FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CLAUS GULMANN

fremsat den 16. december 1993 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Der gælder i alle medlemsstaternes retssystemer et principielt forbud mod lotterier og andre former for hasardspil. Begrundelserne herfor er i vidt omfang sammenfaldende. Det drejer sig om virksomhed, der af etiske og sociale grunde ikke bør tillades. Borgerne bør beskyttes mod de farer, spillelidenskaben kan føre med sig, og der er på området væsentlig risiko for kriminalitet.

Samtidig er der dog i alle medlemsstater i større eller mindre omfang gjort undtagelser fra forbuddet. Dette begrundes med, at det kan være hensigtsmæssigt i et vist omfang at tillade spil, dels for at imødekomme borgernes spillelyst, dels for at hindre ulovlig spillevirksomhed. Det er muligt at fastsætte krav til de tilladte former for spil, således at risikoen for kriminalitet begrænses. Hertil kommer, hvad der i alle medlemsstater er af væsentlig betydning, at det er muligt at betinge tilladelserne, således at overskuddet fra spillene kommer almennyttige formål eller statskasserne til gode.

2. Lotteriområdet, som den foreliggende sag vedrører, er kendetegnet ved, at der i hovedparten af medlemsstaterne findes et eller flere store landsdækkende lotterier, der enten drives direkte af det offentlige eller under streng offentlig kontrol, og at der herudover findes regler, hvorefter mindre lokale lotterier tillades under visse betingelser, herunder navnlig hvad angår anvendelsen af overskuddet. Samtidig er der efter det oplyste i medlemsstaterne forbud mod eller væsentlige grænser for udenlandske lotteriers aktiviteter [1].

Det indre marked er således ikke en realitet på lotteriområdet. De store landsdækkende lotterier er givet eksklusive rettigheder, og de er i vidt omfang beskyttet mod konkurrence fra udenlandske lotterier.

* Originalsprog: dansk.

1 — Se herom forelæggelseskendelsen punkt 41.

3. Den foreliggende sag giver Domstolen anledning til at tage stilling til, om Romtraktatens regler finder anvendelse på dette område, og i givet fald hvorvidt de begrænsninger, der gælder for udenlandske lotterivirksomheders aktiviteter, er lovlige efter traktaten.

Sagen har således betydelig praktisk og principiel interesse, og alle medlemsstaterne med undtagelse af Italien har da også afgivet indlæg i sagen.

4. De præjudicielle spørgsmål, Domstolen skal besvare, er stillet i en sag, hvor en britisk domstol skal tage stilling til lovligheden efter fællesskabsretten af en beslaglæggelse af reklamemateriale for et udenlandsk lotteri foretaget med hjemmel i britisk lovgivning, der på det pågældende tidspunkt forbød lotterivirksomhed, bortset fra visse nærmere bestemte lokale lotterier — altså på et tidspunkt, hvor der ikke fandtes et stort landsdækkende lotteri i Det Forenede Kongerige.

Om spillevirksomhed i medlemsstaterne og dens regulering

5. Det kan være hensigtsmæssigt at supplere disse indledende bemærkninger med nogle kortfattede oplysninger om de forskellige former for spillevirksomhed i medlemsstaterne og deres regulering.

6. Disse oplysninger er navnlig hentet fra en af Kommissionen offentliggjort rapport om spil i det indre marked [2]. Rapporten, der understreger, at dens tal, der vedrører 1989, skal tages med forbehold, deler spillemarkedet op i en række delmarkeder, der på fællesskabsplan havde følgende markedsandele:

— nationale lotterier og lignende aktiviteter	36 %
— hestevæddeløb og lignende aktiviteter	31 %
— kasinoer	17 %
— spillemaskiner	11 %
— bingo mv.	5 %

2 — Gambling in the Single Market — A Study of the Current Legal and Market Situation, vol. 1-3, June 1991. Rapporten er udarbejdet for Kommissionen af revisionsfirmaet Coopers & Lybrand, og det fremgår, at rapporten »ikke nødvendigvis er udtryk for Kommissionens officielle synspunkter«.
Rapporten bygger på en sondring mellem spil og væddemål. Væddemål defineres som spil, hvor en pengeindsats sættes ind på sandsynligheden af udfaldet af en bestemt begivenhed. Væddemål forudsætter et vist mål af indsigt i det pågældende område. Spil defineres derimod som en aktivitet, hvor en pengeindsats sættes ind på udfaldet af en bestemt begivenhed uden nogen form for indsigt i det pågældende forhold. Derfor kaldes de sidstnævnte spil tilfældighedsspil. Lotterier er tilfældighedsspil.

Den totale omsætning, dvs. summen af indskud på det lovlige spilleområde, blev anslået til noget mere end 45 mia. ECU.

7. Rapporten viser, at der er store forskelle mellem spillemarkederne i de enkelte medlemsstater.

De nationale forskelle betød f. eks., at Det Forenede Kongerige og Frankrig på markedet for spil på hestevæddeløb havde henholdsvis 55 % og 30 % af det samlede marked på fællesskabsplan, mens lotterimarkedet [3] — hvori rapporten kun medtager tal for de store landsdækkende lotterier, men til gengæld inkluderer tal fra fodbold-og anden sportstipning (toto/football pools) — var fordelt således på de nationale markeder:

— Tyskland	28,5%
— Spanien	26,0%
— Frankrig	16,0%
— Italien	11,0%
— Det Forenede Kongerige (formentlig alene football pools)	6,0%
— resten af medlemsstaterne	12,5%

8. Rapporten fremhæver da også, at spillemarkedet er sammensat af yderst differentierede nationale markeder, og at dette er udtryk for forskellige nationale traditioner og præferencer og for forskellige nationale lovreguleringer [4].

9. Det anføres i rapporten, at spillemarkedet i dag ikke mindst må ses som en vigtig indtægtskilde for staterne.

3 — Lotterier er karakteriseret ved, at indsatserne puljes, og at der er en høj gevinst/lav indsats ratio. Lotterimarkedet er i dag domineret af lotto. Klasselotterier bygger — ligesom lotterier i almindelighed — på salg af nummererede lodder, hvorefter en eller flere vindernumre udtrækkes. I klasselotterier deltager spillerne i flere trækninger (»klasser«) med et lod. Det enkelte klasselotteri har fastsat nærmere regler om antal af udtrækninger mv. i de enkelte klasser. Der findes andre former for lotterier. Nævnes kan »instant lotteries«, dvs. lotterier hvor »udtrækningen« foretages med det samme på den måde, at spilleren ved f.eks. at »skrabe« på lodsedlen umiddelbart kan se, om der er gevinst. Efter rapporten var markedet for lotterier og lignende aktiviteter sammensat således: »Klassiske« lotterier 25%, lotto 46%, toto (sportstipning) 22% og »instant lotteries« 6%.

4 — Se rapportens bd. I, s. 3.

Dette er også markant på lotteriområdet. Det fremgår af rapporten og i øvrigt af indlæggene i den foreliggende sag, at staterne enten forbeholder overskuddet fra lotterierne for sig selv (de indgår i de offentlige kasser) eller stiller krav om, at overskuddet bruges til almennyttige formål (evt. efter at der af overskuddet er betalt afgifter til statskasserne). I nogle medlemsstater skal der af vinderne betales skat af præmierne. Der tillades efter de foreliggende oplysninger ikke landsdækkende lotterier, der drives på kommercielt grundlag, dvs. drives af private arrangører, som selv kan anvende overskuddet.

Det varierer til en vis grad fra medlemsstat til medlemsstat, hvor stor en del af den samlede omsætning, der som overskud skal indgå i statskassen eller bruges til almennyttige formål. Det drejer sig dog i alle tilfælde om en relativt stor del af den samlede omsætning, typisk mellem 25% og 40%.

10. Selv om grundprincippet i alle medlemsstaterne er det samme — lotterier er forbudt, medmindre de har fået en særlig tilladelse eller opfylder generelle betingelser for nærmere bestemt, normalt lokal, virksomhed — gælder der betragtelige forskelle for så vidt angår, hvem der gives tilladelse. Som nævnt er det i flere medlemsstater således, at de store landsdækkende lotterier drives af det offentlige selv eller af statsselskaber. Lotterier kan også være givet i koncession til selskaber, hvis opgave det er på det offentliges vegne at stå for afholdelsen. Endelig findes der i flere medlemsstater eksempler på, at lotterier kan afholdes også på landsplan af velgørende organisationer, der finansierer deres virksomhed bl. a. ved hjælp af overskuddet af de afholdte lotterier.

11. Det fremgår af Kommissionens rapport [5], at der i et vist begrænset — men på grund af den tekniske udvikling stigende — omfang forekommer grænseoverskridende salg af lodsedler. Det gælder navnlig salg af lodsedler i de tyske klasselotterier til Belgien, Danmark, Holland og Luxembourg. Det fremhæves i rapporten, at det britiske marked er særlig interessant for udenlandske udbydere af lotterier, idet der her ikke hidtil har været adgang til at deltage i store lotterier. Det antages, at grænseoverskridende spilleaktivitet er et »markedsdrevet fænomen«, idet forbrugerne først og fremmest motiveres af præmiestørrelser.

12. Det britiske lotterimarked har hidtil adskilt sig fra lotterimarkederne i de øvrige medlemsstater.

5 — Bd. I, s. 3 og s. 18.

Britisk lovgivning indeholder et generelt forbud mod afholdelse af lotterier. Dette forbud er der kun gjort undtagelse fra for så vidt angår visse nærmere bestemte, lokale lotterier afholdt enten af kommuner eller af organisationer mv., hvor overskuddet går til almennyttige formål (»good causes«).

Det er en følge heraf, at der ikke har kunnet afholdes landsdækkende lotterier, og at der også har været nedlagt forbud mod salg af lotterisedler fra og markedsføring af udenlandske lotterier [6].

13. Denne retstilstand, der var gældende på det tidspunkt, der er relevant i den foreliggende sag (april 1990), er nu ændret på vigtige punkter. På grundlag af en »hvidbog« fra marts 1992 [7] er der den 21. oktober 1993 vedtaget en lov om oprettelse af et nationalt lotteri (National Lottery etc. Act 1993), der skal drives af en koncessionshaver under offentlig kontrol, og hvis overskud skal gå til almennyttige formål. Lovgivningen er i øvrigt ændret således, at indførsel af lotterisedler fra lotterier i andre medlemsstater er tilladt, mens der fortsat eksisterer et forbud mod i hvert fald visse former for markedsføring (promotion) af udenlandske lotterier.

Det fremgår af hvidbogen, at disse ændringer bl. a. skal ses på baggrund af den tekniske udvikling, der på en og samme gang muliggør omfattende grænseoverskridende lotterivirksomhed og vanskeliggør håndhævelse af forbud mod sådan virksomhed [8].

Baggrunden for og indholdet af de præjudicielle spørgsmål

14. Gerhart Schindler, der sammen med sin bror Jörg udøver selvstændig virksomhed som kollektør for Det Sydtyske Klasselotteri, sendte i 1990 som masseforsendelse fra Nederlandene ca. 20 000 individuelt adresserede breve til privatpersoner med bopæl i Det Forenede Kongerige. Hvert brev indeholdt en skrivelse, som opfordrede adressaten til at deltage i det 87. Sydtyske Klasselot-

6 — Det blev under den mundtlige forhandling af den britiske regering oplyst, at det ikke er forbudt private til eget brug at købe lotterisedler og at indføre dem til Det Forenede Kongerige.

7 — A National Lottery — Raising Money for Good Causes, Cm 1861, London, March 1992.

8 — Det siges således i hvidbogen:
»8. I den senere tid har betænkeligheder med hensyn til den mulige virkning af lotterier fra andre EF-lande efter gennemførelsen af enhedsmarkedet pr. 1. januar 1993 på ny givet næring til debatten om et nationalt lotteri. (...).
9. Selv om forbuddet mod udenlandske lotterier opretholdes i lovgivningen, medgiver regeringen imidlertid, at det i stigende grad vil volde vanskeligheder at håndhæve forbuddet i praksis. Hvis der ikke findes et nationalt lotteri, vil Det Forenede Kongerige fortsat være et interessant marked for lotterier fra andre lande i og uden for EF.
10. Det er uden tvivl sandt, at moderne teknologi vil gøre det stadig vanskeligere at forhindre, at befolkningen ser reklamer for og deltager i udenlandske lotterier. (...). Mange udenlandske udsendelser er tilgængelige via satellitfjernsyn. Billigere telekommunikation og nye betalingsformer kan med tiden føre til, at det bliver lige så let at deltage i et udenlandsk lotteri som at telefonere. Den britiske offentlighed ville således kunne deltage i lotterier, som indbyggere i andre lande nyder fordel af, men ikke de selv.«

teri, bestillingsblanketter og en svarkuvert påtrykt en adresse i Nederlandene [9].

15. De britiske toldmyndigheder beslaglagde samtlige skrivelser og bestillingsblanketter med den begrundelse, at materialet var indført i Det Forenede Kongerige i strid med gældende ret. De britiske myndigheder anlagde sag mod Schindlers for at få konstateret lovligheden af beslaglæggelsen, som brødrene havde gjort indsigelse mod.

16. High Court of Justice, Queen's Bench Division, har i medfør af traktatens artikel 177 forelagt seks spørgsmål.

Ved spørgsmål 1 og 4 ønskes en stillingtagen til, om lotterisedler i eller reklame for et lotteri, som lovligt afholdes i en anden medlemsstat, er varer i traktatens artikel 30's forstand, eller om levering af lotterisedler i eller forsendelse af reklamer for et sådant lotteri udgør udveksling af tjenesteydelser i traktatens artikel 59's forstand.

Ved spørgsmål 2 og 5 ønskes en stillingtagen til, om enten artikel 30 eller artikel 59 finder »anvendelse på Det Forenede Kongeriges forbud mod indførsel af lotterisedler i eller reklamer for større lotterier, når restriktionerne i Det Forenede Kongeriges lovgivning vedrørende afholdelse i dette land af sådanne lotterier gælder uden forskelsbehandlng på grundlag af nationalitet og uanset, om lotteriet arrangeres uden for eller i Det Forenede Kongerige«.

Ved spørgsmål 3 og 6 ønskes i bekræftende fald en stillingtagen til, »om Det Forenede Kongeriges ønske om at begrænse lotterier ud fra socialpolitiske hensyn og for at forebygge bedrageri [udgør] lovlige hensyn til den offentlige orden eller den offentlige sædelighed, som kan begrunde de anfægtede restriktioner i medfør af artikel 36, henholdsvis artikel 56, jf. artikel 66, eller på andet grundlag«.

9 — Det Sydtyske Klasselotteri, der er en offentlig institution, er oprettet af de fire tyske delstater Bayern, Hessen, Baden-Würtemberg og Rheinland-Pfalz og har en årsomsætning på ca. 700 mio. DM. Lotteriets ledelse kontrolleres af en statslig lotterikomité, som skal godkende såvel budget som årsregnskab. Kollektørerne, som skal opfylde nærmere bestemte krav til faglige og personlige kvalifikationer, antages til at markedsføre lotteriet, men må efter Det Sydtyske Klasselotteries regler ikke markedsføre lotteriet i stater, hvor det er forbudt. Kollektørerne modtager en kommission pr. solgt lotterisedde1.
Det Sydtyske Klasselotteri er et lotteri, hvor spillerne køber hele eller dele af et lod, som indgår i flere trækninger i den enkelte klasse. Der afholdes to lotterier om året. Hvert lotteri løber i en periode af 26 uger. Trækningerne er fordelt over 6 klasser, hvor der i klasse 1-5 er fire trækninger i hver klasse og i klasse 6 seks trækninger. I praksis er der en trækning hver uge året rundt. Lodderne udstedes for hver klasse for sig. Den sidste klasse indeholder den største præmie. (Den største præmie var i det i hovedsagen relevante lotteri på 4 mio. DM). Klasselotteriets tiltrækningskraft udgøres dels af den meget store hovedpræmie, dels den relativt store chance for at få indsatsen igen. Se i øvrigt forelæggelseskendelsen punkt 34-38 og Kommissionens rapport, bd. II, s. 93.

17. De indlæg, der er fremkommet i sagen, viser nødvendigheden af at undersøge følgende spørgsmål:

— I hvilket omfang er oprettelse og drift af lotterier en »økonomisk aktivitet«, som er omfattet af traktatens anvendelsesområde?

— Er lotterisedler og tilknyttet reklamemateriale varer i artikel 30's forstand eller tjenesteydelser i artikel 59's forstand?

— Er importforbuddet diskriminerende?

— I benægtende fald, er det da en restriktion af de frie vare- eller tjenesteydelsesbevægelser, der principielt er i strid med traktaten?

— Kan de hensyn, som påberåbes, i givet fald retfærdiggøre en sådan restriktion?

— Er restriktionen i givet fald nødvendig og proportional i forhold til de formål, der forfølges?

Om lotterivirksomhed er omfattet af traktaten

18. Det er af flere af medlemsstaterne gjort gældende, at lotterivirksomhed enten helt falder uden for traktatens anvendelsesområde eller i hvert fald ikke er omfattet af traktatens regler om den frie udveksling af tjenesteydelser. Nogle af disse medlemsstater har dog begrænset dette synspunkt til alene at gælde den lotterivirksomhed, der kan betegnes som offentlig tjenesteydelsesvirksomhed.

19. Det grundlæggende og gennemgående argument for denne opfattelse er, at traktaten alene finder anvendelse på økonomisk virksomhed med henblik på at realisere de i traktatens artikel 2 fastlagte formål, og at lotterivirksomhed ikke udgør en sådan økonomisk virksomhed. Der henvises i denne forbindelse bl. a. til Domstolens praksis, hvorefter ikke-økonomisk virksomhed falder uden for traktatens anvendelsesområde, herunder navnlig til dommene i Walrave- og Donasagerne [10], hvori det blev fastslået, at visse sportsaktiviteter ikke var omfattet af traktaten på grund af deres ikke-økonomiske karakter. Der henvises endvidere til bestemmelsen i traktatens artikel 58, hvorefter traktaten kun finder anvendelse på selskaber, som arbejder med gevinst for øje, og til, at

10 — Dom af 12.12.1974 (sag 36/74, Walrave, Sml. s. 1405) og af 14.7.1976 (sag 13/76, Dona, Sml. s. 1333).

det fremgår af traktatens definition af tjenesteydelser, at der skal være tale om ydelser, der normalt udføres mod betaling, jf. artikel 60.

Det gøres også gældende, at opfattelsen kan hente støtte i det forhold, at spillevirksomhed i princippet i alle medlemsstater er ulovlig, og at spillefordringer ikke kan tvangshåndhæves, idet de tilgrundliggende aftaler betragtes som ugyldige. Der henvises til, at disse aftaler er en trussel mod den offentlige orden, og at de ikke forfølger noget beskyttelsesværdigt formål. Støtte hentes også i det forhold, at spillevirksomhed i nogle medlemsstater og i hvert fald i Tyskland betragtes som henhørende under den offentlige ret.

20. Denne opfattelse finder jeg ikke holdbar. De forhold, der fremhæves af medlemsstaterne, viser, at spillevirksomhed samfundsmæssigt har en særstilling i forhold til de fleste normalt forekommende økonomiske aktiviteter. Det drejer sig om forhold, der klart er relevante for vurderingen af den betydning, traktatens regler har på området, men der er ikke tale om forhold, der indebærer, at traktaten som sådan eller traktatens tjenesteydelsesregler ikke principielt finder anvendelse.

21. Der er ikke grundlag i traktatens regler — således som de er fortolket af Domstolen [11] — for at give traktaten et snævert anvendelsesområde. Det fremgår klart af sagen, at den økonomiske betydning af spillevirksomhed — og herunder lotterivirksomhed — er stor i alle medlemsstaterne. Der er tale om en ganske særlig form for økonomisk virksomhed navnlig derved, at det i hvert fald for så vidt angår lotterivirksomhed er således, at det overskud, der bliver tilbage, efter at de ofte betydelige udgifter til afholdelsen af lotteriet og gevinsterne er betalt, enten går ind i statskasserne eller bliver brugt til almennyttige formål. Dette indebærer imidlertid ikke, at virksomheden falder uden for traktatens anvendelsesområde. Også sådan virksomhed er økonomisk virksomhed i traktatens forstand. De pågældende ydelser — deltagelsen i lotteriet med en deraf følgende gevinstmulighed — udføres mod betaling, og det overskud, der fås af virksomheden, er økonomisk uanset dets anvendelse. Traktatens artikel 90 viser, at traktaten også finder anvendelse på offentlige virksomheder og virksomheder,

11 — Nævnes kan i denne forbindelse dom af 5.10.1988 (sag 196/87, Steymann, Sml. s. 6159) vedrørende anvendelsen af traktatens regler på religiøse samfunds økonomiske aktiviteter, dom af 2.2.1989 (sag 186/87, Cowan, Sml. s. 195) vedrørende traktatens anvendelse på nationale regler om erstatning til voldsofre og dom af 4.10.1991 (sag C-159/90, Grogan, Sml. I, s. 4685) vedrørende traktatens anvendelse på regler om information om provokeret abort.
I denne forbindelse kan også nævnes sag C-272/91, Kommissionen mod Italien, hvor Domstolen skal tage stilling til lovligheden efter traktaten og Rådets direktiv 77/62/EØF om offentlige indkøb af et italiensk offentligt udbud af et system til automatisering af det italienske lottospil. Den italienske regering gør gældende, at udbuddet vedrører koncession på beføjelser til at afholde lotto-spil, og at det dermed er omfattet af traktatens artikel 55 og 66. Det er i den foreliggende sags sammenhæng værd at bemærke, at hverken regeringen eller Kommissionen har fundet anledning til at overveje, om afholdelse af lottospil overhovedet er omfattet af traktatens regler. Jeg har i mit forslag til afgørelse i sagen af 14.7.1993 afvist, at udbuddet vedrører beføjelser til at afholde lottospil, idet der efter min opfattelse er tale om udbud af en aftale om udførelse af tjenesteydelser for og levering af goder til den offentlige administration med henblik på dennes afholdelse af lottospil. Følger Domstolen denne indstilling, bliver spørgsmålet, om lottospil som sådan er omfattet af traktatens regler, ikke direkte relevant i denne sag.

som medlemsstaterne indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, herunder virksomheder, der har karakter af fiskale monopoler.

22. Der er ikke anført tungtvejende grunde for, at spillevirksomhed, herunder lotterivirksomhed, ikke principielt skulle være omfattet af traktaten [12]. Det forekommer mig f. eks. indlysende, at medlemsstaterne, i det omfang de tillader spillevirksomhed, skal respektere traktatens grundlæggende forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

23. Der er i forbindelse med spørgsmålet om traktatens anvendelsesområde henvist til Rådets direktiv 75/368/EØF af 16. juni 1975, hvis titel er »foranstaltninger, der tilsigter at fremme den effektive udøvelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser inden for forskellige former for virksomhed (ex hovedgrupperne 01 til 85 CITI) herunder navnlig overgangsforanstaltninger for nævnte former for virksomhed« [13]. Dette direktiv — et af de såkaldte overgangsdirektiver — gælder bl. a. for lotterier, der på privat grundlag afholdes i visse medlemsstater, mens det ikke omfatter lotterivirksomhed, der drives af offentlige organer (offentlige tjenesteydelser) [14]. Det kan af dette direktiv i hvert fald sluttes, at lotterivirksomhed ikke som sådan er undtaget fra traktatens anvendelsesområde. For så vidt angår lotterier drevet af offentlige organer kan der ikke sluttes andet end, at Rådet ikke har anset det for hensigtsmæssigt, at direktivets regler skal gælde for disse.

Om sagsforholdet i hovedsagen vedrører varer eller tjenesteydelser i traktatens forstand (spørgsmål 1 og 4)

24. Domstolen er som nævnt udtrykkeligt blevet anmodet om at udtale sig om, hvordan visse aktiviteter i forbindelse med lotterivirksomhed skal kvalificeres i forhold til traktatens vare- og tjenesteydelsesbegreber.

En sådan kvalifikation er under alle omstændigheder nødvendig efter traktaten, også selv om det i hvert fald i et vist omfang er korrekt, når visse af medlemsstaterne i deres indlæg nævner, at det ikke er afgørende for en stillingtagen til lovligheden af de omtvistede britiske regler, om de vurderes på

12 — Der kan ikke lægges vægt på det synspunkt, at den pågældende virksomhed i en eller flere medlemsstater ikke betragtes som økonomisk virksomhed af privatretlig karakter. Afgrænsningen af traktatens anvendelsesområde må nødvendigvis ske på grundlag af en selvstændig fortolkning af traktaten, som ikke kan bindes af begrebsfastlæggelsen i en eller flere medlemsstater.

13 — EFT L 167, s. 22.

14 — Det fremgår af præamblen, at »lotteri og tilsvarende former for virksomhed, der falder ind under gruppe 859 CITI, almindeligvis hører enten direkte eller gennem offentlige organer under området for offentlige tjenesteydelser, eller de er forbudt, hvorfor et vist antal af disse former for virksomhed ikke falder inden for dette direktivs anvendelsesområde; de nævnte former for virksomhed kan dog udøves på privat grundlag i nogle medlemsstater og bør derfor omfattes af dette direktiv.«

grundlag af traktatens regler om de frie varebevægelser eller traktatens regler om den frie udveksling af tjenesteydelser, se nærmere under punkt 56.

25. Kvalifikationen giver efter min mening ikke anledning til større vanskeligheder.

26. Det er i sagen ubestridt, at lotterivirksomhed som sådan er en tjenesteydelse i traktatens forstand. Dette er formentlig også ubestrideligt. Og det er i hvert fald klart forudsat i det i punkt 23 omtalte direktiv.

Det er alene Schindlers, der gør gældende, at lotterisedler må anses som en vare i traktatens forstand, og at reklamemateriale i forbindelse med salg af lotterisedler er omfattet af traktatens regler om de frie varebevægelser.

De medlemsstater, der har udtalt sig om spørgsmålet, og Kommissionen er enige om, at de i sagen relevante aktiviteter i forbindelse med lotterivirksomhed må betragtes som led i denne tjenesteydelsesvirksomhed.

27. Det forekommer mig utvivlsomt, at denne opfattelse er korrekt. Der er ikke nogen særlig grund til at behandle lotterisedler som varer. De er dokumentation for, at ejeren af lotterisedlen har betalt for retten til at deltage i lotteriet, dvs. har betalt for den chance, der er for at blive udtrukket som vinder af en af de pågældende lotteriers gevinster. Køb af en lotteriseddel svarer i denne sammenhæng til tegning af en forsikring eller køb af en persontransportydelse, hvor den af tjenesteyderen udstedte dokumentation for køb af tjenesteydelsen — policen og billetten — ikke er varer i traktatens forstand. De faktiske og retlige forskelle, der måtte være i omsætteligheden af disse dokumenter, er ikke relevante i den foreliggende sammenhæng.

28. Det fremgår af Domstolens praksis, at reklamemateriale, der vedrører omsætning af varer, behandles efter traktatens regler om varer [15]. Det forekommer mig utvivlsomt, at reklamemateriale for så vidt angår tjenesteydelser må behandles efter traktatens regler om tjenesteydelser.

29. Det følger heraf, at lotterivirksomhed og de hermed forbundne aktiviteter, herunder salg af lotterisedler og reklame i denne for-

15 — Se Domstolens dom af 7.3.1990 (sag C-362/88, GB-INNO, Sml. I, s. 667).

bindelse, er tjenesteydelser i traktatens forstand, og at nationale regler, der regulerer denne virksomhed, er omfattet af traktatens regler om den frie udveksling af tjenesteydelser.

Om medlemsstaternes ret til at regulere lotterivirksomhed

30. Der er ikke på fællesskabsplan vedtaget regler om lotteri- og anden spillevirksomhed, der er relevante i den foreliggende sammenhæng. Det ovennævnte direktiv 75/368 om overgangsforanstaltninger indeholder alene en begrænset pligt for medlemsstaterne til at acceptere nærmere bestemte beviser for hæderlighed og andre kvalifikationer i forhold til udenlandske virksomheder, og deres forpligtelser i denne henseende er i øvrigt begrænsede for så vidt angår lotterier udøvet på privat grundlag.

Det er under sagen oplyst, at Kommissionen har meddelt Det Europæiske Råd, at den under hensyn til subsidiaritetsprincippet — således som dette er udtrykt i den nye artikel 3 B, der ved unionstraktaten er indsat i EF-traktaten — har besluttet ikke at fremsætte forslag om fællesskabsregler på området [16].

31. Det er ubestrideligt, at medlemsstaterne regulerer området intensivt og relativt restriktivt.

Spørgsmålet er ikke, om medlemsstaterne kan foretage en sådan regulering. Medlemsstaternes principielle kompetence til at fastsætte regler om adgang til og udøvelse af erhverv rokker traktaten ikke ved. Spørgsmålet er alene, hvilke begrænsninger i medlemsstaternes reguleringskompetence på området der kan udledes af traktatens regler.

32. Den foreliggende sag vedrører som nævnt betydningen i denne henseende af traktatens tjenesteydelsesregler. Men det kan være nyttigt — inden tjenesteydelsesreglerne drøftes — at gøre sig nogle mere almindelige overvejelser om medlemsstaternes generelle kompetence til at regulere adgang til og udøvelse af lotterivirksomhed.

16 — Se formandskabets konklusioner fra Det Europæiske Råds møde i Edinburgh den 11.-12.12.1992, bilag 2 til del A: »Nærhedsprincippet — Eksempler på gennemgang af forelagte forslag og gældende lovgivning«, offentliggjort i *Bulletin for De Europæiske Fællesskaber* nr. 12,1992.

33. Udgangspunktet i alle medlemsstater er som nævnt, at spillevirksomhed er forbudt, og denne retstilstand kan ikke være i strid med traktaten. I praksis tillades visse former for spillevirksomhed dog i alle medlemsstater under nærmere fastsatte betingelser. Der er ganske væsentlige forskelle mellem medlemsstaterne, hvad angår de former for spil der tillades, og hvad angår de betingelser der gælder for tilladelserne. Konsekvensen heraf er, at en form for spillevirksomhed kan være forbudt i en medlemsstat og tilladt i en anden.

34. Hvis spillevirksomhed tillades, kan medlemsstaterne ubestrideligt fastsætte regler for de kvalifikationer, der skal være opfyldt for at få adgang til at udøve virksomheden, og for den måde, virksomheden skal udøves, med henblik på at sikre, at virksomheden ikke bliver misbrugt til skade for den enkelte deltager i spillet og for samfundet som helhed.

Der kan være forskelle i intensiteten og omfanget af den beskyttelse, lovgivningen i de enkelte lande giver mod misbrug.

35. Praksis viser også, at der i medlemsstaterne hyppigt og på lotteriområdet i alle vigtige tilfælde [17] stilles krav om, at overskuddet af den pågældende virksomhed går ind i statskassen eller anvendes til almennyttige formål. Medlemsstaterne må kunne stille sådanne krav.

36. Praksis viser også, at det i de medlemsstater, hvor lotteri tillades, er almindeligt for så vidt angår større nationale lotterier at lade dem administrere af det offentlige selv eller i offentligt regi. Dette sker angiveligt, fordi det anses for en hensigtsmæssig måde at sikre mod misbrug, og fordi det anses for naturligt under hensyn til, at overskuddet skal gå til statskassen eller til almennyttelige formål.

37. Praksis viser endelig, at medlemsstaterne i hvert fald i et vist omfang regulerer lotterivirksomhed, således at »udbuddet« begrænses. Formålet er angiveligt at beskytte forbrugerne mod de farer, overdreven deltagelse i spil indebærer for den enkelte (spillelidenskab), og midlerne er navnlig begrænsning af antallet af virksomheder, der må udøve lotte-

17 — Dog er der i de nationale lovgivninger eksempler på, at indtægter fra visse lotterier kan gå til private. Forudsætningen herfor er typisk, at der er tale om begrænsede summer (både i henseende til det enkelte lotteriseddels pris, den samlede omsætning og de udbudte gevinster, der hyppigt ikke må være pengegevinster), og at virksomheden foregår som led i andre forlystelser, f. eks. omrejsende tivolier mv.

rivirksomhed, begrænsning af antallet af lotterier, der må udbydes, og begrænsning af antallet af trækninger.

38. Så længe traktatens artikel 52's grundlæggende påbud om ligebehandling af virksomhederne bliver respekteret, kan det efter min mening lægges til grund, at medlemsstaterne uden at handle i strid med traktaten kan regulere lotterivirksomhed således,

— at den helt eller delvis forbydes

— at der stilles krav om forsvarlig udøvelse af tilladt virksomhed

— at overskuddet alene anvendes til offentlige eller almennyttige formål, og

— at udbuddet af lotterier i hvert fald i et vist omfang kan begrænses.

39. Det kan være noget mere tvivlsomt, om medlemsstaterne, som det faktisk sker, kan begrænse udbuddet ved at forbeholde den pågældende virksomhed udelukkende for en eller flere virksomheder eller i givet fald forbeholde virksomheden for det offentlige selv.

Dette er tvivlsomt både i henseende til traktatens etableringsregler og i henseende til traktatens tjenesteydelsesregler.

Det er for så vidt angår etableringsreglerne efter traktaten og Domstolens praksis sikkert, at der ikke gælder noget absolut forbud mod, at visse former for erhvervsvirksomhed forbeholdes en eller flere virksomheder, herunder eventuelt offentlige virksomheder eller virksomheder i offentligt regi. Men traktaten forudsætter, at der skal være almene hensyn, der er acceptable inden for traktatens system, og som tilsiger, at der på denne måde gøres undtagelse fra den lige adgang til erhvervsudøvelse, se nedenfor under punkt 75.

40. Spørgsmålet er, om medlemsstaterne kan begrænse adgangen til at udøve lotterivirksomhed ud fra, hvad man kan kalde en behovsprøvelse, dvs. ud fra en vurdering af, hvor stort udbud der bør være på markedet af den pågældende ydelse. Eller udtrykt på en anden måde om medlemsstaterne på dette område kan sætte de almindelige markedsmekanismer ud af funktion.

41. Der skal være gode grunde til at sætte de almindelige markedsmekanismer ud af spil. Det er i en åben markedsøkonomi markedskræfterne og ikke offentligretlige reguleringer, der som udgangspunkt må være afgørende for, hvor stort udbuddet af en given vare eller tjenesteydelse bør være.

42. Men netop på det foreliggende område er der fremført tungtvejende grunde for at foretage sådanne indgreb i markedsmekanismerne. Alle medlemsstaterne har foretaget i hvert fald to afgørende indgreb, for det første at der på landsplan enten slet ikke tillades lotterivirksomhed eller kun gives tilladelse til en enkelt eller nogle enkelte virksomheder, og for det andet at der på området ikke kan drives sædvanlig kommerciel virksomhed.

Der er ganske vist ikke i den foreliggende sag anledning til i etableringsretlig henseende at tage stilling til lovligheden af disse indgreb i virksomhedernes adgang til at udøve lotterivirksomhed. Men der kan dog — som det vil fremgå af det følgende — næppe herske begrundet tvivl om, at medlemsstaterne lovligt kan regulere markedet i de nævnte henseender, så længe de respekterer ligebehandlingsforpligtelsen efter traktatens artikel 52, og så længe Fællesskabet ikke har vedtaget relevante regler på området.

43. Disse betragtninger er ikke afgørende, men dog relevante for en stillingtagen til det, der er den foreliggende sags problem, nemlig hvilke grænser der gælder for staternes ret til at udstrække anvendelsen af deres lovgivning til også at gælde udenlandske tjenesteydere.

44. Betragtningerne er ikke afgørende, fordi det af domspraksis som omtalt under punkt 54 fremgår, at forbuddet i artikel 59 mod at begrænse den frie udveksling af tjenesteydelser er mere vidtgående end det forbud, der efter artikel 52 gælder for medlemsstaternes mulighed for at regulere virksomheders etableringsret.

Betragtningerne er relevante, fordi de hensyn, der ligger bag medlemsstaternes regulering af etableringsretten, er de samme hensyn, der kan begrunde begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser, og at det meget vel kan være således, at formålet med reguleringen af etableringsretten kun kan nås, hvis etableringsreglerne — dvs. reglerne om adgang til og udøvelse af den pågældende virksomhed — skal respekteres af såvel indenlandske som udenlandske virksomheder.

45. Det er vigtigt for en stillingtagen til den grundlæggende problemstilling i sagen at

gøre sig konsekvenserne af Domstolens mulige svar klar.

46. Den videstgående konsekvens af en anvendelse af traktatens tjenesteydelsesregler på medlemsstaternes regler vedrørende udenlandske lotterier vil være, at modtagerstaten fuldt ud skal anerkende tjenesteydelser fra virksomheder, der lovligt efter deres hjemlands lovgivning driver lotterivirksomhed. Dette vil betyde en i princippet fuldstændig gensidig anerkendelse medlemsstaterne imellem af deres regler om lotterivirksomhed.

47. Det måtte selvsagt overvejes, i hvilket omfang modtagerstaten i så fald vil kunne stille krav også til udenlandske tjenesteydere om, at deres virksomhed bliver udøvet i henhold til regler, der giver en tilstrækkelig garanti for forsvarlig drift med henblik på at beskytte forbrugernes og samfundets interesser.

48. Det måtte tilsvarende overvejes, om modtagerstaten af udenlandske tjenesteydere på samme måde som af egne virksomheder vil kunne kræve, at overskuddet under alle omstændigheder bliver brugt til offentlige eller almennyttige formål.

49. Domstolen måtte endelig overveje — og dette er sagens vigtigste spørgsmål — om der herudover måtte åbnes muligheder for modtagerstaten for at begrænse udbuddet af lotterier.

Hvis der ikke blev givet sådanne muligheder, ville der i hver enkelt medlemsstat eksistere en markedssituation, hvor statens eget eller egne lotterier ville udbyde deres tjenester samtidig med, at alle lotterier, der lovligt drev deres virksomhed i andre medlemsstater (og som i givet fald opfyldte de netop nævnte krav til forsvarlig drift mv.), ville kunne gøre det samme.

Det ville i denne situation reelt være udelukket for den enkelte stat at begrænse udbuddet, idet det samlede udbud på markedet ville være afhængig af det udbud, der blev tilladt i andre stater, og samtidig ville der opstå en markedstilstand, hvor de store lotterier — først og fremmest dem med et stort »hjemmemarked« — ville have væsentlige konkurrencemæssige fordele, fordi de er i stand til at tilbyde forbrugerne de største præmier, se nærmere under punkt 113.

Der ville kort sagt opstå en situation, hvor der ikke ville være reelle muligheder for at begrænse udbuddet for at beskytte forbru-

gerne mod farerne ved overdrevent spil, og hvor der ville opstå en konkurrence ikke mellem private erhvervsdrivende med deraf følgende ressourceallokeringsfordele, men mellem offentlige kasser og almennyttige formål i de forskellige medlemsstater.

50. Det er dette resultat, medlemsstaterne finder grundlæggende forkert, og som de gør gældende ikke kan udledes af traktaten.

Om de forelagte spørgsmål 5 og 6

51. Spørgsmålene vedrører som nævnt tjenesteydelsesreglernes betydning for anvendelsen på udenlandske lotterier af britiske regler, der generelt forbyder afholdelse af større lotterier i Det Forenede Kongerige.

52. Principielt mener jeg, at Domstolen skal begrænse sin besvarelse af de forelagte spørgsmål til at vedrøre lovligheden efter traktaten af sådanne regler.

Desuagtet har jeg fundet det hensigtsmæssigt også at medinddrage overvejelser om traktatens betydning for den situation, der er relevant i hovedparten af medlemsstaterne, dvs. den situation, hvor markedet for større lotterier er forbeholdt en eller flere lotterivirksomheder, der drives af det offentlige selv eller under offentlig kontrol. Domstolen må naturligvis ved sin fortolkning af traktatens regler i den foreliggende sags sammenhæng tage hensyn til betydningen af dens fortolkning for retstilstanden i de øvrige medlemsstater. Hertil kommer, at den britiske regering med rette har nævnt, at de regler, der var gældende på det i hovedsagen relevante tidspunkt, ikke kan vurderes uafhængigt af det faktum, at der er truffet endelig beslutning om i Det Forenede Kongerige at indføre en retstilstand, der i sit princip svarer til retstilstanden i de andre medlemsstater. De øvrige medlemsstater har da også i deres indlæg i vidt omfang fremsat bemærkninger af relevans for en vurdering af retstilstanden i disse stater.

Om det femte af de forelagte spørgsmål

53. Spørgsmålet har som nævnt følgende indhold:

»Finder artikel 59 ... anvendelse på Det Forenede Kongeriges forbud mod indførsel af lotterisedler i eller reklame for større lotterier, når restriktionerne i Det Forenede Kon-

geriges lovgivning vedrørende afholdelse i dette land af sådanne lotterier gælder uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og uanset, om lotteriet arrangeres uden for eller i Det Forenede Kongerige?«

54. Domstolen har i sin praksis altid fremhævet, at traktatens tjenesteydelsesregler i første række forbyder åbenlys og skjult diskrimination af udenlandske tjenesteydelser, men har dog tilføjet, at forbuddet også kan ramme andre restriktioner end dem, der følger af diskriminerende regler. Således viste Domstolen i sine domme fra 1979 og 1981 i Van Wesemael- og Webb-sagerne [18], at tjenesteydelsesreglerne også kan begrænse medlemsstaternes mulighed for at anvende ikkediskriminerende regler på udenlandske tjenesteydelser. Dette blev endnu klarere fastslået i dommene fra 1986 i de såkaldte coassurance-sager, der vedrørte ikkediskriminerende krav om etablering og koncession på forsikringsområdet [19]. Og det er på det seneste fastslået i dommene fra 1991 i de såkaldte turistførersager [20] og i dommen fra 1991 i Säger-sagen om tjenesteydelser vedrørende patentfornyelser [21]. I den sidstnævnte dom udtalte Domstolen således, »at traktatens artikel 59 ikke blot kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion — også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater — der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser« (præmis 12).

55. Domspraksis på dette punkt kan selvsagt ikke forstås uden det væsentlige forbehold, der følger af den eksisterende mulighed for, at restriktioner — hvad enten de følger af diskriminerende regler eller ej — kan være begrundede og derfor lovlige.

For så vidt angår »nationale bestemmelser, hvorefter tjenesteydelser ikke behandles ens, uanset deres oprindelse«, er sådanne »kun forenelige med fællesskabsretten, hvis de kan henføres under en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse som traktatens artikel 56« [22]. For så vidt angår andre restriktioner har Domstolen udtalt: »I betragtning af visse tje-

18 — Dom af 18.1.1979 (sag 110/78, Sml. s. 35) og af 17.12.1981 (sag 279/80, Sml. s. 3305).

19 — Se navnlig dom af 4.12.1986 (sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755).

20 — Domme af 26.2.1991 (sag C-154/89, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 659, sag C-180/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 709, og sag C-198/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 727).

21 — Dom af 25.7.1991 (sag C-76/90, Sml. I, s. 4221).

22 — Se f.eks. dom af 25.7.1991 (sag C-353/89, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 4069, præmis 15).

nesteydelsers særlige karakter kan det ikke anses for uforeneligt med traktaten at kræve, at tjenesteyderen opfylder visse særlige krav, som følger af forskrifterne for vedkommende erhverv. Den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, kan dog kun begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagerstatens område, og kun i det omfang disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret. Det er navnlig en betingelse, at kravene er objektivt nødvendige for at sikre overholdelsen af de regler, der gælder for det pågældende erhverv, og for at beskytte modtageren af ydelserne, og de må ikke gå videre end nødvendigt for at nå disse mål« [23].

56. Der er, som det vil ses, i vidt omfang overensstemmelse mellem domspraksis vedrørende traktatens artikel 30 og artikel 59.

Der er imidlertid grund til at nævne, at Domstolen i forbindelse med artikel 59 ikke på samme måde som i forbindelse med artikel 30 har fastslået, at enhver restriktion, der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt begrænser den frie udveksling af tjenesteydelser, er omfattet af traktatens forbud [24].

Tjenesteydelsesområdet er i hvert fald til en vis grad anderledes end vareområdet, navnlig på grund af det væsentlige personlige element i mange tjenesteydelser og den heraf følgende betydning af sondringen mellem de betingelser, der gælder vedrørende adgangen til det pågældende erhverv (personlige kvalifikationer mv.), og de betingelser, der gælder for erhvervets udøvelse.

57. Det er på denne baggrund formentlig mest korrekt at sammenfatte domspraksis vedrørende artikel 59 således,

— at alle diskriminerende foranstaltninger er omfattet af artikel 59, og

— at også andre, men ikke nødvendigvis alle, foranstaltninger, der begrænser udenlandske tjenesteyderes virksomhed i værtslandet, kan være omfattet af artikel 59 [25].

23 — Se dommen i Säger-sagen (note 21), præmis 15.

24 — Se dom af 11.7.1974 (sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837).

25 — At der også i artikel 30's sammenhæng kan være begrænsninger af de frie varebevægelser, der ikke er restriktioner i artikel 30's forstand, er nu fastslået i dom af 24.11.1993 (sag C-267/91 og C-268/91, Keck, Sml. I, s. 6097).

58. High Court's femte spørgsmål er derfor ikke besvaret med en konstatering af, at de omtvistede regler udgør en ikke-diskriminerende begrænsning af udenlandske tjenesteyderes virksomhed i Det Forenede Kongerige.

Der må tages stilling til, om begrænsningen er en restriktion i artikel 59's forstand.

59. De fleste af indlæggene i sagen, herunder den britiske regerings indlæg, giver udtryk for, at spørgsmålet må besvares bekræftende.

60. Der er dog enkelte regeringer, der gør den modsatte opfattelse gældende. Dette sker navnlig under henvisning til Domstolens domme af 24. oktober 1978, Société générale alsacienne de banque [26], og af 18. marts 1980, Debauve [27], der begge kan forstås således, at de omtvistede nationale regler ikke var omfattet af forbuddet i artikel 59, allerede fordi de var ikke-diskriminerende [28].

61. Det forekommer mig, at der kan anføres ganske stærke grunde for, at nationale regler, som indeholder et almindeligt forbud mod en nærmere bestemt virksomhed, og som hverken er åbenlyst eller skjult diskriminerende, ikke er i strid med traktatens artikel 59. Sådanne regler er lige byrdefulde for indenlandske og udenlandske tjenesteydere, og det er ikke umiddelbart let at se, hvorfor udenlandske tjenesteydere skulle kunne udøve en virksomhed, der er forbudt for indenlandske, blot fordi de lovligt udøver denne virksomhed i deres hjemland.

62. Dette er dog næppe afgørende i den foreliggende sag. De to netop omtalte domme kan kun til en vis grad anføres til støtte for resultatet. Domstolen foretog faktisk i Debauve-dommen en prøvelse af, om det pågældende forbud stod i misforhold til

26 — Sag 15/78, Sml. s. 1971.

27 — Sag 52/79, Sml. s. 833.

28 — Den førstnævnte sag vedrørte en tjenesteydelse — in casu børsdifferencehandler udført af en bank efter ordre fra en kunde — der efter tysk ret blev anset for retligt uforpligtende. Domstolen fastslog i denne sag, at »det forhold, at spillegæld og andre hermed ligestillede former for gæld ikke kan gøres til genstand for retsforfølgning, ikke kan anses som en forskelsbehandling af en i en anden medlemsstat hjemmehørende tjenesteyder, såfremt den samme begrænsning gælder for enhver tjenesteyder på statens område, der gør en tilsvarende fordring gældende, hvilket ubestridt er tilfældet i nærværende sag;« (præmis 5). Den anden sag vedrørte et belgisk forbud mod via kabel-tv at transmittere udenlandske reklameudsendelser. I sin dom kendte Domstolen for ret: »EØF-traktatens artikel 59 og 60 forbyder ikke en national lovgivning, der hindrer transmission af reklameudsendelser via kabel-tv og udsendelse af reklameudsendelser via fjernsyn, hvis denne lovgivning anvendes uden forskel med hensyn til, om disse udsendelser er af national eller udenlandsk oprindelse, eller med hensyn til tjenesteyderens nationalitet eller forretningsmæssige hjemsted« (præmis 16).

det tilstræbte mål, og det må ikke overses, at Domstolen som nævnt i sin senere praksis har præciseret, at også ikke-diskriminerende restriktioner kan være omfattet af artikel 59.

63. Der er i øvrigt en grund, der i den konkrete sammenhæng taler for, at regler som de her omtvistede anses for restriktioner også i artikel 59's forstand. Det omtvistede forbud anvendes i en situation, hvor den britiske regering har givet udtryk for, at det skal ophæves, idet det anses for hensigtsmæssigt at oprette et nationalt lotteri. En retstilstand, hvorefter udenlandske tjenesteydere ikke kan virke på samme måde som indenlandske, er i hvert fald en restriktion i artikel 59's forstand, også selv om den i givet fald måtte blive anset for ikke-diskriminerende.

64. Det femte spørgsmål bør af disse grunde besvares således, at traktatens artikel 59 finder anvendelse på de omtvistede regler, også selv om de gælder uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og uanset om lotteriet arrangeres uden for eller i Det Forenede Kongerige.

Om de britiske regler reelt er diskriminerende

65. Der er så vidt ses ingen i sagen, der bestrider rigtigheden af den præmis, der ligger til grund for det femte spørgsmål, nemlig at de omtvistede britiske regler efter deres indhold gælder uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og uanset om lotteriet arrangeres uden for eller i Det Forenede Kongerige.

66. Kommissionen og Schindlers gør imidlertid gældende, at reglerne i realiteten er diskriminerende. De hindrer nemlig et lotteri som Det Sydtyske Klasselotteri i at få adgang til et marked, hvor tilsvarende spillevirksomhed er tilladt for konkurrerende foretagender.

Der henvises i første række til den virksomhed, som lokale lotterier kan udøve, og til den virksomhed, der udøves af de private virksomheder, der arrangerer fodboldtipning (football pools). Disse konkurrerende virksomheder gives ifølge Kommissionen og Schindlers en indirekte beskyttelse, og de omtvistede regler bliver dermed diskriminerende.

67. Denne opfattelse er efter min mening ikke korrekt.

68. Udgangspunktet må tages i det faktum, at den britiske lovgivning indeholder et generelt forbud mod afholdelse af lotterier,

der kun bliver brudt af en række nøje afgrænsede og for en umiddelbar betragtning objektivt velbegrundede undtagelser til fordel for lokale lotterier, hvis formål er veldefinerede, og hvis omsætning ikke kan overstige nærmere fastsatte beløb [29].

69. Britisk lovgivning tillader den spillevirksomhed, der består i fodboldtipning. Tilladelsen gives endog til, at private virksomheder kan drive denne virksomhed med gevinst for øje, idet staten begrænser sin regulering til at sikre, at virksomheden drives forsvarligt, og at en passende del af overskuddet indgår i statskassen via beskatning [30].

Der er intet i sagen, der tyder på, at denne retstilstand direkte eller indirekte har til formål at beskytte britiske lotterier mod konkurrence fra andre lotterier, der arrangeres uden for Det Forenede Kongerige. Der er tale om en så vidt ses objektivt velbegrundet afgrænsning af det britiske lotterimarked til kun at omfatte lokale lotterier med en begrænset omsætning. At denne afgrænsning indebærer, at større udenlandske lotterier ikke kan udøve deres virksomhed i konkurrence med de tilladte lokale lotterier, gør ikke de pågældende regler diskriminerende.

Der er ikke oplyst noget om, at de gældende britiske regler om fodboldtipning isoleret set skulle være stridende mod traktatens regler,

29 — Det drejer sig efter den britiske 1976-lotterilov om små lotterier, der arrangeres i forbindelse med visse former for underholdning (section 3), private lotterier forbeholdt en begrænset gruppe mennesker (section 4), lotterier afholdt til fordel for visse selskaber (section 5), lotterier afholdt af lokale myndigheder (section 6) og lotterier, der afholdes og gennemføres i overensstemmelse med 1846-loven om kunstforeninger.
Det er de i 1976-lovens section 5 og 6 nævnte lotterier, der har størst praktisk betydning. I bilag A til 1992-hvidbogen om et nationalt lotteri er det om disse lotterier udtalt: »Der er tre slags lotterier, som kan afholdes af et selskab eller en lokal myndighed. Et lotteri, der kun løber i kort tid, kan afholdes, når der er gået en måned efter et tidligere lotteri. Den maksimale omsætning (dvs. værdien af de solgte lotterisedler) er 45 000 UKL og den største gevinst er 6 000 UKL. Et lotteri af mellemlang varighed kan afholdes, når der er gået mellem en og tre måneder efter et tidligere lotteri. Den maksimale omsætning er 90 000 UKL og den største præmie er 9 000 UKL. De største offentlige lotterier afholdes kvartalsvis med en omsætning på 180 000 UKL og en største enkeltpræmie på 12 000 UKL. Maksimumsprisen for en lotteriseddel er i alle tilfælde 1 UKL.«
Den britiske regering har oplyst, at beløbsgrænserne er blevet hævet i forbindelse med oprettelsen af det nationale lotteri.

30 — Det er oplyst at der p.t. findes tre sådanne virksomheder, nemlig firmaet Littlewoods, som har mere end 76% af markedet, Vernons, som har ca. 20% og Zetters, som har ca. 3%. Ifølge en Mintel-undersøgelse, Special Report, Gamling 1991, s. 32 f., indbetaler virksomhederne mere end 40% af omsætningen til staten, mens virksomhedernes egen nettoindtægt udgør ca. 4,4% af omsætningen.
Den britiske regering udtalte i 1992-hvidbogen følgende om den virkning, oprettelsen af det nationale lotteri vil have på andre former for spil:
»29. Fodboldtipningen er den form for spil, der mest sandsynligt vil blive berørt af det nationale lotteri. Tipning er en spilleform med 'lille indsats/stor gevinst', og der er i tipskredse frygt for, at man før eller senere ville blive udkonkurreret af et nationalt lotteri. I nogle lande har et nationalt lotteri været til skade for tipningen, mens de i andre lande findes side om side. Det vil kræve yderligere undersøgelser at fastslå konsekvenserne af et nationalt lotteri for tipningen her i landet.
30. Andre former for spil vil formentlig blive berørt i mindre grad end tipning. De vedrører en ydelse, der er væsensforskellig fra et nationalt lotteri, enten som følge af spillet selv eller de omstændigheder, hvorunder der spilles, eller i begge henseender. Således vil personer, der vædder på heste-eller hundevæddeløb, næppe have interesse i et nationalt lotteri, som er et spil med 'små chancer/ikke-færdighedsspil'. Bingo er en social aktivitet, som ikke kan erstattes ved at købe en lotteriseddel. Ligeledes tilbyder kasinoer en type spil og andre faciliteter, der er helt forskellige fra at deltage i et lotteri. De mest udbredte spillemaskiner, der er til rådighed for offentligheden, har i højere grad forlystelsesformål end til formål at give en chance for at vinde en stor præmie.
...
33. En af de hyppigst fremførte betænkeligheder med hensyn til virkningen af et nationalt lotteri er, at velgørende institutioner vil miste indtægter fra de eksisterende små lotterier og i form af gaver til velgørende formål generelt. Det vides ikke, hvor store indtægter velgørende institutioner i dag modtager fra små lotterier, da der ikke sker central indsamling af tal for samtlige lotterier .... Velgørende institutioner vil udtrykkeligt blive nævnt som en af de grupper, som et nationalt lotteri skal støtte. ...«

og der er intet oplyst, der tyder på, at de britiske regler af betydning for det her relevante spillemarked skulle være vedtaget for at beskytte det britiske spillemarked mod konkurrence fra udenlandske lotterivirksomheder.

Reguleringen må anses for et legitimt udslag af den britiske lovgivers opfattelse af, hvordan spillemarkedet bør indrettes. Den kan være udslag af historiske erfaringer og af overvejelser om, hvad der anses for socialt mest acceptabelt (f.eks. at der er et element af dygtighed i fodboldtipning, hvilket mangler i lotterier), og den kan være udslag af et simpelt valg mellem to mulige spilleformer, idet lovgiver er af den opfattelse, at man kun ønsker at tillade den ene, fordi det samlede udbud af spil ellers bliver for stort.

70. Den britiske lovgivning behandler forskellige former for spillevirksomhed forskelligt, og det forhold, at der i et vist omfang er tale om konkurrerende virksomhed, er ikke i sig selv ensbetydende med, at der foreligger en skjult diskrimination. I øvrigt ville en accept af Kommissionens og Schindlers' synspunkt reelt kunne hævdes at bygge på en præmis om, at en medlemsstat, fordi den havde tilladt én form for spil, allerede af denne grund blev nødt til at acceptere tilsvarende former for spil udøvet af udenlandske virksomheder.

Om eksistensen af et stort nationalt lotteri har betydning for spørgsmålet om diskrimination?

71. Det kan gøres gældende, at beslutningen om at oprette et nationalt lotteri viser, at der reelt er tale om diskrimination af tilsvarende udenlandske lotterier.

72. Det vil efter min mening være forkert ved vurderingen af den eventuelle diskriminerende virkning af de i sagen relevante regler at lægge vægt på, at disse regler senere er blevet ændrede. De i hovedsagen relevante regler bliver ikke diskriminerende, fordi der eventuelt på det pågældende tidspunkt måtte have været overvejelser om at ændre dem, og fordi disse overvejelser senere måtte have resulteret i ændringer.

73. Men jeg er i øvrigt tilbøjelig til at mene, at det ikke vil være rigtigt at kvalificere som diskriminerende en retstilstand som den, der efter vedtagelsen af National Lottery etc. Act 1993 er gældende i Det Forenede Kongerige, og som efter det oplyste er gældende i de øvrige medlemsstater.

74. Der kan meget vel i et land gælde regler, der forhindrer udenlandske tjenesteydere i at præstere deres ydelser — selv om dette er tilladt for indenlandske virksomheder — uden at sådanne regler skal kvalificeres som diskriminerende. Typeeksemplet er nationale regler, der stiller krav om, at et nærmere bestemt erhverv kun kan udøves af virksomheder, der er etablerede i landet. Sådanne regler betyder »reel udelukkelse af retten til fri udveksling af tjenesteydelser«, se herved Domstolens dom i coassurance-sagen (Kommissionen mod Tyskland) [31]. Domstolen kvalificerede ikke denne retstilstand som diskriminerende, men fastslog, at kravet »kun kan anses for lovligt, såfremt det godtgøres, at det udgør en ufravigelig forudsætning for at opnå det tilstræbte formål« og accepterede således, at også andre hensyn end dem, der er nævnt i traktatens artikel 56, eventuelt vil kunne retfærdiggøre denne væsentlige restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser.

Det er ikke i sig selv i strid med traktaten, at medlemsstaterne giver en enkelt eller enkelte virksomheder eksklusive rettigheder, jf. herved traktatens artikel 90. Medlemsstaterne har i denne situation en forpligtelse til at respektere traktatens almindelige regler, hvilket i den foreliggende sammenhæng navnlig vil sige traktatens etablerings- og tjenesteydelsesregler. Dette indebærer bl. a., at de begrænsninger, de pågældende eksklusive rettigheder indebærer for retten til fri udveksling af tjenesteydelser, skal kunne retfærdiggøres i overensstemmelse med Domstolens almindelige praksis.

Hvis selve det forhold, at der er indrømmet eksklusive rettigheder anses for at udgøre en diskrimination, vil eksklusive rettigheder kun være lovlige, hvis de er begrundede i et af de i artikel 56 nævnte hensyn, dvs. den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

Et sådant resultat vil efter min mening ikke være rigtigt.

75. Den her omhandlede situation adskiller sig fra et almindeligt etableringskrav ved, at den pågældende virksomhed — efter en behovsprøvelse — kun tillades for en enkelt eller enkelte virksomheder. Dette forhold gør imidlertid ikke i sig selv reglerne diskriminerende. Det er fortsat rigtigst at lægge til grund, at de ikke er udtryk for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller virksomhedernes oprindelse.

76. På den ene side finder jeg det uhensigtsmæssigt at give diskriminationsbegrebet et vidt anvendelsesområde i en sammenhæng som den her foreliggende, og på den anden side mener jeg ikke, at det for den effektive anvendelse af traktatens artikel 59 er af afgørende betydning, om situationen kvalificeres som diskriminerende eller ikke.

31 — Sag 205/84, Sml. 1986, s. 3755, præmis 52.

77. Artikel 56 fastslår, at bestemmelserne i kapitlerne om etablering og tjenesteydelser ikke udelukker anvendelsen af nationale »bestemmelser, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere«, når de er begrundet i de i bestemmelsen opregnede hensyn.

Det er i selve bestemmelsens ordlyd vist, at der skal være tale om særlige regler for udenlandske virksomheder, og det forekommer mig ikke nærliggende i tilfælde, hvor der gives eksklusive rettigheder til visse virksomheder uden hensyn til nationalitet eller virksomhedernes oprindelse, at betegne sådanne regler som »*særlige* regler for *fremmede*« virksomheder.

Hertil kommer, at Domstolen har fortolket artikel 56 restriktivt og fremhævet, at de i bestemmelsen omtalte hensyn kun kan påberåbes, hvis der »foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn« [32]. En sådan restriktiv fortolkning er uomtvisteligt på sin plads, når der er tale om nationale regler, der — hvad enten det sker åbenlyst eller skjult — lægger vægt på nationalitet eller virksomhedernes oprindelse. Den er derimod næppe på sin plads, når de eventuelt forskelsbehandlende virkninger af en omtvistet foranstaltning er en faktisk konsekvens af afgrænsningskriterier, der kan være sagligt velbegrundede.

32 — Dom af 27.10.1977 (sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 35).

Der er efter min mening en fare ved på en og samme gang at anvende et bredt diskriminationsbegreb og at fortolke artikel 56 restriktivt. Dette kan føre til en utilsigtet begrænsning af den reguleringskompetence, der efter traktatens system nødvendigvis må tilkomme medlemsstaterne, så længe Fællesskabets institutioner ikke har vedtaget en harmonisering af relevante nationale regler.

78. Kvalifikationsspørgsmålet har i øvrigt efter min mening ikke stor praktisk betydning i den foreliggende sag. Der er, hvordan end situationen kvalificeres i forhold til diskriminationsbegrebet, tale om en væsentlig restriktion — en reel udelukkelse af retten til fri udveksling af tjenesteydelser — som kun kan retfærdiggøres, hvis den omtvistede foranstaltning er objektivt nødvendig for at tilgodese grundlæggende samfundshensyn.

79. De afgørende spørgsmål bliver således efter min mening under alle omstændigheder, om de samfundshensyn, staterne henviser til, er så grundlæggende, at de på det foreliggende område kan retfærdiggøre den foreliggende restriktion, og om de pågældende regler er objektivt nødvendige for at nå det tilsigtede mål og i øvrigt står i rimeligt forhold til målet.

Om den restriktion, der følger af det britiske forbud mod import af lotterisedler til og reklame for større lotterier, opfylder traktatens betingelser for at være lovlig?

80. Det sjette spørgsmål har som nævnt følgende indhold:

»Udgør ... Det Forenede Kongeriges ønske om at begrænse lotterier ud fra socialpolitiske hensyn og for at forebygge bedrageri lovlige hensyn til den offentlige orden eller den offentlige sædelighed, som kan begrunde de anfægtede restriktioner i medfør af artikel 56, jf. artikel 66, eller på andet grundlag?«

81. De elleve medlemsstater, der har afgivet indlæg, har alle givet udtryk for, at spørgsmålet skal besvares bekræftende. Schindlers og Kommissionen er uenige heri.

Hvilke hensyn tilsigtes beskyttet ved de eksisterende restriktioner?

82. Medlemsstaterne gør grundlæggende gældende, at der ligger tre hensyn bag den strenge regulering af lotterivirksomhed og den heraf følgende restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser.

83. For det første nødvendigheden af at beskytte forbrugerne, dvs. deltagerne i lotteriet, mod bedragerier og andre former for retsstridig afholdelse af lotterier [33].

84. Der henvises tillige til nødvendigheden af mere generelt gennem regulering og kontrol at sikre mod en reelt eksisterende fare for, at lotterier overtages af kriminelle miljøer og benyttes til kriminelle formål, herunder hvidvaskning af penge.

85. Det gøres gældende, at der er særlige risici i forbindelse med grænseoverskridende lotterivirksomhed [34]. Der er i denne forbindelse enkelte medlemsstater, der har henvist til den øgede risiko for skattesvig. Kommissionen er ikke uenig i, at der er øget risiko for misbrug ved grænseoverskridende lotterier, men har anført, at medlemsstaterne efter

33 — Der henvises til, at lotterier er en form for spil, som er særligt udsatte for bedrageri. Det skyldes, at deltageren hverken har en nem og uafhængig måde til at fastslå det totale indbetalte beløb, eller om de udlovede gevinster er udbetalt. Uden en passende kontrol ville det være muligt for den, som afholder et lotteri, at tilegne sig en del af indbetalingerne eller i tilfælde af lotterier, hvor trækningen sker på stedet, måske til eget brug, at tilbageholde vinderlodderne, se punkt 30 i forelæggelseskendelsen.

34 — Der er i den belgiske regerings indlæg nævnt eksempler på klager over sådanne påståede misbrug.

det oplyste ikke har haft uoverstigelige problemer i forbindelse hermed.

86. For det andet gør alle medlemsstaterne gældende, at det af hensyn til forbrugerne er nødvendigt at begrænse det absolutte udbud af spil og at regulere de måder, hvorpå spil bliver udbudt. Der henvises til, at der er reel fare for, at visse personer kan overdrive deres deltagelse i spil med alvorlige sociale og sundhedsmæssige følger for dem selv og deres familier og dermed for samfundet.

87. For det tredje henvises der til nødvendigheden af at sikre, at overskuddet af lotterier anvendes til nærmere bestemte af samfundet accepterede formål, i hvilken forbindelse det kan være nødvendigt at regulere, hvor stor en del af lotteriomsætningen der må bruges til udgifter til afholdelse af lotteriet, hvor stor en del der må anvendes til gevinster, og hvor stor en del der skal anvendes til offentlige eller i øvrigt almennyttige formål.

88. Det er efter min mening ubestrideligt og bestrides så vidt ses heller ikke for alvor under sagen, at hvert af disse formål er formål, der i givet fald kan retfærdiggøre begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser. Det drejer sig efter min mening i øvrigt om så væsentlige formål, at Domstolen, hvis den finder det fornødent, kan kvalificere dem som formål omfattet af traktatens artikel 56.

89. De afgørende spørgsmål bliver derfor, om de her drøftede restriktioner er nødvendige for at nå de pågældende formål, om de vil kunne nås med andre og mindre restriktive midler, og om de i det hele står i rimeligt forhold til formålene.

Om proportionalitetsprincippet er respekteret?

90. Schindlers og Kommissionen besvarer spørgsmålet klart benægtende, mens medlemsstaterne er enige om en bekræftende besvarelse.

91. Det er under sagen gjort gældende, at hensynene ikke kan ses isoleret fra hinanden. Dette er jeg for så vidt enig i. Det er dog nødvendigt at gennemgå hensynene hver for sig, men det kan ikke udelukkes, at hensynene i forening kan retfærdiggøre restriktionerne, selv om de ikke isoleret set ville kunne det.

Om restriktionerne er nødvendige for at beskytte forbrugerne og samfundet mod bedragerier mv.?

92. Det er ubestridt i sagen, at ønsket om at beskytte forbrugerne mod den nærliggende fare for misbrug af lotterivirksomhed og i øvrigt mod anvendelse af lotterier til kriminelle formål kan retfærdiggøre endog meget indgribende regulering af og kontrol med lotterivirksomhed.

93. Det gøres imidlertid gældende, at dette hensyn i hvert fald ikke i den foreliggende sag kan retfærdiggøre de foreliggende restriktioner, navnlig fordi det kun kan gøres gældende i det omfang, der for den pågældende tjenesteydende lotterivirksomhed ikke allerede i dets hjemland er fastlagt betryggende regler for dets virksomhed og foretages en betryggende kontrol, der svarer til de regler og den kontrol, der gælder i modtagerlandet.

94. Det følger af Domstolens praksis, at modtagerlandet ikke kan kræve sine egne regler opfyldt af udenlandske tjenesteydere, hvis hensynene bag disse allerede er opfyldt via tjenestydernes egen lovgivning (ækvivalenssynspunktet) [35].

95. I den konkrete sag kan det ganske vist hævdes, at ækvivalensynspunktet er vanskeligt at anvende, da større lotterier på det i hovedsagen relevante tidspunkt var forbudt i Det Forenede Kongerige, og da der derfor ikke var fastlagt et beskyttelsesniveau, som det for den udenlandske tjenesteyder gældende beskyttelsesniveau kan sammenlignes med.

Denne indvending er dog alene formel. På den ene side er det på dette punkt muligt at sammenligne med den beskyttelse, Det Forenede Kongerige yder forbrugerne i forbindelse med de lokale lotterier og sammenlignelig spillevirksomhed som football pools og i øvrigt i dag også med den beskyttelse, som vil blive ydet forbrugerne i forbindelse med det nye nationale lotteri.

På den anden side ligger det fast, at de regler, der gælder for, og den kontrol, der føres med Det Sydtyske Klasselotteri, yder en høj grad af sikkerhed mod misbrug [36]. Det er da heller ikke under sagen gjort gældende, at der i forbindelse med dette lotteri skulle bestå en større risiko for misbrug end den, der anses

35 — Se navnlig dommen i coassurance-sagen (sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. 1986, s. 3755, præmis 34 ff.).

36 — Se herved note 9.

for acceptabel for sammenlignelig spillevirksomhed i Det Forenede Kongerige.

96. Der er endelig ikke — efter min mening — i medlemsstaternes generelt holdte udsagn om den forøgede risiko ved grænseoverskridende lotterivirksomhed noget konkret grundlag for at antage, at den således påståede risiko i sig selv skulle kunne retfærdiggøre, at de britiske myndigheder anvender de omtvistede regler.

97. At det her omhandlede hensyn ikke i den konkrete sag kan anføres til støtte for at udelukke Det Sydtyske Klasselotteris virksomhed i Det Forenede Kongerige, betyder selvsagt ikke, at medlemsstaterne i andre tilfælde er udelukket fra at nægte udenlandske lotterier adgang til deres markeder, hvis de regler, der gælder for dem i deres hjemlande, og den kontrol, der føres med dem dér, ikke er betryggende, når henses til det beskyttelsesniveau, der ønskes fastholdt i modtagerstaten.

Om restriktionerne er nødvendige for at begrænse udbuddet af spil i modtagerstaten?

98. Hvis det accepteres — og alle medlemsstaterne lægger dette til grund — at det er nødvendigt at begrænse det samlede udbud af spil, forekommer det for en umiddelbar betragtning også nødvendigt, at medlemsstaterne kan begrænse udenlandske tjenesteyderes ret til at præstere deres tjenesteydelser.

Det er som nævnt et faktum, at spillemarkederne i de enkelte lande er forskellige. Hvad der er tilladt i ét land, kan være forbudt i et andet. Hvis en stat ikke kan forbyde tjenesteydelser fra lande, hvor disse er tilladte, vil der ske en væsentlig begrænsning af dens muligheder for at begrænse det totale udbud af spil.

99. Schindlers og Kommissionen anfører heroverfor, at sådanne synspunkter i den konkrete sag ikke med rimelighed kan gøres gældende af Det Forenede Kongerige, når henses til, *at* det samlede spillemarked i Det Forenede Kongerige i 1990 var på mere end 13 mia. UKL, *at* der er omfattende muligheder for at spille, herunder i football pools (der er privat kommerciel virksomhed, som i princippet kan drives af alle, der opfylder de generelle betingelser herfor), *at* Det Forenede Kongerige har besluttet at oprette et stort nationalt lotteri, og *at* det i øvrigt er

erkendt af Det Forenede Kongerige, at lotteri er den mindst farlige form for spil [37].

pågældende lands myndigheder anses for den relativt mindst skadelige spilleform.

100. Denne argumentation, der for en umiddelbar betragtning forekommer ganske stærk, bør trods alt afvises af følgende grunde:

En accept af synspunktet vil — rent bortset fra at det vil nødvendiggøre vanskelige skøn — indebære en afstandtagen fra et kernepunkt i medlemsstaternes argumentation for at kunne regulere spil, nemlig nødvendigheden af at kunne begrænse det absolutte udbud.

101. En accept af Schindlers' og Kommissionens synspunkt vil som ovenfor nævnt have den konsekvens, at en medlemsstat, hvis den har en relativt liberal spillelovgivning, ikke længere vil have mulighed for at opretholde begrænsninger i spilleudbuddet, i hvert fald ikke i forhold til den form for spil, der af det

Når henses til den foreliggende viden om de farer, der for visse mennesker er forbundet med spil, forekommer det mig ikke muligt at afvise medlemsstaternes samstemmende opfattelse af, at der er et reelt behov for at begrænse udbuddet af spil, og at denne begrænsning — i mangel af fællesskabsregler herom — nødvendigvis må foretages af medlemsstaterne hver for sig.

37 — Se hvidbogen fra 1992, hvor det udtales:
»14. The Rothschild Royal Commission lagde to principper til grund for en politik på spilleområdet. For det første, at spil bør undergives en passende regulering for at sikre, at de afvikles ærligt og retfærdigt. For det andet, at det må undgås at give en positiv tilskyndelse til at spille, fordi dette, hvis det overdrives, kan føre til ulykke for den enkelte og hans familie samt have ødelæggende virkninger for samfundet som helhed. Selv om disse generelle principper ligger til grund for al kontrol med spil, er de blevet anvendt i forskelligt omfang på forskellige former for spil. 15. Kasinospil er f. eks. mere udsat for at blive udnyttet af kriminelle, og store pengebeløb kan tabes meget hurtigt. Det er den 'hårdeste' form for spil (med hensyn til sårbarheden over for misbrug og dets risici for den enkelte), og det er derfor reguleret mest intenst. ... Modsat har man længe anset lotterier for den 'blødeste' form for spil. Indsatserne udgør normalt små beløb, og der er ikke den samme tilskyndelse til at prøve at redde et tab ved at spille mere og mere. De er underkastet en lempeligere reguleringsordning, fordi de involverede pengebeløb er mere beskedne. Da de byder på beskedne præmier og støtter velgørende formål, kan der reklameres for dem helt uden begrænsning. Der kan navnlig reklameres for dem i tv og radio, hvorimod radio- og fjernsynsreklame for alle former for væddemål og spil er forbudt ved en kombination af lovmæssig regulering og radio- og tv-selskabernes reklamebestemmelser.«

102. Hvis de enkelte medlemsstater skal acceptere lovligt og betryggende afholdte lotterier i alle andre medlemsstater, mister de muligheden for at kontrollere antallet af afholdte lotterier, antallet af trækninger og omfanget af den tilladte omsætning. Udbuddet i medlemsstaterne vil reelt være bestemt af det udbud, der totalt findes i alle medlemsstaterne.

103. Kommissionen har da også under retsmødet givet udtryk for, at der formentlig må eksistere en mulighed for de enkelte medlemsstater for gennem et ikke-diskriminerende koncessionssystem at begrænse udbuddet.

Det forekommer mig til gengæld udelukket på grundlag af traktatens tjenesteydelsesregler at udlede umiddelbart anvendelige pligter for medlemsstaterne til at udstede tilladelse til et nærmere bestemt antal lotterier. Eller udtrykt på en anden måde, det er ikke muligt på grundlag af traktaten at udlede kriterier for, hvor stort det tilladte udbud af en bestemt spilleform skal være.

104. Denne opfattelse viser vanskeligheden ved gennem den umiddelbare anvendelse af traktatens tjenesteydelsesregler at åbne de nationale markeder for udenlandske tjenesteydelser.

Det forekommer mig ikke muligt at fortolke traktatens regler om tjenesteydelser — lige så lidt som dens regler om etableringsretten — således, at medlemsstaterne skulle være forhindret i på sagligt grundlag at forbyde visse former for spil.

Hvis det accepteres, at medlemsstaterne kan begrænse udbuddet, må spørgsmålet om udbuddets omfang overlades til medlemsstaterne, hvis beslutninger vil være udtryk for valg, der i høj grad vil være bestemt af de i staterne gældende sociokulturelle forhold [38].

Der kan således ikke på grundlag af traktaten fastslås en pligt for medlemsstaterne til at indføre et koncessionssystem på et område, hvor de finder, at den pågældende spilleform bør forbydes.

105. Kort sagt finder jeg ikke, at der på grundlag af traktatens tjenesteydelsesregler og i mangel af harmonisering på fællesskabsplan kan findes en mellemløsning mellem på den ene side en accept af medlemsstaternes mulighed for på ikke-diskriminerende grundlag at begrænse udbuddet, herunder gennem forbud mod eller begrænsning af udenlandske lotterivirksomheders tjenesteydelser, og på den anden side en fuld accept af, at udenlandske lotterier kan få adgang til at præstere deres tjenesteydelser, når de i hjemlandet er betryggende administreret mv.

Der kan derimod utvivlsomt på grundlag af traktaten som nævnt stilles krav om, at medlemsstaterne, i det omfang de tillader et begrænset udbud af en bestemt spilleform, administrerer dette på en ikke-diskriminerende måde.

38 — Se dom af 16.12.1992 (sag C-169/91, Council of the City of Stoke-on-Trent, Sml. I, s. 6635, præmis 11).

106. Accepteres det således, at medlemsstaterne skal kunne regulere udbuddet af spil og mere specielt lotterier, må det også accepteres, at en begrænsning af udenlandske virksomheders tjenesteydelser er et nødvendigt og proportionalt middel.

Om restriktionerne er nødvendige for at opretholde medlemsstaternes mulighed for at fastsætte regler for anvendelsen af lotteriernes overskud?

107. Det sidste af de hensyn, medlemsstaterne har anført, dvs. deres mulighed for at sikre, at overskuddet af lotterier går til almennyttige eller offentlige formål, er også relevant som begrundelse for en accept af medlemsstaternes mulighed for at begrænse udenlandske lotteriers præstering af tjenesteydelser.

108. Det er utvivlsomt både historisk korrekt og fortsat en realitet, når det gøres gældende, at en væsentlig baggrund for overhovedet at tillade spil er, at overskuddet af denne virksomhed kan bruges til »gode« formål.

109. Der er ganske vist i dag et vist grundlag for at være noget skeptisk over for de motiver, der ligger bag medlemsstaternes regulering af spillemarkedet. Som allerede antydet ovenfor er modviljen mod spil som sådan og hensynet til at begrænse risikoen for overdrevent spil hos borgerne i hvert fald i en række medlemsstater blevet nedprioriteret i forhold til det hensyn, der består i at bruge folks spillelyst som kilde til at skaffe midler til statskassen (enten derved, at overskuddet går direkte til statskasserne eller derved, at overskuddet bliver undergivet kraftig beskatning) eller til almennyttige formål. Liberaliseringen af spillemarkederne i flere af medlemsstaterne og accepten af en hyppigt ganske aggressiv reklame for spillene er indicier for denne udvikling.

110. Men selv om dette er rigtigt, står det dog fast, at overskuddene bruges til ikkekommercielle formål. Det er efter min mening ikke i denne henseende væsentligt, om overskuddene går til statskasserne eller til almennyttige formål. Overskud brugt til almennyttige formål friholder i hvert fald i et vist omfang de offentlige budgetter fra at afholde udgifter til de pågældende almennyttige formål.

111. Der er en række forhold, der i denne forbindelse er væsentlige.

Det er formentlig rigtigt, som nævnt i flere af indlæggene, at deltagerne i lotterier til en vis

grad træffer deres beslutning om deltagelse, fordi overskuddet går til et formål, der ligger dem særlig på hjerte. Det kan dog også efter det foreliggende lægges til grund, at for så vidt angår de større lotterier har overskuddets anvendelse kun begrænset betydning for deltagernes beslutning om at deltage. Det synes accepteret, at det ikke mindst er gevinsternes størrelse, der er bestemmende [39].

112. Det er derfor forsvarligt at lægge til grund — som også gjort gældende af flere af medlemsstaterne — at en åbning af de nationale markeder vil føre til en formentlig intensiv konkurrence mellem de store lotterier om markedsandele i hele Fællesskabet.

En ikke usandsynlig udvikling vil være, at de i forvejen største lotterier — de, der i dag har et stort »hjemmemarked« — vil kunne udkonkurrere ikke alene de mindre og lokale lotterier (som i forvejen har det vanskeligt), men også de mindre medlemsstaters nationale lotterier [40].

113. Konkurrencen vil som nævnt formentlig også blive ført på præmiestørrelser. Disse er grundlæggende afhængige af omsætningen og af størrelsen af administrationsomkostninger og den andel af overskuddet, der skal bruges til offentlige eller almennyttige formål. Det vil således blive et vigtigt konkurrenceparameter, hvor stor en andel der kan bruges til gevinster, og hvor stor en andel der skal gå til offentlige eller almennyttige formål. De lotterier, der benytter størst andel til præmier, vil opnå en konkurrencefordel. Det forekommer mig, at det bør være tilladeligt, at medlemsstaterne kan hindre en sådan form for konkurrence på dette helt specielle marked.

114. Væsentligt for medlemsstaterne er det utvivlsomt også at kunne hindre, at der på

39 — I Kommissionens rapport — Gambling in the Single Market — bind I, s. 44, anføres følgende: »Den, der spiller, er først og fremmest interesseret i at deltage i et attraktivt spil. Om et spil er attraktivt, har at gøre med præmiernes størrelse, gevinstchancerne og det forhold, at gevinsterne er afgiftsfrie eller kun belagt med en lille afgift. Hvis et udenlandsk lotteri virker mere attraktivt end et indenlandsk spil, vil nogle deltage i det enten ved at bestille lotterisedlerne pr. post eller ved at rejse over grænsen for at købe dem hos en agent i udlandet. Postbestilling er særlig anvendelig ved klasselotterier, da fristerne for at modtage lodder kan ligge mange uger ude i fremtiden.«

40 — I Kommissionens rapport, bind I, s. 18, anføres:
»Grænseoverskridende spilleaktivitet er et markedsdrevet fænomen. Kollektørerne for visse Klassenlotterien udfolder den mest aktive formidling af ulovligt grænseoverskridende spil.
'Mail-shot'-marketing har været taget i anvendelse i alle de tolv medlemsstater. De små lotterimarkeder med tilsvarende små præmier er klart de mest sårbare.
...
De store præmier i det tyske Klassenlotterie udøver stor tiltrækning på de forbrugere, der normalt spiller i de mindre nationale lotterier, som har mindre begyndelsespræmier. Det fremgår i denne forbindelse af diagram 8, at Danmark, Belgien og Nederlandene er sårbare.
...
Grænseoverskridende spilleaktivitet, der sker, fordi den er let at gennemføre som følge af, at man er nær ved en nabomedlemsstat, eller på grund af sproglig og kulturel lighed, er af osmotisk karakter. Der er større sandsynlighed for osmoselignende, grænseoverskridende spilleaktivitet, hvis en mange gange større befolkning og derfor større lotterier med større præmier er naboer til små nationale lotterier eller lottoer.«

europæisk plan opstår en fri konkurrence mellem lotterier, af hvilken det praktisk vigtigste resultat vil være, at de forskellige landes offentlige kasser eller almennyttige formål konkurrerer om de penge, de europæiske borgere bruger på lotterier.

Det kan på det foreliggende grundlag bestemt ikke udelukkes, at en af de mulige konsekvenser af en åbning af de nationale markeder kan være, at de store tyske klasselotterier får så dominerende markedsandele, at det bliver »urentabelt« at drive de mindre, nationale lotterier i nabolandene. Dette vil betyde, at midler, der hidtil er gået til almennyttige formål i disse lande, nu vil indgå i de offentlige kasser i de tyske delstater, der driver disse lotterier.

115. Kommissionen bestrider, at dette hensyn kan tillægges vægt i forbindelse med anvendelsen af et af traktatens grundlæggende principper, der er en af grundpillerne i oprettelsen af det indre marked.

Denne opfattelse har støtte i Domstolens praksis, hvorefter økonomiske hensyn ikke kan begrunde undtagelser fra traktatens regler om den frie udveksling af tjenesteydelser [41].

116. Det kan måske også for en umiddelbar betragtning forekomme principstridigt, at et sådant »økonomisk hensyn« skulle kunne retfærdiggøre begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser.

En nøjere overvejelse viser imidlertid efter min mening, at dette hensyn i den foreliggende sammenhæng kan tillægges vægt. Der er ikke tale om et økonomisk hensyn i den forstand, dette begreb anvendes i Domstolens praksis.

117. Traktaten bygger på det princip, at omsætning af økonomiske goder kan afgiftbelægges i forbrugsstaten, jf. herved traktatens artikel 95.

Kommissionen henviste under retsmødet til, at en medlemsstat ikke kan forbyde salg af tobak og spiritus fra andre medlemsstater, hvis sådant salg accepteres i den pågældende stat. Dette er selvsagt rigtigt. Men det ændrer

41 — Se f. eks. dom af 26.4.1988 (sag 352/85, Bond van Adverteerders, Sml. s. 2085), hvor Domstolen udtalte: »Det bemærkes, at økonomiske hensyn, f.eks. at sikre, at en national offentligretlig institution modtager samtlige indtægter fra reklameindslag, som specielt henvender sig til publikum i vedkommende medlemsstat, ikke kan betragtes som hensyn til den offentlige orden i traktatens artikel 56's forstand.« (præmis 34).

ikke ved det faktum, at staterne kan afgiftsbelægge de indførte varer på samme måde som de nationalt producerede varer.

Det forekommer mig ikke urimeligt at opfatte forholdet således, at der også i forbindelse med lotterier er tale om en form for afgiftsbetaling. Hvis Kommissionen gives ret i, at der af traktaten følger en pligt for medlemsstaterne til at åbne deres markeder for udenlandske lotterier, vil det betyde, at »afgiften« på lotterisedlen — dvs. den del af betalingen for lotterisedlen, der skal indgå i de offentlige kasser (eller anvendes til almennyttige formål) — betales til »produktionsstaten« og ikke til »forbrugsstaten«.

118. At det ikke er urimeligt at betragte forholdet ud fra denne synsvinkel, bekræftes af oplysningerne om den ordning, den luxembourgske regering har med to tyske lottovirksomheder, hvorefter disse to virksomheder har fået tilladelse til at drive virksomhed i Luxembourg mod, at den luxembourgske stat modtager en vis procentdel af omsætningen i Luxembourg.

119. At det her omhandlede hensyn i givet fald kan retfærdiggøre restriktioner af grænseoverskridende tjenesteydelser, finder efter min mening tillige støtte i Domstolens dom af 28. januar 1992 i Bachmann-sagen, hvori det blev fastslået, at de omtvistede alvorlige restriktioner i den frie bevægelighed for arbejdstagerne og tjenesteydelserne kunne retfærdiggøres af hensynet til at beskytte staternes skatteindtægter gennem en sikring af sammenhængen i skattesystemerne [42].

120. Vigtigere er det dog efter min mening, at Domstolen i den foreliggende sag står over for et marked af helt speciel karakter, hvor alle medlemsstaternes regler viser, at de almindelige markedsmekanismer hverken kan eller bør gælde. Der er så vidt ses ingen af medlemsstaterne, der finder det rigtigt på dette område at have en fri konkurrence med de ovenfor nævnte konsekvenser.

121. Der vil blive tale om en konkurrence, der næppe kan undgå at få dybtgående følger for en række lotterier, der har lange traditioner, og som er en vigtig finansieringskilde for betydningsfulde velgørende og almennyttige organisationer. En accept af den konkurrence, der vil være en konsekvens af en åbning af markederne, vil kunne begrænse den nationale mangfoldighed, uden at dette efter min mening kan anses for at være en nødvendig konsekvens af oprettelsen af det indre marked.

42 — Sag C-204/90, Sml. I, s. 249.

122. Det er vanskeligt at henvise til beskyttelsesværdige virkninger af en åbning af markederne. Der er, så vidt jeg kan se, ikke nogen af de i traktatens artikel 2 nævnte formål, der ville blive fremmet herved.

For så vidt angår det andet punkt har Kommissionen som nævnt formentlig ret. Til gengæld finder jeg ikke, at dette kan være et af de hensyn, som det er traktatens formål at realisere. En forøgelse af gevinsternes størrelse vil på den ene side kunne forøge spillelysten og på den anden side indebære, at den relative andel af lotteriomsætningen, der som overskud går til offentlige eller almennyttige formål, bliver mindre.

123. Den hensigtsmæssige ressourceallokering, der i økonomisk henseende er den vigtigste begrundelse for traktatens regler om den frie udveksling af tjenesteydelser, har efter min opfattelse ikke nogen rolle at spille på lotteriområdet [43].

125. Efter min mening kan det derfor konkluderes, at der ikke er nogen tungtvejende hensyn, som det er traktatens formål at varetage, der taler mod at acceptere, at medlemsstaterne fortsat gives mulighed for at begrænse den frie udveksling af tjenesteydelser, mens der til gengæld må tillægges de af medlemsstaterne i enighed påberåbte grunde til ikke at åbne markederne betydelig vægt. Det er et område, hvor der er god grund til fortsat at respektere medlemsstaternes reguleringskompetence, så længe det står fast, at Fællesskabet ikke vil udøve sin reguleringskompetence på området.

124. Kommissionen gør ganske vist gældende, at en åbning af markederne vil betyde, at forbrugerne får øgede muligheder for valg mellem almennyttige formål, de ønsker at støtte, og at en åbning vil betyde, at forbrugerne får større gevinster. Det er muligt, at Kommissionen har ret på kort sigt for så vidt angår det første punkt. Men det er som nævnt ikke usandsynligt, at en åbning af markederne på længere sigt kan føre til, at en række lotterier vil blive fjernet fra markedet, og at der dermed vil ske en begrænsning af forbrugernes valgmuligheder.

126. Det må også efter min mening konkluderes, at det ikke på det foreliggende grundlag er muligt at henvise til midler, der på mindre indgribende måde vil kunne realisere

43 — Jf. herved artikel 102 A i EF-traktaten som ændret ved traktaten om Den Europæiske Union, hvis 2. pkt. bestemmer: »Medlemsstaterne og Fællesskabet handler i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence, der fremmer en effektiv ressourceallokering, og i overensstemmelse med principperne i artikel 3 A.«

formålene bag de gældende begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser [44].

127. Det er således min opfattelse, at der er grund til at besvare High Court's spørgsmål således, at der ikke på grundlag af traktatens tjenesteydelsesregler er noget til hinder for at anvende nationale regler, der forbyder import af lotterisedler og reklamematerialer or større udenlandske lotterier i en situation, hvor større nationale lotterier er forbudt.

Det har ikke i denne henseende nogen betydning, at der er truffet beslutning om oprettelse af et stort nationalt lotteri, allerede fordi det efter min mening, selv hvor sådanne lotterier eksisterer, er muligt for medlemsstaterne at opretholde begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser [45].

Forslag til afgørelse

128. Jeg skal af disse grunde foreslå Domstolen at besvare High Court's spørgsmål således:

»Regler om import af lotterisedler i og reklamemateriale for større lotterier er omfattet af Rom-traktatens artikel 59, der imidlertid ikke er til hinder for, at reglerne forbyder tjenesteydelser fra udenlandske større lotterier, når et sådant forbud er led i et generelt forbud mod afholdelse af sådanne lotterier.«

44 — I USA har Kongressen med hjemmel i forbundsforfatningens »commerce clause« indført et principielt forbud mod »fri udveksling af tjenesteydelser« mellem delstaterne på lotteriområdet. Forfatningsmæssigheden af denne lovgivning blev opretholdt ved dom afsagt i 1903 af Forbundets Højesteret, se »The Lottery Case« (Champion mod Ames, 186 U. S. 321 (1903).

45 — Jeg har overvejet, om der ved fortolkningen af traktatens artikel 59 i den foreliggende sags sammenhæng kan tillægges traktatens artikel 55,2. afsnit, nogen vægt. Det bestemmes i denne artikel, sammenholdt med artikel 66, at Rådet på forslag af Kommissionen med kvalificeret flertal kan undtage visse erhverv fra bestemmelserne i kapitlet om tjenesteydelser. Der foreligger ikke oplysninger i sagen om eventuelle overvejelser i Rådet og Kommissionen om en anvendelse af bestemmelsen til at undtage lotterivirksomhed fra traktatens regler om tjenesteydelser. Det er klart, at det under alle omstændigheder er relevant, at bestemmelsen ikke kan anvendes, uden at der af Kommissionen er fremlagt et forslag med henblik på dens anvendelse. Mine overvejelser er resulteret i, at der ikke i den foreliggende sags sammenhæng kan tillægges bestemmelsen betydning.