

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
SIEGBERT ALBER

föredraget den 13 mars 2003¹

Innehållsförteckning

I — Inledning	I - 13034
II — Tillämpliga bestämmelser	I - 13035
A — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna	I - 13035
B — De italienska bestämmelserna	I - 13036
III — Bakgrund och förfarande	I - 13038
IV — Parternas yttranden	I - 13041
A — Gambelli	I - 13041
B — Garrisi	I - 13044
C — Den italienska regeringen	I - 13047
D — Den belgiska regeringen	I - 13047
E — Den grekiska regeringen	I - 13048
F — Den spanska regeringen	I - 13048
G — Den luxemburgska regeringen	I - 13048
H — Den portugisiska regeringen	I - 13048
I — Den finska regeringen	I - 13050
J — Den svenska regeringen	I - 13050
K — Kommissionen	I - 13051
V — Bedömning	I - 13052
A — Domarna i målen Schindler, Läärä och Zenatti	I - 13054
1) Domen i målet Schindler	I - 13054
2) Domen i målet Läärä	I - 13055
3) Domen i målet Zenatti	I - 13057

1 — Originalspråk: tyska.

B — Etableringsfriheten	I - 13059
1) Förutsättningarna för en etablering	I - 13059
2) Dataöverföringscentralerna som etableringsställen för Stanley	I - 13061
3) Inskränkning av verksamheten	I - 13062
a) Diskriminering	I - 13063
b) Tvingande hänsyn till allmänintresset — Syfte, åtgärdens lämplighet samt proportionalitet	I - 13064
C — Friheten att tillhandahålla tjänster	I - 13067
1) .Hinder för friheten att tillhandahålla tjänster och berättigandet för detta	I - 13067
2) Lämpliga medel för att uppnå det eftersträlvade syftet	I - 13070
a) Risker som beror på organisatören	I - 13070
b) Att motverka spelbegäret	I - 13071
c) De statliga intäkternas betydelse	I - 13072
3) Spel om pengar och elektroniska media	I - 13073
4) Konsekvenser	I - 13074
VI — Förslag till avgörande	I - 13075

I — Inledning

1. Detta mål har anhängiggjorts vid domstolen genom en begäran om förhandsavgörande från Tribunale Ascoli Piceno (Italien). Begäran kommer från ett brottmål mot Piergiorgio Gambelli och ytterligare mer än hundra personer² angående överträdelse av bl.a. artikel 4 i den italienska lagen nr 401/89, enligt vilken det stadgas straff för upptagande och vidarebefordran av vadhållningsinsatser förbehållet staten respektive företag som fått

tillstånd av staten. De vadhållningsinsatser som tas upp i Italien vidarebefordras till en brittisk bookmaker. I anledning av detta uppkommer med hänsyn till etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster frågan huruvida de nationella bestämmelserna är förenliga med gemenskapsrätten. De tillämpliga italienska bestämmelserna har redan delvis varit föremål för domstolens bedömning i målet Zenatti³. I förevarande fall är det dock en annan dimension av problemet än i målet Zenatti som är aktuell, eftersom det handlar om en straffrättslig kontext där det framför allt är frågan om åtgärderna är proportionerliga som har betydelse. De nationella bestäm-

2 — Enligt beslutet om hänskjutande är det fråga om 137 personer och enligt skrivelsen från Gambellis ombud 140. På grund av denna oklarhet sägs i fortsättningen enbart Gambelli och ytterligare mer än hundra personer respektive Gambelli och de andra tilltalade.

3 — Dom av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti (REG 1999, s. I-7289).

melserna kommer också att behandlas med avseende på etableringsfriheten, medan domstolen hittills bara har prövat problematiken med lotterier⁴, hasardspel⁵ och sportvadhållning⁶ med avseende på friheten att tillhandahålla tjänster. Slutligen har de italienska bestämmelserna skärpts på visst sätt genom en lag från år 2000⁷ som är tillämplig från och med år 2001, och detta kan i sig eventuellt vara problematiskt från gemenskapsrättslig synpunkt.

(De i fotnoterna 3–5 nämnda domarna Zenatti, Schindler och Läära kommer att nämnas upprepade gånger i det följande. Hänvisningar kommer därvid att anges från fall till fall.)

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

2. Artikel 43 EG lyder som följer:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare

i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 48 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.”

3. Artikel 48 EG lyder enligt följande:

”Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen skall vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.

4 — Jämför dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler (REG 1994, s. I-1039; svensk specialutgåva, tillägg, s. 119).

5 — Jämför dom av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läära (REG 1999, s. I-6067).

6 — Jämför domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3).

7 — Lag nr 388/2000 av den 23 december 2000 Legge Finanziaria (lag om budgeten): Supplemento ordinario nr 302 till GURI av den 29 december 2000 (nedan kallad lag nr 388/00).

Med ’bolag’ förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning ...”

4. Artikel 46.1 EG lyder som följer:

”1. Bestämmelserna i detta kapitel och åtgärder som vidtagits med stöd av dessa skall inte hindra tillämpning av bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.”

5. Artikel 49 första stycket EG lyder som följer:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.”

Enligt artikel 55 skall bestämmelserna om etableringsfrihet i artiklarna 45–48 tillämpas även beträffande frihet att tillhandahålla tjänster.

B — *De italienska bestämmelserna*

6. Enligt artikel 88 i Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (kungligt dekret nr 773 av den 18 juni 1931, nedan kallat TULPS)⁸ kan ett tillstånd ges för upp-

tagande av vadhållningsinsatser endast om de avser kapptävlingar, regattor, bollspor-ter och andra liknande tävlingar, om vadhållningen är en nödvändig förutsättning för att tävlingen skall kunna äga rum. Godkännande för vadhållningsverksamhet ges uteslutande åt organ med koncession eller andra som har fått tillstånd till det av ett ministerium eller annan inrättning som genom lag har förbehållits rätten att organisera eller bedriva vadhållning. Vadhållningsinsatserna får avse utgången eller resultatet av ett sportevenemang som äger rum under kontroll av den nationella italienska olympiska kommittén (Comitato olimpico nazionale italiano; nedan kallad CONI), eller resultatet av hästkapplöpningar som organiseras genom förmedling av det nationella förbundet för hästrasernas förbättring (Unione Italiana per l'incremento delle razze equine; nedan kallat UNIRE).

7. Enligt artikel 4 i lag nr 401/89⁹ om ”Ingripanden på området för spel och förbjuden vadhållning till skydd för sunda sporttävlingar” i dess genom artikel 37 femte stycket i lag nr 388/00 ändrade lydelse gäller följande.

”1. Den som utan tillstånd deltar i organiserandet av lotterier, vadhållning eller tipsspel som enligt lag är förbe-

8 — Kungligt dekret (DR) nr 773 av den 16 juni 1931, *GURI* nr 146 av den 26 juni 1931 i dess lydelse enligt lag nr 388 av den 23 december 2000 Legge Finanziaria (Supplemento ordinario nr 302 till *GURI* av den 29 december 2000).

9 — Lag av den 13 september 1989 (*GURI* nr 294 av den 18 december 1989, nedan kallad lag nr 401/89).

- hållet staten eller sådana inrättningar som ger koncession, döms till frihetsstraff mellan sex månader och tre år. Till samma straff döms den som anordnar vadhållning eller tipstävlingar som gäller sportevenemang som organiseras av CONI, av inrättningar som står under CONI:s kontroll eller av UNIRE. Den som olagligen deltar i öppen vadhållning som gäller andra tävlingar där människor eller djur deltar eller spel som bygger på skicklighet, döms till frihetsstraff mellan tre månader och ett år jämte ett penningstraff på minst en miljon ITL.
2. Den som gör reklam för tävlingar, spel eller vadhållning som anordnas på sätt som anges i 1. utan att vara delaktig i sådant brott som sägs där döms till fängelse högst tre månader och ett penningstraff på mellan 100 000 och en miljon ITL.
3. Den som deltar i tävlingar, spel eller vadhållning som anordnas på sätt som anges i 1. utan att vara delaktig i sådant brott som sägs där döms till fängelse högst tre månader eller ett penningstraff på mellan 100 000 och en miljon ITL.
4. Vad som sägs under 1. och 2. skall tillämpas även på spel om pengar med apparater som är förbjudna enligt artikel 110 i DR nr 773 av den 18 juni 1931, ändrad genom lag nr 507 av den 20 maj 1965, och senast ändrad genom artikel 1 i lag nr 904 av den 17 december 1986.
- 4.a ¹⁰ De påföljder som föreskrivs i denna artikel skall tillämpas på var och en som i Italien utan koncession, tillstånd eller licens enligt artikel 88 TULPS bedriver verksamhet som avser varje form av mottagande eller upptagande av vadhållningsinsatser av alla slag, eller som underlättar varje form av mottagande eller upptagande av vadhållningsinsatser av alla slag, vare sig vaden görs upp i Italien eller utomlands och även om det sker per telefon eller genom dataöverföring.
- 4.b Utan att det påverkar tillämpningen av finansministerns befogenheter enligt artikel 11 i lagdekret nr 557 av den 30 december 1993, efter ändring numera lag nr 133 av den 26 februari 1994, och med tillämpning av artikel 3.228 i lag nr 549 av den 28 december 1995, skall de påföljder som föreskrivs i denna artikel tillämpas på var och en som bedriver upptagande eller registrering av lottoblanketter, tipsspel eller vadhållning per telefon eller
- 10 — Styckena 4.a och 4.b infördes genom lag nr 388 av den 23 december 2000 som styckena 4 bis och 4 ter i lag nr 401/89, varigenom enligt vad som sägs i beslutet om hänskjutande de straffrättsliga följderna utvidgades för alla personer som i Italien bedriver förbjuden vadhållningsverksamhet oavsett art.

genom dataöverföring utan att ha tillstånd att använda sig av dessa medel för att genomföra upptagandet eller registreringen.”

och överföring av vadhållningsinsatser ansågs utgöra en överträdelse av det monopol på sportvadhållning som är förbehållet CONI och därmed också en överträdelse av artikel 4 i lag nr 401/89.

III — Bakgrund och förfarande

8. Enligt beslutet om hänskjutande har åklagaren och undersökningsdomaren vid Tribunale Fermo konstaterat att ”det finns en utbredd och finmaskig organisation av italienska agenturer”, däribland Gambelli och de ytterligare mer än etthundra personerna, vilka via Internet står i förbindelse med den brittiske bookmakern Stanley International Betting i Liverpool och har till uppgift att i Italien ”ta upp vadhållningsinsatser som staten enligt lag har ensamrätt till med metoder” som kan sammanfattas enligt följande: Spelaren meddelar den ansvarige vid agenturen vilka tävlingar denne avser att satsa på och uppgifter om spelbeloppen. Den ansvarige sänder via Internet begäran om godtagande av vaden till den brittiske bookmakern med uppgifter om fotbollsmatcherna i fråga och om insatserna. Bookmakern sänder över Internet omgående (ordagrant ”i realtid”) en bekräftelse på att vadet antagits. Spelaren får denna bekräftelse och erlägger vederlaget, vilket därefter vidarebefordras till den brittiske bookmakern på ett särskilt utländskt konto. Detta beteendemonster och dessa enskilda åtgärder för upptagande

9. Allmänna åklagaren i Fermo inledde en förundersökning mot Gambelli och övriga tilltalade angående genomförande av vadhållning och mottagande av vadhållningsinsatser, vilket är förbjudet enligt artikel 4.1 i lag nr 401/89. Undersökningsdomaren vid Tribunale Fermo beslutade om beslag och om frihetsberövande av Garrisi. Vidare genomskötes agenturerna, de tilltalades hemvist samt deras fordon. Mot beslutet om beslag begärdes omprövning hos den nationella domstolen.

10. Stanley International Betting Ltd är en brittisk kapitalassociation som är registrerad i handelsregistret i Förenade kungariket och som bedriver verksamhet som bookmaker. Företaget har tillstånd att utöva denna verksamhet med licens i den mening som avses i reglerna om ”Betting Gaming and Lotteries”, vilka har utfärdats av staden Liverpool och avser Förenade kungariket och utlandet. Denne bookmaker organiserar vadhållning med stöd av en brittisk licens och använder sig av reklam i dags- och veckotidningar och tidskrifter. Det brittiska företaget organiserar och sköter vadhållningen, bestämmer evenemang och utdelning, påtar sig den ekonomiska risken, och tar upp vadhållning även per telefon och genom dataöverföring. Företaget erlägger förekommande skatter i

Förenade kungariket (vadhållningsskatt, mervärdesskatt, bolagsskatt) liksom skatter och avgifter på löner och utbetalningar vinsterna. Företaget är underkastad sträng kontroll såväl genom intern kontroll som kontroll av auktoriserad revisor och av skatteförvaltningen.

11. Det brittiska företaget är verksamt på den italienska marknaden på så sätt att det sluter avtal med i Italien bosatta näringsidkare om upprättande av dataöverföringscentraler så att dessa italienska företag blir förmedlare av sportvadhållning. Enligt vad som sägs i begäran om hänskjutande ställer dessa centraler "de elektroniska medlen till användarnas förfogande för överföring till bookmakern, samlar och registrerar vadhållningsbeställningarna och överför dem till Liverpool". Den brittiske bookmakern erbjuder ett brett utbud av sportvadhållning, alltså inte bara när det gäller evenemang som anordnas av CONI eller organisationer som är knutna till CONI utan även när det gäller andra utländska och internationella sportevenemang. Italienska medborgare har även möjlighet att hemifrån placera sportvadhållningsinsatser som bookmakern organiserar och erbjuder via olika kanaler såsom Internet, fax, telefon m.m.

12. De tilltalade är registrerade hos den italienska handelskammaren som företagare och innehavare av dataöverföringscentraler och har beviljats erforderliga tillstånd av ministern för post och telekommunikation för dataöverföring (i den

mening som avses i beslut nr 467/2000/Cons av den 19 juli 2000 och presidialdekret nr 318 av den 19 september 1997).

13. Den nationella domstolen har angett att företaget Stanley enligt gemenskapsrätten har rätt att öppna huvudinrättningar eller filialer inom EG:s medlemsstater. Dessa huvudinrättningar eller filialer låter användarna utnyttja dataöverföring till bookmakern. Den nationella domstolen har vidare anfört att de tilltalade inte enbart har bistått bookmakern i verksamheten med upptagande av vadhållningsinsatser, utan att de även har utövat ekonomisk verksamhet och tillhandahållit det utländska företaget en tjänst. Målet vid den nationella domstolen leder till frågor som först måste avgöras avseende de nationella bestämmelsernas förenlighet med gemenskapsrätten. Det har påpekats att otaliga italienska domstolar har uttalat sig på detta område och därvid kommit med motstridande och motsägelserfulla lösningar.

14. Den nationella domstolen har vidare påpekat att artikel 4.1 i lag nr 401/89 inte utesluter straffbarhet i fall då agenten är ett utländskt gemenskapsföretag som har fått tillstånd av behöriga myndigheter i sitt hemland att bedriva verksamhet för dataöverföring. Det är därför tänkbart att det kan förekomma en icke acceptabel diskriminering av ett sådant företag gentemot inhemska näringsidkare som på grund av koncession eller tillstånd på samma sätt

bedriver upptagande och mottagande av sportvadhållningsinsatser för CONI:s räkning. Detta kan strida mot principerna om etableringsfrihet och den fria rörligheten över gränserna för tjänster.

15. Mot bakgrund av domen från Corte di Cassazione nr 1680/2000 har den nationella domstolen, när det gäller de möjliga riskerna med hänsyn till den allmänna ordningen av att verksamhet som har samband med vadhållning utövas fritt, anmärkt att sådana krav kan beaktas på lämpligt sätt i fall då näringsidkaren är ett företag som redan i sitt hemland omfattas av kontroll av att dess verksamhet är korrekt.

16. När det gäller den befarade risken med ytterligare frestelser att spendera pengar har den nationella domstolen påpekat att möjligheterna till spel och vadhållning i Italien ökar mer och mer. Därvid är "fenomenet" vadhållning hos utländska näringsidkare i jämförelse med den nationella spelmarknaden "marginellt". "Ännu större osäkerhet" följer av "analysen av problematiken med statliga intäkter som härrör från tillåtna nationella spel". På grund av de nya bestämmelserna i artiklarna 4.a och 4.b i lag nr 401/89 straffbeläggs även upptagande av vadhållningsinsatser som avser internationella sport- eller samhälls-evenemang och liknande där staten inte har något fiskalt intresse.

17. Av handlingarna från parlamentsarbetet med ändring av finanslagen år 2001 framgår att den senare skärpningen i första hand dikterades av intresset att skydda gruppen "sporttotomottagare" (en grupp av privata företagare), medan det inte uttalades några sådana betänkligheter när det gäller den allmänna ordningen som kan rättfärdiga begränsningen i fråga om gemenskapsrätten eller den konstitutionella rätten.

18. Den nationella domstolen har vidare anfört att tillåtligheten av verksamheten med upptagande och överföring av vadhållningsinsatser avseende utländska sportevenemang som kunde utläsas av den ursprungliga formuleringen av artikel 4, "ledde till att det utvecklades ett nätverk av näringsidkare som hade investerat kapital och finansiella medel". Genom lagändringen blev dessa näringsidkares verksamhet otillåten utan att de hade kunnat förutse detta. Det är uppenbart att artikel 4 står i strid med skyddet för de gemenskapsrättsliga principerna om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster på området för privata ekonomiska initiativ i verksamheter varifrån den italienska staten inte får några intäkter, som exempelvis vadhållning vid utländska evenemang som avser sport eller annat.

19. Den nationella domstolen är osäker på två punkter. Det är för det första frågan huruvida proportionalitetsprincipen har

tillgodosetts vid en jämförelse mellan "den högsta förbudsgraden (straffhot)", som valts av den nationella lagstiftaren, och "vikten av det skyddade inhemska intresset när de friheter som enskilda tillförsäkras genom EG-fördraget offras". För det andra frågar sig den nationella domstolen om det är av väsentlig betydelse att det råder ett uppenbart missförhållande mellan å ena sidan en nationell reglering som strängt begränsar utländska gemenskapsföretags verksamhet med mottagande av vadhållningsinsatser, och å andra sidan den politik med motsatta förtecken som innebär en kraftig ökning av spel och vadhållning, som den italienska staten bedriver inom landet i syfte att erhålla intäkter till statskassan.

IV — Parternas yttranden

21. Den tilltalade Gambelli m.fl. samt den tilltalade Garrisi — som är styrelseledamot hos Stanley i Italien — har framfört uppfattningen att förevarande mål skiljer sig väsentligt från de tidigare målen hos domstolen, särskilt målet Zenatti. De medlemsstaters regeringar som har yttrat sig och kommissionen har däremot enhälligt uttalat att lösningen på tolkningsfrågan framgår av domstolens tidigare rättspraxis i domarna i målen Schindler, Läärä och framför allt Zenatti.

20. Den hänskjutande domstolen har därför ställt följande fråga för domstolens förhandsavgörande.

A — Gambelli

Är en sådan nationell reglering som den italienska i artikel 4.1–4.4 och artikel 4.a och 4.b i lag nr 401 av den 13 december 1989 (senast ändrad genom artikel 37.5 i lag nr 388 av den 23 december 2000) vilka innehåller straffsanktionerade förbud mot att utöva verksamhet, oavsett av vem eller var den utförs, med upptagande, mottagande, reservation och överföring av vadhållningsinsatser, i synnerhet vid sportevenemang, om inte förutsättningar föreligger för sådan koncession och tillstånd som föreskrivs i inhemsk rätt, förenlig med artikel 43 EG och följande artiklar samt artikel 49 EG och följande artiklar på området för etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla gränsöverskridande tjänster?

22. Gambelli har anført att den vadhållningsverksamhet som bedrivs av CONI och UNIRE har en typiskt monopolistisk struktur. Ett företag som det utländska bolaget Stanley erbjuder sina avtalspartner en garanti för kvalitet och tillförlitlighet. Detta företag, som arbetar med egenorganiserade centraler som förmedlare, har certifikat och tillstånd, är underkastat kontroller och driver verksamheten allt efter den tekniska utvecklingen i överensstämmelse med den brittiska lagstiftningen och gemenskapsrätten utan att bryta mot den italienska lagstiftningen.

23. De italienska myndigheternas farhågor när det gäller skyddet för spelarna mot risker för bedrägerier är ogrundade. Tvärtom, medlemsstaternas lagstiftning de senaste åren — som har möjliggjort ett ständigt växande antal spel om pengar (Lotto, Totocalcio, Totip, scommesse ippiche, Totogol, Corsa tris, Totosei, Supere-nalotto, Bingo, Totobingol, Gratta e vinci, etc.) — kan inte förstås på det sättet att spelmöjligheterna måste begränsas för att förhindra skadliga individuella och sociala verkningar och incitament till utgifter eller för att tillgodose syftet att säkra allmän säkerhet och ordning.

24. En straffsanktion är i princip det yttersta medlet som bara skall tas till när andra medel eller instrument inte säkrar skyddsintresset på ett rimligt sätt. Ett fängelsestraff för blotta upptagandet av vadhållningsinsatser strider på ett uppenbart sätt mot proportionalitetsprincipen.

25. När det gäller etableringsfriheten har Gambelli gjort gällande att dataöverföringscentralerna är osjälvständiga agenturer eller filialer som är bundna till Stanley genom avtal. En medlemsstat får inte hindra en medborgare från en annan medlemsstat att etablera sig under sådana former. När den italienske lagstiftaren kräver ett tillstånd inom ramen för ett koncessionssystem blandar denne ihop dataöverföringscentralernas verksamhet med

anordnandet och organiseringen av vadhållningen, som utförs utomlands. För övrigt har kapitalassociationer varit utesluta från koncessionssystemet redan från början.

26. När det gäller friheten att tillhandahålla tjänster har Gambelli gjort gällande att det material som Stanley översänder till centralerna — spelkvoter, evenemangskalendrar, mottagningsbekräftelser och annat som behövs för bekräftelse, mottagande och identifiering av den vadhållning som anordnas och förvaltas utomlands, liksom även överföringen av insatserna och centralernas samlade kvoter — utgör gränsöverskridande tjänster i den mening som avses i grundfriheterna enligt fördraget. Genom den italienska lagstiftningen åsidosätts denna gemenskapsprincip när den förbjuder italienska medborgare att vända sig till utländska företag för att välja spel eller de intressantaste kombinationerna eller för att placera sina vadhållningsinsatser per telefon eller via dataöverföring. Genom lagstiftningen åsidosätts också principen om skyddet för berättigade förväntningar på så sätt att det berättigade förtroende som innehavaren av dataöverföringscentralen har för det rättsenliga i sin verksamhet rubbas i vart fall när det gäller internationella spelevenemang.

27. Gambelli har därefter mot bakgrund av domarna i målen Schindler, Läärä och Zenatti gått igenom vad som kan motivera en inskränkning av grundfriheterna. Medlemsstaternas politiska mål att reglera spelverksamheten är inte nödvändigtvis tvingande på grund av allmänintresset, men de inskränkande åtgärderna måste vara

uttryck för en samordnad politik av medlemsstaten i syfte att begränsa eller förhindra spelverksamhet. I övrigt får de inskränkande åtgärderna inte vare sig direkt eller indirekt syfta till eller leda till diskriminering gentemot medborgare eller företag från andra medlemsstater. Under alla förhållanden måste de vara proportionerliga.

något fiskalt intresse, och detta har domstolen ännu inte haft tillfälle att pröva. Domstolen har heller ännu inte prövat vare sig den italienska lagstiftningens förenlighet med etableringsfriheten eller problemet med diskriminering av italienska medborgare som hindras till spel eller vadhållning via Internet med utländska inrättningar.

28. Otvivelaktigt är det ändå så att den italienska staten stimulerar och främjar en fiskal politik. Det monopol som består av systemet med CONI och hästvadhållningsagenturer är inte nödvändigt med hänsyn till allmänintresset. Genom att inte erkänna andra medlemsstaters lagstiftningsåtgärder — i detta fall det brittiska systemet, vilket anses som strängt och som är vida erkänt — har den italienska lagstiftningen en diskriminerande verkan och frångår grundläggande principer för upprättandet av den gemensamma marknaden.

30. När det gäller den möjliga faran för allmän ordning har Gambelli anförat att det går att finna andra former för en adekvat och effektiv kontroll av utländska tillhandahållare för att säkerställa ett fortgående och naturligt öppnande av den europeiska marknaden. Mot bakgrund av den tekniska utvecklingen, ändringar i lagstiftningen och gemenskapens politik när det gäller kommunikation och handel via Internet har Gambelli anförat att en förnyad prövning av domstolen är oundgänglig.

29. Utifrån de överväganden som den nationella domstolen har lagt fram när det gäller straffets proportionalitet och motsägelsen mellan det restriktiva rättsläget för spel utanför Italien och den uppmuntran som ges åt spel inom landet, uppkommer i målet frågor som hittills inte har besvarats av domstolen. Domstolen har exempelvis hittills ännu inte prövat huruvida de italienska straffbestämmelserna när det gäller vadhållning är förenliga med gemenskapsrätten. Vidare har Legge Finanziaria 2000 väsentligt skärpt den italienska lagstiftningen till och med när det gäller internationella evenemang vid vilka den italienska staten inte kan göra gällande

31. Gambelli har föreslagit att frågan enligt begäran om förhandsavgörande skall besvaras på följande sätt:

- 1) Republiken Italiens lagstiftning, så som den lyder enligt artikel 88 i DR nr 773 av den 18 juni 1931 (TULPS), som

ändrats flera gånger, och artikel 4 i lag nr 401 av den 13 december 1989, som ändrats flera gånger (senast genom artikel 37.4 och 37.5 lag nr 388 av den 23 december 2000) är oförenlig med artikel 43 och följande artiklar i fördraget angående etableringsfrihet och/eller artikel 49 och följande artiklar i fördraget angående friheten att tillhandahålla tjänster, är diskriminerande till nackdel för arrangörer från gemenskapen, strider mot principerna om proportionalitet, ömsesidigt erkännande, rättssäkerhet och skyddet för berättigade förväntningar, strider mot gemenskapens direktiv om friheten att erbjuda tjänster via Internet och tjänster genom telekommunikation, strider mot principen om lojalt samarbete och skyldigheten enligt artikel 10 i fördraget, strider mot allmänintresset, är inte motiverat av principen om allmän säkerhet och ordning, får inte fylla något fiskalt syfte, inskränker friheten för personer och företag med gemenskapsanknytning och diskriminerar dessa i förhållande till italienska medborgare.

- 2) I andra hand är en nationell lagstiftning som den aktuella oförenlig med artikel 43 och följande artiklar eller artikel 49 och följande artiklar i fördraget liksom även med principerna i de gemenskapsrättsliga direktiven såvida inte myndigheterna eller de nationella domstolarna finner att lagstiftningen inte skall tillämpas eller såvida den inte tillämpas på ett sätt som är förenligt med principerna, direktiven och de nämnda gemenskapsrättsliga åtgärderna.

B — *Garrisi*

32. Garrisi är styrelseledamot hos Stanley och ansvarig för sportvadhållningsgruppens verksamheter. Utöver vad Gambelli har anfört har Garrisi uppgett att lagändringen i Italien år 2000 gjorde det definitivt omöjligt för företag från andra medlemsstater att komma in på den italienska marknaden för tjänster avseende upptagande och mottagande av sportvadhållningsinsatser.

33. I detta sammanhang har Garrisi hänvisat till att villkoren för deltagande när CONI infordrade anbud på mer än tusen nya koncessioner för att anordna annan sportvadhållning än hästvadhållning i realiteten bara kunde uppfyllas av sådana hästvadhållningsagenturer som redan tillhörde UNIRE:s eller CONI:s system, eftersom bara fysiska personer eller personassociationer kunde få koncessioner, av sådana som kunde visa upp förpliktande olika strukturer och sådana som redan förfogade över affärslokaler inom italienskt territorium. För övrigt fick de italienska hästvadhållningsbyråerna, utan att de hade varit tvungna att delta i den offentliga anbudsupphandlingen, redan i förväg och även i efterhand i stor omfattning koncessioner för hästvadhållning och annan sportvadhållning än hästvadhållning. På det sättet fick de fasta koncessioner för ny vadhållning och blev underställda hästvadhållningsbyråer som har koncession från UNIRE, medan andra anordnare från gemenskapen inte har kunnat få denna "status".

36. Garrisi har gjort gällande att den italienska lagstiftningen helt underlåter att pröva huruvida den som tillhandahåller tjänsterna i sin ursprungsstat är underkastad likvärdiga regler och förbud som syftar till skydd för samma intressen — skyddet för allmän ordning och moral — och även innehåller en straffrättslig prevention och beivrande. Företag som vill komma in på den italienska marknaden är därför dubbelt utsatta för pålagor, kontroller och sanktioner. Detta utgör en allvarlig diskriminering av dessa till förmån för inhemska företag. Den aktuella lagstiftningen strider därför mot principen om ömsesidigt erkännande.

37. Enligt Garris mening strider den år 2000 gjorda lagändringen mot principen om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen med avseende på alla de som likt de tilltalade i målet vid den nationella domstolen vid tidpunkten för ikraftträdandet av lag nr 388/00 utövade verksamhet som dataförmedlare i Italien avseende annan vadhållning om sportevenemang än sådan som var förbehållen CONI och UNIRE. I övrigt föreligger en överträdelse även av direktiv 1999/42/EG¹⁴

13 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-288/89 (REG 1991, s. I-4007; svensk specialutgåva, volym 11, s. 331), punkt 11.

14 — Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/42/EG av den 7 juni 1999 om införande av en ordning för erkännande av kvalifikationer för de former av yrkesverksamhet som omfattas av direktiven om liberalisering och övergångsåtgärder samt om komplettering av den allmänna ordningen för erkännande av kvalifikationer (EGT L 201 av den 31 juli 1999, s. 77).

38. Härill kommer att den italienska lagstiftningen i vissa delar är oförenlig med direktiven 90/388/EG¹⁵, 97/13/EG¹⁶ och 97/66/EG¹⁷. Den står således inte bara i strid med de grundläggande friheterna att tillhandahålla tjänster och till etablering utan även med friheten att tillhandahålla telekommunikationstjänster.

39. Garrisi har föreslagit att tolkningsfrågan skall besvaras på följande sätt.

Den italienska lagstiftningen avseende sportvadhållning är oförenlig med artikel 43 EG och följande artiklar och artikel 49 EG och följande artiklar.

a) Den leder till positiv diskriminering till nackdel för operatörer från gemenskapen som inte är medborgare i landet, och/eller utgör trots att den teoretiskt sett är tillämplig utan åtskillnad ett faktiskt eller rättsligt hinder som förhindrar eller på ett oproportionerligt sätt försvårar dessa operatörers direkta tjänsteutbud liksom möjligheten att förmedla etableringar

av operatörer från andra medlemsstater; och/eller strider mot principerna om proportionalitet, ömsesidigt erkännande och icke-motsägelse med andra politikområden, och/eller strider mot principerna om rättssäkerhet och skyddet för berättigade förväntningar.

b) Den strider mot direktiv 1999/42 i fråga om ömsesidigt erkännande och behörighetsbevis.

c) Den strider mot direktiven på området för fritt tillhandahållande av tjänster i fråga om andra liberaliserade telekommunikationstjänster än taltelefoni.

I andra hand påstås att den italienska lagstiftningen på området för sportvadhållning är oförenlig med artikel 43 och följande artiklar och artikel 49 och följande artiklar i fördraget och/eller med bestämmelserna i direktiv 1999/42 och/eller bestämmelserna i direktiv 90/388, direktiv 97/13 och direktiv 97/66 såvitt den av medlemsstaternas myndigheter och domstolar inte tillämpas på ett sätt som är förenligt med principerna om icke-diskriminering, proportionalitet, ömsesidigt erkännande, överensstämmelse med annan nationell politik, rättssäkerhet och skyddet för berättigade förväntningar.

15 — Kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 192, s. 10; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 221), i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996 (EGT L 74, s. 13).

16 — Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområden (EGT L 117 av den 7 maj 1997, s. 15).

17 — Europaparlamentets och rådets direktiv 97/66/EG av den 15 december 1997 om behandling av personuppgifter och skydd för privatlivet inom telekommunikationsområdet (EGT L 24 av den 30 januari 1998, s. 1).

C — Den italienska regeringen

40. Den italienska regeringen har anfört att den italienska lagstiftningen mot bakgrund av de i domen i målet Zenatti utvecklade principerna är förenlig med gemenskapsrättens bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten. I domen i målet Zenatti rörde det sig om bestämmelser angående förvaltningsrättsligt tillstånd till verksamhet med upptagande och organiserande av vadhållning i Italien (artikel 88 i DR nr 773 av den 18 juni 1933). I förevarande fall rör det sig om en straffrättslig sanktion av förbudet mot upptagande och organiserande av vadhållningsinsatser. Båda regleringarna har samma syfte, dvs. att förbjuda verksamheten utom såvitt avser sådana fall som uttryckligen är lagligen tillåtna.

41. Den italienska regeringen har erinrat om att den italienska kassationsdomstolen (Corte di Cassazione) i sin dom nr 1680 av den 28 april 2000 har prövat regleringen i ljuset av principerna i domen i målet Zenatti och kommit till slutsatsen att den är motiverad såvitt därigenom spel-möjligheterna begränsas och den allmänna ordningen skyddas.

D — Den belgiska regeringen

42. Den belgiska regeringen har erinrat om att centralernas verksamhet utifrån dom-

stolens praxis är att betrakta som ekonomisk verksamhet i den mening som avses i fördraget. Regeringen anser dock att en gemensam marknad för spel om pengar bara är ägnad att locka konsumenterna till större slöseri med pengar och därmed följande skadliga konsekvenser för samhället, och den har i det sammanhanget hänvisat framför allt till punkterna 60 och 61 i domen i målet Schindler. Med hänvisning till domarna i målen Kraus¹⁸ och Gebhard¹⁹ har den belgiska regeringen anfört att den aktuella lagstiftningen undgår förbudet i artikel 49 EG om de fyra förutsättningar för en tillåten begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster som ställts upp i dessa domar är uppfyllda. Strävandena att motverka spel om pengar och dess skadliga verkningar kan enligt domarna i målen Schindler, Läärä och Zenatti betraktas som ett syfte som ligger i allmänintresset. Att åberopa detta syfte är inte uteslutet därför att spel om pengar inte är helt förbjudet. Den italienska lagstiftningen är heller inte diskriminerande. Spel om pengar får bara bedrivas med tillstånd av organ som utsetts av finansministeriet. Detta gäller för såväl italienska som för utländska organisatörer. Den italienska regeringen är även proportionerlig. Även om den kan anses inskränka etableringsfriheten är detta berättigat på samma grunder som beträffande inskränkningen av friheten att tillhandahålla tjänster.

18 — Dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92 (REG 1993, s. I-1663; svensk specialutgåva, volym 14, s. 167).

19 — Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 39 sjätte strecksatsen. Se närmare om de fyra förutsättningarna, nedan punkt 92.

E — *Den grekiska regeringen*

43. Den grekiska regeringen har dragit en parallell mellan den aktuella italienska regleringen och den motsvarande grekiska. Enligt regeringen är båda förenliga med gemenskapsrätten. Liberaliseringen av verksamhet med spel om pengar har fört med sig nya risker för allmänheten. Därför är det berättigat att bedriva spel om pengar och särskilt då sportvadhållning i monopolform under statens kontroll.

G — *Den luxemburgska regeringen*

45. Den luxemburgska regeringen har framfört uppfattningen att den i målet aktuella italienska regleringen visserligen framstår som en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten, men att den ändå är berättigad i den mån den uppfyller de fyra kriterier för en tillåten inskränkning som utvecklats i rättspraxis. Detta är fallet med den italienska lagstiftningen såvitt man kan utgå från att den har tillkommit med det enda syftet att kanalisera spelmöjligheterna.

H — *Den portugisiska regeringen*F — *Den spanska regeringen*

44. Även den spanska regeringen har anfört att den italienska lagstiftningen utifrån hittillsvarande rättspraxis är berättigad med hänsyn till allmänintresset. Såväl överförandet av särskilda eller exklusiva rättigheter i ett strängt tillstånds- eller koncessionssystem liksom förbudet för utländska organisatörer att driva filial är åtgärder som är förenliga med gemenskapsrätten när de har tillkommit med syftet att motverka möjligheterna till spel. Det är därför nödvändigt att kontrollera spelmöjligheterna för att därmed förenade risker skall kunna undvikas. En medlemsstat har ett utrymme för att skönmässigt bedöma hur den skall organisera lotterier och spel om pengar och hur den skall använda utfallande vinst.

46. Enligt den portugisiska regeringen måste det observeras att det i alla medlemsstater finns beteenden som strider mot gällande rättsläge när det gäller inskränkningar av spel om pengar, såsom försäljning av lotter för utländska lotterier eller upptagande av insatser inom hästvadhållning. Dessa beteenden utgör ett led i en strategi för liberalisering och privatisering av marknaden för spel om pengar som uttryckligen avvisades av toppmötet i Edinburgh år 1992. Förevarande mål har betydelse för att man i Italien liksom i andra medlemsstater skall kunna låta anordnandet av lotterier kvarbli under offentliga monopol för att säkerställa en viktig intäktskälla för medlemsstaterna som ersätter andra skatter och som för alla medlemsstater tjänar syftet att finansiera social-, kultur- och sportpolitik och att förmedla en betydande välbefinningsnivå till unionsmedborgarna.

47. Den portugisiska regeringen har påpekat att subsidiaritetsprincipen, på grund av vilken gemenskapen hittills inte har vidtagit någon harmonisering på området, måste vara rättesnöret vid tolkningen av gemenskapsrätten. Inom ramen för prövningen av det proportionerliga i medlemsstaternas åtgärder att göra inskränkningar när det gäller spel om pengar ankommer det på lagstiftaren i respektive medlemsstat att definiera det syfte och det intresse som lagstiftaren har för avsikt att skydda. Likaså kan lagstiftaren välja de medel som han finner lämpliga under förutsättning att de inte är diskriminerande. Den portugisiska regeringen har också åberopat domarna i målen Schindler, Läärä och Zenatti.

49. Den portugisiska regeringen har med åberopande av domstolens praxis²⁰ förklarat att den tvingande hänsynen till allmänintresset alltid följer av ett konkret betraktelsesätt. Regeringen har hänvisat till sina skriftliga yttranden i målet Anomar m.fl.²¹ där den har anfört att frågan om den allmänna ordningen inrymmer moraliska, etiska och politiska värden som är avhängiga av ett nationellt system och som inte kan provas vare sig övernationellt eller enhetligt.

50. Enligt den portugisiska regeringen följer av punkt 30 i domen i målet Zenatti att den italienska lagstiftningen är ägnad att motverka risken för bedrägerier och skadliga sociala konsekvenser av spel om pengar och att endast tillåta spel om det kan möjliggöra ett sportevenemang.

48. Enligt den portugisiska regeringens uppfattning skulle en lagstiftning med långtgående möjligheter att tillåta spel om pengar vara ägnad att framkalla svåra sociala problem på grund av förlust av individers och familjers förmögenhet. Spel om pengar innebär i allmänhet risker för bedrägerier och annan brottslighet som exempelvis penningtvätt. Den improduktiva karaktär som spel om pengar har gör att man till dess förmån inte kan åberopa näringsfrihet och fri konkurrens. Eftersom det inte är fråga om någon produktion kan de friheter som ställts upp för gemenskapens väl inte gälla på detta område.

51. Den portugisiska regeringen har vidare gjort gällande att en öppen konkurrens på marknaden för spel om pengar skulle föra med sig en överföring av intäkterna från fattigare till rikare länder. Spelarna skulle spela där de skulle kunna förvänta sig de högsta vinsterna vilket skulle leda till att spel i mindre stater bidrog till finansier-

20 — Jämför domen i målet Schindler (ovan fotnot 4), domen i målet Läärä (ovan fotnot 5) och domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), liksom dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Cassis de Dijon (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym 4, s. 377), punkt 8, dom av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger (REG 1991, s. I-4221), samt domen i målet Gouda (ovan fotnot 13).

21 — Jämför mål C-6/01, punkt 90 i inlagan.

ingen av sociala ändamål, kultur och sport i större stater, vilket i sin tur skulle föra med sig minskade intäkter för de mindre staterna och tvinga dessa till större skatteuttag. I övrigt är en uppdelning av staternas marknader för Lotto och Toto på mellan tre och fyra stora organisationer i Europa ägnat att framkalla strukturella förändringar som för med sig förlust av arbetsplatser och ökade sociala problem.

som under vissa förutsättningar är förenliga med gemenskapsrätten i det att organisationer från andra medlemsstater därigenom hindras att etablera sig i Italien eller att där tillhandahålla tjänster. Domstolen har tillerkänt medlemsstaterna ett betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar. Detta gäller både för den fria rörligheten för varor och för friheten att tillhandahålla tjänster samt för etableringsfriheten. Den aktuella lagstiftningen är berättigad då den inte är diskriminerande och då den tillämpas utan åtskillnad mellan inhemska och utländska organisationer.

52. Enligt den portugisiska regeringen är den italienska lagstiftningen precis som den portugisiska förenlig med proportionalitetsprincipen eftersom den är nödvändig för att skydda allmänna intressen. De enda alternativen som finns är antingen att helt förbjuda spelverksamheten eller att liberalisera den. De motiveringar som angetts i domen i målet Zenatti gäller även här. En begränsning av etableringsfriheten för ett brittiskt företag är därför inte oproportionerlig. Att avskaffa det statliga monopolet för spel skulle få svåra ekonomiska följder och skadliga individuella och sociala konsekvenser.

54. Från gemenskapsrättslig synpunkt saknar det betydelse att det rör sig om en straffsanktion och att lagstiftningen även träffar upptagande av vadhållningsinsatser för en organisation med tillstånd i en annan medlemsstat och i fråga om vilka den italienska staten inte har något fiskalt intresse. Enligt punkt 36 i domen i målet Läära skall frågan huruvida en åtgärd är proportionerlig endast bedömas med hänsyn till de ändamål och den skyddsnivå som de nationella myndigheterna eftersträvar, och detta är slutligt en fråga för den nationella domstolen att avgöra.

I — Den finska regeringen

J — Den svenska regeringen

53. Med åberopande av domarna i målen Schindler, Läära och Zenatti har den finska regeringen anfört att straffsanktionerade förbud i lag utgör ett skydd för monopol

55. Enligt den svenska regeringen bör domstolen följa den väg som utstakats genom domarna i målen Schindler, Läära och Zenatti. Visserligen ställer den ita-

lienska lagstiftningen upp hinder för friheten att tillhandahålla tjänster, men dessa är inte diskriminerande och tillämpas heller inte på ett diskriminerande sätt. Den omständigheten att åtgärderna tjänar fiskala intressen är oproblematisht från gemenskapsrättslig synpunkt så länge de är proportionerliga och icke-diskriminerande, något som den nationella domstolen skall pröva. Den svenska regeringen har anförut att skyddsintresset för den italienska lagstiftningen inte kan ersättas av sådan kontroll som vadhållningsbyråerna är underkastade i sin ursprungsstat. Den nya italienska lagstiftningen gör det möjligt att förhindra att regleringen kringgås genom ett företag som inte har fått tillstånd i Italien. Av domarna i målen Lääre (punkt 36) och Zenatti (punkt 34) följer att den omständigheten att en medlemsstat har valt ett annat skyddssystem än en annan medlemsstat inte kan påverka bedömningen av om de bestämmelser som har antagits på området är nödvändiga och proportionerliga, utan bestämmelserna skall endast bedömas med hänsyn till de eftersträfvade ändamålen och den skyddsnivå som de avser att säkerställa. Även inskränkningarna i etableringsfriheten är berättigade.

förevarande mål. Lagändringen av år 2000 kompletterade bara det redan befintliga förbudet utan att någon ny kriminalisering infördes. Vidare är direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informations-samhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktivet om elektronisk handel")²² inte tillämpligt på vadhållning. När det gäller vad som anförts om ett ökat utbud av vadhållning där den italienska staten inte har något skatteintresse, har kommissionen konstaterat att det rör sig om vadhållning om nationell fotboll och inte om utländskt spel som i målet Zenatti. Denna skillnad medför dock ingen annan bedömning när det gäller regleringens skyddssyfte. Med stöd av punkt 33 i domen i målet Zenatti har kommissionen tillagt att en medlemsstat har ett utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om omfattningen av det skydd den önskar upprätthålla. Det ankommer därför på medlemsstaten om den vill helt eller delvis förbjuda verksamheten eller om den bara vill göra vissa inskränkningar.

K — Kommissionen

57. När det gäller etableringsfriheten har kommissionen hänvisat till att de agenturer som Gambelli bedriver formellt sett är självständiga och inte står i något subsidiärt förhållande till Stanley. Det ligger därför nära till hands att angripa frågan i belys-

56. Enligt kommissionens uppfattning är domen i målet Zenatti prejudicerande för

22 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 (EGT L 178 av den 17 juli 2000, s. 1).

ning av friheten att tillhandahålla tjänster, i synnerhet som den enligt domstolens rättspraxis²³ innefattar en frihet för mottagarna att bege sig till den medlemsstat där tjänsterna tillhandahålls eller att på elektronisk väg vända sig till en tillhandahållare av tjänster i en annan medlemsstat. Även om bestämmelserna om etableringsfrihet skulle vara tillämpliga, skulle den italienska lagstiftningen vara motiverad av samma skäl som den är motiverad inom ramen för friheten att tillhandahålla tjänster.

b) Det ankommer på nationella domstolar att utifrån dessa tillämpningsföresättningar pröva om den nationella lagstiftningen medför att de mål uppnås som eftersträvas och om de begränsningar som den för med sig inte är oproportionerliga i förhållande till dessa mål.

58. Kommissionen har föreslagit att begäran om förhandsavgörande skall besvaras på följande sätt.

V — Bedömning

a) EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster utgör inte hinder för en nationell lagstiftning som den italienska, i vilken rätten att uppta vadhållningsinsatser avseende sportevenemang även på elektronisk väg förbehålls vissa organisationer, om lagstiftningen i fråga verkligen är motiverad av ett socialpolitiskt syfte att begränsa skadeverkningarna av sådan verksamhet och om de restriktioner som därigenom åläggs inte är oproportionerliga i förhållande till detta syfte.

59. Även om såväl de medlemsstaters regeringar som har yttrat sig i målet som kommissionen har ansett att ledning för avgörandet i detta fall kan hämtas i målen Schindler, Läära och Zenatti, har den nationella domstolen och de tilltalade i målet där starkt ifrågasatt den nationella regleringens förenlighet med gemenskapsrätten. Även i italienska domstolar tycks det råda en stor osäkerhet i fråga om en riktig tolkning av gemenskapsrätten vilket har allvarliga följder för rättssäkerheten. Detta medför allvarliga men för rättssubjektens ekonomiska rörelsefrihet. På vissa platser kommer ett visst affärsbeteende att räknas som lagenligt, medan samma beteende på andra platser utgör grund för straffrättsliga åtgärder och påföljder, till och med frihetsstraff.

23 — Jämför dom av den 31 januari 1984 i de förenade målen 286/82 och 26/83, Luisi och Carbone (REG 1984, s. 377; svensk specialutgåva, volym 7, s. 473), punkt 10.

60. Även domen i målet Zenatti, som har påståtts vara prejudicerande för förevarande tvist, skulle kunna vara mer klargörande för det nationella rättsläget, i synnerhet som talan vid den nationella domstolen återkallades sedan EG-domstolen hade meddelat sin dom. Under alla förhållanden är det av grundläggande betydelse att det kommer en klargörande dom från domstolen som utifrån hittillsvarande praxis beaktar de speciella omständigheterna i förevarande fall. Detta skulle kunna visa vägen för såväl den nationella domstolen i målet som alla andra nationella domstolar som har att befatta sig med samma problematik.

61. Förevarande fall går faktiskt i flera avseenden utöver den problematik som dryftades i målet Zenatti. Domstolen har hittills ännu inte behandlat ämnet gränsöverskridande spel om pengar från etableringsfrihetssynpunkt. Det är endast i generaladvokaterna Gulmanns²⁴, La Pergolas²⁵ och Fennellys²⁶ förslag till avgörande i målen Schindler, Läära och Zenatti liksom i domen i målet Zenatti²⁷ som det finns mycket blygsamma hänvisningar när det gäller tillämpligheten av bestämmelser om etableringsfrihet. Under alla omständigheter beror det på de faktiska omstän-

digheterna i målet om bestämmelserna om etableringsfrihet är tillämpliga inom området för spel om pengar. I förevarande fall är detta något som skall prövas.

Inte heller den straffrättsliga aspekten har hittills varit föremål för domstolens bedömning. Visserligen kan det straff som är kopplat till ett förbud inte ses lösryckt från bestämmelsens grundläggande tillåtlighet respektive eventuella oförenlighet med gemenskapsrätten. Den grundläggande fråga som närmast skall klaras ut därför under alla omständigheter huruvida ett nationellt förbud är tillåtet från gemenskapsrättslig synpunkt. Utöver detta finns också den självständiga frågan om sanktionsnormens proportionalitet.

Slutligen är det nödvändigt att för sig bedöma den nyligen genomförda skärpningen av de nationella bestämmelserna. Även om vissa inskränkningar av de grundläggande friheterna med ett abstrakt betraktelsesätt av domstolen anses som förenliga med gemenskapsrätten är det inte på något sätt försvarligt med lagskärpningar som strider mot grundfriheternas anda.

62. Innan jag går in på den konkreta prövningen av de uppkomna frågorna skall jag emellertid erinra om de principiella uttalandena från domarna i målen Schindler, Läära och Zenatti som stöd för den fortsatta bedömningen av förevarande fall.

24 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Gulmann föredraget den 16 december 1993 i mål C-275/92, Schindler (REG 1994, s. I-1042; svensk specialutgåva, tillägg, s. 119), punkt 42 och följande punkt.

25 — Förslag till avgörande av generaladvokaten La Pergola föredraget den 4 mars 1999 i mål C-124/97, Läära (REG 1999, s. I-6069), punkt 26.

26 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Fennelly föredraget den 20 maj 1999 i mål C-67/98, Zenatti (REG 1999, s. I-7291), punkterna 21 och 22.

27 — Jämför punkterna 22 och 23 i domen (ovan fotnot 3).

A — *Domarna i målen Schindler, Läärä och Zenatti*

domstolen, som i punkt 62 i domen om detta uttalade följande.

1) Domen i målet Schindler

63. I målet Schindler rörde det sig vid den aktuella tidpunkten om ett totalförbud mot lotterier på marknaden för spel om pengar i Förenade kungariket. Samtliga aktiviteter med avseende på organisering, försäljning och reklam för deltagande i lotterier var förbjudna. Detta faktum ändras inte av att tillstånd kunde ges till lotterier i liten skala inom mycket snäva sakliga och regionala gränser, eller av att ett stort nationallotteri i Förenade kungariket efteråt gjordes lagligen möjligt. Dessa omständigheter var inte relevanta för domstolens dom i målet Schindler. Domstolen hade alltså att utgå från ett totalförbud mot lotterier på den berörda marknaden.

64. Bröderna Schindler, som ville införa reklammaterial för "Süddeutsche Klassenlotterie" i stor skala per post från Nederländerna till Förenade kungariket hindrades att göra detta av den brittiska tullen. Förbudet mot införsel av materialet godtogs av

"När en medlemsstat förbjuder anordnandet av lotterier i stor skala på sitt territorium och särskilt reklam för och spridning av lottsedlar i den typen av lotterier, kan inte ett förbud mot införsel av material som skall göra det möjligt för invånarna i den medlemsstaten att delta i sådana lotterier som anordnas i en annan medlemsstat anses vara en åtgärd som oberättigat inskränker friheten att tillhandahålla tjänster. Ett sådant förbud mot införsel är nämligen nödvändigt för det skydd som den medlemsstaten vill säkerställa på sitt territorium när det gäller lotterier."

65. I punkterna 33 och 35 i domen utgick domstolen från att anordnande av lotterier har ekonomisk karaktär och hänförde i punkt 37 verksamheten till begreppet tjänst. Den brittiska lotterilagstiftningen utgjorde ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster (punkt 45) även om den var tillämplig utan åtskillnad (punkterna 43 och 47). Med hänsyn till vad som hade åberopats för att berättiga denna inskränkning (punkt 57) lade domstolen "lotteriers mycket speciella beskaffenhet" (punkt 59) till grund för att anse det berättigat att införa inskränkningar som sträcker sig så långt som till ett förbud mot lotterier.

66. De som har yttrat sig i målet har i flera fall åberopat domstolens uttalanden om detta i punkterna 60 och 61 i domen i målet

Schindler, och domstolen har själv använt dem i sin rättspraxis.²⁸ Därför skall jag här citera dessa uttalanden ordagrant som följer.

”För det första kan man nämligen inte bortse från de moraliska, religiösa eller kulturella betänkligheter som finns i samtliga medlemsstater när det gäller lotterier, liksom andra typer av spel om pengar. Medlemsstaterna tenderar allmänt att begränsa och till och med att förbjuda spel om pengar och att förhindra att de blir en inkomstkälla för enskilda. För det andra skall det påpekas att mot bakgrund av de betydande belopp som kan inkasseras och de vinster spelarna kan erhålla, framför allt i lotterier som anordnas i stor skala, innebär lotterier höga risker för brott och bedrägerier. Lotterierna utgör dessutom ett incitament till utgifter som kan få skadliga konsekvenser för enskilda och för samhället. Slutligen är det inte utan betydelse, trots att det inte i sig kan anses utgöra ett objektivt berättigande, att lotterierna på ett avgörande sätt kan bidra till finansieringen av ideella eller allmännyttiga verksamheter såsom socialt arbete, välgörenhetsarbete, idrott eller kultur.

Dessa speciella omständigheter berättigar att de nationella myndigheterna ges ett tillräckligt utrymme för skönsmässiga

bedömningar när det gäller att fastställa vad som krävs för att skydda spelarna och mer allmänt, med beaktande av varje medlemsstats sociala och kulturella särart, för att bevara ordningen i samhället, både vad gäller sättet att anordna lotterier, insatsernas storlek och användningen av de intäkter de genererar. Under dessa omständigheter är det deras sak att bedöma inte bara om det är nödvändigt att begränsa lotteriverksamheten, utan även att förbjuda den, förutsatt att dessa inskränkningar inte är diskriminerande.”

2) Domen i målet Läära

67. I domen i målet Läära var omständigheterna annorlunda i flera avseenden. Det handlade i det målet om den finska lagstiftningen om spel om pengar med spelautomater som också bygger på skicklighet och som var förbehållet monopolföretag. Även detta fall bedömde domstolen på grundval av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster och inte den fria rörligheten för varor, trots att det — vilket var väsentligt — handlade om införsel av spelautomater, så att det hade legat nära till hands med en prövning av den fria rörligheten för varor.²⁹

68. Till stöd för det berättigade i den nationella lagstiftningen åberopade den

28 — Jämför domen i målet Läära (ovan fotnot 5), punkt 13 och följande punkter, och domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkt 33.

29 — Jämför punkterna 24, 25, 26 och 35 i domen i målet Läära (ovan fotnot 5).

finska regeringen liknande syften som i målet Schindler. Domstolen betraktade dessa syften sammantagna (punkt 33) och gick uttryckligen in på problematiken att verksamheten i fråga inte var helt förbjuden utan tillåten under vissa omständigheter (punkt 34). Domstolen gav de nationella myndigheterna ett vidsträckt utrymme för skönsmässiga bedömningar och formulerade detta på följande sätt i punkt 35 i domen i målet Läära.

”... de nationella myndigheterna skall ges ett tillräckligt utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller att fastställa hur omfattande skydd som skall säkerställas inom det nationella territoriet i fråga om lotterier och andra spel med pengar. Det är nämligen deras sak att bedöma om det i förhållande till det eftersträfvade syftet finns anledning att helt eller delvis förbjuda verksamheter av detta slag eller endast begränsa dem och i detta syfte föreskriva mer eller mindre strikta kontrollåtgärder.”

I punkterna 36 och 37 fortsatte domstolen på följande sätt.

”Under dessa omständigheter kan endast den omständigheten att en medlemsstat har valt ett annat skyddssystem än en annan medlemsstat inte påverka bedömningen av om de bestämmelser som har antagits på området är nödvändiga och proportionerliga. Bestämmelserna skall endast bedömas med hänsyn till de ändamål som de nationella myndigheterna i den berörda medlemsstaten eftersträvar och den skyddsnivå som de avser att säkerställa.

Att spelen i fråga inte är helt förbjudna är, i motsats till vad klagandena i målet vid den nationella domstolen har hävdade, inte tillräckligt för att visa att det faktiska syftet med den nationella lagstiftningen inte är att förverkliga de skäl med hänsyn till allmänintresset som den påstås eftersträva och som skall betraktas i sin helhet. Sådana syften kan också eftersträvas genom ett tillstånd för dessa spel, vilket har begränsats till en ensamrätt, med fördelen att avkastningen används för allmännyttiga ändamål och att spelbegäret och spelverksamheten kanaliseras till en begränsad krets och att det förebyggs att verksamheten används för bedrägerier och brott.”

69. Om monopoliseringen av tillåten spelverksamhet uttalade domstolen i punkt 39 i domen i målet Läära följande.

”Vad gäller frågan huruvida det för att förverkliga dessa syften skulle vara att föredra att det, i stället för att bevilja den offentlighetsrättsliga föreningen med tillstånd ensamrätt att till begagnade hålla penningautomater, antogs bestämmelser enligt vilka de berörda aktörerna har att följa vissa regler, faller denna fråga inom medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning, dock med förbehåll för att det alternativ som väljs inte förefaller oproportionerligt med hänsyn till det eftersträfvade målet.”

Domstolen fann sedan i punkt 42 att bestämmelserna i fråga ”... inte ... är oproportionerliga med avseende på det syfte som eftersträvas genom dem”.

3) Domen i målet Zenatti

av den nationella lagstiftningen i målet Läärä, i vilket det var fråga om spel som bygger på skicklighet, tillämpade samma bedömningsmetod som i målet Schindler, i vilket det var fråga om ett lotteri och därmed ett tydligt hasardspel.

70. Målet Zenatti är det mål som mest liknar det förevarande. Det rörde sig där om det ursprungliga förbudet mot vadhållningsverksamhet i Italien enligt artikel 88 i DR nr 773, vilken bestämmelse har betydelse även i förevarande mål. Målet vid den nationella domstolen i målet Zenatti uppkom i en förvaltningstvist. Tvisten rörde frågan om tillstånd till verksamhet bestående i att förmedla vad i Italien på uppdrag av ett i Förenade kungariket etablerat bolag som var specialiserat på vadhållning avseende sportevenemang. Den italienska lagstiftningen innehöll — på liknande sätt som den finska i målet Läärä — ett förbud där tillstånd är förbehållet en företagsstruktur för sportvadhållning med monopolställning.

72. Om denna problematik uttalade domstolen följande i punkt 18 i domen i målet Zenatti.

”Även om den i förevarande mål aktuella vadhållningen avseende sportevenemang inte kan anses utgöra ett rent hasardspel, erbjuder den i likhet med sistnämnda spel en möjlighet till vinst i pengar mot en insats som gäller som betalning. Med beaktande av vilka betydande belopp som kan samlas in och de vinster som kan erbjudas vadhållarna, medför de samma risker för brott och bedrägerier och kan få samma skadliga konsekvenser för enskilda och för samhället.”

71. Sportvadhållning är inte på samma sätt som lotterier beroende av slumpen. Tvärtom har skicklighet och framför allt kännedom om sportutövarna ett potentiellt inflytande på vinstchanserna. I doktrinen har därför diskuterats huruvida vadhållning skall räknas till spel som bygger på skicklighet eller till hasardspel. Det förhållandet att resultaten i stor utsträckning beror av slumpen, framför allt vid vadhållning på hela spelblock, talar för att det är fråga om hasardspel. Bedömningen kan för prövningen i målet slutligen sägas vara oviss, eftersom domstolen vid prövningen

73. Domstolen framhöll ändå att det fanns principiella skillnader mellan målet Zenatti och målet Schindler, nämligen dels den redan nämnda skillnaden att det i målet Zenatti bara handlade om ett relativt och inte ett absolut förbud, dels att bestämmelserna om etableringsfrihet också skulle kunna tillämpas (punkterna 21 och 22 i domen i målet Zenatti).

74. Även om bestämmelserna om frihet att tillhandahålla tjänster enligt fördraget är subsidiära gentemot bestämmelserna om etableringsfrihet³⁰ fann domstolen inte skäl att pröva frågan om etableringsfrihet, eftersom den nationella domstolen uttryckligen hade begränsat sin fråga till att gälla friheten att tillhandahålla tjänster (punkt 23). Med hänsyn till att det inte var fråga om ett totalförbud som alltså inte gällde gentemot alla (punkt 32) uttalade domstolen följande i punkt 33.

”Att avgöra omfattningen av det skydd som en medlemsstat önskar upprätthålla inom sitt territorium i fråga om lotterier och andra spel om pengar ingår i det utrymme för skönsmässig bedömning som domstolen i punkt 61 i domen i målet Schindler fastslog att de nationella myndigheterna har. Det är dessa myndigheters sak att inom ramen för det mål som eftersträvas bedöma om det är nödvändigt att helt eller delvis förbjuda sådana aktiviteter eller att endast inskränka dem och att i det syftet föreskriva mer eller mindre strikta kontrollmetoder.”

75. Inom ramen för prövningen huruvida hinder i nationell lagstiftning för friheten att tillhandahålla tjänster är berättigade, varvid de argument som den italienska regeringen anförde i stor utsträckning motsvarade syftena bakom den i målet Schindler omtvistade regleringen

(punkt 30), uttalade domstolen i punkterna 34–37 i domen i målet Zenatti följande.

”Under dessa omständigheter påverkar det faktum att en medlemsstat har valt ett annat skyddssystem än det som har antagits i en annan medlemsstat inte i sig bedömningen av om bestämmelserna på området är nödvändiga och står i proportion till sitt syfte. Bestämmelserna skall endast bedömas mot bakgrund av de nationella myndigheternas målsättningar i den berörda medlemsstaten och av den skyddsnivå som de är avsedda att garantera.

Som domstolen har påpekat i punkt 37 i sin dom av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läära ... omständigheten att vadhållningen i fråga inte är helt förbjuden inte tillräcklig för att visa att den nationella lagstiftningen i själva verket har ett annat syfte än att förverkliga de syften av allmänintresse som den påstås eftersträva och beträffande vilka en helhetsbedömning skall göras. Sådana syften kan också tillgodoses genom att dessa spel tillåts i begränsad omfattning, på så sätt att vissa organisationer ges särskilda rättigheter eller exklusiva rättigheter, vilket har de fördelarna med sig att avkastningen kan användas för allmännyttiga ändamål, att spelbegäret och spelverksamheten kanaliseras till en begränsad krets och att risken för att verksamheten används för bedrägerier och brott minskar.

30 — Se artikel 50 EG; se också dom i målet Gebhard (ovan fotnot 19), punkt 22.

Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 32 i sitt förslag till avgörande är en sådan begränsning tillåten endast om den, för det första, verkligen tjänar syftet att verkligen minska spelmöjligheterna och om finansieringen av sociala aktiviteter genom ett uttag på intäkterna från tillåtna spel endast utgör en accessorisk positiv konsekvens och inte det verkliga syftet med den restriktiva politik som förs. Domstolen har nämligen i punkt 60 i domen i målet Schindler påpekat att även om det inte är utan betydelse att lotterier och andra spel om pengar på ett avgörande sätt kan bidra till finansieringen av ideella eller allmännyttiga verksamheter, kan ett sådant skäl inte i sig anses utgöra ett objektivet berättigande för inskränkningar i rätten att tillhandahålla tjänster.

Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera om den nationella lagstiftningen, med hänsyn till dess konkreta tillämpning, verkligen tjänar sådana syften som gör att den skall anses befogad och huruvida de restriktioner som åläggs genom sagda lagstiftning står i proportion till dessa syften.”

B — Etableringsfriheten

76. Jag skall härefter undersöka om och hur de grundläggande uttalandena i dessa tre domar kan tillämpas på förevarande fall. Eftersom den nationella domstolen uttryckligen har ställt en fråga om etable-

ringsfriheten och dess betydelse för den nationella reglering som är aktuell i målet, och eftersom etableringsfriheten enligt normhierarkin i fördraget har företräde före friheten att tillhandahålla tjänster³¹, skall jag närmast pröva huruvida den nationella regleringen är förenlig med etableringsfriheten.

1) Förutsättningarna för en etablering

77. Av de obestridda yttrandena i målet framgår att centralerna, vilka var föremål för husrannsakan och beslag i målet vid den nationella domstolen, är bundna till Stanley genom avtal, och att Stanley på detta sätt har byggt upp ett helt nätverk för erbjudande och mottagande av vadhållningsinsatser på italienskt territorium. Det ligger därför nära till hands att pröva om Stanley denna väg har etablerat sig i Italien.

78. Enligt domstolens dom i målet Factor-tame³² innebär begreppet etablering ”faktiskt utövande av en ekonomisk verksamhet genom en fast inrättning i en annan medlemsstat under obestämd tid”. Enligt artikel

31 — Se artikel 50 EG och dom i målet Gebhard (ovan fotnot 19), punkt 22, samt dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1986, s. 3755; svensk specialutgåva, volym 8, s. 741), punkt 21 sista meningen.

32 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-221/89 (REG 1991, s. I-3905; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-313), punkt 20.

43 EG är inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium inom ramen för de efterföljande bestämmelserna förbjudna. Enligt artikel 48 EG skall bolag, som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen, vid tillämpningen av bestämmelserna i kapitlet om etableringsrätt likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.

79. Stanley är en kapitalassociation bildad enligt brittisk rätt som i egenskap av juridisk person med förvärvssyfte är potentiellt rättssubjekt för etableringsfrihet enligt artikel 48 andra stycket EG. Enligt artikel 43 första stycket andra meningen EG är inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag förbjudna.

80. Enligt den vidsträckta definition av tillämpningsområdet för etableringsfriheten som domstolen har ställt upp i mål 205/84³³ omfattas ett företag³⁴, som är permanent närvarande i en annan medlemsstat, av fördragets bestämmelser om

etableringsrätt ”även om denna närvaro inte består av en filial eller agentur utan endast av ett enkelt kontor som sköts av företagets egen personal eller av en självständig person som har fullmakt att varaktigt företräda företaget på samma sätt som en agentur”.

81. Även en osjälvständig enhet som bedriver verksamhet för huvudkontorets räkning kan alltså utan tvekan anses vara en så kallad sekundär etablering för ett företag. Om den är att anse som en etablering i den mening som avses i fördraget kan den göra anspråk på rätten till friheterna enligt fördraget.

82. Det är nödvändigt att bestämma huruvida det handlar om en etablering i den mening som avses i fördraget, eftersom ett företag som handlar inom ramen för etableringsrätten enligt domstolens rättspraxis i mål 205/84 inte kan åberopa friheten att tillhandahålla tjänster.³⁵

83. Att åberopa den ena eller den andra friheten kan under vissa omständigheter också medföra skillnader när det gäller

33 — Domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 31), punkt 21.

34 — I det fallet rörde det sig om ett försäkringsföretag.

35 — Jämför domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 31), punkt 21, jämför också domen i målet Gebhard (ovan fotnot 19), punkt 20, där det sägs att kapitlet om etableringsrätt och kapitlet om tjänster är alternativt tillämpliga.

förutsättningarna för ekonomisk verksamhet på marknaden i destinationslandet med hänsyn till att eventuella tillämpliga särskilda villkor för tillstånd i etableringslandet — även om i ursprungslandet företagna kontroller och ställda garantier godkänns — i denna form inte kan krävas av en tillhandahållare av tjänster. För en tillhandahållare av tjänster från en annan medlemsstat är det i själva verket tillräckligt att villkoren för tillstånd i ursprungslandet är uppfyllda. Inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster är därför tillåtna bara i den mån de uppfyller de nedan i punkt 92 nämnda fyra villkoren för berättigande.

84. Bedömningen av huruvida det är fråga om ett ianspråktagande av etableringsfriheten eller friheten att tillhandahålla tjänster måste alltid ske med beaktande av de konkreta omständigheter som föreligger i det enskilda fallet, eftersom det inte finns någon definition för avgränsning av friheterna som täcker alla aspekter av gränsöverskridande ekonomisk verksamhet. Utifrån domstolens ovan i punkt 81 citerade definitionen av en etablering måste det vara fråga om en fast inrättning för obestämd tid.

2) Dataöverföringscentralerna som etableringsställen för Stanley

85. Dataöverföringscentralerna är med stor sannolikhet fasta inrättningar. Frågan

om dessa skall anses varaktigt representera Stanley³⁶ på den italienska marknaden beror på hur avtalen mellan Stanley och centralerna är utformade. Frågan är emellertid om centralerna varaktigt deltar i huvudkontorets affärsverksamhet respektive varaktigt uppträder som en filial till huvudkontoret när de enbart vidarebefordrar information beträffande transaktioner som avslutas i Förenade kungariket. Av yttrandena i målet framgår att servern för erbjudande, mottagande och genomförande av vadhållningen finns i Liverpool och att centralerna enbart utövar förmedlingsverksamhet. När det är fråga om att utöva en sådan osjälvständig stöd-tjänst kan ett företag anses vara närvarande på en annan stats territorium bara om inrättningen är beroende av företaget "som en agentur"³⁷. När det är fråga om en ren förmedlingsverksamhet eller enbart en mottagningsplats måste det därför föreligga en exklusiv avtalsbindning eller åtminstone en övervägande koppling till organisatören.

86. När emellertid förmedlingsverksamheten i vadhållningsorganisatörens intresse bara utgör en verksamhet bland andra är det svårt att se att det skulle föreligga ett varaktigt uppdrag att handla för företagets räkning som en agentur, eftersom förmedlaren i ett sådant speciellt fall — helt enligt avtalet — är fri att avsluta samarbetet

36 — Jämför kraven enligt domen i målet 205/84 (ovan fotnot 31), punkt 21.

37 — Jämför domen i målet 205/84 (ovan fotnot 31), punkt 21.

så att ett beroende av huvudkontoret inte kan anses bestå. Såvitt framgår i målet tycks dataöverföringscentralerna på sektorn för dataöverföring erbjuda tjänster av helt olika slag, av vilka en är förmedlingsverksamheten för Stanley.

87. Under dessa omständigheter lutar jag åt att anse att dataöverföringscentralerna inte är sekundära etableringsställen för Stanley, utan att dessa centraler bedriver verksamhet med tillhandahållande av tjänster. Till sist kommer det ändå an på bedömningen på orten. Därvid bör inte lämnas utan avseende hur de nationella myndigheterna betraktar centralerna inom ramen för förmedlingsförfarandet i fråga.

88. Om centralerna ändå på grund av den starka kopplingen till det brittiska företaget skulle anses vara ett etableringsställe för Stanley inställer sig frågan i vilken utsträckning deras verksamhet på italienskt territorium inskränks av den nationella lagstiftningen.

3) Inskränkning av verksamheten

89. Att en verksamhet med spel om pengar i princip är en verksamhet av ekonomisk karaktär som faller inom fördragets tillämpningsområde har redan konstaterats av domstolen.³⁸

90. Härfter kan konstateras att de inskränkningar som är aktuella i förevarande fall inte utgör sådana särbestämmelser enligt artikel 46.1 som är motiverade på grund av hänsyn till allmän ordning eller säkerhet. I domen i målet Zenatti har domstolen berört artikel 46 EG, vilken är tillämplig på området för friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 55 EG. Härav drog dock domstolen inga slutsatser för bedömningen av den lagstiftning som var i fråga i målet, utan den gick direkt in på prövningen av de tvingande hänsynen till allmänintresset. Därför utgår även jag här i överensstämmelse med domstolens metod från att den nationella lagstiftningen inte är motiverad enligt artikel 46 EG.

91. Vidare skall nämnas domstolens praxis enligt vilken rätten att inom ramen för etableringsfriheten starta och utöva en ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat på ett område som är underkastat vissa villkor i värdmedlemsstaten är beroende av att dessa villkor i princip uppfylls³⁹. Framför allt skall "nationella villkor" — i betydelsen tvingande hänsyn och alltså inte undantagsfall enligt artikel 46.1 — "som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras i fördraget uppfylla fyra förutsättningar. De skall vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, de skall framstå som motiverade med hänsyn till ett tvingande allmänintresse, de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och de skall inte gå utöver vad som är

38 — Domen i målet Schindler (ovan fotnot 4), punkt 33 och följande punkter.

39 — Jämför domen i målet Gebhard (ovan fotnot 19), punkt 39.

nödvändigt för att uppnå denna målsättning.”⁴⁰ Därutöver skall beaktas om i ursprungsstaten förvärvade kunskaper⁴¹ och ställda garantier⁴² eventuellt är likvärdiga. När alltså en medlemsstat har reglerat marknaden för spel om pengar genom ett koncessionssystem är detta a priori invändningsfritt. Den utländske näringsidkaren måste kunna söka tilldelning av en koncession som en inhemsk näringsidkare⁴³, och koncessionssystemet som sådant måste uppfylla de fyra förutsättningarna för en nationell reglering som inskränker utövandet av ekonomisk verksamhet.

tur”. Detta torde få förstås på det sättet att den har drag av monopol men att den inte kan betraktas som ett monopol i snäv bemärkelse. Med hänsyn till de diskriminerande verkningarna av ett monopol kan man anlägga två olika betraktelsesätt. Det ena är att ett monopol inte har en diskriminerande verkan i den mening som avses i artikel 43 andra stycket EG när såväl inhemska som utländska näringsidkare utesluts från en viss verksamhet på samma sätt. Å andra sidan kan man också säga att det föreligger en diskriminering på grund av nationalitet när utländska näringsidkare redan från början är uteslutna från att driva verksamhet i en medlemsstat. Frågan är om man kan göra dessa överväganden även när det gäller en ”monopolistisk struktur”.

a) Diskriminering

92. I första hand skall därför prövas om den nationella regleringen har en diskriminerande utformning eller en diskriminerande verkan.

93. I målet har framhållits att den italienska lagstiftningen med regler för sportvadhållning har en ”monopolistisk struktur”.

94. Man måste utgå från att andra näringsidkare i vart fall potentiellt kan komma att bli delaktiga i en ”monopolistisk struktur” när de söker tilldelning av en koncession. Det beror alltså på hur villkoren för tilldelning av koncessionen är utformade. Även om upphandlingsvillkoren för en koncessionstilldelning inte innehåller några omedelbart diskriminerande villkor på grund av nationalitet, kan ändå särskilda villkor — som exempelvis krav på att ha tillgång till en affärslokal på italienskt territorium — gynna inhemska näringsidkare och därmed missgynna utländska näringsidkare. I ett sådant fall kan man tala

40 — Punkt 39 sjätte strecksatsen i domen i målet Gebhard (ovan fotnot 19).

41 — Jämför domen i det målet Gebhard (ovan fotnot 19), punkt 39 fjärde strecksatsen.

42 — Domen i målet 205/84 (ovan fotnot 31), punkt 47.

43 — Jämför diskrimineringsförbudet som följer av artikel 43 andra stycket EG.

om en indirekt diskriminering, som också är förbjuden enligt gemenskapsrätten.

95. Det finns omständigheter som talar för att villkoren för att få en koncession att starta sportvadhållning i Italien har en diskriminerande utformning. Just det villkor som redan nämnts och som har angripits i förevarande mål, nämligen att potentiella koncessionsmottagare redan måste ha tillgång till en affärslokal på italienskt territorium, har en diskriminerande verkan. Detta gäller så mycket mer som det är olagligt att starta och utöva verksamheten utan koncession och verksamhet i en sådan affärslokal alltså under inga förhållanden kan bedrivas i förväg.

96. Även förfarandet att från början utesluta vissa företagsformer från att få koncession har en diskriminerande verkan. Kommissionen har för övrigt redan ansett att detta strider mot gemenskapsrätten och enligt ett pressmeddelande av den 17 oktober 2002 inlett ett förfarande om fördragsbrott och riktat ett motiverat yttrande till Republiken Italien. Pressmeddelandet lyder som följer:

”Europeiska kommissionen har beslutat att rikta en formell begäran till Italien att iakttä gemenskapsrätten vid tilldelning av koncessioner för sportvadhållning. För närvarande kan kapitalassociationer som är noterade på de institutionaliserade marknaderna inom Europeiska unionen inte tilldelas sådana koncessioner. Enligt kommissionens uppfattning är ett sådant hinder

inte nödvändigt för att bekämpa bedrägerier och annan brottslighet. Dessutom har Italien förnyat omkring 300 koncessioner för hästvadhållning utan att utlysa något upphandlingsförfarande. När en viktig offentlig koncession tilldelas utan att förfarandet är öppet för alla potentiella europeiska anbudsgivare (så som krävs enligt EG-fördraget och upphandlingsdirektiven), berövas europeiska företag möjligheten att lämna in anbud. Dessutom löper den koncessionsgivande myndigheten och i detta fall även de som deltar i spel om vadhållning risken att få en tjänst av sämre kvalitet än vad en utesluten anbudsgivare hade kunnat prestera ...”

97. Om man betraktar det nu diskuterade förfaringssättet som diskriminerande i den mening som avses i artikel 43 andra stycket EG är det *per se* att anse som ett mot gemenskapsrätten stridande hinder för den fria etableringen i den mening som avses i fördraget. Den ytterligare sanktioneringen av etableringshindret genom ett straffrättsligt förbud strider därför i än högre grad mot gemenskapsrätten.

b) Tvingande hänsyn till allmänintresset — Syfte, åtgärdens lämplighet samt proportionalitet

98. Om man däremot inte anser att en diskriminering föreligger är det under alla

förhållanden fråga om en inskränkning som bara kan vara berättigad om de fyra ovan under punkt 92 nämnda stränga villkor som domstolen har ställt upp är uppfyllda. Som tvingande hänsyn till allmänintresset, som kan göra att medlemsstaternas långtgående regleringar när det gäller spel om pengar kan anses berättigade, har domstolen tidigare ansett konsumentskyddet och skyddet för ordningen i samhället.⁴⁴ När det alltså är fråga om legitima syften som skall sörja för att den som får koncessionen inte dras in i brottsliga eller bedrägliga handlingar så är frågan ändå om utestängningen av kapitalassociationer utan vidare är ägnat att tjäna dessa syften.

ställda garantier⁴⁵. I detta sammanhang är Garrisis framställning av intresse, då lotteriverksamhet är föremål för regler i direktiv 1999/42⁴⁶. Enligt artikel 1 i detta direktiv skall medlemsstaterna vidta vissa åtgärder när det gäller etablering och tillhandahållande av tjänster. Direktivet gäller för verksamheter som anges i bilaga A, i vilken det i del 1 förteckning VI punkt 3 sägs följande:

”ex 84 Fritidsverksamhet

843 Fritidsverksamhet som inte finns omnämnd på annat ställe

99. För att kunna bedöma en kapitalassocierings integritet går det att genomföra kontroller som exempelvis kan bestå i att inhämta information om integriteten hos företagets företrädare och majoritetsägare. En total utestängning från tillgång till marknaden framstår under alla förhållanden som oproportionerligt. Och om en total utestängning strider mot gemenskapsrätten så strider det i än högre grad mot gemenskapsrätten att förena detta med straff.

— idrottsverksamhet (idrottsplatser, anordnande av idrottstävlingar osv.) med undantag för verksamhet som idrottsinstruktör

— spel och tävlingar (stallar för kapplopningshästar, spelplaner, kapplopningsbanor osv.)

100. Vid en upphandling av koncessioner skall då i övrigt beaktas i andra medlemsstater genomförda kontroller och

45 — Jämför domen i målet 205/84 (ovan fotnot 31), punkt 47.

46 — Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/42/EG av den 7 juni 1999 om införande av en ordning för erkännande av kvalifikationer för de former av yrkesverksamhet som omfattas av direktiven om liberalisering och övergångsåtgärder samt om komplettering av den allmänna ordningen för erkännande av kvalifikationer (ovan fotnot 14).

44 — Jämför domen i målet Schindler (ovan fotnot 4), punkt 58.

— andra former av fritidsverksamhet (cirkus, nöjesparker och andra nöjestillställningar).”

I de nämnda slutsatserna från Europeiska rådet sägs uttryckligen i del A bilaga 2 följande. ”Den [kommissionen] avstår exempelvis från att reglera spel om pengar.”⁴⁷

101. Visserligen används i denna bestämmelse inte, som Garrisi har påstått, uttryckligen begreppen ”bookmaker” och ”vadhållningsbyråer”. Som framgått tas verksamheterna heller inte som Garrisi påstått upp i ISIC-nomenklaturen under ”ex 859” utan under 843.

103. Det är inte osannolikt att detta i förevarande mål flera gånger nämnda avstående har betydelse för tolkningen av direktivet år 1999 om erkännande av behörighetsbevis. I vart fall är medlemsstaterna, oavsett om det är på grund av direktiv 1999/42 enligt där föreskrivet förfarande eller direkt på grund av primärrätten, förpliktade att i fråga om ”kunskaper och färdigheter”⁴⁸ respektive ”kontroller och undersökningar”⁴⁹ som har förvärvats i en annan medlemsstat ta yrkeskompetens, tillstånd och kontroller med i beräkningen.

102. Garrisis uppfattning kan finna stöd av en generös tolkning av de nämnda verksamheterna. Och fjärde skälet i direktivet lyder enligt följande.

”De viktigaste bestämmelserna i ovan nämnda direktiv bör ersättas i överensstämmelse med slutsatserna från Europeiska rådets möte i Edinburgh den 11 och 12 december 1992 avseende subsidiaritet, förenkling av gemenskapslagstiftningen och i synnerhet kommissionens översyn av de förhållandevis gamla direktiven om yrkesmässiga kvalifikationer ...”

104. I detta skede kan jag därför slå fast, att om det är fråga om ett etableringsställe — en fråga som det ankommer på den nationella domstolen att avgöra — så strider det i de italienska bestämmelserna innefattade verksamhetsförbudet för anordnare av sportvadhållning som har fått

47 — *Europeiska gemenskapernas bulletin* 1992, nr 12, s. 18.

48 — Dom av den 7 maj 1991 i mål C-340/89, Vlassopoulos (REG 1991, s. I-2357).

49 — Domen i målet 205/84 (ovan fotnot 31), punkt 47.

vederbörligt tillstånd i andra medlemsstater mot principen om fri etablering i den mening som avses i EG-fördraget.

sättas i målet.⁵⁰ Domstolen har vidare självfallet utgått från att bestämmelser som hindrar organisatörer av vadhållning från andra medlemsstater att ta emot vadhållningsinsatser på italiensk mark utgör ett hinder för det fria tillhandahållandet av tjänster.⁵¹

C — Friheten att tillhandahålla tjänster

105. Om dataöverföringscentralerna på rent sakliga grunder ändå inte skulle betraktas som etableringsställen för företaget Stanley deltar de under alla omständigheter i tillhandahållandet av de tjänster som Stanley erbjuder. Den affärsverksamhet som Stanley utövar är, om man utgår från att företaget inte är representerat på italienskt territorium på ett sätt som kan räknas som etablering, klassiska korrespondenstjänster. Tillhandahållaren och mottagaren av tjänsten har hemvist i två olika medlemsstater och det är bara tillhandahållandet av tjänsten som har en gränsöverskridande karaktär.

107. Hinder för friheten att tillhandahålla tjänster är helt enkelt bara tillåtna om de antingen är uttryckligen tillåtna i EG-fördraget — då är till och med diskriminerande regler tillåtna — eller när de enligt domstolens praxis kan motiveras av tvingande hänsyn.⁵² Domstolen har i domen i målet Zenatti — som redan har nämnts ovan i punkt 90 — visserligen nämnt artiklarna 45, 46 och 55 EG, vilka tillåter inskränkningar när verksamheten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt eller om inskränkningen är berättigad med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, men domstolen gjorde ingen prövning av dessa artiklar utan gick direkt in på en prövning i fråga om tvingande hänsyn till allmänintresset. Av detta kan man dra den slutsatsen, att vadhållningsverksamhet enligt domstolens uppfattning, oberoende av hur den har reglerats av staten, varken utför ett utövande av offentlig makt eller medför att allmän ordning, säkerhet eller

1) Hinder för friheten att tillhandahålla tjänster och berättigandet för detta

106. Ett erbjudande om att mot betalning få delta i spel om pengar, en verksamhet som domstolen har räknat till sportvadhållning, har av domstolen redan betecknats som ett tillhandahållande av en tjänst, och detta skall härefter inte ifråga-

50 — Jämför domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkt 24 och följande punkt.

51 — Jämför domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkt 27.

52 — Domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkt 28.

hälsa äventyras på ett sätt som kan göra regleringen berättigad.

108. Det är dock framför allt tanken att allmän ordning och säkerhet kan motivera den stränga reglering som ger staten en långtgående organisatorisk makt på marknaden för spel om pengar som framstår som orealistisk. Som bärande motiv för de italienska reglerna, liksom för nästan alla jämförbara nationella regler⁵³, har åberopats förhindrandet av brottsliga gärningar⁵⁴. Även det förhållandet att man såväl i Italien som i andra medlemsstater med straff har förstärkt de bestämmelser som ger staten kontroll över spel om pengar ger uttryck för lagstiftarens syn på hur farligt spel om pengar är. Ändå har detta inte framförts på allvar vare sig av domstolen, som i domen i målet Zenatti redan har bedömt där aktuella italienska regler som berättigade med hänsyn till allmän ordning och säkerhet, eller av de som har yttrat sig i detta mål.

109. I likhet med domstolen⁵⁵ skall jag därför direkt gå in på en prövning huruvida nationella bestämmelser som är utan åtskillnad tillämpliga — alltså inte diskriminerande — och som inskränker fri-

heten att tillhandahålla tjänster är berättigade. Det skall alltså prövas om det finns rådande tvingande hänsyn till allmänintresset som gör medlemsstatens åtgärder berättigade. I tidigare mål hos domstolen som har rört spelsektorn har alltid en hel rad argument åberopats till stöd för att bestämmelser i medlemsstaterna har varit berättigade.

110. I domen i målet Schindler sammanfattades detta av domstolen i punkt 57 på följande sätt:

”att förebygga brott och garantera att deltagarna i spel om pengar behandlas ärligt; att undvika att stimulera efterfrågan på sådana spel om pengar som kan få skadliga sociala effekter vid överdrift; att se till att lotterier inte kan anordnas i personligt eller kommersiellt vinstsyfte, utan endast för välgörande, idrottsliga eller kulturella ändamål.”

111. I målet Läära syftade den lagstiftning som var i fråga i målet enligt punkt 32 i domen ”till att begränsa utnyttjandet av människors spelbegär, undvika riskerna för brott och bedrägerier till följd av motsvarande verksamheter och endast tillåta

53 — Jämför de principiella uttalandena av generaladvokaten Gulmann i förslaget till avgörande i målet Schindler (ovan fotnot 24), punkt 1 och följande punkt.

54 — Jämför domen i målet Schindler (ovan fotnot 4), punkt 57, domen i målet Läära (ovan fotnot 5), punkt 32, och domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkt 30.

55 — Jämför domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkt 29.

dessas för att insamla medel för välgörenhet eller allmännyttiga ändamål”.

anses utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset.

112. Beträffande den tidigare lydelsen av den lagstiftning som är aktuell även i förevarande mål uttalade domstolen att den enligt beslutet om hänskjutande och den italienska regeringens yttranden hade syften som liknade dem som låg till grund för den brittiska lagstiftningen om lotterier. ”Den italienska lagstiftningen avser nämligen att förhindra att dessa spel blir en inkomstkälla för enskilda, att undvika riskerna för brott och bedrägerier samt de skadliga konsekvenser för enskilda och för samhället som kan följa av att de utgör ett incitament till utgifter och slutligen att endast tillåta dem i den mån som de kan ha ett socialt vällovligt syfte genom att de möjliggör ett sportevenemang.”⁵⁶

113. I förevarande mål har inga andra eller nya argument förts fram. Domstolen har hittills avhållit sig från att göra en differentierad prövning av de enskilda grunderna. I stället har domstolen uttryckligen gjort en samlad bedömning⁵⁷. Den har därvid hänfört ”skyddet för mottagarna av tjänsten och, mer allmänt, konsumentskyddet, samt skyddet för ordningen i samhället”⁵⁸ till de grunder som kan

114. I målet Schindler (punkt 61 i domen) var ett totalförbud mot lotterier motiverat. När det gäller en lagstiftning som den i målet Zenatti, som inte innehöll något fullständigt förbud mot transaktionerna i fråga, tillerkände domstolen medlemsstaterna ett utrymme för en skönsmässig bedömning av om de vill förbjuda verksamhet av denna art helt eller delvis eller om de bara vill begränsa den; i det syftet kan de föreskriva särskilda kontrollmetoder (punkt 33 i domen i målet Zenatti). Det är därvid som vidare framgår av punkt 34 medlemsstaternas sak att bestämma målsättningar och skyddsnivå.

115. Spel som tillåts i begränsad omfattning på så sätt ”att avkastningen kan användas för allmännyttiga ändamål, att spelbegäret och spelverksamheten kanaliseras till en begränsad krets och att risken för att verksamheten används för bedrägerier och brott minskar”, kan också tillgodose hänsynen till allmänintresset. Ändå ansåg domstolen ”en sådan begränsning tillåten endast om den, *för det första, verkligen* tjänar syftet att verkligen minska spelmöjligheterna och om finansieringen av sociala aktiviteter genom ett uttag på intäkterna från tillåtna spel endast utgör en accessorisk positiv konsekvens ...”.⁵⁹

56 — Jämför domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkt 30.

57 — Jämför domen i målet Schindler (ovan fotnot 4), punkt 58, och domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkt 31.

58 — Jämför domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkt 31.

59 — Jämför domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkterna 35 och 36, betoningen kursiverad av författaren.

116. Av domstolens uttalanden synes därför följa att de eftersträlvade målsättningarerna och de medel som används för att uppnå dessa skall underkastas en närmare prövning, även om domstolen hittills har överlåtit denna uppgift åt de nationella domstolarna,⁶⁰ vilken uppgift som nämnts uppenbarligen bereder dem svårigheter.

dras in till statskassan eller i vart fall för allmännyttiga ändamål.

2) Lämpliga medel för att uppnå det eftersträlvade syftet

117. De återopade målsättningarerna kan indelas i olika grupper. Det handlar för det första om sådana risker som beror på organisatören, såsom bedrägerier och andra brott. För det andra handlar det om skyddet för spelarna själva. Dit hör strävan att begränsa spelmöjligheterna i syfte att förebygga de skadliga ekonomiska och sociala följderna av omåttliga spelinsatser och spelbegär eller till och med spelmani. Risker för negativa samhällseffekter kan hänföras till denna målsättning eftersom sådana risker är tänkta att motverkas genom begränsningar av spelmöjligheterna. Slutligen är det fråga om den ekonomiska aspekten — som inte skall underskattas — som är knuten till att ansemliga summor

a) Risker som beror på organisatören

118. De risker som eventuellt beror på organisatören kan motverkas genom kontroller i samband med tillståndsgivningen och i förekommande fall genom övervakning av verksamheten. Förekomsten av ett tillståndsförfarande som sådant är såtillvida invändningsfritt. Inom ramen för friheten att tillhandahålla tjänster är ett sådant förfarande emellertid problematiskt om det tillämpas på ett sådant sätt att organisationer som har fått tillstånd i andra medlemsstater och som uppfyller de bestämmelser som finns där i praktiken utestängs från möjligheten att driva verksamheten. Man bör kunna utgå från att spel om pengar är reglerat i alla medlemsstater⁶¹ och att grunderna för regleringarna i stor utsträckning är sinsemellan överensstämmande⁶². När en organisation från en annan medlemsstat således uppfyller där gällande krav borde de nationella myndigheterna låta sig nöja med att tjänsten tillhandahålls och de borde låta detta gälla som en tillräcklig garanti för organisationens integritet.

61 — Jämför de allmänna uttalandena av generaladvokaten Gulmann i förslaget till avgörande i målet Schindler (ovan fotnot 24), med stöd av kommissionens studie, punkt 1 och följande punkt.

62 — Så måste man förstå medlemsstaternas ställningstaganden i målen Schindler, Läära och Zenatti liksom i förevarande mål.

60 — Jämför domen i målet Zenatti (ovan fotnot 3), punkt 37.

b) Att motverka spelbegäret

bekräftas av att domstolen i domen i målet Zenatti har överlätit denna bedömning till de nationella domstolarna. Om däremot tillräckliga fakta är kända som medger att domstolen själv gör en bedömning så är den inte förhindrad att göra detta.

119. När det sedan gäller de befarade riskerna med ett diversifierat och utökat spelutbud måste det ske en bedömning av huruvida detta står i motsatsställning till medlemsstatens konsekventa politik, även om det inte är fråga om ett totalförbud utan om ett förbud med möjlighet att ge tillstånd. Så länge det är fråga om ett totalförbud för vissa spel om pengar är det tydligt att utbudet har en begränsad verkan. Men när spel om pengar — i detta fall sportvadhållning — är tillåtet även om det finns tydliga gränser för det i lagstiftningen, bör det påstådda syftet undersökas mycket noga. Som domstolen uttalade i punkt 35 i domen i målet Zenatti är visserligen den begränsade tillåtligheten inte tillräcklig för att visa att den nationella lagstiftningen i själva verket inte eftersträvar de syften av allmänintressen som den påstås eftersträva. Inte heller visar endast det förhållandet att regleringen har tillkommit att det eftersträvade målet har uppfyllts, eftersom den enligt domstolens uppfattning (punkt 36 i domen i målet Zenatti) är tillåten endast "om den, för det första, verkligen tjänar syftet att verkligen minska spel-möjligheterna ...".

121. I förevarande fall har anförts att de organisatörer av vadhållning som har tilldelats koncession ger sig till känna genom aggressiv reklam. Ett sådant agerande är ägnat att väcka och främja spelbegäret. Men detta är inte tillräckligt. Även den italienska staten har genom lagstiftning skapat möjligheter att klart utöka utbudet av spel om pengar på den italienska marknaden⁶³. Det har vidare oemotsagt framhållits att den italienska staten även har sört för att upptagande av vadhållningsinsatser underlättas. Utökningen av infrastrukturen genom upphandlingen av 1 000 nya koncessioner har redan nämnts.

122. Mot denna bakgrund kan man inte längre tala om en sammanhållen politik för att begränsa utbudet av spel om pengar. De målsättningar som påstås finnas men som inte (längre) i realiteten eftersträvas kan därför inte längre motivera de hinder som ställs upp för det fria tillhandahållandet av

120. I så fall skulle spelorganisatörens agerande och uppförande i medlemsstaten behöva ingå i helhetsbedömningen. Detta

63 — Jämför vad Gambelli har anført om detta, ovan punkt 23.

tjänster genom tillhandahållare som finns i andra medlemsstater och som där har fått vederbörliga tillstånd.

123. När det sedan gäller lagändringen år 2000 genom Legge finanziaria (lag om budgeten) och omständigheterna kring lagändringen, då de bestämmelser som dittills hade gällt och som domstolen redan har prövat i målet Zenatti skärptes, skall jag hänvisa till att enligt de förarbeten till lagändringen som har citerats i de skriftliga yttrandena i målet så var åtminstone ett motiv att skydda inhemska företag med koncession. Detta är en entydigt protektionistisk målsättning som inte gör lagändringen berättigad och som samtidigt gör att regleringen som helhet kan ifrågasättas. I den mån de syften med den ursprungliga regleringen som möjligen avsågs vid dess tillkomst inte längre kan betraktas som bärande eftersom omvärlden har förändrats rättsligt och faktiskt, så får en skärpning av det slag som är aktuell i målet inte längre ske.

c) De statliga intäkternas betydelse

124. Även det faktum att regleringen kom i en Legge finanziaria visar att ekonomiska motiv inte saknar avgörande betydelse för en medlemsstats intresse för spel om pengar.

125. Domstolen uttalade visserligen i punkt 60 i domen Schindler att det ”inte” är ”utan betydelse” — trots att det inte i sig kan anses vara rättfärdigande — ”att lotterierna på ett avgörande sätt kan bidra till finansieringen av ideella eller allmännyttiga verksamheter såsom socialt arbete, välgörenhetsarbete, idrott eller kultur”. Om man med stöd av detta uttalande under vissa omständigheter kunde utgå från att ekonomiska motiv — i vart fall jämte andra — skulle kunna räknas som hörande till allmänintresset, har domstolen i linje med sin praxis att ekonomiska motiv inte gör inskränkande åtgärder berättigade⁶⁴ i domen i målet Zenatti klargjort läget med sitt uttalande i punkt 36 att ”finansieringen av sociala aktiviteter genom ett uttag på intäkterna från tillåtna spel endast” får vara ”en accessorisk positiv konsekvens och inte det verkliga syftet med den restriktiva politik som förs”.

126. Den positiva ekonomiska effekten av spel om pengar för statskassan kan därför inte anses vara ett sådant tvingande hänsyn till allmänintresset som kan göra att det är berättigat att utestänga organisatörer från andra medlemsstater från marknaden för spel om pengar. Ändå går det inte att för-

64 — Jämför dom av den 24 januari 2002 i mål C-164/99, Portugal Construção Lda (REG 2002, s. I-787), punkt 26, och dom av den 22 november 2002 i mål C-436/00, X och Y mot Riksskatteverket (REG 2002, s. I-10829), punkt 50, med vidare hänvisningar.

bise att de positiva ekonomiska effekterna av spel om pengar för medlemsstaternas intäkter är av stor betydelse. Detta framgår mer eller mindre tydligt i medlemsstaternas yttranden i målet. Tydligast har den portugisiska regeringen varit när den beskrivit de befarade, nästan dramatiska, följder som en liberalisering av spel om pengar på europeisk nivå skulle kunna föra med sig för de mindre medlemsstaterna. Sådana farhågor kan säkert inte utan vidare tillbakavisas.

129. Inskränkningen av friheten att tillhandahålla tjänster kan på anförda skäl och under de givna förutsättningarna följaktligen inte anses berättigad på grund av trängande krav med hänsyn till allmänintresset.

3) Spel om pengar och elektroniska media

127. Av medlemsstaternas yttranden framgår ändå tydligt att de framför allt är rädda för de ekonomiska följder som en förändring av marknaden för spel om pengar kan föra med sig. Sådantillvida har det varit lite tal om de farliga verkningarna av spel om pengar för spelaren och hans sociala omgivning. Farhågorna kan därför inte heller anses utgöra ett konsumentskyddsintresse i betydelsen tvingande hänsyn till allmänintresset.

130. Lagändringen år 2000, genom vilken det befintliga förbudet enligt uppgift bara skulle förstärkas, bör i vart fall bedömas mot bakgrund av den tekniska utvecklingen. Det är ostridigt så att det på grund av denna utveckling blir allt svårare att övervaka tillståndsbestämmelsernas efterlevnad. Även utan en förmedlares inträde kan den spelvillige per telefon, fax eller Internet placera sina val och sina insatser hos en europeisk vadhållare. Förekomsten av dessa hjälpmedel, som inte längre förutsätter en rumslig förändring för att kunna delta i ett utländskt spel om pengar, har på lagstiftarnivå lett till olika reaktioner. I Förenade kungariket tillkom exempelvis år 1993 Lotteries Act, som visserligen inte var relevant i målet Schindler men som omnämndes där, och genom den lagen infördes ett nationallotteri för att möjliggöra ett utbud på brittiskt territorium som var jämförbart med utländska erbjudanden. I andra medlemsstater som exempelvis Ita-

128. Om farhågorna för en omfördelning av statsinkomsterna på grund av en relativ öppning av de nationella marknaderna för spel om pengar skulle besannas så gäller det att använda andra medel mot detta i förekommande fall. Rent ekonomiska överväganden kan emellertid inte användas för att helt förhindra det fria tillhandahållandet av tjänster genom organisationer som verkar lagligt i en annan medlemsstat.

lien och även Tyskland⁶⁵ har den befintliga regleringen skärpts framför allt i straffhänseende.

föreligger i målet, strider mot friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 49 EG och följande artiklar.

4) Konsekvenser

131. Bedömningen av dessa straffrättsliga sanktioner är dock avhängig av frågan huruvida bakomliggande inskränkningar och förbud är berättigade, och det eftersträvade syftet är därvid för den gemenskapsrättsliga bedömningen helt avgörande. När som i förevarande fall redan det syfte som krävs för ett berättigande kan ifrågasättas på grund av att medlemsstaternas myndigheter inte uppträder med en sammanhållen politik respektive om det inte kan betraktas som tvingande hänsyn till gemenskapens bästa, så måste ett straffstadgande som förstärker åtgärderna betraktas som oproportionerligt.

132. Det kan därför slås fast att en nationell lagstiftning som den aktuella italienska, med straffhot förenat förbud mot att upptaga, mottaga beställningar av och överföra vadhallningsinsatser, framför allt rörande sportevenemang, av vem och var det än sker och under de omständigheter som

133. För fullständighetens skull skall jag slutligen också gå in på vad de tilltalade har anfört om att den straffbelagda italienska lagstiftningen strider mot gemenskapens sekundärrätt avseende elektronisk handel och de direktiv som nämns i punkt 39. Det är då tillräckligt att hänvisa till direktiv 2000/31⁶⁶ om elektronisk handel, där det i artikel 1.5d tredje strecksatsen sägs att direktivet inte skall tillämpas på "spelverksamhet som innebär att penningvärden satsas på hasardspel, inbegripet lotterier och vadslagningar". När det sedan gäller direktiv 96/19 om ändring av direktiv 90/388 med avseende på genomförandet av full konkurrens på marknaderna för teletjänster, direktiv 97/13 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet och direktiv 97/66 om behandling av personuppgifter och skydd för privatlivet inom telekommunikationsområdet, kan det konstateras att dessa inte vare sig explicit eller implicit tar ställning i frågan om anordnande av spel om pengar. Någon sekundärrättslig regel att utgå från finns därför inte på dessa områden. Om man har att utgå från att det inte finns någon gemenskapsrättslig särreglering är det primärrätten som gäller, och det är för övrigt i ljuset av denna som sekundärrätten skall tolkas.

65 — Jämför den sjätte lagen om reformering av straffrätten av den 26 januari 1998, BGBl. I, s. 164, genom vilken i § 287 kriminaliseringen av otillåtet anordnande av lotterier och utlottningar skärptes.

66 — Omnamnt ovan punkt 56.

VI — Förslag till avgörande

134. Mot bakgrund av det ovannämnda föreslår jag att tolkningsfrågan skall besvaras på följande sätt.

Artikel 49 EG och följande artiklar om frihet att tillhandahålla tjänster skall tolkas på det sättet att de är oförenliga med en nationell lagstiftning som den italienska i artikel 4.1–4.4, 4.a och 4.b i lag nr 401 av den 13 december 1989 (senast ändrad genom artikel 37.5 i lag nr 388 av den 23 december 2000), som ställer upp straffsanktionerade förbud mot verksamhet som avser upptagande, mottagande, beställning och förmedling av vadhållningsinsatser rörande framför allt sportevenemang, om en sådan verksamhet utförs av, hos eller för en organisatör av vadhållning som har hemvist i en annan medlemsstat och där lagligen utövar sådan verksamhet i enlighet med den statens lagstiftning.