpningar föreskrivs i 1 § RWLG, följande:

1. i yrkesmässig verksamhet ...

”En förening som vill bedriva en verksamhet med ömsesidig vadhållning i samband med offentliga hästkapplöpningar eller andra offentliga hästtävlingar måste ha erhållit tillstånd av behörig myndighet i enlighet med delstatens lagstiftning.

...

...

döms till fängelse i lägst tre månader och högst fem år

3. Tillstånd kan endast beviljas till föreningar som garanterar att deras inkomster uteslutande är avsedda för utveckling av hästuppfödningen i delstaten.”

...”

11. I 2 § 1 RWLG föreskrivs följande

9. Fastställandet av villkoren för de tillstånd som nämns i 284 § StGB ankommer på delstaterna, med undantag av tillstånd för anordnande av vadhållning vid officiella hästtävlingar och installation och drift av spelautomater som beviljats av delstaterna men med tillämpning av de villkor som fastställts i lagen om vadhållning vid kapplöpningar och lotterier (Rennwett und Lotteriegesezt, nedan kallad RWLG) och handels- och industrilagen (Gewerbeordnung).

”Den som i förvärvssyfte vill anordna vadhållning vid offentliga hästtävlingar eller tjäna som förmedlare av sådan vadhållning (bookmakers) måste ha erhållit tillstånd av behörig myndighet i enlighet med delstatens lagstiftning.”

2. Delstatlig rätt

4. att garantera att hasardspel bedrivs regelrätt och att deras uppbyggnad ska vara begriplig, och

a) LottStV

12. Genom fördraget om lotterier i Tyskland (Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, nedan kallat LottStV), vilket trädde i kraft den 1 juli 2004, utarbetade delstaterna en enhetlig ram för anordnande, bedrivande och placering i förvärvssyfte av hasardspel med undantag av kasinon.

5. att garantera att en betydande del av intäkterna från hasardspel används för att främja allmänna ändamål eller ändamål som har en privilegierad skatterättslig ställning i den mening som avses i skattelagen”.

14. I 5 § LottStv föreskrivs följande:

13. I 1 § LottStV fastställs lagens syften delstaterna emellan: Dessa syften är

”1. Delstaterna är skyldiga att inom ramen för de syften som anges i 1 § tillse att det finns ett tillräckligt utbud på hasardspel.

”1. att på ett ordnat och kontrollerat sätt kanalisera befolkningens naturliga benägenhet att spela och i synnerhet undvika att den styrs till otillåtna hasardspel,

2. Delstaterna kan med stöd av lagen själva utföra denna uppgift eller överlåta den åt offentliga juridiska personer eller sådana privata juridiska personer vars aktiemajoritet innehas av offentliga juridiska personer.

2. att motverka spelberoende,

3. att utestänga verksamhet som främjar spel med privata eller kommersiella vinstsyften,

3. De personer som nämns i punkt 2 har endast rätt att agera som arrangörer och driftsansvariga ... i den delstat där de fullgör sina uppgifter enligt punkt 2. De kan endast

marknadsföra eller låta marknadsföra hasardspel i denna delstat. De kan anordna och bedriva hasardspel i en annan delstat endast med dennas tillstånd. Erhållande av tillstånd är inte en förvärvad rättighet.

4. Andra personer än dem som nämns i punkt 2 har endast rätt att anordna egentliga och andra lotterier i enlighet med bestämmelserna i tredje avdelningen.”

15. Enligt 6 § LottStV, som ingår i den tredje avdelningen, krävs det tillstånd i förväg för att anordna offentliga lotterier som inte faller under 5 § 2 och det räknas upp en rad villkor som måste vara uppfyllda för att ett sådant ska beviljas. Enligt 7 § 1 LottStV är det uteslutet att bevilja dessa tillstånd när det är möjligt att anordnandet av lotterier med hänsyn till den befintliga allmänna utbudsvolymen vad gäller hasardspel särskilt uppmuntrar spelbegäret.

16. Inom den ram som uppställs i LottStV, har varje delstat formulerat sina egna bestämmelser om hasardspel och förbehållit sig själv anordnandet av lotterier och sportvadhållning eller anförtrott detta åt privata bolag som den kontrollerar.

b) Lagstiftningen i delstaten Hessen

17. Enligt 1 § 1 lagen om statlig sportvadhållning och statliga sifferlotterier och accessoriska lotterier i Hessen (Gesetz über staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien und Zusatzlotterien in Hessen) är det endast delstaten som har rätt att anordna sportvadhållning på sitt territorium med undantag av vadhållning som avser hästkapplöpningar (punkt 1). Delstaten kan emellertid ge en privat juridisk person i uppdrag att bedriva verksamhet med sportvadhållning (punkt 4). Sportvad och lotterier får endast förmedlas i yrkesmässig verksamhet i lokaler som har tillstånd (punkt 5).

c) Lagstiftningen i delstaten Baden-Württemberg

18. Enligt 2 § i lagen om statlig vadhållning samt statliga lotterier och utlottningar i delstaten Baden-Württemberg (Gesetz über staatliche Lotterien, Wetten und Ausspielungen), anordnar delstaten lotto, sportlotto och lotterier (punkt 1). Delstaten kan anförtro genomförandet av hasardspel som anordnas av delstaten åt en privat juridisk person i vilken den har direkt eller indirekt aktieinnehav (punkt 4).

3. Bundesverfassungsgerichts dom av den 28 mars 2006

19. Den 28 mars 2006 avkunnade Bundesverfassungsgericht (den förbundsstatliga tyska författningsdomstolen) en dom⁴ i vilken den förklarade att monoopolet på sportvadhållning i delstaten Bayern är oförenligt med den grundläggande friheten att bedriva näringsverksamhet som slagits fast i 12 § grundlagen, försåvitt dess rättsliga struktur, dess marknadsföringsåtgärder och dess framtoning inte har till ändamål att på ett konsekvent och aktivt sätt bidra till att dämpa spelbegäret och motarbeta spelberoendet.

20. Denna dom som rörde delstaten Bayern kan dock utsträckas till att omfatta monopol på sportvadhållning som förekommer i andra delstater och har samma kännetecken.

21. Författningsdomstolen beviljade de behöriga lagstiftarna en övergångsperiod fram till den 31 december 2007 för att omstrukturera det berörda monoopolet i syfte att skapa ett minimum av sammanhang med syftet att bekämpa spelberoende⁵.

4 — BVerfG, 1 BvR 1054/01.

5 — BVerfG, 1 BvR 1054/01, punkt 148 och följande punkter, där domstolen preciserar vad som krävs för att monoopolet på vadhållning – lagstiftningstekniskt och administrativt – ska kunna anpassas till grundlagen.

22. Det är för detta ändamål som delstaterna antog ett nytt fördrag, Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (fördraget om hasardspel i Tyskland) som trädde i kraft den 1 januari 2008⁶.

III – Tvisterna vid de nationella domstolarna och tolkningsfrågorna

23. Klagandena i de sex tvisterna i målen vid de nationella domstolarna⁷ förfogar över affärslokaler som är belägna i delstaterna Hessen och Baden-Württemberg där klagandena bedriver förmedling av sportvadhållning⁸ åt arrangörer av hasardspel som är etablerade i andra medlemsstater. Dessa arrangörer är de två österrikiska företagen Happybet Sportwetten GmbH⁹ och web.coin Handelsges.m.b.H¹⁰, företaget Fa. Tipico Co. Ltd¹¹ med säte på Malta och två brittiska

6 — I det ovannämnda målet Carmen Media Group behandlas förenligheten med gemenskapsrätten hos denna nya rättsliga ram som inte var i kraft vid tidpunkten för omständigheterna i förevarande mål.

7 — Markus Stoß, Kulpa Automaten-service Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH, Andreas Kunert, Avalon Service-Online-Dienste GmbH och Olaf Amadeus Wilhelm Happel.

8 — I mål C-358/07 är dock klaganden, Kulpa Automaten-service Asperg GmbH, ägare till den lokal som företaget hyr ut till företaget Allegro GmbH som bedriver spelverksamheten.

9 — Målen C-316/07 och C-409/07.

10 — Mål C-359/07.

11 — Mål C-360/07.

bolag varav det ena, Fa. Digibet Ltd¹², är registrerat i Gibraltar och det andra, Happy Bet Ltd¹³, i London. Alla dessa bolag har fått tillstånd av de lokala behöriga myndigheterna på platsen för deras säte att bedriva verksamhet inom sektorn för sportvadhållning.

26. De ovannämnda domstolarna har i sina beslut om hänskjutande uttryckt starka tvivel på att de tyska bestämmelserna om spel är förenliga med gemenskapsrätten och de har i enlighet med artikel 234 EG vänt sig till domstolen med följande tolkningsfrågor¹⁴.

24. Under åren 2005, 2006 och 2007 fattade de behöriga myndigheterna i delstaterna Hessen och Baden-Württemberg (Landrat i Wetterau, respektive Regierungspräsidium i Karlsruhe) en rad beslut genom vilka klagandena förbjöds att anordna sportvadhållning i nämnda delstater.

25. Dessa förvaltningsbeslut överklagades till Verwaltungsgericht Giessen och Verwaltungsgericht Stuttgart med den dubbla motiveringen, dels att de monopol på sportvadhållning som finns i de berörda delstaterna utgör ett intrång i etableringsfriheten (artikel 43 EG) och friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 49 EG), dels att de företag för vars räkning klagandena agerade hade tillstånd som beviljats av andra medlemsstater att anordna hasardspel, vilket borde ha varit tillräckligt för att kunna bedriva samma verksamhet i Tyskland.

”1. Ska artiklarna 43 EG och 49 EG tolkas så, att de innebär ett hinder för ett nationellt monopol på vissa hasardspel, som till exempel sportvadhållning, om det i medlemsstaten i fråga saknas en sammanhängande och systematisk politik för att begränsa hasardspel, särskilt genom att de nationella tillståndshavare som anordnar spel uppmuntrar till deltagande i andra spel – som statliga lotterier och kasinospel – och att andra spel med samma eller högre förmodad risk för spelberoende – som vadhållning vid bestämda sportevenemang (hästkapplöpningar) och automatspel – får tillhandahållas av privata tjänsteleverantörer?

2. Ska artiklarna 43 EG och 49 EG tolkas så, att ett tillstånd att anordna sportvadhållning som inte är begränsat till

12 — Mål C-358/07.

13 — Mål C-410/07.

14 — I förenklande syfte har jag sammanfört de båda frågorna från den hänskjutande domstolen.

en medlemsstat och som har utfärdats av det behöriga statliga organet i medlemsstaten ger tillståndsinnehavaren och även hans syssломän rätt att i andra medlemsstater erbjuda och genomföra sina erbjudanden om slutande av avtal, utan att först ansöka om de nationella tillstånd som krävs där?”

29. Vid den förhandling som ägde rum den 8 december 2009 närvarade, för att yttra sig muntligen, företrädare för klagandena i målen vid de nationella domstolarna, Wettenukreis, delstaten Baden-Württemberg, för den tyska, den belgiska, den grekiska, den italienska, den portugisiska och den norska regeringen samt för kommissionen.

IV – Förfarandet vid domstolen

27. Ansökningarna med begäran om förhandsavgörande registrerades vid domstolens kansli den 9 juli 2007 (mål C-316/07), den 2 augusti 2007 (C-358/07, C-359/07 och C-360/07) samt den 3 september 2007 (C-409/07 och C-410/07).

28. Markus Stoß, Kulpa Automaten-service Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH, Wettenukreis, den tyska, den spanska, den nederländska, den belgiska, den franska, den danska, den slovenska, den litauiska, den österrikiska, den finska, den italienska, den portugisiska och den norska regeringen samt Europeiska gemenskapernas kommission har inkommit med skriftliga yttranden.

V – Den första tolkningsfrågan

A – De grundläggande principerna i rättspraxis på spelområdet

30. Förhållandet mellan de gemenskapsrättsliga friheterna och medlemsstaternas olika politik i fråga om spel har behandlats av domstolen i en riklig rättspraxis som sedan domen i målet Schindler¹⁵ har inriktats på möjligheten att motivera åtgärder som inskränker friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 49 EG) och etableringsfriheten (artikel 43 EG) inom unionen.

¹⁵ — Domstolens dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler (REG 1994, s. I-1039; svensk specialutgåva, s. 1039).

31. I denna rättspraxis uppmärksammas hasardspelens speciella beskaffenhet och att det i denna sektor inte är möjligt att bortse från "moraliska, religiösa eller kulturella betänkligheter". Hasardspel medför nämligen "höga risker för brott och bedrägerier" och ger "incitament till utgifter som kan få skadliga konsekvenser för enskilda och för samhället"¹⁶. Med beaktande av denna omständighet och eftersom det på detta område inte har skett någon harmonisering av gemenskapsrätten, har domstolen tillerkänt medlemsstaterna ett tillräckligt utrymme för skönsmässig bedömning för att i enlighet med sin egen värdeskala fastställa vad som krävs för att skydda spelarna och rent allmänt ordningen i samhället¹⁷.

32. Även om rättspraxis erkänner att de nationella bestämmelser, enligt vilka vissa hasardspel¹⁸ är förbjudna eller anordnandet av dem begränsas till ett fåtal offentliga eller

privata innehavare av tillstånd¹⁹, utgör ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster oavsett om de är diskriminerande eller ej, har rättspraxis således tillåtit sådana inskränkningar när de fullföljer ett syfte av allmänt intresse²⁰, som att minska speltillfällena eller att bekämpa bedrägeri och annan brottslighet²¹.

33. Medlemsstaterna är således fria att "fastställa målsättningarna för sin politik i fråga om hasardspel" och att "exakt fastställa den eftersträlvade skyddsnivån"²². Det räcker emellertid inte att formellt åberopa dessa målsättningar. Sedan domen i det ovan nämnda målet Zenatti anser domstolen att det är nödvändigt att kontrollera att ifrågakvarande lagstiftning är sammanhängande i förhållande till de påstådda syftena samt att den är proportionerlig. Sedan domen i det likaledes ovan nämnda målet Gambelli kräver domstolen mer i detalj att inskränkningarna i friheten att tillhandahålla tjänster eller i etableringsfriheten 1) ska tillämpas på ett sätt som inte är diskriminerande, 2) vara motiverade av tvingande skäl av allmänintresse, 3) vara ägnade att säkerställa förverkligandet av denna

16 — Domen i det ovan nämnda målet Schindler, punkterna 59 och 60, domstolens domar av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läära m.fl. (REG 1999, s. I-6067), punkt 13, av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl. (REG 2003, s. I-13031), punkt 63, av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl. (REG 2007, s. I-1891), punkt 47, och av den 8 september 2009 i mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Baw International (REG 2009, s. I-7633), punkt 57.

17 — Domarna i de ovan nämnda målen Schindler, punkterna 32 och 61, Zenatti, punkt 15, Gambelli, punkt 63, Läära, punkt 14, Placanica m.fl., punkt 47, och Liga Portuguesa, punkt 57.

18 — Exempelvis lotterier som i domen i det ovan nämnda målet Schindler.

19 — Eller till ett enda offentligt organ som i domen i det ovan nämnda målet Läära, i domstolens dom av den 11 september 2003 i mål C-6/01, Anomar m.fl. (REG 2003, s. I-8621), i domen i målet Liga Portuguesa och även i förvarande mål.

20 — Domstolens dom av den 17 december 1981 i mål 279/80, Webb (REG 1981, s. 3305; svensk specialutgåva, s. 265), punkt 17, av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger (REG 1991, s. I-4221), punkt 15, och av samma dag i mål C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda (REG 1991, s. I-4007; svensk specialutgåva, s. 331), punkt 13.

21 — Domen i de ovan nämnda förenade målen Placanica m.fl., punkt 52.

22 — Domen i de ovan nämnda förenade målen Placanica m.fl., punkt 48.

målsättning samt att de 4) inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå den²³.

34. Vad gäller det tredje villkoret, bör det erinras om att ”en nationell lagstiftning endast är ägnad att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet om den verkligen på ett sammanhängande och systematiskt sätt lever upp till strävan att uppnå målet”²⁴. Ett nationellt monopol i hasardspelsektorn som i förevarande mål är följaktligen förenligt med artiklarna 43 EG och 49 EG såvida det inte är diskriminerande samt det är proportionerligt och adekvat (sammanhängande, enligt den terminologi som används i rättspraxis på spelområdet) i förhållande till det syfte av allmänintresse som eftersträvas och som har åberopats som motivering.

B – Omformulering av den första tolkningsfrågan

35. Verwaltungsgericht Giessen och Verwaltungsgericht Stuttgart har i sin första

23 — Domarna i de ovannämnda målen Gambelli, punkt 65, Lindman, punkt 29, Placanica m.fl., punkt 49, och Liga Portuguesa, punkt 60. Allmänt, i fråga om det klassiska testet på förenlighet med fördraget, se domarna av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus (REG 1993, s. I-1663), punkt 32, och av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37.

24 — Domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa, punkt 61.

tolkningsfråga ställt frågan om monopolet på sportvadhållning och lotterier i Tyskland eventuellt skulle vara oförenligt med artiklarna 43 EG och 49 EG, på grund av den förmodade brist på sammanhang som de anser att den nationella restriktiva spelpolitiken lider av.

36. Enligt min åsikt är emellertid denna formulering inadekvat i två avseenden.

37. För det första är frågan felaktigt formulerad, eftersom den utgår från en i förväg ställd diagnos på den berörda lagstiftningens olämpliga beskaffenhet och anger som symptom offentlig uppmuntran att delta i spel som monopoliserats och öppenhet gentemot privata företag som anordnar andra spel som innebär samma eller högre förmodad risk för spelberoende. Enligt ovannämnda rättspraxis kan emellertid ett åberopande av denna brist på sammanhang i sig vara tillräckligt för att en eventuell motivering av inskränkningarna i friheten att tillhandahålla tjänster ska förlora sin giltighet.

38. Eftersom domstolarna i Giessen och Stuttgart vill veta huruvida monopolet på lotterier och sportvadhållning är konstruerat på ett sådant sätt att det inte strider mot fördraget finns det inte någon anledning att utgå från det osammanhängande i de tyska bestämmelserna om spel. I stället ska man fråga sig om de uppgivna omständigheterna (partiellt öppnande av andra spel och omfattande reklam) leder till denna typ av brist på

sammanhang och följaktligen gör dem oförenliga med unionsrätten.

39. För det andra tror jag att studiet av den tyska lagstiftningen måste ske uteslutande mot bakgrund av fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster (artikel 49 EG). Etableringsfriheten (artikel 43 EG) som likaledes har åberopats av de tyska förvaltningsdomstolarna är inte relevant i förevarande mål.

40. Alla klagandena i förevarande mål är tyska fysiska eller juridiska personer som planerar att bedriva verksamhet som förmedlare av sportvadhållning för sådana bolags räkning som är etablerade i andra medlemsstater och som inte verkar ha för avsikt att etablera sig i Tyskland. Följaktligen handlar det i detta fall inte om etableringsfriheten utan endast om friheten att tillhandahålla tjänster.

41. Mot bakgrund av det ovan anförda borde den första tolkningsfrågan ställas på följande eller liknande sätt:

”Ska artikel 49 EG tolkas så, att den innebär ett hinder för ett nationellt monopol på vissa

hasardspel, som till exempel sportvadhållning, om de nationella tillståndshavare som anordnar spel uppmuntrar till deltagande i dessa spel²⁵ och dessutom de privata tjänstleverantörerna kan erbjuda spel med samma eller högre förmodad risk för spelberoende (exempelvis vadhållning vid bestämda sportevenemang som hästkapplopningar och spelautomater). Ska omständigheter anses förhindra en spelpolitik som är sammanhängande och systematisk i den mening som avses i rättspraxis?”

42. Genom denna första fråga har de hänskjutande domstolarna begärt att domstolen ska precisera i vilken form och utifrån vilka kriterier den nationella lagstiftningen om spel ska utvärderas för att den ska kunna betecknas som sammanhängande, eftersom denna beteckning är nödvändig för att bestämmelserna ska kunna uppnå syftena i fördraget. De hänskjutande domstolarna frågar sig bland annat huruvida denna utvärdering ska göras globalt, av spelpolitiken i allmänhet eller individuellt, spel för spel, så att de normativa besluten eller de antagna rättsakterna avseende ett spel inte påverkar bedömningen av bestämmelser som gäller ett annat spel.

25 — De båda förvaltningsdomstolarna använder i denna fråga uttrycket 'andra spel' för att därefter ta som exempel sportvadhållning och lotterier (Verwaltungsgericht Stuttgart) samt nationella lotterier och kasinon (Verwaltungsgericht Giessen). Jag anser att denna hänvisning till kasinon i likhet med uttrycket 'andra' är felaktig eftersom de hänskjutande domstolarnas argumentering är koncentrerad till att det förekommer omfattande reklam för de spel som är föremål för monopolen från de arrangörers sida som har nationella tillstånd och inte på den eventuella uppmuntran att delta i spel som är öppna för privata aktörer (som kasinospel).

43. Mot bakgrund av mängden av och variationen i de argument som lagts fram av alla intervenienterna och författarna av huvudfrågan anser jag dock att det inte är möjligt att ge ett användbart svar på frågan förrän efter det att jag analyserat tre aspekter av de tyska bestämmelser som är berörda i förevarande mål. Det rör sig om huruvida de är diskriminerande eller ej (C), om deras syfte att skydda allmänintresset (D) och om deras sammanhang eller adekvans för detta syfte (E).

den plats där de är etablerade²⁷. Det kan tyckas att de tyska monopolen på vadhållning har en sådan karaktär eftersom de utan åtskillnad drabbar alla privata spelbolag oberoende av deras nationalitet och om de är etablerade på tysk mark eller ej.

D – Syftet att skydda allmänintresset

C – Den icke-diskriminerande karaktären

44. Enligt fast rättspraxis innebär artikel 49 EG ett förbud mot all diskriminering av en tjänsteleverantör på grund av dennes nationalitet eller den omständigheten att denne är etablerad i en annan medlemsstat än den där tjänsten ska utföras²⁶.

46. Följande etapp i analysen av en restriktiv politik i fråga om hasardspel går ut på att definiera dess syfte att skydda allmänintresset, därför att det är endast med avseende på ett tydligt syfte som domstolen kan avgöra om ifrågavarande bestämmelser hänger samman med detta.

45. Domstolen har förklarat att en nationell lagstiftning inom den speciella sektorn för hasardspel, enligt vilken alla andra än det offentliga organet med tillstånd förbjuds att anordna ett särskilt spel, inte innebär någon diskriminering på grund av nationalitet, såvida den gäller på samma sätt för samtliga aktörer som är intresserade av att bedriva en sådan verksamhet oberoende av deras egenskap av medborgare i ifrågavarande medlemsstat och

47. Det verkar framgå av 1 § LottStV att vad gäller den tyska lagstiftningen är detta syfte flerfaldigt och inbegriper förebyggande av bedrägerier och spelberoende och överdriven uppmuntran att spela vilka syften domstolen redan har anfört utgör tvingande skäl av allmänintresse som på vissa villkor kan göra begränsningar i spelverksamheten motiverade²⁸.

26 — Domen i det ovannämnda målet *Stichting Collective Antennevoorziening Gouda m.fl.*, punkt 10.

27 — Domen i det ovannämnda målet *Läärä*, punkt 28.

28 — Domen i de ovannämnda förenade målen *Placanica m.fl.*, punkt 52.

48. I ovannämnda § 1 LottStV anges även syftet "att garantera att en betydande del av intäkterna från hasardspel ska användas för att främja allmänna ändamål eller ändamål som har en privilegierad skatterättslig ställning i den mening som avses i skattelagen" (1§ 5 LottStV). I överensstämmelse med rättspraxis är det inget som hindrar att ett sådant ändamål fullföljs, om syftet att finansiera social och filantropisk verksamhet eller allmänna intressen endast utgör "en accessorisk positiv konsekvens och inte det verkliga syftet med den restriktiva politik som förs"²⁹.

49. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om så är fallet i Tyskland eller om, såsom vissa av klagandena har anfört i målen vid de nationella domstolarna, syftet att ge upphov till skatteintäkter är det enda syftet med det monopol som är aktuellt i förevarande mål. Granskningen är emellertid nära förbunden med ett "test" av spelpolitikens sammanhang.

E – Testet av lagstiftningens adekvans och proportionalitet

50. När de båda ovannämnda punkterna väl har preciserats är det lämpligt att övergå

till vad som kallas ett "hypocrisy test" av de omtvistade åtgärderna³⁰ vilket utgör kärnan i den första tolkningsfrågan. Det gäller rent konkret det klassiska test av huruvida bestämmelserna är adekvata och proportionerliga som görs sammantaget i rättspraxis på spelområdet.

51. Verwaltungsgericht Giessen och Verwaltungsgericht Stuttgart har i sina beslut om hänskjutande åberopat en rad omständigheter och kännetecken som kan leda till att bestämmelsernas sammanhang och proportionalitet ifrågasätts och följaktligen även deras förenlighet med fördraget.

52. Två av dessa faktorer är dock särskilt betydelsefulla eftersom det är de enda som förekommer i tolkningsfrågan, det vill säga, för det första att det vuxit fram intensiv reklam för att uppmuntra människor att delta i de spel som är föremål för monolet och för det andra att en öppning har skett gentemot privata aktörer vars spel innebär en högre risk för spelberoende.

29 — Domarna i de ovannämnda målen Schindler, punkt 60, Zenatti, punkt 36, och Gambelli, punkt 62.

30 — Spapens, T., Littler, A., och Fijnaut, C., *Crime, Addiction and the Regulation of Gambling*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 86, och Straetmans, G., *Common Market Law Review*, nr 41 (2004), utgåva 5, s. 1424.

1. Reklam för spel som omfattas av monopolet

53. Klagandena i målen vid de nationella domstolarna och de hänskjutande domstolarna anser för det första att Tysklands spelpolitik inte är sammanhängande därför att staten ägnar sig åt ”intensivt främjande” av sina tjänster (sportvadhållning och lotterier)³¹.

54. Domstolen har redan tagit ställning till denna känsliga fråga i domen i målet Gambelli och varnade då myndigheterna för att de riskerar att säga emot sig själva när de försöker undvika skada som härrör från ett agerande som de själva har uppmuntrat: ”I den mån myndigheterna i en medlemsstat lockar och uppmuntrar konsumenter att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning i syfte att stärka statskassan ... kan de inte åberopa ... att det är nödvändigt att begränsa spelmöjligheterna för att motivera” åtgärder som begränsar friheten att tillhandahålla tjänster³².

55. Detta argument upprepades och precisades i domen i de ovannämnda förenade

målen Placanica m.fl. när domstolen noterade att det framgår av rättspraxis vid Corte suprema di cassazione att ”den italienska lagstiftaren för en expansiv politik på området för hasardspel i syfte att öka skatteintäkterna” och att dess lagstiftning följaktligen inte på något sätt kan motiveras ”av skäl som rör begränsning av konsumenternas spelbenägenhet eller begränsning av spelutbudet”³³.

56. Domstolen gjorde dock en viktig precisering. Efter att ha erinrat om att såväl Corte suprema di cassazione som den italienska regeringen identifierar ”som det verkliga syftet med den italienska lagstiftning som är aktuell ... det vill säga målet att förhindra att hasardspelsverksamhet används i bedrägliga eller brottsliga syften genom att styra in den i banor som är möjliga att kontrollera”, fann domstolen att ”[m]ed detta perspektiv kan en kontrollerad expansiv politik på området för hasardspel vara helt i överensstämmelse med målet att locka över spelare som ägnar sig åt förbjuden och dold spel- och vadhållningsverksamhet till tillåten och reglerad verksamhet”³⁴. Emellertid kan detta mål endast uppnås ”om de lagliga aktörerna utgör ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet. Detta kan i sig innebära att tillhandahålla ett omfattande spelsortiment, att göra reklam i viss omfattning och att använda ny distributionsteknik”³⁵.

31 — Exempelvis har Verwaltungsgericht Stuttgart nämnt den intensiva spridningen av jackpot vid vissa dragningar för att enligt denna domstol ”publiken ska ges det föga realistiska intrycket att den kan vinna jackpot” (beslutet om hänskjutande i mål C-358/07, s. 9).

32 — Domen i det ovannämnda målet Gambelli, punkt 69.

33 — Domen i de ovannämnda förenade målen Placanica m.fl., punkt 54.

34 — För ett liknande synsätt, se domen i det ovannämnda målet Läära, punkt 37.

35 — Domen i de ovannämnda förenade målen Placanica m.fl., punkt 55.

57. Domstolen godtog således den reklamverksamhet som innehavarna av ensamrätt bedrev i spelsektorn i Italien eftersom inskränkningen i friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 49 EG var avsedd som ett medel i kampen mot brottsligheten.

58. Domen i de ovannämnda förenade målen Placanica m.fl. uppvisar följaktligen utan omsvep en sammanhängande lagstiftning som syftar till att förebygga bedrägerier och annan brottslig verksamhet på detta område och enligt vilken det samtidigt är tillåtet för den spelarrangör som åtnjuter monopol att använda sig av reklam.

59. Men vad gäller när målet med de nationella bestämmelserna är att bekämpa spelberoendet och begränsa speltillfällena? En första läsning av punkt 69 i domen i målet Gambelli och punkt 54 i domen i de förenade målen Placanica m.fl. skulle kunna ge vid handen att rättspraxis fullständigt utesluter att en norm som syftar till att begränsa tillgången till hasardspel när den aktör som åtnjuter monopol gör reklam för sina tjänster, är lämplig. Vid ett noggrannare studium av ovannämnda beslut framgår inte desto mindre de försiktighetsåtgärder eller villkor som åtföljer domstolens ursprungliga uppfattning. Domstolen har nämligen också inbegripit som avgörande faktor för den ovannämnda

bristen på sammanhang att främjandet av hasardspelen ska utföras "i syfte att stärka statskassan"³⁶.

60. Europeiska frihandelssammanslutningens domstol (nedan kallad Eftadomstolen) har samma praxis. I domen i målet Ladbrokes, använder den sig av argumentet kanalisering av efterfrågan i samband med bekämpandet av spelberoendet. Eftadomstolen fann med stöd av domen i de förenade målen Placanica m.fl. att det är adekvat att använda reklam för att "stöta bort spelare som nyttjar mycket beroendeframkallande spel som erbjuds via Internet eller andra kanaler som det är svårt att undanröja"³⁷.

61. Att endast bedriva reklamkampanjer räcker inte för att förhindra att syftet att begränsa spelmöjligheterna uppnås, såvida reklamen bedrivs på ett måttfullt sätt och den verkligen är avsedd att koncentrera spelet till det reglerade och kontrollerade utbudet och inte att öka de skatteintäkter som medlemsstaten erhåller genom detta system. Att stödja de monopols eller organisationers existens som förfogar över en nationell koncession utan att de har tillfälle att främja sina tjänster skulle enligt min mening inte vara särskilt realistiskt. Det är därför jag föreslår att domstolen ska utsträcka den uppfattning som den

36 — Domen i det ovannämnda målet Gambelli, punkt 69: "I den mån myndigheterna i en medlemsstat lockar och uppmuntar konsumenter att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning i syfte att stärka statskassan, kan myndigheterna i denna medlemsstat inte åberopa att hänsyn till den allmänna samhällsordningen gör det nödvändigt att begränsa spelmöjligheterna, för att motivera de åtgärder som domstolen i det nationella målet har att ta ställning till." Ett liknande resonemang förs i domen i de ovannämnda förenade målen Placanica m.fl., punkt 54, där det anges att "den italienska lagstiftaren för en expansiv politik på området för hasardspel i syfte att öka skatteintäkterna".

37 — Dom av den 30 maj 2007 i mål E-3/06, Ladbrokes Ltd mot Norges regering (*Efta Court Report*, punkt 54). Fri översättning.

redan framförde i domen i de förenade målen Placanica m.fl. till att omfatta syftet med begränsning av speltillfällena men endast inom den snäva ram som nyss har uppställts.

i stor skala enligt vilken ett spel presenteras som en form av förströelse som är socialt accepterad och till och med positiv⁴¹.

62. Kontrollen av villkoren ankommer på den nationella domstolen. Inte desto mindre har det i förevarande mål i den dom som avkunnades av Bundesverfassungsgericht den 28 mars 2006 redan tillhandahållits en undersökning av lagstiftning och praxis i spelsektorn i Tyskland³⁸.

64. Vid en läsning av den kommenterade domen förefaller det otvivelaktigt som om ifrågavarande monopol vid tidpunkten för de faktiska omständigheter som åberopats i förfarandena vid de nationella domstolarna inte uppfyllde de nödvändiga kraven för att kunna betraktas som sammanhängande och systematisk. Enligt den tyska författningsdomstolen var inte den reklam som bedrevs tillräckligt måttfull och den var inte ägnad att minska speltillfällena och bekämpa spelberoendet utan i stället att ge skatteintäkter.

63. Det uttalades således i det ovannämnda avgörandet att vadhållning som anordnas av delstaten Bayern på intet sätt är ägnad att "bekämpa spelberoendet och spelberoendebeteenden", tvärtom "eftersträvas genom anordnandet av systemet för sportvadhållning ODDSET uppenbarligen bland annat ett skattesyfte"³⁹. Domstolen i Karlsruhe konstaterade bland annat att det förelåg en sådan situation i fråga om marknadsföringen av ODDSET som för närvarande "liknar en i ekonomiskt hänseende effektiv marknadsföring av en rekreativ aktivitet som i grunden är ofarlig"⁴⁰. Analogt nämnde domstolen i Karlsruhe att det pågår en reklamkampanj

65. En rad förändringar har förvisso skett sedan 2006, såväl vad gäller lagstiftningen som anordnandet av spel. Delstaterna anser att de tack vare dessa förändringar kan leva upp till kraven från Bundesverfassungsgericht. Delstaternas nya överenskommelse om hasardspel i Tyskland som är i kraft sedan den 1 januari 2008, i likhet med en rad åtgärder varav somliga direkt påverkar reklamverksamheten, motsvarar detta syfte⁴². Det ankommer dock på de nationella domstolarna att uttala sig om huruvida den nya situationen ska beaktas när Markus Stoß och de övriga klagandenas frågor besvaras och om svaret är ja, den

38 — Beslutet gällde bestämmelserna i delstaten Bayern men det kan utsträckas till att gälla andra delstater som har liknande monopol på sportvadhållning.

39 — BVerfG, I BvR 1054/01, punkterna 132 och 133.

40 — BVerfG, I BvR 1054/01, punkt 134, fri översättning.

41 — BVerfG, I BvR 1054/01, punkt 136.

42 — Enligt den tyska regeringen har reklamen för sportvadhållningen ODDSET minskat såväl kvantitativt som kvalitativt efter domen. Från och med dagen för domens avkunnande begränsades reklamen till att ha ett rent informativt innehåll och den försvann exempelvis från idrottsarenorna.

”metamorfos” som sektorn antas ha genomgått är tillräcklig för att ovannämnda krav ska anses vara uppfyllda.

Gambelli ur vars ordalag de härleder att domstolen gjort en allmän prövning av den italienska spelpolitiken för att kunna uttala sig om en särskild restriktiv åtgärds lagenlighet.

2. Tillstånd till privata aktörer att anordna andra spel

66. För det andra har Verwaltungsgericht Giessen och Verwaltungsgericht Stuttgart tagit upp att det finns en brist på sammanhang mellan å ena sidan att inrätta ett monopol på verksamhet i form av lotterier och sportvadhållning med motiveringen att bekämpa spelberoende och brottslighet och å andra sidan att samtidigt tillåta privata aktörer att erbjuda andra spel som medför samma eller högre förmodad risk för spelberoende, såsom vadhållning vid hästkapplöpningar och spelautomater.

67. Detta argument hör samman med frågan om huruvida prövningen av förenligheten med unionsrätten hos medlemsstaternas lagar om spel ska göras allmänt eller sektorsvis spel för spel.

68. Klagandena i målen vid de nationella domstolarna anser att en medlemsstats lagstiftning om hasardspel måste ha ett övergripande sammanhang och inte endast ett individuellt förhållande till varje inskränkning. De har härvidlag åberopat domen i målet

69. Detta första intryck av domen i målet Gambelli är felaktigt. Att det i punkt 69 syftas på reklam för spel som är olika dem som berörs av ifrågavarande begränsning betyder att en överdriven uppmuntran att delta i ett givet spel (vadhållning, lotterier och andra spel) skulle hindra staten från att åberopa bekämpandet av spelberoende vad gäller detta spel och motivera en begränsning av konkurrensen på just det området.

70. I den efterföljande domen i de förenade målen Placanica m.fl. uttalade sig domstolen klarare för en differentierad prövning och preciserade att ”varje inskränkning som föreskrivs i den nationella lagstiftningen [ska] undersökas särskilt” vad gäller sammanhang och proportionalitet⁴³. Det förhållandet att domstolen sedan sina första domar på detta område uteslutande har undersökt den ifrågasatta inskränkningen utan att göra någon övergripande analys av alla bestämmelser som handlar om hasardspel i den berörda medlemsstaten bekräftar denna tanke. I domen i målet Schindler förklarades exempelvis ett förbud mot lotterier som finns inskrivet i den brittiska lagstiftningen vara förenligt

43 — Domen i det ovannämnda målet, punkt 49.

med fördraget, utan att bestämmelserna om sportvadhållning i samma land, vilka är kända för att vara några av de mest liberala i Europeiska unionen, undersöktes.

”allt eller inget” ska liberaliseras. Ordalagen i dessa domar anger tydligt att det rör sig om ett ämne där problemen får lösas fall för fall.

71. För ett liknande resonemang kan domen av den 13 juli 2004, i målet kommissionen mot Frankrike⁴⁴, nämnas, som likaledes gällde en inskränkning av artikel 49 EG, även om den var motiverad av skyddet för folkhälsan: ”Vad gäller argumentet att den franska regleringen avseende TV-reklam skulle vara motsägelsefull, eftersom den endast är tillämplig på alkoholhaltiga drycker med en alkoholhalt som överstiger 1,2 volymprocent, att den endast avser TV-reklam och inte tobaksreklam, är det tillräckligt att erinra om att det ankommer på medlemsstaterna att besluta hur långtgående skyddet av folkhälsan skall vara och hur det skall säkerställas” (domen i det ovannämnda målet, punkt 33).

72. I överensstämmelse med ovannämnda beslut anser jag att bestämmelserna om de olika hasardspelen i en medlemsstat inte kan behandlas som en helhet och att varje inskränkning och varje spel bör studeras separat⁴⁵. Domstolen har aldrig hävdat att

73. Denna tolkning är i mycket högre grad förenlig med den tanke som bildar grunden för rättspraxis på området för hasardspel. Tanken är att medlemsstaterna ska tillerkännas ett utrymme för skönmässig bedömning när de i enlighet med sin egen värdeskala fastställer vad som krävs för att skydda spelarna och ordningen i samhället⁴⁶. Av moraliska eller kulturella skäl har medlemsstaterna inte samma syn på de olika hasardspelen, vilket förklarar att, oberoende av riskerna för spelberoende och utan fördomar om de behöriga myndigheternas uppriktiga vilja att värna om medborgarnas intressen, en del länder är mer liberala än andra vad beträffar deltagande i vissa spel.

74. Jag anser i vart fall och vid sidan av diskussionen om huruvida det finns anledning att undersöka de restriktiva åtgärderna inom ramen för sektorn eller ej, att valet att lagstifta om att inrätta ett monopol på vissa spel och att lämna andra spel i händerna på den privata sektorn inte a priori saknar sammanhang med syftet att bekämpa bedrägerier och inte heller med syftet att begränsa speltillfällena i en medlemsstat, såvida de offentliga myndigheterna garanterar att de utför en viss kontroll

44 — Domstolens dom av den 13 juli 2004 i mål C-262/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-6569).

45 — På denna punkt är jag av samma åsikt som kommissionen gav uttryck för i punkt 35 i sitt yttrande.

46 — Domarna i de ovannämnda målen Schindler, punkt 61, Zenatti, punkt 15, Gambelli, punkt 63, Läärä, punkt 14, Placanica m.fl., punkt 47, och Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Baw International, punkt 57.

av spelarna och det utbud av spel som omfattas av monopolet är mindre än vad det skulle vara med en privat spelarrangör.⁴⁷

i jämförelse med en eventuell monopolsituation. Ökningen av spelarrangörer som har nationell spridning, såsom lotterier och sportvadhållning (som för övrigt kan bedrivas via Internet) leder däremot till en betydande ökning av konkurrensen och högst sannolikt till en avsevärd ökning av speltillfällena.

75. Vidare utgör vissa hasardspels beroendepotential enligt min mening inte det enda kriteriet vid bedömningen av den risk de innebär i förhållande till spelpolitikens syften. Även om talrika studier visar att spelautomater och kasinospel oftare leder till spelberoendebeteenden än vad lotterier och sportvadhållning gör, betyder inte detta att de båda förstnämnda innebär en mycket större fara för att syftet att bekämpa brottsligheten inte ska kunna uppnås (detta beror på vilken sektor som har flest bedrägerier i varje land) och inte heller för det syfte som består i att minska speltillfällena. I likhet med vad den danska regeringen har anfört, ligger skillnaden mellan de båda spelgrupperna i att kasinospel och spelautomater kräver att spelaren är fysiskt närvarande, vilket inte är nödvändigt för deltagande i lotterier och sportvadhållning. Det är därför som, till och med när ett flertal företag har koncession för att driva kasinon (eller inneha spelautomater), vart och ett av dem är verksamt på ett begränsat territorium. Utbudsökningen är ju begränsad

76. Mot bakgrund av det ovan anförda finns det inte heller någon anledning att göra en jämförande analys av politiken i fråga om spel som medför samma risk för beroende. Ett spelmonopols förenlighet med artikel 49 EG måste analyseras separat och med avseende på om det är adekvat och sammanhängande i förhållande till det eftersträvade syftet.

3. Andra faktorer

47 — För ett liknande resonemang finns det anledning att nämna domstolens dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren m.fl. (REG 2007, s. I-4071), punkt 47, angående monopolet på distribution av alkoholhaltiga drycker i Sverige. I denna dom förklarade domstolen att ett statligt monopol som inte begränsar den mängd som erbjuds av en farlig produkt inte kan anses ändamålsenligt för att uppnå syftet att bekämpa alkoholberoendet. Den tyska regeringen anser dock att detta krav är uppfyllt i förevarande mål eftersom Staatliche Toto-Lotto-GmbH endast tillåter vadhållning i fråga om slutresultat från planerade tävlingar och sportevenemang och den möjlighet som privata företag ofta ger att satsa på omständigheter under matchens gång som exempelvis antalet mål, hörnor och utvisningar (punkterna 28 och 61 i Tysklands yttrande) inte finns i detta fall.

77. De hänskjutande domstolarna och parterna i målen vid de nationella domstolarna

har likaledes tagit upp andra faktorer eller omständigheter som kan leda till ett ifrågasättande av sammanhanget i spellagstiftningen i Tyskland. Jag ska nedan helt kort analysera dessa faktorer och omständigheter.

yttrande, dessa bestämmelser med anledning av den betydande risken för spelberoende kan vara ägnade att minska spelandet på Internet.

a) Internet gör det möjligt att kringgå monopol

b) Det finns inte någon föregående studie av åtgärdernas sammanhang och proportionalitet

78. Enligt Verwaltungsgericht Stuttgart går det att undvika den inskränkning som det tyska monopolen innebär i sportvadhållningen genom att använda tjänster som aktörer med tillstånd i andra medlemsstater erbjuder via Internet vilket ”uppenbarar de begränsningar och oundvikliga brister som de nationella åtgärderna lider av”.

79. Såsom den franska regeringen har uppgett i sitt yttrande, är de svårigheter som en stat kan stöta på i samband med uppdraget att tillse att dess nationella bestämmelser iaktas inte relevanta vid bedömningen av deras förenlighet med gemenskapsrätten. Den begränsning som har slagits fast i den nationella lagstiftningen kommer i sig att vara förenlig eller oförenlig med fördraget. Hur lätt det är att utveckla ett beteende som strider mot dessa nationella regler saknar betydelse härvidlag, så mycket mera som, i likhet med vad den finska regeringen har erinrat om i sitt

80. Enligt de hänskjutande domstolarna har bestämmelsernas sammanhang och proportionalitet inte kunnat visas genom någon föregående undersökning av riskerna för spelberoende och alternativen för att undvika dem såsom domstolen har krävt sedan domen i målet Lindman⁴⁸.

81. I den ovannämnda domen fann domstolen att artikel 49 EG utgjorde ett hinder för finska skatteregler enligt vilka lotterivinster från lotterier som anordnats i Finland vid inkomstbeskattningen var skattefria samtidigt som lotterivinster från lotterier som anordnats i andra medlemsstater utgjorde skattepliktig inkomst. Domstolen anförde bland annat att ”de skäl som en medlemsstat kan åberopa för att motivera en begränsande åtgärd som medlemsstaten vidtagit skall åtföljas av en bedömning av lämpligheten och proportionaliteten av denna åtgärd” vilket inte hade varit fallet i det målet eftersom av de handlingar som överlämnats ”[inte] framg[ick] ... någon statistik eller något annat

⁴⁸ — Domstolens dom av den 13 november 2003 i mål C-42/02, Lindman (REG 2003, s. I-13519).

som påvisar att riskerna som är förknippade med lotteri är allvarliga eller, *a fortiori*, att det finns ett särskilt samband mellan sådana risker och medborgarnas i den berörda medlemsstaten deltagande i lotterier som anordnas i andra medlemsstater”⁴⁹.

82. Av denna dom framgår endast att bevisbördan för att inskränkningarna i friheten att tillhandahålla tjänster är proportionerliga och sammanhängande åvilar uteslutande medlemsstaten, utan att domstolen någonsin har velat förordna om att detta försvar ska offentliggöras före antagandet av de ifrågasatta bestämmelserna eller att det måste materialiseras i form av statistiska studier såsom en av klagandena har påstått⁵⁰.

83. Punkt 50 i domen i det ovannämnda målet *Placanica* m.fl. motsäger inte vad som tidigare anförts. Den omständigheten att det finns en föregående studie eller utredning som ligger till grund för den motivering som en medlemsstat framför, såsom var fallet i det italienska målet, innebär en fördel men utgör inte något nödvändigt villkor (*conditio sine qua non*). Såsom kommissionen med rätta har hävdad, innebär enbart avsaknaden av en föregående kontroll av att de grundläggande friheterna i fördraget iakttas inte att det är omöjligt att godkänna en restriktiv nationell bestämmelse.

49 — Domen i det ovannämnda målet *Lindman*, punkterna 25 och 26.

50 — Särskilt Markus Stoß.

c) Andra delstater godtar undantag från systemet med monopol

84. Klagandena i målen vid de nationella domstolarna har även påpekat vissa omotiverade undantag från monopolsystemet i deras egenskap av faktorer som kan skada systemets sammanhang. Bland annat lever fyra speltillstånd kvar som beviljats en gång i tiden av Tyska demokratiska republiken och ett system med koncessioner åt enskilda är för närvarande i kraft i delstaten Rheinland-Pfalz⁵¹.

85. Om dessa enskildheter granskades skulle det vara svårt att förklara dem förenliga med ett system som försvarar en begränsning av antalet aktörer såsom varande ett medel att minska speltillfällena och bekämpa brottsligheten⁵². Det ankommer inte desto mindre på de tyska domstolarna att utföra denna prövning med avseende på parternas argument.

51 — Klagandena har också vid förhandlingen angett att själva delstaten Schleswig-Holstein för en tid sedan övervägde möjligheten att gå ur fördraget mellan delstaterna för att på så sätt helt och hållet kunna liberalisera sektorn för hasardspel.

52 — Det förhållandet att det rör sig om bestämmelser som genomförts i andra delstater innebär inte att dessa påståenden saknar föremål. Såsom jag grundligt redogör för i mitt förslag till avgörande i mål C-46/08, *Carmen Media Group*, ska bestämmelserna om och anordnandet av varje spel prövas självständigt, men alltid från ett nationellt perspektiv, i förevarande mål i förhållande till hela Förbundsstaten Tyskland.

F – *Slutsats*

86. Mot bakgrund av det ovan anförda bedömer jag att artikel 49 EG är förenlig med ett offentligt monopol på vissa hasardspel som inte leder till diskriminering på grund av nationalitet eller etableringsland, genom vilket ett eller flera syften av allmänintresse eftersträvas och som är proportionerligt och sammanhängande eller adekvat i förhållande till syftena.

87. Det ankommer på de nationella domstolarna att bedöma dessa villkor. När det gäller prövningen av det bristande sammanhanget måste hänsyn tas till nedan angivna specificerade omständigheter.

88. Det förhållandet att monopolisterna uppmuntrar deltagande i hasardspel är inte tillräckligt för att fastslå att de berörda bestämmelserna är osammanhängande eller inadekvata, om främjandet är måttfullt och de verkligen är ägnade att bekämpa brottsligheten eller att kanalisera spellusten till ett reglerat och kontrollerat utbud och inte att öka det offentliga skatteintäkter.

89. Den omständigheten att privata aktörer tillåts erbjuda spel som medför samma eller högre förmodad risk för spelberoende än de spel som omfattas av monopoliet är vidare inte heller i sig osammanhängande eller inadekvat i förhållande till syftena att

skydda allmänintresset och gör inte beslutet att inrätta ett statligt monopol på sportvadhållning och lotterier oproportionerligt, såvida de offentliga myndigheterna garanterar att det sker tillräcklig kontroll av de privata aktörerna och att utbudet av spel som omfattas av monopoliet är mindre än det skulle ha varit med en privat arrangör.

VI – Den andra tolkningsfrågan

90. Verwaltungsgericht Giessen och Verwaltungsgericht Stuttgart har i sin andra tolkningsfråga frågat domstolen huruvida det finns någon möjlighet att tillämpa principen om ömsesidigt erkännande på tillstånd att anordna sportvadhållning.

91. Det handlar i realiteten om huruvida artiklarna 43 EG och 49 EG ska tolkas så, att de tillstånd som en medlemsstat beviljat och som inte är begränsade till dess territorium ger deras innehavare rätt att bedriva samma verksamhet i en annan medlemsstat utan att han behöver ett nytt tillstånd.

92. Tre faktorer föranleder mig att besvara den andra frågan nekande. Dessa är 1) otvetydig rättspraxis angående monopol och andra inskränkningar av friheten i artikel 49 EG, 2) misslyckade försök att harmonisera spelsektorn och 3) allmänt utbredd praxis som motverkar förtroende.

1. Godtagandet i rättspraxis av monopol och andra inskränkningar i spelsektorn av friheten i artikel 49 EG

93. Såsom jag ingående har redogjort för under rubrik V i detta förslag till avgörande, godtar domstolen öppet och otvetydigt, om än på vissa villkor, monopol och andra inskränkningar som gäller antalet aktörer i sektorn för hasardspel. Domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Baw International utgör en tydlig bekräftelse på denna tendens.

94. När denna eventualitet väl har godtagits finns det helt enkelt ingen plats för ett homogent fungerande system av ömsesidigt erkännande av tillstånd på spelområdet för hela Europeiska unionen. Om en medlemsstat i vilken ett spelmonopol har inrättats (ett system genom vilket dessutom kraven i fördraget iakttas) var skyldig att beakta tillstånd som beviljats i andra medlemsstater i unionen skulle rättspraxis vara omöjlig att tillämpa och meningslös.

95. I enlighet med vad domstolen uttalade i domen i det ovannämnda målet Säger⁵³, kan

således inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster endast motiveras av tvingande skäl av allmänintresse i den mån ”detta intresse inte skyddas genom de regler vilka den som tillhandahåller tjänsten är underkastad i den medlemsstat där denne är etablerad”. Om med hänsyn till de kriterier som uppställts i rättspraxis, nationella bestämmelser i vilka lagstiftaren har valt att införa ett system med monopol, av ett särskilt skäl av allmänintresse visar sig vara legitimt och inte strida mot fördraget, verkar det omöjligt att hävda att ett annat land som har en mer öppen marknad kan erbjuda sina medborgare samma skyddsnivå i förhållande till det intresset (detta gäller i än högre grad om olika kulturella och till och med moraliska olikheter beaktas som styr staternas uppfattningar i frågan). I det motsatta fallet skulle lösningen med ett monopol vara oproportionerlig och därför inte legitim. Ett ömsesidigt erkännande, även med de försiktighetsåtgärder som anges i domen i målet Säger, är följaktligen oförenligt med nuvarande rättspraxis.

96. Det är endast i teorin möjligt att försvara det ömsesidiga erkännandet av tillstånd mellan stater som har motsvarande grad av öppenhet i spelsektorn och liknande tillståndsregler med samma målsättning. Således talar verkligheten i sektorn och dess brist på harmonisering mot användningen av ett ömsesidigt partiellt erkännande⁵⁴.

54 — Se, för ett liknande resonemang, Korte, S., ”Das Gambelli-Urteil des EuGH: Meilenstein oder Rückschritt in der Glücksspielrechtsprechung?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 23, 2004, häfte 12, s. 1452. Även utan monopol skulle olikheterna mellan kravnivåerna för privata aktörer ge upphov till en icke önskvärd ”minskande konkurrens” (”race to the bottom”), det vill säga, en progressiv minskning av bestämmelser på området i vissa stater i syfte att dra till sig företag som etablerar sig på deras mark (Little, A., ”Regulatory perspectives on the future of interactive gambling in the internal market”, *European Law Review*, vol. 33, 2008, nr 2, s. 226).

53 — Domen i det ovannämnda målet Säger, punkt 15.

2. Avsaknaden av harmonisering

97. För det andra förefaller ett ömsesidigt erkännande inte möjligt utan en gemensam harmonisering av spelsektorn, vilket förmodligen inte kommer att ske i en nära framtid. Punkterna 144–148 i förslaget till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i de förenade målen *Placanica* m.fl. återger på ett troget sätt det önskade scenario som på den tiden fortfarande var realistiskt – trots frustrationen över flera tidigare försök – tack vare innehållet i den så kallade Bolkenstein-propositionen⁵⁵ till tjänstedirektiv.

98. I den slutliga texten i direktiv 2006/123 inbegreps emellertid inte hasardspelen⁵⁶ i tillämpningsområdet: ”Spelverksamhet, inbegripet lotterier och vadslagningar, bör undantas från detta direktivs tillämpningsområde med tanke på denna verksamhets särdrag som medfört att medlemsstaterna har utformat en politik avseende den allmänna ordningen och konsumentskyddet.”⁵⁷

99. Den omständigheten att hasardspelen har uteslutits innebär inte någon förändring i tillämpningen av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster i sektorn⁵⁸

och medlemsstaterna tilldelas inte härigenom ett större utrymme för skönmässig bedömning än det som domstolen fram till i dag har tillerkänt dem när den tolkat fördragen. Efter denna tydliga viljeyttring från gemenskapslagstiftarens sida finns det emellertid inte längre någon anledning, åtminstone inte på kort sikt, att hoppas på en harmonisering av sektorn. Utan en sådan är det dock svårt att garantera ett ömsesidigt erkännande av tillstånd på spelområdet.

100. Principen om ömsesidigt erkännande är nämligen, även om den är lockande, långt ifrån någon ”mirakellösning”⁵⁹. De enorma skillnaderna mellan medlemsstaternas bestämmelser i vissa sektorer, gör det omöjligt att tillämpa denna princip som, trots sin betydande potential som instrument för att förverkliga den inre marknaden, till sin karaktär är ett instrument som har begränsningar⁶⁰.

101. Utan harmonisering kommer det följaktligen alltid att finnas begränsningar i tillämpningen av den fria rörligheten. Rättspraxis uppgift består i att begränsa de inskränkningar som på detta icke harmoniserade område görs med iakttagande av bestämmelserna i fördraget.

55 — Uppkallad efter den kommissionsledamot som lade fram den.

56 — Artikel 2.2 h i direktiv 2006/123.

57 — Tjugofemte skälet i direktiv 2006/123.

58 — Hasardspelen behåller sin egenskap av tjänster i den mening som avses i fördraget (domen i det ovan nämnda målet *Schindler*, punkt 25).

59 — Se, för ett liknande resonemang, Barnard, C., *The substantive Law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, 2:a uppl., 2007, s. 591.

60 — Se även Hotzopoulos, V., *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle et de libre prestation de services* (de gemenskapsrättsliga principerna om likvärdighet och ömsesidigt erkännande samt frihet att tillhandahålla tjänster), doktorsavhandling i juridik, framlagd och offentligt försvarad den 6 december 1997, Université Robert Schuman de Strasbourg, s. 158.

102. Direktiv 2006/123 visar att om det finns ett önskemål att myndigheterna i den stat där tjänsten erbjuds godkänner kontroller som utförts i tjänsteleverantörens etableringsland, måste de förses med instrument så att de kan göra det med bästa möjliga garantier. För detta ändamål ägnas hela kapitel VI (artiklarna 28–36) i direktivet åt en reglering av det administrativa samarbetet medlemsstaterna emellan, vilket inbegriper en skyldighet att utbyta information om tjänsteleverantörerna, en tydlig kompetensfördelning mellan de berörda staterna samt en varningsmekanism.

103. Det existerar inte i nuläget en sådan hög grad av samarbete i spelsektorn där det tvärtom är vanligt med praxis som motverkar ömsesidigt förtroende.

3. Praxis som motverkar ömsesidigt förtroende

104. För det tredje framgår det tydligt av de mål som för närvarande är anhängiggjorda vid domstolen att det finns nationell praxis som i sig kan förstöra det ömsesidiga förtroende (artikel 10 EG) på vilket den eventuella harmoniseringen av sektorn skulle baseras

eller åtminstone systemet med ömsesidigt erkännande av tillstånd i fråga om spel⁶¹. Jag syftar på den teknik som består i att bevilja tillstånd utanför territoriet eller offshore, som exempelvis myndigheterna i Malta och i Gibraltar använder sig av. Denna fråga är särskilt aktuell i det ovannämnda målet Carmen Media Group och jag analyserar den mer ingående i det målet. Denna verklighet utgör emellertid i förevarande mål ytterligare ett argument som talar för att det är nödvändigt att utesluta ömsesidigt erkännande, som inte kan bli ett resultat av en situation där det ömsesidiga förtroendet mellan medlemsstaterna har åsidosatts.

4. Slutsats

105. Det faktum att det inte har skett någon harmonisering, att offshore-tillstånd är vanligt förekommande, samt att rättspraxis godtar monopol och andra inskränkningar på detta område föranleder mig avslutningsvis att anse att ett system med ömsesidigt erkännande på gemenskapsrättens och rättspraxis nuvarande stadium inte skulle kunna användas i sektorn för hasardspel.

VII – orslag till avgörande

106. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Verwaltungsgericht Giessen och Verwaltungsgericht Stuttgart på följande sätt:

61 — Se förslaget till avgörande i det ovannämnda målet Placencia m.fl., punkt 128.

”1) Artikel 49 EG ska tolkas så, att den inte utgör ett hinder för ett nationellt monopol på vissa hasardspel (som exempelvis sportvadhållning),

- även om de arrangörer som har nationella koncessioner uppmuntrar till deltagande i hasardspel, om främjandet är måttfullt och verkligen ägnat att bekämpa kriminaliteten eller att koncentrera spelet till ett reglerat och kontrollerat utbud och inte att öka statens skatteintäkter, och

- även om privata tjänsteleverantörer tillåts att erbjuda spel med samma eller högre förmodad risk för spelberoende (exempelvis vadhållning vid hästkapplöpningar eller spelautomater), såvida den offentliga myndigheten garanterar att det sker tillräcklig kontroll av de privata aktörerna och att utbudet av spel som omfattas av monopolet är mindre än det skulle ha varit med en privat leverantör.

Om dessa villkor är uppfyllda utgör inte de omständigheter som framförts något hinder för en spelpolitik som är sammanhängande och systematisk i den mening som avses i rättspraxis. Det ankommer på de nationella domstolarna att kontrollera denna politik.

2) Artiklarna 43 EG och 49 EG ska tolkas så, att de tillstånd som en medlemsstats behöriga organ har beviljat för anordnande av sportvadhållning och som inte är begränsade till dess territorium varken tillåter innehavaren av tillståndet eller hans syssломän att erbjuda och ingå avtal på andra medlemsstaters territorier.”