

2010



Danske Spil



Ladbroke's

Kandidatafhandling

**Nationale spillemonopolers forenelighed med
etableringsretten, tjenesteydelseernes frie
bevægelighed, og EU-konkurrenceretten**

**Udarbejdet af
Casper Pasgaard Dybdal**

**Erhvervsjura 10. Semester
Aalborg Universitet**

Casper Dybdal

28-05-2010



Emne: Nationale spillemonopolers forenelighed med etableringsretten, tjenesteydelseernes frie bevægelighed og EU-konkurrenceretten.

Projektdeltager: Casper Pasgaard Dybdal

Vejleder: Charlotte Bagger Tranberg

Studieretning: Erhvervsjura 10. semester

Sted: Aalborg Universitet, den 28. maj 2010

Casper Pasgaard Dybdal

English Summary

A national gaming monopoly is not a rare sight in the in European countries. The consequence of this is that the right to provide different kind of games is reserved the national authorities. This has caused great attention from various game suppliers and different media companies. The game suppliers lose marked shares, and the media companies are losing advertising revenues. In cases like this Articles 49 and 56 of the EU Treaty are the two key legal benchmarks.

In the European Court of Justice there have been a growing number of cases on the interpretation of Articles 49 and 56 of the EU Treaty compared to the sports betting sector. It was the task's purpose to investigate whether these betting restrictions was incompatible with the law of the European Union, especially article 56 of the EU Treaty – freedom to provide and receive services.

The Articles 49 and 56 of the EU Treaty apply directly as primary law of the EU to the sports betting sector. Article 49 guarantees the rights of individuals and companies from other Member States to exercise their profession on a permanent basis in another member state in the same manner as the Member State's own nationals. Article 56 states that within the framework of the provisions set out, restrictions on freedom to provide services within the Community shall be prohibited in respect of nationals of member states who are established in a State of the Community other than that of the person for whom the service are intended.

Because gambling is excluded from other providers, there have been a growing number of cases in the European Court of Justice on the interpretation of Articles 49 & 56 of the EU Treaty. The primary cases are C-275/92, Schindler, C-124/97, Läärä, C-67/98, Zanatti, C-6/01, Anomar, C-243/01, Gambelli, C-338/04, Placanica and C-42/07, Liga Portuguesa.

In these cases the European Court of Justice has developed a formula for the analysis of the EU law compatibility of national measures. Any objective justification of the restriction of fundamental freedoms of the EU Treaty must satisfy a cumulative four-part test: 1) the measure must not be discriminatory. 2) The measure must meet an appropriate overriding public interest objective. 3) The measure must be suitable for securing the achievement of the objectives. And 4) the measure must not go beyond what is necessary in order to achieve them.

From these cases The European Court of Justice has confirmed that any restrictions which seek to protect general-interest objectives, such as the protection of consumers, must be consistent and systematic in how they seek to limit activities.

In the newest case C-42/07, Liga Portuguesa the European Court of Justice upheld the right to maintain the state monopoly, and the general conclusion in the other cases is almost similar.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	3
1.1 Indledning.....	3
1.2 Afgrænsning	4
1.3 Disposition	5
1.4 Lissabontraktaten	5
2. Komparativ undersøgelse af de europæiske spillemonopoler	6
2.1 Hvad er et monopol – spillemonopol?	7
2.2 Hvorfor er et monopol et problem?	7
2.3 Identifikation af nationale spillemonopoler	8
2.3.1 Det danske spillemonopol.....	9
2.3.1.1 Danske Spils eneret	9
2.3.1.2 Selskabet Danske spil	11
2.3.1.3 Danmark og EU	12
2.3.1.4 Resultatet – en delvis liberalisering	13
2.3.2 Det norske spillemonopol	14
2.3.3 Det svenske spillemonopol	16
2.3.4 Det tyske spillemonopol.....	17
2.3.5 Det hollandske spillemonopol.....	19
2.3.6 Det italienske og portugisiske spillemonopoler	19
2.4 Sammenfatning	20
3. EU-retlig regulering.....	21
3.1 Det første spadestik - C-275/92, Schindler.....	21
3.2 Hvorfor et EU-retligt problem – suverænitetssafgivelse og legalitet.....	21
3.2.1 Pligt til at gennemføre implementeringsforholdsregler og direkte virkning	23
3.2.2 Kilder og fortolkningsprincipper.....	24
3.2.2.1 Skrevne retskilder	25
3.2.2.2 Uskrevne retskilder.....	30
3.2.2.3 Fortolkningsprincipper	31
3.3 Den frie bevægelighed.....	32
3.3.1 Etableringsretten	33
3.3.2 Tjenesteydelsesternes frie bevægelighed.....	37
3.3.3 Forholdet mellem etableringsretten og tjenesteydelsesternes frie bevægelighed	43
3.4 Konkurrenceretten i EU – misbrug af dominerende stilling.....	44
3.4.1 Dominerende stilling.....	45
3.4.2 Misbrug af den dominerende stilling	48
3.4.3 Påvirkningen af samhandelen	50
3.4.4 Undtagelsesbestemmelser	51

4. Domstolens praksis	53
4.1 <i>Det første spadestik – C-275/92, Schindler</i>	53
4.2 <i>Eftervirkninger af C-275/92, Schindler i dansk ret</i>	56
4.3 <i>C-124/97, Läärä, C-67/98, Zanatti og C-6/01, Anomar følger op</i>	57
4.3.1 <i>Sagens forløb og den nationale lovgivning</i>	57
4.3.2 <i>De præjudicielle spørgsmål</i>	59
4.3.3 <i>C-275/92, Schindler finder anvendelse</i>	60
4.3.4 <i>Hindring for tjenesteydernes frie bevægelighed</i>	61
4.3.5 <i>Tvingende almene hensyn?</i>	62
4.3.6 <i>Kravet om proportionalitet</i>	63
4.3.7 <i>Domstolens konklusion</i>	64
4.4 <i>Udvikling på vej – C-243/01, Gambelli og C-338/04, Placanica</i>	65
4.4.1 <i>Den italienske lovgivning</i>	65
4.4.2 <i>Sagens forløb og de præjudicielle spørgsmål</i>	66
4.4.3 <i>Den italienske lovgivnings forenelighed med art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF]</i>	67
4.5 <i>C-42/07, Liga Portuguesa</i>	69
4.5.1 <i>Den portugisiske spillelovgivning</i>	69
4.5.2 <i>Det præjudicielle spørgsmål</i>	70
4.5.3 <i>Foreligger der en restriktion?</i>	71
5. Kan et nationalt spillemonopol være foreneligt med fællesskabsretten?	73
5.1 <i>Et nationalt spillemonopols forenelighed med art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF]</i>	73
5.1.1 <i>Den eller de relevante artikler</i>	73
5.1.1.1 <i>Sammenfatning</i>	75
5.1.2 <i>Udgør en hindring</i>	76
5.1.2.1 <i>Sammenfatning</i>	77
5.1.3 <i>Begrundelse for hindringen og kravet om proportionalitet</i>	77
5.1.3.1 <i>Begrundelse for hindringen</i>	78
5.1.3.2 <i>Kravet om proportionalitet</i>	79
5.1.4 <i>Sammenfatning</i>	81
5.2 <i>Et nationalt spillemonopols forenelighed med art. 102 og 106 TEUF [82 og 86 EF]</i>	82
5.2.1 <i>Dominerende stilling, misbrug og påvirkning af samhandlen</i>	82
5.2.2 <i>Mulighed for fritagelse?</i>	85
5.2.3 <i>Sammenfatning</i>	86
6. Konklusion	87
7. Kildefortegnelse	90
7.1 <i>Bøger</i>	90
7.2 <i>Artikler, forordninger, betænkninger, meddelelser og beslutninger mv.</i>	91
7.3 <i>EU-afgørelser</i>	92
7.4 <i>Hjemmesider</i>	92

1. Indledning

1.1 Indledning

I Danmark og mange andre af de europæiske lande eksisterer der et statsligt monopol på spillemarkedet. Dette medfører, at retten til at udbyde forskellige spil er forbeholdt den relevante nationale myndighed og dermed ikke frit udbudt til de forskellige spilleudbydere. I Danmark og andre medlemslande i EU har denne nationale eneret fået stor opmærksomhed og medført megen diskussion. På den ene side står de utallige spilleudbydere med et forbud, mistet markedsandele og dermed mistet potentiel indtjening, mens de nationale stater står med en markant omsætning og et monopol på den anden side. De nationale forbud mod spiludbydelse har flere gange vakt Domstolens opmærksomhed, senest i C-42/07, Liga Portuguesa og traktatkrænkelssager mod de forskellige nationer er bestemt ikke et sjældent syn.

Et nationalt spillemonopol er typisk karakteriseret ved, at kun ét nationalt statsligt selskab må udbyde/reklamere for visse spil på det nationale marked. Der optræder ligeledes ofte et forbud for andre med straf og bøde som konsekvens. Dette er set i forhold til bl.a. det indre marked problematisk, da medlemsstaterne ved tiltrædelse af EU har afgivet suverænitet og dermed er undergivet EU lovgivning. Særligt i forhold til EU's lovgivning angående den frie bevægelighed kan et nationalt spillemonopol være problematisk. Heraf fremkommer der bl.a. i henholdsvis art. 49 TEUF [43] EF, den frie etableringsret, og art. 56 TEUF [49 EF], fri udveksling af tjenesteydelser, et forbud mod opstilling af restriktioner. Også i forhold til EU's konkurrenceret er et nationalt spillemonopol problematisk, hvoraf der i art. 102 TEUF [82 EF] foreligger et forbud mod misbrug af dominerende stilling og i art. 106 TEUF [86 EF] opstilles der regler for offentlige og monopol lignende virksomheder.

Der har i flere af medlemsstaterne været tale om en liberalisering af spillemarkedet, og det vil fra 1. januar 2011 være muligt, for andre end den danske udbyder Danske Spil, at udbyde visse spil i Danmark. Samme vej er Italien gået, hvor en delvis liberalisering er tråd i kraft. Der er dog ikke tale om en fuld liberalisering, som ønsket af flere af spilleudbyderne, men i stedet tale om en delvis liberalisering af spillemarkedet, hvor lotterier typisk stadig er forbeholdt de nationale myndigheder. Der er dog stadig langt herfra til en generel liberalisering af EU's spillemarked og en generel EU-harmonisering eksisterer ikke.

Med baggrund i ovenstående, er det afhandlingens formål, at identificere i hvilke medlemslande der optræder et nationalt spillemonopol, for herefter at undersøge om nationale spille-

monopol kan være forenelige med TEUF-traktaten. Der kan således opstilles følgende problemformulering: ***Kan nationale spillemonopoler være forenelige med TEUF-traktaten?***

Som det fremgår af problemformuleringen, er der ikke kun tale om et nationalt, men et komparativt problem, der ligger op til en identificering af de forskellige nationale spillemonopoler. Problemformuleringens brede udformning medfører desuden et behov for opstilling af problemstillinger, hvis formål er, at bidrage til besvarelsen af problemformuleringen. Som det fremgår, er der særligt to EU-retlige områder der er omfattet af problemformuleringen, hvilket gør en opdeling af problemformuleringen i to, ideel. Det skal således undersøges, om nationale spillemonopoler kan være forenelige med art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF], etableringsretten og tjenesteydelsesternes frie bevægelighed og om nationale spillemonopoler kan være forenelige med art. 102 og 106 TEUF [82 og 86 EF], forbud mod misbrug af dominerende stilling og regler for offentlige og monopollignende virksomheder. Opdelingen giver således følgende to problemstillinger:

Kan nationale spillemonopoler være forenelige med art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF]?

Kan nationale spillemonopoler være forenelige med art. 102 og 106 TEUF [82 og 86 EF]?

1.2 Afgrænsning

Da der optræder spillemonopoler i stort set samtlige medlemsstater, finders det for vidtgående, at medbringe en undersøgelse af samtlige af disse. Der er derfor kun lavet en undersøgelse af et udpluk af medlemsstaterne. Her er de danske, norske og svenske spillemonopoler valgt, da disse er meget sammenlignelige og relativt let tilgængelige. Selvom det danske spillemonopol i øjeblikket gennemgår en delvis liberalisering, findes det stadig relevant at medtage, da det er et godt eksempel, og på mange måder ligner de øvrige spillemonopoler hvor en liberalisering ikke er på tale. De italienske og portugisiske spillemonopoler er valgt ud fra deres hyppige optræden i traktatkrænkelssager, hvorefter disse er gennemgået i afsnittet om Domstolens praksis og ikke i afsnittet om de europæiske spillemonopoler. De tyske og hollandske spillemonopol er tilfældig udvalgte.

Det skal desuden bemærkes, at selvom afhandlingen omhandler nationale spillemonopolers forenelighed med fællesskabsretten, kan der være områder indenfor fællesskabsretten der ikke er behandlet, eller blot kort omtalt. Dette gælder bl.a. områderne omkring varernes og kapita-

lens frie bevægelighed. Det har i domspraksis vist sig, at spørgsmål omhandlende spillemonopolers forenelighed med fællesskabsretten ofte er blevet undersøgt ud fra enten etableringsretten eller tjenesteydelseernes frie bevægelighed, hvorefter indeværende afhandling ligeledes har valgt at lægge fokus.

1.3 Disposition

Afhandlingen er foruden indledningen inddelt i 5 afsnit. I afsnit 2 foretages der en komparativ undersøgelse af medlemslandenes spillelovgivning hvorved de nationale spillemonopoler undersøges og defineres. Afsnit 3 har først til formål at fastlægge hvorfor nationale spillemonopoler er et EU-retligt problem, hvorefter der er lavet to teoretiske afsnit der har til formål at beskrive henholdsvis væsentlige dele af den frie bevægelighed og EU-konkurrenceretten. Der har i flere sager været undersøgt om et nationalt spillemonopol er foreneligt med fællesskabsretten. I afsnit 4 er den mest relevante domspraksis indenfor spilleområdet beskrevet. Afsnit 2, 3 og 4 har alle det formål, at de sammen kan bidrage til besvarelsen af hvorvidt nationale spillemonopoler kan være forenelige med TEUF-traktaten. I afsnit 5 redegøres der for, først hvorvidt nationale spillemonopoler kan være forenelige med art. 49 og 56 TEUF [43 og 49], herefter om nationale spillemonopoler kan være forenelige med art. 102 og 106 TEUF [82 og 86 EF]. Til at vurdere dette, anvendes afsnit 2, 3 og 4. I afsnit 6 sammenfattes resultaterne fundet i afsnit 5, hvorefter der konkluderes hvorvidt nationale spillemonopoler er forenelige med TEUF-traktaten.

1.4 Lissabontraktaten

Danmarks tiltrædelse af Lissabontraktaten har fået den konsekvens, at nogle af artiklerne i EF-traktaten har fået nye numre i TEUF-traktaten. I indeværende afhandling er artiklerne nævnt efter Lissabontraktaten hvorefter betegnelsen TEUF altid står efter den relevante artikel. For at gøre det mere overskueligt er de gamle henvisninger angivet i [artikel nr.] herefter. Lissabontraktaten har herudover ingen effekt på afhandlingen, hvorefter denne ikke er yderlig beskrevet.

2. Komparativ undersøgelse af de europæiske spillemonopoler

Spillemarkedet er et område i konstant vækst der generere enorme summer. Det er derfor et marked der er mere og mere i søgelyset, ikke mindst af medierne. Med internettets hastige udvikling og den naturlige konsekvens heraf, nemlig at flere og flere spil udbydes over internettet, har spillemarkedet på rekordtid forvandlet sig fra et nationalt anliggende, til et marked hvor forbrugeren i princippet ikke behøver være bevidst om hvorfra spillet udbydes. Dette har medført, at de nationale spillemonopoler har fået stor konkurrence. Der foreligger endnu ingen harmonisering af spillemarkedet, hvilket medfører, at markedet på fællesskabsretligt plan reguleres nationalt i henhold til subsidiaritetsprincippet (nærhedsprincippet). Dette princip medfører, at der på områder hvor EU endnu ikke er tillagt enekompetence, alene skal udstedes regler, i det omfang den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne. Det skal således først vurderes, om området helt eller delvis kan overlades til medlemsstaterne og en harmonisering derved kan undgås. Den manglende harmonisering har medført, at medlemslandene har oprettet nationale spillemonopoler og dermed beskyttet deres spillemarkeder og herigennem deres indtægter. De nationale spillemonopoler har medført, at Kommissionen har modtaget mange klager fra bl.a. private spilleselskaber og medievirksomheder, som har været forhindret i at udbyde og reklamere for deres spil på markederne. Kommissionen har som følge heraf indledt en undersøgelse af, hvorvidt de nationale restriktioner/hindringer på spillemarkedet i ti medlemslande, heriblandt Danmark, Sverige, Tyskland, Holland, Italien og Portugal, er i overensstemmelse med EU-retten.¹

Imens der i de fleste af medlemsstaterne har været monopoler på spillemarkedet, har spiludbydere fra forskellige dele af verdenen fået tilladelse til at udbyde visse former for spil i enkelte lande. Noget tyder da også på, at enkelte lande, heriblandt Danmark, er klar til, at liberalisere dele af deres spillemarked, så det bliver muligt for andre aktører at agere på markedet. Italien og England er medlemsstater der allerede har liberaliseret dele af deres spillemarked. Der er dog også lande hvor en liberalisering slet ikke er kommet på tale. Norge og Tyskland er eksempler på dette.

For at undersøge hvorvidt nationale spillemonopoler er forenelige med fællesskabsretten, er det derfor nødvendigt først at identificere disse nationale spillemonopoler. Da der optræder nationale spillemonopoler i et stort antal af medlemslande, findes det nødvendigt at begrænse sig til enkelte medlemsstaters spillemonopoler. Indeværende afhandling har dermed afgrænset

¹ http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm

sig til, at sætte fokus på de danske, norske, svenske, tyske, hollandske, italienske og portugisiske spillemonopoler. Det skal bemærkes, at enkelte af spillemonopolerne udelukkende er beskrevet gennem domspraksis. For at undgå ren gentagelse henvises der derfor til afsnit 4.4.1, 4.3.1 og 4.4.2 hvor den Italienske og Portugisiske spilleregulering er beskrevet. Da denne regulering udelukkende er beskrevet ud fra domspraksis, kan der forekomme en del uklarhed om monopolets nuværende udformning.

2.1 Hvad er et monopol – spillemonopol?

Forinden der foretages en beskrivelse af de nationale spillemonopoler, er det nærliggende kort at definere begrebet monopol. Et monopol kan optræde i mange forskellige henseende. Typisk vil det optræde, som en eneret til at præstere en given ydelse eller et specifikt produkt. Et klassisk eksempel på et monopol er Danske Spils spillemonopol, hvor eneretten til at udbyde visse former for spil, er forbeholdt staten eller et offentligt organ med fornøden tilladelse/koncession. Et andet eksempel er en virksomhed, der gennem konkurrence har udkonkurreret de øvrige konkurrenter og dermed besidder en monopolstilling på det relevante marked. Man kan således sige, at et monopol er en markedsform med ufuldkommen konkurrence. Et monopol kan også optræde som et såkaldt naturligt monopol. Dette er tilfældet, når der f.eks. er forbundet så store omkostninger ved indtrængen på et givet marked, at det vil forekomme naturligt, at der kun er enkelte eller kun én virksomhed på markedet. Denne form for monopol optræder typisk på f.eks. olie, energi og transportmarkederne. Man kan således kategorisere et monopol i tre former; et lovreguleret monopol, et naturligt monopol samt et ”vundet” monopol. Et monopol kan forekomme både horisontalt og vertikalt. Et horisontalt monopol er et monopol inden for samme led i forsyningskæden, mens et vertikalt monopol forekommer i flere led i forsyningskæden.

2.2 Hvorfor er et monopol et problem?

Der kan være flere konsekvenser forbundet med et monopol. For det første kan en virksomhed forlange en for høj pris for dets produkter/ydelse, hvilket vil give en lavere produktion, men en højere profit. Dette vil selvsagt være til skade for forbrugeren, der er tvunget til at betale en højere pris. Et godt eksempel på dette opstår i forbindelse med nationale spillemonopoler. Hvis disse har eneret til at udstede odds, kan de selv regulere deres odds og dermed give forbrugeren dårligere vilkår end tilfældet ved mange udbydere. For det andet vil et monopol fjer-

ne fokus fra nyskabelse og udvikling og dermed sætte forskningen på området tilbage. Det er konkurrencestyrelsen, der har til opgave at holde øje med de brancher hvor der ikke er konkurrence, eller hvor enkelte virksomheder dominerer markedet.

Med oprettelse af EU og dettes indre marked, og da Danmarks har afgivet suverænitet til dette, jf. afsnit 3.3, er et monopol ikke længere kun et nationalt anliggende, men også fællesskabsretligt. Et monopol skal således ikke kun overholde national lovgivning, men også fællesskabsretten. Et monopol må således f.eks. ikke udgøre en hindring for den frie etableringsret, tjenesteydelseernes frie bevægelighed, samt forbuddet mod misbrug af dominerende stilling, medmindre visse undtagelser er opfyldt.

2.3 Identifikation af nationale spillemonopoler

Nationale spillemonopoler er ikke noget særegent syn og der optræder således nationale spillemonopoler i et stort antal af medlemsstaterne. Spillemonopolerne er dog ikke identiske, hvorefter det ikke kan lade sig gøre, at beskrive de nationale spillemonopoler som et samlet. Dette afsnit har derfor det formål, at identificere de forskellige nationale spillemonopoler og kort beskrive hvorledes dette fungerer. Det ville dog være for omfattende, at medbringe samtlige spillemonopoler hvorefter afhandlingen har begrænset sig til kun at undersøge monopolerne i Danmark, Norge, Sverige, Tyskland, Holland, Italien og Portugal. De fleste er beskrevet ud fra landets nationale lovgivning, men i Italiens og Portugals tilfælde er den nationale spillelovgivning udelukkende beskrevet ud fra domspraksis. Det skal bemærkes, at den nationale spillelovgivning kan være mere omfattende end det beskrevne. Indeværende afhandling har det formål, at identificere de nationale spillemonopoler, hvorefter det skal undersøges hvorvidt dette kan være foreneligt med fællesskabsretten. Det er derfor ikke nødvendigt med en komplet beskrivelse af den nationale spillelovgivning, men tilstrækkelige med en identificering af de bestemmelser hvoraf der fremtræder et monopol. Derfor findes det også tilstrækkeligt, at anvende domspraksis til identificering af monopolerne i Italien og Portugal. Det italienske og portugisiske spillemonopol er dog ikke beskrevet i dette afsnit, men i stedet i afsnittene 4.4.1 hvor den italienske lovgivning er beskrevet og 4.3.1 og 4.5.1 hvor den portugisiske lovgivning er beskrevet.

2.3.1 Det danske spillemonopol

2.3.1.1 Danske Spils eneret

Dansk spilregulering er ikke på afhandlingens tidspunkt sammenfattet i en enkel lov, men bredt reguleret og kan derfor fremstå uoverskuelig. Det skal dog bemærkes, at en ny spillelovgivning er på vej og vil træde i kræft primo 2011. Med den ny spillelovgivning bliver spillelovgivningen inddelt i kun fire love, populært betegnet spilleloven, afgiftsloven, spilleudlodningslov samt en ejerskabslov. Den nuværende spillelovgivning er som omtalt omfattet i et utal af love. Man kan inddele den danske spilleregulering i to områder. Regulering efter straffeloven² og regulering i særlovgivningen. Straffelovens regulering er gældende for de spil som ikke er reguleret i særlovgivningen. I straffeloven er §§ 203 og 204 relevante. Særlovgivningen indeholder bl.a. tips- og lottoloven³, lov om gevinstgivende spilleautomater⁴, gevinstafgiftsloven⁵, samt markedsføringsloven⁶ for bare at nævne et udpluk af reguleringen.

Det er spillemyndighedens opgave, at føre tilsyn og kontrol med gevinstgivende spil i Danmark. Spillemyndigheden er en instans under SKAT, hvis hovedformål er at føre overvågning og kontrol med spillemarkedet. Lovgrundlaget for spillemyndighedens administration fremkommer som nævnt i en række forskellige love og bekendtgørelser. "Hovedloven" på området er tips- og lottoloven, som gælder for udbud af spil, lotterier og væddemål. Lotteriforbudsloven⁷ er af ældre dato, men indeholder fortsat et generelt forbud mod udbud, formidling samt reklamering af lotterier. Den resterende række af særlove, regulerer på områder, hvor hovedloven ikke regulerer. Den resterende særlovgivning følger dog generelt samme principper som hovedloven, herunder, at udbud af de pågældende spil kun må ske med myndighedstilladelse og mod betaling af en afgift til staten.⁸ Indeværende afhandling tager først udgangspunkt i tips- og lottoloven, samt få bestemmelser i lotteriforbudsloven, herefter er den kommende nye spillelovgivning kort er beskrevet.

Det fremgår af tips- og lottolovens § 1, stk. 1, at bemyndigelsen til at bevillige udbud af spil, lotterier og væddemål foreligger hos skatteministeren. Bevillingen er i dette tilfælde givet til

² LBK nr. 1034 af 29/10/2009

³ LBK nr. 273 af 17/04/2008

⁴ LBK nr. 820 af 26/06/2006

⁵ LBK nr. 1146 af 02/12/2005

⁶ LBK nr. 839 af 31/08/2009

⁷ LBK nr. 18027 af 06/03/1869

⁸ Nielsen, Ruth og Sandfeld Jakobsen, Søren, Dansk spillelovgivning og EU-retten, side 3

Danske Spil. For lotteriets vedkommende skal der tages forbehold for de undtagelser, der fremkommer i lotteriforbudsloven. Af dennes § 2 fremkommer der et forbud mod udbud, formidling samt reklamering for lotterier. Udbud af lotterier uden hjemmel i Lotteriforbudsloven vil dermed udgøre en overtrædelse af både tips- og lottoloven samt lotteriforbudsloven, hvorefter lotteriforbudsloven anvendes.⁹ En overtrædelse heraf straffes med bøde, jf. Lotteriforbudslovens § 3.

Tips- og lottolovens § 1, stk. 2, er en undtagelsesbestemmelse, hvori det fremgår, at skatteministeren ikke kan bevillige udbud på visse områder.¹⁰ Danske Spils eneret fremgår af § 2, stk. 1, som anfører, at bevillingen skal ske til ét selskab, hvor staten tegner 80 % af aktiekapitalen mens Danmarks Idræts-Forbund og Danske Gymnastik- og Idrætsforeninger hver tegner 10 % af aktiekapitalen, jf. § 3, stk. 1. Bevillingen kan gives i op til fem år af gangen, jf. § 2, stk. 2.

Staten modtager en afgift fra spil, lotterier og væddemål på 16 % af indskudssummen, jf. § 1 A, stk. 1, samt en afgift på 30 % af bookmakerspil og 11 % af totalisatorspil på heste- og hundevæddemål, jf. stk. 2 og 3.

Det overskud der fremkommer efter statsafgift, gevinstudbetaling, udgifter til administration, afskrivning, henlæggelser mv. samt dividende, fordeles til forskellige ministerier, jf. § 6 A, stk. 1. Man kan af lovens bestemmelse se, at loven ikke er ført ajour, hvilket kan skyldes den snarlige vedtagelse af de fire nye love. Dette gør bl.a., at fordelingsnøglen ikke længere er opdateret og diverse ministerier er derfor benævnt med deres gamle betegnelse. Det fremgår dog af Danske Spils årsrapport fra 2009, at den største portion gives til Kulturministeriet. Undervisningsministeriet og Socialministeriet er de næststørste aftagere, mens Finansministeriet, Miljøministeriet, Indenrigs- og Sundhedsministeriet samt Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling kun modtager en relativ lille procentdel.

Udbydes eller formidles spil, lotterier eller væddemål uden bevilling, kan man blive straffet med bøde eller op til et halvt års fængsel, jf. § 10. Straffen kan skærpes, jf. § 10, stk. 2. Det er ikke alene udbud og formidling der er forbudt, også reklamering af spil, lotterier og væddemål er omfattet, jf. § 10, stk. 3. nr. 3.

⁹ Nielsen, Ruth og Sandfeld Jakobsen, Søren, Dansk spillelovgivning og EU-retten, side 2

¹⁰ Der er tale om: klasselotterier og lign., etablering af spillekasinoer, gevinstgivende spilleautomater eller gevinstopsparing samt duekapflyvning og cykel på bane.

2.3.1.2 Selskabet Danske spil

Som beskrevet, er bevillingen til udbud af spil, lotterier og væddemål, jf. tips- og lottolovens § 2, stk. 1, gået til Danske Spil, som derved har opnået en eneret på det danske spillemarked. Danske Spil er delvis ejet af den danske stat, Dansk Idræts-Forbund samt Danske Gymnastik- og idrætsforeninger, i forholdet 80, 10 og 10 %.

Koncernen Danske Spil består af moderselskabet Danske Spil A/S samt datterselskabet Danske Automatspil A/S. Danske Spil A/S udbyder spil i to forskellige kategorier. Den første kategori er videnspil, som indeholder spil som Tips, Oddset og Måljagt. Den anden kategori er heldspil, som indbefatter spillene Lotto, Onsdags Lotto, Joker, Boxen og skrabespillene Quick.¹¹ Danske spil udvider hele tiden udbuddet af de forskellige spil. Dansk Automatspil A/S er opdelt i to områder. Etablering af PitStop spillecafeer og opstilling af spilleautomater hos forhandlere.

Danske Spils værdier er tillid, underholdning, fornyelse og ansvarlighed. Under ansvarlighed pointerer Danske Spil, at det er vigtigt at skaffe midlerne uden samtidig at skabe misbrugsproblemer. Dette forsøger de til livs ved at samarbejde med Center for Ludomani og Frederiksberg Centeret, hvor der er oprettet en telefonisk hjælpelinje, samt fremlæggelse af brochurer ved steder, hvor Danske Automatspil A/S har opsat spilleautomater.¹²

Det fremgår af Danske Spils årsrapport for 2009, at koncernen havde en samlet omsætning på 10.135 mia. kr. Der blev betalt en afgift på 1.161 mia. kr. til staten og udloddet 1.581 mia. kr. til de forskellige ministerier, jf. tips- og lottolovens § 6 A, stk. 1. Det samlede samfundsmæssige overskud af Danske Spils aktiviteter udgjorde således 2.590 mia. kr. Dette er et fald på 205 mio. kr. i forhold til 2008.

Som det fremgik af tips- og lottolovens § 6 A, stk. 1, skal det overskud der foreligger, efter diverse skatter og afgifter er fratrullet, fordeles til de forskellige ministerier. Overskuddet kaldes også for tipsmidlerne. Midlerne fordeles til ministerierne efter en fordelingsnøgle. Af denne fremgår det, at Kulturministeriet modtager det klart største tilskud. Kulturministeriet benytter 50 % af midlerne til kulturelle formål og Danmarks Idræts-Forbund, jf. tips- og lottolovens § 6 B nr. 2 og 7. Beløbet er en betragtelig sum, som udgjorde ca. 7,5 % (1,071 mia. kr.) af det offentliges samlede udgifter til kulturelle formål i 2006¹³ og 6,6 % (1,065 mia. kr.)

¹¹ <http://danskespil.dk/> - om danske spil

¹² <http://danskespil.dk/> - om danske spil

¹³ <http://kum.dk/graphics/kum/downloads/Publikationer/Kulturpenge%202006/Kulturpenge%202006.pdf>, side 6-7.

i 2008.¹⁴ Den øvrige fordeling internt i ministerierne fremgår af §§ 6 C – 6 I. Man kan af ovenstående konkludere, at Danske Spil har en relativ stor omsætning, og er en væsentlig bidrager til forskellige offentlige instanser med tipsmidlerne. Danske spil er desuden en af de mest eksponerede virksomheder i de nationale medier.

2.3.1.3 Danmark og EU

Danmark modtog i 2004 en åbenskrivelse fra Kommissionen.¹⁵ I åbenskrivelsen redegjorde kommissionen for sin vurdering af, hvorvidt Danmark ikke overholdte sine forpligtelser overfor EU. Kommissionen pointerede, at tips- og lottoloven indeholdte visse bestemmelser der var uforenelige med særligt art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF]. Kommissionen pointerede endvidere, at disse bestemmelser kunne legitimeres, hvis undtagelsesbestemmelserne kunne gøres gældende, hvilket Kommissionen påpegede ikke var tilfældet, da bl.a. tips- og lottoloven synes begrundet i finansieringen af velgørende formål, hvilket ikke i sig selv kan udgøre en objektiv begrundelse for en restriktion.¹⁶ Finansiering af velgørende formål er ligeledes i domspraksis, jf. afsnit 4 blevet anset for ikke at være en objektiv begrundelse, der i sig selv kan retfærdiggøre en tilsidesættelse af art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF].

Den danske spillemyndighed svarede tilbage med modstridende argumenter, hvormed de mente, at spillelovgivningen var i overensstemmelse med EU-retten. Dette var begrundet ud fra, at reguleringen indgik i en samlet regulering af spilområdet, som skulle udgøre en sammenhængende politik, hvor det frie spillemarked på visse punkter begrænses af hensyn til varretagelsen af en række væsentlige hensyn. Herudover anførte de, at restriktionerne i forhold til artikel 49 og 56 [43 og 49 EF] var begrundet i tvingende almene hensyn, og at den aktive markedsføring der anvendes, ikke ansporer eller opmuntrer til deltagelse i spil i et sådant omfang, at Danmark efter Domstolens praksis er afskåret fra, at påberåbe sig de tvingende almene hensyn bag lovgivningen, som begrundelse for restriktionen.¹⁷

I 2006 afsendte Kommissionen en supplerende åbningsskrivelse, hvoraf det bl.a. fremgik, at Danmarks eneret udgjorde en indirekte diskrimination, som kun kunne begrundes i tvin-

¹⁴ http://kum.dk/graphics/kum/downloads/Publikationer/Kulturpenge_2008/Kulturpenge%202008.pdf, side 4-5

¹⁵ www.ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm

¹⁶ Notat til Folketingets Europaudvalg om traktatkrænkelssagen vedrørende den danske spillelovgivning. Fundet på http://www.eu-oplysningen.dk/dokumenter/ft/euu/arkiv/bilag/2003_2004/20041065/

¹⁷ Notat til Folketingets Europaudvalg om traktatkrænkelssagen vedrørende den danske spillelovgivning. Fundet på http://www.eu-oplysningen.dk/dokumenter/ft/euu/arkiv/bilag/2003_2004/20041065/

gende almene hensyn hvis proportionalitetsprincippet var overholdt.¹⁸ Kommissionen var ikke af den holdning, at det danske reklameforbud overholdte dette princip bl.a. under henvisning til manglende regler og retningslinjer for Danske Spils markedsadfærd, samt at der ikke var blevet fremlagt begrundelser for nødvendigheden af, at indføre restriktioner for grænseoverskridende sportsvæddemålstjenester med henvisning til forebyggelse af økonomisk kriminalitet og hvidvask af penge.¹⁹

Spillemyndigheden gjorde på ny opmærksom på, at det var deres opfattelse, at de relevante restriktioner var begrundet i tvingende almene hensyn, og at disse danske hensyn i enhver henseende svarede til anerkendt praksis. Kommissionen var af den opfattelse, at restriktionerne ikke var forenelige med gældende EU-lovgivningen. Kommissionen sendte derefter en begrundet udtalelse til Danmark, hvori Kommissionen bad regeringen om at ændre loven. Regeringen svarede, at denne ikke gav grund til ændringer.

2.3.1.4 Resultatet – en delvis liberalisering

I starten af 2010 blev der ved et bredt forlig, aftalt, at det skulle foretages en delvis liberalisering af det danske spillemarked. Som omtal bliver al spillelovgivning ved liberaliseringen inddelt i fire love; spilleloven, afgiftsloven, spilleudlodningslov samt en ejerskabslov.²⁰ Den omtalte hovedlov ovenover, tips- og lottoloven, vil dermed blive afløst af spilleloven og denne vil herefter kunne betegnes som hovedlov. Det fremgår af forslag til lov om spil (spilleloven), at liberaliseringen vil medføre, at spillerne får flere spillemuligheder af flere udbydere, og at der vil forekomme en stigende konkurrence, som vil skabe bedre produkter. Spillemarkedet afgrænses dog stadig således, at lotterier fortsat kun kan udbydes af et monopolselskab, klasselotterierne og de almenyttige foreninger, mens væddemål og internet kasinospil, kan udbydes i et kontrolleret frit konkurrencemarked, med kommercielle spiludbydere, med dansk tilladelse. Af forslaget fremgår det ligeledes, at formålet med afgiftsloven er, at regulere betalingen af afgiften af spil der udbydes, afholdes eller arrangeres i Danmark.

Spilleloven vil ved vedtagelse af den delvise liberalisering bl.a. se ud som følgende (ikke en udtømmende gennemgang). Forslagets kapitel tre indeholder tilladelse til de enkelte former for spil. Efter dennes § 5 fremgår det, at tilladelse til udbud af lotterier gives til ét selskab og at denne tilladelse er på ubestemt tid. Efter § 8 kan der, i indtil ti år eller på ubestemt tid, gives

¹⁸ www.ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm

¹⁹ http://www.eu-oplysningen.dk/upload/application/pdf/72d2bb6c/328_endelig.pdf

²⁰ Da lovene endnu ikke er blevet vedtaget, er de nævnt med deres populærbetegnelse.

tilladelse til udbud af klasselotteri. Efter § 10 kan der gives tilladelse til udbud af væddemål. Tilladelsen gives for en periode på fem år. Efter § 16 kan der gives tilladelse til at drive land-baseret kasino. Bevillingen gælder her i op til ti år. Forslagets § 22 giver tilladelse til udbud af kombinationsspil, roulette og gevinstgivende spilleautomater i et online kasino, mens § 23 giver tilladelse til opstilling og drift af gevinstgivende spilleautomater i spillehaller og i restauranter med alkoholbevilling. Fælles for dem alle, på nær de i § 5 omtalte er, at der kan indhentes tilladelse til at udbyde spil i den angivne spilleform. Det er således efter den nye regulering muligt for flere selskaber end Danske Spil, at udbyde de forskellige former for spil/væddemål. I kapitel 4 fremgår det bl.a., at tilladelse til spil kan gives til personer, selskaber, fonde, foreninger og lignende medmindre andet fremgår af den enkelte bestemmelse. Tilladelse kan gives til såvel personer her i landet, som personer i et andet EU- eller EØS land der opfylder de i § 33 opstillede betingelser. Forslagets kapitel 2 indeholder definitioner på de forskellige spilleformer. Kapitel 14 indeholder straffbestemmelserne og af dennes § 73 fremgår det, at med bøde eller fængsel indtil 6 måneder straffes den, der forsætligt eller groft uagtsomt, 1) udbyder eller arrangerer spil her i landet uden tilladelse efter denne lov eller, 2) formidler deltagelse af spil omfattet af nr. 1.

2.3.2 Det norske spillemonopol

Selvom Norge de seneste to gange, senest i 1994, har stemt nej til deltagelse i EU og dermed ikke er medlem, er de medtaget på baggrund af deres tætte samarbejde med EU i forbindelse med deres tiltrædelse af EØS-aftalen (Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde). EØS-aftalen er en aftale indgået mellem EU og EFTA, hvorved Norge, Island og Liechtenstein også bliver omfattet af EU's bestemmelser om det indre marked.

Det norske spillemarked minder på mange områder om det danske på nuværende tidspunkt. Det fremgår således af den norske straffelovs²¹ kapitel 29, at lotteri og pengespil er forbudt uden den fornødne tilladelse. I §§ 298 og 299 lyder det således; *"at den, som gjør sig en Næringsvei af Lykkespil, som ikke ved særskilt Lov er tilladt, eller af at forlede dertil, straffes med Fængsel indtil 1 Aar. Istedetfor Inddragning af det vundne Udbytte kan Retten bestemme sammes Tilbagebetaling"*. Det fremgår endvidere at; *"som Lykkespil ansees alle Spil om Penge eller Penges Værd, ved hvilke paa Grund af Spillets Art eller Indsatsernes*

²¹ <http://www.lovdata.no/all/hl-19020522-010.html#map033>

Høide det vindesyge Øiemed fremtræder som det fremherskende. Som Lykkespil ansees ogsaa Væddemaal og Terminspil (Differenshandel), ved hvilke det samme er Tilfældet”.

Som det også er tilfældet i Danmark, er der i Norge ved forskellig lovgivning givet tilladelse til at udbyde visse former for spil. De tre love på området er; lov om væddemål ved totalisator,²² lov om pengespil mv. (pengespilsloven),²³ samt lov om lotterier mv. (lotteriloven).²⁴ Lotteriloven er den generelle lovgivning, mens de to øvrige love giver visse virksomheder eneretten til at udbyde visse former for spil. Det fremgår af lotterilovens § 6, at det er forbudt, at afholde lotteri uden tilladelse. Det fremgår desuden af bestemmelsen, at bevillingen kun gives til landsdækkende, regionale eller lokale organisationer eller foreninger som varetager de humanitære eller samfundsnyttige formål nævnt i § 5. Det fremgår af § 4c, at vedkommende som skal arrangere lotteri på vegne af en organisation eller forening skal være autoriseret. Denne autorisation gives af lotteritilsynet, som har til opgave at føre kontrol med lotterilovens bestemmelser. Det er ifølge § 11 forbudt, at markedsføre andre lotterier end de med tilladelse efter § 6. Hvis lovens bestemmelser forsætligt eller uagtsomt overtrædes, kan vedkommende, jf. § 17 straffes med bøde eller op til et års fængsel. Pengespilsloven gælder, jf. § 1 for 1) pengespil i forbindelse med idrætskonkurrencer og andre konkurrencer som ikke er reguleret i andre love, 2) talspillet lotto, 3) lotterispil som afholdes ved brug af udbetalingsautomater og 4) andre spil som Kongen bestemmer loven skal gælde for. Det er, jf. § 2 ikke tilladt at afholde pengespil uden den fornødne tilladelse. Det fremgår af § 3, at denne tilladelse kun kan gives til ét statsligt aktieselskab hvor staten er eneaktionær. Denne eneret er tilkommet Norsk Tipping A/S. Det fremgår af § 1 i lov om væddemål ved totalisator, at Kongen ved hestevæddeløb kan give bevilling til, at anordne væddemål ved såkaldt totalisator. Bevillingen gives til organisationer og selskaber som er godkendt og som har til formål at støtte bl.a. hesteavl. Det er op til dette vedkommende departement²⁵, at fastsætte hvor stor en andel af indsatsen der skal gå til gevinster, mens statens andel fastsættes af Kongen. Bevillingen er givet til Norsk Rikstoto. Som det også er tilfældet med Danske Spil, udlodder Norsk Tipping og Norsk Rikstoto overskuddet til forskellige formål. Således modtager idrætten, kulturen og samfundsnyttige og humanitære organisationer henholdsvis 45,5 %, 36,5 % og 18 % af ”spillemidlerne”. Et beløb der samlet i 2009 lød på 3,425 mia. NKR.²⁶

²² Lov nr. 3 af 1. juli 1927 - <http://www.lovdato.no/all/nl-19270701-003.html>

²³ Lov nr. 103 af 28. august 1992 - <http://www.lovdato.no/all/nl-19920828-103.html>

²⁴ Lov nr. 11 af 24. februar 1995 - <http://www.lovdato.no/all/nl-19950224-011.html>

²⁵ Der antages, at der med vedkommende departement menes det bevilligede selskab

²⁶ Tallene fremkommer af Norsk Tippings årsrapport fra 2009

2.3.3 Det svenske spillemonopol

I lighed med den danske og norske spillelovgivning er den svenske spillelovgivning reguleret i flere forskellige love. I den svenske straffelov (Brottsbalk (1962:700))²⁷ fremgår det af kapitel 16; §§ 14 og 14a, at spil eller lignende virksomhed, som ulovligt finder sted, er forbudt og straffes med op til to år, i særlige grove tilfælde helt op til seks år. For at blive straffet forudsættes det dog, at spillet skal være lovstridigt, at virksomheden formidles for offentligheden og drives med formålet om økonomisk vinding, samt at der udbydes spil hvis udfald helt eller i væsentlig grad beror på tilfældigheder.

Foruden den svenske straffelov er spil reguleret i en del forskellige love. Lotteriloven (lotterilagen (1994:1000)) er hovedloven hvori der bl.a. findes de generelle bestemmelser angående definition af lotteri og spil, krav om tilladelse, straf mv. Lotteriförordningen (lotteriförordningen (1994:1451)) indeholder bl.a. bestemmelser om, hvad der skal vedlægges en ansøgning om tilladelse til at afholde lotteri. Udover de nævnte love findes der en kasinolov (1999:335), automatspilsförordning, myndighedsförordning, afgiftsförordning mv., jf. lotteriinspektionens hjemmeside.²⁸ Lotteriinspektionen har ansvaret med tilsyn og kontrol med det svenske spillemarked.

Det fremgår af fremtida spelregulering (SOU 2008:124),²⁹ som er en udredning angående spil i Sverige, at lotteriloven er en forbudslov, som bygger på princippet om, at alle lotterier kræver tilladelse og at denne udelukkende gives af det offentlige. Det fremgår endvidere, at lovens formål er at forebygge kriminalitet, forhindre sociale og økonomiske skadevirkninger, forbrugerbeskyttelse samt bestyre overskuddet.³⁰ Lotteriloven bygger på princippet om, at det kun er tre aktører der har lotteritilladelse, nemlig staten, hestesporten og folkebevægelsen. Staten ejer og distribuere spil gennem Svenska Spel, som har eneret til at udbyde spil på spilleautomater, i kasinoer, væddemål på sportsspil i mere end en kommune, og internetpoker. Svenska Spel arrangerer desuden lotterier, talspil samt spil over internettet. Hestesporten har gennem ATG eneret til udbydelse af væddemål på heste. Folkebevægelsen har eneret på bingospil og driver derudover sine egne lotterier. Med dette følger det, at det i princippet er udelukkende for andre at udbyde og afholde lotterier. Dog følger det af lotterilovens §§ 32-34, at

²⁷ <https://lagen.nu/1962:700#K1P1>

²⁸ <http://www.lotteriinsp.se/sv/Regelverk/LagarForordningar/>

²⁹ <http://www.regeringen.se/content/1/c6/11/75/94/234f8087.pdf>

³⁰ SOU 2008:124 s. 90

visse lotterier kan tillades. Dette er lotterier af en ofte beskeden størrelse samt et begrænset overskud der afholdes på kasinoer opstillet på restauranter.

Svensk spilregulering adskiller sig fra de andre nordiske lande ved overordnet at kalde samtlige spil for lotteri. Dette fremgår af lotterilovens § 3, der definerer lotteri som en virksomhed, hvor en eller flere deltagere, med eller uden indsats, kan få en gevinst af større værdi end indsatsen og hvad de øvrige deltagere kan få. Loven nævner endvidere, at lodtrækning, gætværk, væddemål, markeds- og tivolidførelser, bingo, spilleautomater, roulettespil, terningspil, kædebrevsspil og lignende spil er, at anse for lotterier. Til vurderingen af hvorvidt en virksomhed udbyder lotterier tages der hensyn til virksomhedens almindelige karakter, samt hvorvidt udfaldet baserer sig på en større eller mindre grad af tilfældighed.

Det fremgår af lotterilovens § 9, at lotterier, med mindre andet fremgår af loven, kun må afholdes/udbydes hvis man besidder en tilladelse. Af §§ 38 og 54 fremgår det, at udstedelse, opmuntring til deltagelse og afholdelse af lotterier uden tilladelse er forbudt. Dette kan i værste fald medføre fængselsstraf på seks måneder. Ved mindre forseelser idømmes dog ikke ansvar, mens der i særlig grove tilfælde kan idømmes fængsel i op til to år.

Kommissionen sendte den 4. april 2006 første gang en officiel anmodning, en åbningsskrivelse, om oplysninger om national lovgivning, der begrænser udbud af sportsspil til syv medlemsstater, heriblandt Sverige.³¹ Kommissionen ønskede at klarlægge, om foranstaltningerne i de pågældende lande var forenelige med art. 56 TEUF [49 EF]. Sverige havde derefter en frist på to måneder til at svare åbningsskrivelsen. Den 27. juni 2007 bad Kommissionen, i en begrundet udtalelse, officielt Sverige om at ændre deres spillelov efter at have vurderet deres svar på åbningsskrivelsen. Hvis Sverige stadig ikke var af den opfattelse at lovgivningen skulle ændres, kunne Kommissionen hermed indbringe sagen for Domstolen.³² Den 31. januar 2008 sendte Kommissionen en ny åbningsskrivelse til Sverige hvorved Kommissionen ønskede at kontrollere, om alle nationale foranstaltninger vedrørende pokerspil var konsekvente og derfor forenelige med art. 56 TEUF [49 EF].

2.3.4 Det tyske spillemonopol

Det tyske spillemarked er, i og med Tysklands opdeling i de 16 delstater/forbundslande ret kompleks. Dog har de 16 delstater/forbundslande ratificeret Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (lykkespilstraktaten) hvorved spillemarkedet er blevet mere overskue-

³¹ http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm

³² http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm

ligt. Udover lykkespilstraktaten er tysk spilregulering reguleret i den tyske straffelovs §§ 284-287 (Strafgesetzbuch), i en spillebekendtgørelse (Spielverordnung) samt en erhvervsforordning (Gewerbeordnung).³³

Af den tyske straffelovs § 284, stk. 1 fremgår det, at den person eller indehaveren af en institution der offentligt og uden offentlig tilladelse afholder enhver form for lykkespil, kan straffes med bøde eller op til to års fængsel. Af stk. 2 fremgår det, at udtrykket offentlig også dækker lykkespil arrangeret i foreninger eller lukkede selskaber/samfund. I stk. 4 fremgår det endvidere, at enhver person der reklamerer for spil omtalt i stk. 1 og 2 kan ifalde bøde eller fængselsstraf på op til et år. Efter § 285 er det ikke kun personer der afholder, men også personer der deltager i spil omtalt i § 284, stk. 1 der kan ifalde bøde eller fængselsstraf i op til seks måneder. Straffeloven er et forbundsanliggende, men kompetencen indenfor spillelovgivningen er delt mellem forbundsmyndighederne og myndighederne i delstaterne/forbundslandene. Det fremgår af spillebekendtgørelsens § 13, stk. 1, nr. 3 og 4, at forbundsmyndighederne er ansvarlige for små spil hvor den maksimale gevinstmulighed er under 500 euro i timen og den maksimale tabsmulighed er under 80 euro i timen. De store spil hvor gevinst- og tabsmulighederne ligger over det nævnte beløb hører under forbundslandenes lovgivningskompetence.³⁴ Delstaterne/forbundslandene har tidligere nægtet private at udbyde de store spil, men givet adgang til de små spil. Delstaternes/forbundslandenes monopol på de store spil omfatter poker, lotto, væddemål og sportsvæddemål. Disse spil udgør 78,5 % af markedet for lykkespil.³⁵

Lykkespilstraktaten er som beskrevet ovenover en traktat som de 16 delstater/forbundslande har tiltrådt. Det fremgår af § 1 i traktaten, at traktatens formål bl.a. er at forhindre fremkomsten af afhængighed, beskytte spillerne og de unge, sikre at spil gennemføres korrekt og sikre at spil ikke er et resultat i kriminalitet og svingaktive forhold samt forhindre fremkomsten af uautoriseret hasardspil. Lykkespilstraktatens bestemmelser minder en del om straffelovens bestemmelser. § 3 definerer således lykkespil som spil, hvor gevinst- eller tabsmulighederne udelukkende eller hovedsagelig er overladt til tilfældigheder. Som det også fremgik af straffeloven, anses offentlige spil også som lykkespil arrangeret i foreninger eller lukkede selskaber/samfund. Det er § 4 der er den generelle bestemmelse der forbyder alt uautoriseret spil. Af § 5 fremgår det, at al fremme, annoncering og reklamering af ikke autori-

³³ Betænkning nr. 1499 – om offentligt hasardspil i turneringsform s. 42

³⁴ Betænkning nr. 1499 – om offentligt hasardspil i turneringsform s. 43

³⁵ Betænkning nr. 1499 – om offentligt hasardspil i turneringsform s. 44

seret spil er ulovligt. Det kan desuden nægtes tilladelse, hvis der udbydes spil der strider mod formålene nævnt i § 1. Det fremgår af § 6, at alle arrangører af spil er forpligtet til at arbejde mod bekæmpelse af ludomani.

Som det også var tilfældet med Sverige og Danmark, har Kommissionen af flere omgange sendt åbningsskrivelser angående den tyske spilleregulerings forenelighed med EU-retten.

2.3.5 Det hollandske spillemonopol³⁶

I Holland er spillemarkedet reguleret således, at det medmindre der er udstedt anden tilladelse hertil, er forbudt at give mulighed for at konkurrere om gevinster eller præmier, hvor vinderen findes ved en sådan tilfældighed, som deltagerne i almindelighed ikke kan udøve overvejende indflydelse på. Spil som ikke er tilgængelige for offentligheden eller ikke udføres erhvervsmæssigt er dog undtaget. De ulovlige spil er således kun spil der udføres i erhvervsmæssigt øjemed. Det er således tilladt, for en lukket gruppe, at spille poker på fx et værtshus, mens det ikke for selve værtshuset er tilladt at arrangere spillet. Bestemmelserne findes i lov om chancespil, hvoraf det desuden fremgår, at der kan gives tilladelse til spil der tjener almene interesser. Tilladelse skal ved spil, hvor den samlede præmiesum ikke overstiger 4500 euro, indhentes hos de kommunale myndigheder. For spil med en præmiesum herover, skal tilladelsen indhentes hos justitsministeren. Det fremgår desuden, at det statsejede Holland Casino har eneret på at udbyde kasinospil.

Kommissionen har også til Holland sendt en formel og fornyet åbningsskrivelse, samt afgivet en begrundet udtalelse i sagen.

2.3.6 Det italienske og portugisiske spillemonopoler

Der har i praksis flere gange være sager om de italienske og portugisiske spillemonopoler. Sagerne er således et godt sted at identificere deres respektive spillelovgivning. Det findes dog unødvendigt direkte at gengive dommene hvorefter den italienske og portugisiske spillelovgivning kun er beskrevet i afsnit 4.4.1, 4.3.1 og 4.5.1. Afsnit 4.4.1 beskriver den italienske spillelovgivning gennem sagerne C-243/01, Gambelli og C-338/04, Placanica, mens sagerne C-6/01, Anomar og C-42/07, Liga Portuguesa i henholdsvis afsnit 4.3.1 og 4.5.1 beskriver den portugisiske lovgivning. Det skal desuden bemærkes, at den italienske spillelovgivning er blevet liberaliseret hvorefter den beskrevne lovgivning højst sandsynlig ikke er retvisende.

³⁶ Til udarbejdelse af afsnittet er anvendt betænkning nr. 1499 – om offentligt hasardspil i turneringsform.

Lovgivningen er dog stadig relevant at medtage, da den er et godt eksempel på en national eneret og Domstolens praksis på området dermed giver nyttig viden til undersøgelsen af, hvorvidt et nationalt spillemonopol kan være foreneligt med fællesskabsretten.

2.4 Sammenfatning

Det fremgår af afsnittet, at der ikke foreligger europæisk konsensus for, hvorledes spillemarkedet skal og er reguleret. De nationale spillelovgivninger er således meget forskellige. Dog er den generelle tendens, at der foreligger en lovbestemt eneret til at udbyde visse former for spil. Medlemsstaterne anvender forskellige termer når de skal defineres deres spil, og det er derfor svært at definere en generel tendens for de forskellige spil. Det fremgår dog af afsnittene, at de fleste af de undersøgte medlemsstaters spillelovgivning indeholder en form for forbud mod udbydelse af visse former for spil. De danske, norske og svenske spillelovgivninger har således givet tilladelsen til udbydelse af visse former for spil til offentlige selskaber. Tysk lovgivning forbyder enhver form for spil, mens det statsejede Holland Casino besidder en eneret på at udbyde kasinospil. Samtlige af de undersøgte medlemsstater har givet tilladelsen til at udbyde lotterier til et nationalt selskab og forbyder hermed andre adgang til markedet.

Endvidere ser spillelovgivningen ud til at gå i to retninger. På den ene side er der medlemsstaterne der har igangsat en delvis liberalisering af spillemarkedet, hvor der åbnes for, at kommercielle spiludbydere får tilladelse til at udbyde visse former for spil, mens andre medlemsstater går i den anden retning ved helt at lave en bankblokering af udenlandske spilleudbydere.

Hovedformålet med afsnittet var, at undersøge de forskellige medlemslande spillelovgivning, for på den måde at identificere hvorvidt de nationale spillelove indeholdte en eneret til udbydelse af spil til et eller flere selskaber. Da afsnittet bekræfter denne antagelse, skal der undersøges hvorvidt disse enerettigheder – nationale monopoler – er forenelige med fællesskabsretten.

3. EU-retlig regulering

3.1 Det første spadestik - C-275/92, Schindler

Det var i C-275/92, Schindler Domstolen og dermed EU-retten første gang stiftede bekendtskab med nationale spillemonopoler. I sagen var de to brødre med efternavnet Schindler blevet forbudt at sende breve fra Holland til England, idet brevene var i strid med den nationale lovgivning, da brevene indeholdte en opfordring til at deltage i det sydtyske klasselotteri. Ifølge engelsk lovgivning var dette forbudt. Domstolen skulle dermed for første gang tage stilling til hvorvidt en national spillelovgivning var forenelig med EU-retten. C-275/92, Schindler har siden påvirket de efterfølgende sager på området og dermed skabt præcedens for en lang række domme. Siden har der været en del afgørelser indenfor området. C-275/92, Schindler er nærmere gennemgået i afsnit 4.1. EU-retten blev dermed introduceret for spillemarkedet og det er derfor relevant at undersøge hvilke områder spillemarkedet henhører i EU.

3.2 Hvorfor et EU-retligt problem – suverænitetsafgivelse og legalitet

EU har siden starten af 1950'erne haft en større og større indvirkning på dansk og de andre medlemsstaters politik. Ikke mindst på det juridiske område er EU blevet mere og mere toneangivende, og med C-275/92, Schindler blev EU også introduceret for spilleområdet.

Danmark har ved det supranationale samarbejde afgivet sin suverænitet til EU i henhold til grundlovens § 20. Suverænitetsafgivelsen, jf. § 20 medfører, at en organisation som EU kan træffe beslutninger som medlemslandene/Danmark skal følge og overholde. For at suverænitetsafgivelsen får virkning, skal der vedtages en lov hvori det beskrives hvilken magt der afgives. For Danmarks tilfælde er dette sket ved tiltrædelsesloven,³⁷ hvor dennes § 2 overlader de beføjelser, som efter grundloven tilkommer de danske myndigheder til EU. § 3 sætter traktaternes regler og tidligere vedtaget retsakter, inden Danmarks tiltrædelse, i kraft, i det omfang de er umiddelbart anvendelige. § 4 nævnes de traktater, konventioner og afgørelser der tiltrædes. Traktaterne er dermed gjort gældende i dansk ret og skal, som nævnt i § 3, sættes i kraft i det omfang de er umiddelbart anvendelige. Det skal erindres, at en suverænitetsafgivelse ikke er gældende for evig. Hvis et flertal i folketinget ønsker det, kan de opsige en traktat og dermed i princippet melde Danmark ud af EU.

³⁷ Lov nr. 447 af 11. oktober 1972 - om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber

EU kan dog kun handle indenfor rammerne af de beføjelser og mål der er tillagt ved traktaten, jf. art. 5, stk. 1 TEU [5 EF]. Denne bestemmelse betegnes som legalitetsprincippet. Selve lovgivningskompetencen i EU er fordelt mellem tre institutioner; Kommissionen, Europa-Parlamentet samt Rådet. Kommissionen fremsætter lovforslag, hvorefter Europa-Parlamentet og Rådet enten kan ændre, vedtage eller forkaste lovforslaget. Det følger af art. 13, stk. 1 TEU [7, stk. 1 EF] at hver institution kun handler indenfor rammerne af de beføjelser som er tillagt ved traktaten. Institutionerne kan dermed kun udstede retsakter med hjemmel i traktaten. Retsakterne institutionerne vedtager, skal, jf. art. 296 TEUF [253 EF] begrundes og henvise til de forslag og udtalelser, som skal indhentes i henhold til traktaten. Der skal altså være hjemmel i traktaten for hver retsakt der udstedes. Vælges den forkerte hjemmel, kan konsekvensen blive ugyldighed. En retsakt skal derfor altid angive sin hjemmel, ikke blot henvise til traktaten.³⁸

Der forefindes tre generelle hjemmelsbestemmelser. Art. 115 TEUF [94 EF] giver Rådet hjemmel til, at vedtage direktiver omhandlende indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der direkte indvirker på det fælles markeds oprettelse eller funktion. Art. 114 TEUF [95 EF] er en undtagelsesbestemmelse i forhold til art. 115 TEUF [94 EF] og tillader vedtagelse af foranstaltninger med henblik på virkeliggørelse af målsætningerne i art. 26 TEUF [14 EF] – oprettelsen af det indre marked.³⁹ Art. 116 TEUF [96 EF] tillader udstedelse af direktiver hvor bestående forskelle i medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser, forvansker konkurrencevilkårene og fremkalder en forurening som bør fjernes. Bestemmelsen påberåbes ofte som subsidær hjemmel ift. art. 115 og 114 TEUF [94 og 95 EF].⁴⁰ Udover de tre generelle hjemmelsbestemmelser findes der en række specielle hjemmelsbestemmelser der imødeser harmonisering på specifikke områder. Bestemmelserne er ikke nævnt i denne omhandling. Opstår der behov for at vedtage retsakter udenfor de førnævnte hjemmelsbestemmelser, indeholder art. 352 TEUF [308 EF] hjemmel til at vedtage forskrifter, såfremt det er påkrævet for at virkeliggøre et af Fællesskabets mål, og traktaten ikke indeholder den fornødne hjemmel. Også denne bestemmelse er subsidær til de andre hjemmelsbestemmelser.⁴¹

³⁸ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave* side 100, med henvisning til sag C-45/96, Kommissionen mod Rådet.

³⁹ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 96

⁴⁰ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 98

⁴¹ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 99

Valget af korrekt hjemmelsbestemmelse foretages ud fra objektive forhold som Domstolen kan efterprøve. Der bliver lagt vægt på retsaktens hovedformål. Den specielle hjemmelsbestemmelse går forud for den generelle og Domstolen har fastslået at art. 114 TEUF [95 EF] er en specialbestemmelse i forhold til art. 115 TEUF [94 EF].⁴² Der kan anføres flere hjemmelsbestemmelser i de tilfælde, hvor en retsakt har til formål, at opfylde flere politikker, og vedtagelsesproceduren er ens.

3.2.1 Pligt til at gennemføre implementeringsforholdsregler og direkte virkning

Som nævnt forudsætter virkning af bestemmelserne, at de er umiddelbare anvendelige. Hvorvidt en bestemmelse er umiddelbar anvendelig eller ej, er et centralt begreb i EU-retten. Begrebet er benyttet som enten en samlebetegnelse vedrørende; 1) *fællesskabsretlige reglers inkorporering*, 2) *hvorvidt reglerne skaber rettigheder og pligter*, 3) *hvorvidt en regel er egnet til anvendelse som en retsregel under en sag for en national domstol*, samt 4) *reglernes gennemslagskraft i de nationale retssystemer*,⁴³ eller som begrebet anvendes her, som en betegnelse for i hvilket omfang medlemsstaterne har pligt til at gennemføre implementeringsforholdsregler. Begrebet kan blive forvekslet med at andet centralt begreb i EU-retten, begrebet om direkte virkning. Forvekslingsmulighederne er da også til at få øje på, da ordene umiddelbar og direkte ligger meget tæt på hinanden rent sprogligt. Der opstår også uenighed blandt de forskellige medlemsstaters fortolkning af art. 288 TEUF [249 EF] omhandlende hvorvidt forordninger er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart/eller direkte i hver enkelt medlemsstat. Den danske og tyske fortolkning bruger ordet umiddelbar anvendelighed, mens den engelske og franske version bruger ordet direkte virkning.⁴⁴ Også i faglitteraturen er der uenighed om hvorvidt begreberne skal anvendes. Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen⁴⁵ anvender begreberne samlet som et, hvorimod Morten Wegner⁴⁶ opdeler begreberne. Ruth Nielsen⁴⁷ fravælger at sondre mellem begreberne. I indeværende fremstilling anvendes Morten Wegners metode. Den valgte metode medfører, at der kan forekomme situationer hvor traktatbestemmelser er umiddelbart anvendelige, men ikke har direkte virkning, idet de ikke tilsigter at udtrykke rettigheder for borgere, som kan håndhæves ved de nationale dom-

⁴² Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 101

⁴³ Wegener, Morten, *Juridisk metode*, side 227

⁴⁴ Nielsen, Ruth, *EU Ret*, side 148

⁴⁵ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 135

⁴⁶ Wegener, Morten, *Juridisk metode*, side 227

⁴⁷ Nielsen, Ruth, *EU Ret*, side 148

stole. Store dele af traktatens bestemmelser omhandlende henholdsvis fællesskabets institutter samt almindelige og afsluttende bestemmelser er af sådanne karakter.⁴⁸

Den direkte virkning har betydning for, hvorvidt en retsakt kan påberåbes af eller overfor individerne, direkte for en national domstol og herved aflede rettigheder af bestemmelsen. Der sondres mellem direkte vertikal og direkte horisontal virkning. Den horisontale virkning omhandler hvorvidt retsakten forpligter private. Hvis en retsakt således har direkte horisontal virkning, er borgeren både pligts og rettighedssubjekt og regulerer således f.eks. forholdet mellem en sælger og en køber. Hvis en retsakt omvendt har direkte vertikal virkning, er medlemsstaten pligtsubjekt, mens borgeren er rettighedssubjekt. Borgeren har således mulighed for, at påberåbe sig retsakten overfor medlemsstaten. I nogle tilfælde anvendes terminologien indirekte horisontal virkning også kaldet afledt horisontal effekt eller horisontal effekt i triangulære situationer. Her er der tale om sager, der udover at involvere forholdet mellem en privat og en medlemsstat også har en afledt effekt overfor en tredje privat part. Hvorvidt en retsakt er umiddelbar anvendelig og har direkte virkning behandles i sammenhæng med gennemgangen af de enkelte retskilder i det følgende afsnit.

3.2.2 Kilder og fortolkningsprincipper

Den selvstændige natur i EU medfører, at den har sine egne retskilder og fortolkningsprincipper. Til udvikling af disse har specielt Domstolen spillet en væsentlig rolle. For at disse retskilder og fortolkningsprincipper kan bruges og konformfortolkes i samtlige medlemslande kræves det, at EU-retten løsrives og undergives en selvstændig fortolkning, som ikke behøver stemme overens med lignende nationale principper og retskilder. Følgende afsnit har til formål, at beskrive de forskellige retskilder, samt undersøge hvorledes de er umiddelbare anvendelige, samt har direkte virkning, som anført ovenover. Herefter følger en beskrivelse af de forskellige fortolkningsprincipper. Retskilderne bliver ofte opdelt i de skrevne og uskrevne retskilder. De skrevne retskilder består af selve traktaten, samt de retskilder der kan afledes af traktaten, de sekundære eller afledte retskilder. De uskrevne retskilder består af retssædvaner, retspraksis samt almene retsgrundsætninger.

⁴⁸ Wegener, Morten, *Juridisk metode*, side 231

3.2.2.1 Skrevne retskilder

Traktaten

Som nævnt er traktaterne EU's primære skrevne retskilde. Traktaterne danner selve grundlaget for EU, og det er her EU's målsætninger, kompetence mv. er beskrevet. Som beskrevet ovenover om legalitetsprincippet er det traktaterne der danner grundlag for al anden/afledt EU-ret. Således kan ingen anden retskilde stiftes uden den fornødne hjemmel i traktaterne. Traktaten der beskrives og er relevant for denne afhandling er Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde - TEUF.

Hvorvidt traktaten er umiddelbar anvendelig eller ej er også allerede berørt i afsnittet om legalitetsprincippet ovenover, hvoraf det fremgik, at traktaten blev gjort umiddelbar anvendelig ved tiltrædelsesloven.

Som det fremgik ovenover har den direkte virkning betydning for hvorvidt en retsakt kan påberåbes af eller overfor individerne, direkte for en national domstol og herved aflede rettigheder af bestemmelsen. For traktatens vedkommende er dommen C-26/62 Van Gend en Loos en milepæl, når man skal identificere traktatens direkte vertikale virkning. Altså i tilfælde hvor medlemsstaten er pligtsubjekt, mens borgeren er rettighedssubjektet. Virksomheden Van Gend en Loos importerede urinstofformaldehyd fra Tyskland til Holland. Ved en ændring i toldtarifferne blev virksomheden pålagt en told på 8 % hvilket var 5 procentpoint højere end de tidligere 3 %. Virksomheden mente, at denne forhøjelse var i strid med art. 18 TEUF [12 EF] hvorefter det bl.a. fremgik, at medlemsstaterne afstod fra at forhøje de afgifter og toldsatser som de anvendte i den indbyrdes samhandel. Der blev derfor anlagt sag ved den Hollandske domstol med påstand om nedsættelse af tolden. Den hollandske domstol forelagde sagen som et præjudicielt spørgsmål, hvor den søgte afklaring på, hvorvidt art. 18 TEUF [12 EF] kun indebar rettigheder og forpligtelser for medlemsstaterne eller om disse også var gældende og dermed medførte rettigheder for borgerne og derfor kunne påberåbes overfor de nationale domstole.

Det fremgik af Domstolens konklusion, at art. 18 TEUF [12 EF] skulle fortolkes således, at den havde umiddelbar virkning og medførte individuelle rettigheder, som de nationale domstole skulle beskytte. I afgørelsen gjorde Domstolen bl.a. gældende, at traktaten udgjorde mere end blot en aftale, som skaber genside forpligtelser mellem de kontraherende stater. Dom-

stolen gjorde desuden gældende, at selvom det var Kommissionen og medlemsstaterne der havde kompetence til at påtale overtrædelse af traktaten, ikke udelukkede private fra at gøre disse forpligtelser gældende ved en national domstol, da agtpågivenheden hos de private, som var interesserede i at beskytte deres rettigheder, ville medføre en supplerende kontrol hertil. Domstolen stillede desuden følgende betingelser som skulle være opfyldt for at bestemmelsen havde direkte vertikal virkning. 1) Traktatbestemmelsen skulle være så klar og præcis, at den var egnet til anvendelse ved en national domstol. 2) Traktatbestemmelsen skulle skabe en ubetinget forpligtelse. 3) Forpligtelsens gennemførsel skulle være uafhængig af nationale gennemførelsesforanstaltninger fra medlemsstaternes eller institutionernes side. Disse kriterier skal dog ikke tolkes som fuldstændige, men ses med en vis mulighed for fravigelse. Hvis Domstolens vurdering faldt positivt ud havde bestemmelsen direkte vertikal virkning og kunne derfor påberåbes overfor den nationale domstol. Der har i praksis været mange afgørelser om hvorvidt en traktatbestemmelse har direkte vertikal virkning eller ej, men her er blot den første afgørelse nævnt.

Hvorvidt en traktatbestemmelse har direkte horisontal virkning og dermed forpligter private, afhænger i stor grad af, hvorvidt traktatbestemmelsen er klart rettet mod private eller rettet mod medlemsstaterne. I tilfælde hvor traktatbestemmelserne er klart rettet mod private, som det er tilfældet i art. 101 og 102 TEUF [81 og 82 EF], hvorefter det bl.a. fremkommer at; *alle aftaler foretaget mellem virksomheder... en eller flere virksomheders misbrug*, har selvsagt direkte horisontal virkning. Anderledes forholder det sig, når traktatbestemmelserne ikke er direkte rettet mod private, men i stedet rettet mod medlemsstaterne. Domstolen har dog også her, jf. bl.a. C-43/75 Defrenne II tilkendt traktatbestemmelser direkte rettet mod medlemsstaterne en direkte horisontal virkning. Sagen omhandler en belgisk stewardesse, der fik en lavere løn end hendes mandlige kollegaer for samme udførte arbejde. Stewardessen anlagde sag ved de belgiske domstole med den påstand, at forskelsbehandlingen var i strid med art. 157 TEUF [141 EF] omhandlende ligeløn for samme arbejde. Sagen blev forelagt som et præjudicielt spørgsmål, omhandlende hvorvidt art. 157 TEUF [141 EF] giver en arbejdstager ret til at anlægge en sag ved de nationale domstole for at få dette princip overholdt.⁴⁹ Domstolen udtalte i præmis 39, at da art. 157 TEUF [141 EF] var ufravigelig, gjaldt forbuddet ikke blot for de offentlige myndigheder, men tillige for alle overenskomster, som kollektivt regulerede arbejdslønnen, og for aftaler mellem private. Domstolen besvarede dermed spørgsmålet med, at

⁴⁹ C-43/75, Defrenne II, præmis 4

princippet i art. 157 TEUF [141 EF] kunne påberåbes ved de nationale domstole og at disse domstole havde pligt til at sikre beskyttelsen af de rettigheder, som denne bestemmelse tillagde borgerne.⁵⁰ Man kan ikke sige at alle traktatens bestemmelser har direkte horisontal virkning. Afgørelsen heraf må bero på en fortolkning af den enkelte traktatbestemmelse foretaget af Domstolen.

Forordninger

Forordninger er en anden type retsakt der kan udstedes af EU. Forordninger hører under kategorien sekundære/afledt retskilde da den er afledt af art. 288 TEUF [249 EF]. Det følger af art. 288 TEUF [249 EF], at en forordning er almengyldig, at den er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i alle medlemsstater. At den er almengyldig betyder, at den er en generel og abstrakt formuleret retsforordning, som retter sig til en ubestemt kreds af personer.⁵¹ Den kan altså indeholde pligter for både medlemsstaterne og private. Det fremkommer af selve bestemmelsen, at forordninger har umiddelbar virkning og medlemsstaterne skal derfor ikke gennemføre implementeringsforholdsregler før den træder i kraft. Forordningen gælder fra det tidspunkt den efter eget indhold træder i kraft.

Direktiver

Direktiver er ligeledes afledt af art. 288 TEUF [249 EF] hvoraf det fremgår, at direktiver med hensyn til det tilsigtede mål er bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder, at bestemme form og midler for gennemførelsen. Formålet med direktiverne er, at skabe en harmonisering af lovgivningen i medlemsstaterne. Direktiver kan fremstå som enten et minimums- eller maksimumsdirektiv. Minimumsdirektivet udtrykker en nederst standart, som medlemslandene skal inkorporere i den nationale lovgivning. Der er således intet til hinder for, at medlemslandene sætter strengere eller videregående krav end det tvungne. Ved et maksimumsdirektiv er nationale afvigelser derimod udelukket. Det vil således være maksimumsdirektiver der anvendes, når der søges fuld harmonisering på et område. Der er desuden en tredje form, hvor der kombineres mellem de to former. Således vil enkelte bestemmelser i direktivet have minimumsbestemmelser, mens andre bestemmelser ikke må afviges.

⁵⁰ C-43/75, Defrenne II, præmis 40

⁵¹ Wegener, Morten, *Juridisk metode*, side 208

Det fremgår af art. 288 TEUF [249 EF], at et direktiv ikke er umiddelbart anvendeligt, hvorved der som nævnt ovenover skal ske nationale implementeringsforholdsregler før den træder i kræft. Implementeringsformen overlades til de nationale myndigheder, men vil oftest være i form af ny lovgivning. Andre accepterede metoder er bl.a. korresponderende bestemmelser i kollektive overenskomster, samt en fast og entydig national retspraksis, som sikrer direktivets efterlevelse.⁵²

Hvorvidt direktiver har direkte virkning eller ej, kan være en kompleks problemstilling. Når et direktiv er korrekt implementeret i national lovgivning, kan man støtte ret på direktivet ved at påberåbe sig den nationale implementeringslovgivning. Anderledes forholder det sig, når direktivet enten er forkert eller ikke rettidigt implementeret. For at bevare EU's gennemslagskraft og effektivitet har Domstolen i bl.a. C-148/78 Ratti fastslået, at selvom et direktiv ikke er rettidigt implementeret, indebærer dette ikke, at medlemsstaten slipper for forpligtelser indeholdt i et direktiv.⁵³ Det er således også i de private interesse, at de kan påberåbe sig direktivet direkte overfor en medlemsstats nationale domstole. Modsat vil medlemsstaterne kunne lukrere på deres egen passivitet, og dermed "tjene" på deres mangelfulde eller passive implementering.

Hvorvidt et direktiv kan have direkte vertikal virkning blev undersøgt i C-8/81 Becker, hvor en selvstændig erhvervsdrivende ansøgte om momsfrigtagelse med henvisning til et direktiv hvis implementeringsfrist var udløbet og dermed ikke rettidigt implementeret i tysk lovgivning. Dette blev ikke anerkendt af Finanzamt hvorefter personen anlagde sagen for Finanzgericht. Finanzgericht anlagde sagen for Domstolen og stillede følgende præjudicielt spørgsmål: *Har direktivbestemmelsen været umiddelbart gældende ret i forbundsrepublikken Tyskland fra den 1. januar 1979.*⁵⁴ Domstolen besvarede med følgende i præmis 18; *medlemsstaterne som et direktiv rettes til, er forpligtede med hensyn til målet, som skal nås, ved udløb af den frist der er fastsat i direktivet.*⁵⁵ *Et direktiv får når det er korrekt gennemført virkning overfor private gennem medlemsstaternes gennemførelsesforanstaltninger.*⁵⁶ Dette er som også tidligere anført klart, men som tidligere nævnt, foreligger hele problemstillingen hvorvidt private også kan påberåbe sig direktivet overfor medlemsstaten når direktivet enten er forkert eller

⁵² Wegener, Morten, *Juridisk metode*, side 210

⁵³ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 143

⁵⁴ Min egen forkortelse af C-8/81, Becker, præmis 9

⁵⁵ C-8/81, Becker, præmis 18

⁵⁶ C-8/81, Becker, præmis 19

ikke rettidig implementeret. Dette tager Domstolen stilling til i de følgende præmisser som lyder: *når bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede, og tilstrækkelige præcise, kan der i mangel af rettidig gennemførelsesforanstaltninger støttes ret herpå overfor enhver national regel, der ikke er i overensstemmelse med direktivet, ligesom private overfor staten kan påberåbe sig bestemmelser, der efter deres indhold tillægger private rettigheder i forhold til staten.*⁵⁷ Det fremgår altså således, at et direktiv kan have direkte vertikal virkning i tilfælde af medlemsstatens manglende implementering, hvis direktivets bestemmelser fremgår som ubetingede og tilstrækkelige præcise. Det samme gør sig gældende for direktiver som er korrekt gennemført, men hvor gennemførelsen har været forkert.⁵⁸

Et direktiv kan, jf. C-152/84, Marshall, præmis 48, ikke pålægge private forpligtelser, og direktivet kan derfor ikke påberåbes overfor private, hvilket medfører manglende direkte horisontal virkning. Dette princip er videreført og bekræftes i C-91/92, Faccini Dori hvoraf det fremgår at; *det er i Domstolens faste praksis siden sag 152/84, Marshall, præmis 48, blevet fastholdt, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer.*⁵⁹ Det følger desuden af art. 288 TEUF [249 EF], at direktiver kun er bindende for medlemsstaterne hvilket indirekte medfører, at direktiver ikke kan indebære forpligtelser for private. Hvis direktiver gøres direkte horisontale, vil dette medføre en stor sammenligning med forordninger, som kan indeholde pligter for både medlemsstaterne og private.

Domstolen har i visse tilfælde arbejdet med direktivers indirekte horisontale effekt. Det er tilfældet i sager der udover, at involvere forholdet mellem en privat og en medlemsstat også har en afledt effekt overfor en tredje privat part. Et eksempel på dette forekom i C-443/98 Unilever Italia. Selskabet Unilever Italia havde leveret olivenolie til selskabet Central Food. Central Food nægtede at betale for leveringen med den begrundelse, at etiketteringen ikke var i overensstemmelse med Italiensk lov. Unilever Italia gjorde gældende, at den Italienske lovgivning ikke var i overensstemmelse med et direktiv og at Central Food derfor skulle betale. Der blev konstateret, at den nationale lovgivning var i strid med direktivet og derfor ikke kunne anvendes. Dommen er speciel, da spørgsmålet egentligt gik ud på hvorvidt forbuddet mod direktivers direkte horisontale virkning, betød at direktivet ikke kunne have konsekven-

⁵⁷ C-8/81, Becker, præmis 25

⁵⁸ Wegener, Morten, *Juridisk metode*, side 232

⁵⁹ C-91/92, Faccini Dori, præmis 20

ser i en sag mellem private. Domstolen fastslog, at selvom direktivet havde den konsekvens, at den nationale lov ikke måtte anvendes mellem private, var dette ikke ensbetydende med en direkte horisontal effekt, jf. præmis 51.⁶⁰

Beslutninger, henstillinger og udtalelser

Det følger af art. 288 TEUF [249 EF], at beslutninger er bindende i alle enkeltheder for dem, den angiver at være rettet til. Det følger heraf, at en beslutning altid har en bestemt adressat. Man kan i forhold til national ret, sammenligne beslutninger med en forvaltningsafgørelse. Beslutninger der er adresseret til medlemsstater har/får direktivlignende karakter. Spørgsmålet om hvorvidt en beslutning har direkte virkning, skal derfor ses i lyset af, hvem beslutningen er rettet til. Hvis beslutningen er rettet til en medlemsstat, kan den få direkte virkning under samme betingelser, som gælder for direktiver, jf. C-825/70, Grad.⁶¹ Beslutninger rettet til enkeltpersoner fastslår hvad der er bindende fællesskabsret for denne og får derfor direkte virkning.

EU's institutioner udsteder oftest henstillinger og udtalelser, når de ikke har hjemmel eller ikke finder det nødvendigt at fastsætte mere bindende regler. Det følger således af art. 288 TEUF [249 EF], at henstillinger og udtalelser ikke er bindende. De kan dermed ikke skabe nogen rettigheder som private kan påberåbe sig. De nationale myndigheder skal dog tage hensyn til disse under fortolkning af andre bestemmelser. Forskellen mellem en henstilling og en udtalelse er, at henstillingerne oftest anvendes når initiativet til tilkendegivelsen udgår fra udstederen, hvorimod udtalelser benyttes når der skal reageres på henvendelser udefra.⁶²

3.2.2.2 Uskrevne retskilder

De uskrevne retskilder har desuden en indvirkning på EU-retten. Domstolen har haft mulighed for, at fortolke traktatens bestemmelser i form af præjudicielle domsafsigelser, jf. art. 267 TEUF [234 EF], som har haft stor indvirkning på national ret. Af art. 267 TEUF [234 EF] fremgår det, at Domstolen har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen om traktaterne, om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer. Såfremt et sådant spørgsmål rejses ved en ret i en

⁶⁰ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 145

⁶¹ Wegener, Morten, *Juridisk metode*, side 235

⁶² Wegener, Morten, *Juridisk metode*, side 211

af medlemsstaterne, kan denne ret, hvis den skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendigt, før den afsiger dom, anmode den Domstolen om at afgøre spørgsmålet.

Dommes præjudikatværdi har principielt samme retskildeværdi for EU-retten, som for national ret. Til forskel fra national ret afgives der ikke dissens, idet dommerne optræder som ét kollegialt organ med én fælles afgørelse. Dette opvejes af selve domsafsigelsens opbygning, som fremstår mere minutiøs og detaljeret, end det kendes fra danske domstole. Det er herved muligt, at få fornemmelsen af dissens gennem diskussionen i præmisserne. Det er med de præjudicielle spørgsmål meningen, at skabe en ensartet fortolkning af retsakterne i EU.

Domstolen tager gennem dens virke stilling til, hvordan fællesskabsretten skal forstås, men ikke til den rent nationale problemstilling, som ligger til grund for spørgsmålets tilblivelse. Afgørelsen er bindende for den nationale domstol, hvormed sagen skal løses ud fra Domstolens opfattelse af jus. Flere af afgørelserne behandlet i afsnit 4 er således præjudicielle afgørelser.

3.2.2.3 Fortolkningsprincipper

De to fortolkningsprincipper der kort skal beskrives, er principperne om EU-rettens forrang og princippet om EU-konform fortolkning. Princippet om EU-rettens forrang benyttes i tilfælde hvor en national lovgivning strider mod EU-retten. Princippet er ikke direkte reguleret i traktaten, men flere gange fastslået i domspraksis. C-6/64, Costa mod ENEL var første gang Domstolen tog stilling til princippet hvilket dermed daterer princippet til før Danmarks tiltrædelse. I C-6/64, Costa mod ENEL fremgik det, at EU-retten måtte gå forud for en hvilken som helst national bestemmelse, hvilket medførte, at EU-rettens forrang er ubetinget. Dette har Domstolen kontinuerligt gentaget i efterfølgende retspraksis.⁶³ Det følger af sagens præmis 7 og 8, at forrangen også gælder for en nyere national lovgivning. Hvis dette ikke var tilfældet, ville medlemsstaten kunne undslippe sig en bestemmelse ved blot at vedtage en ny lov. Princippet indebærer dermed, at de nationale myndigheder ikke må vedtage og anvende modstridende national lovgivning.

Princippet om EU-konform fortolkning går ud på, at den nationale instans så vidt det er muligt, skal sørge for, at en national bestemmelse stemmer overens med EU-retten. Som det var tilfældet med EU-rettens forrang, er princippet om EU-konform fortolkning ligeledes udviklet ved praksis. Princippet blev første gang anvendt i C-17/83, von Colson hvor den tyske

⁶³ Egelund Olsen, Birgitte, *EU-rettens forrang frem for dansk ret*, side 343

domstol forelagde Domstolen en række spørgsmål som skulle afklare, hvilke krav EU-retten stillede i tilfælde af, at princippet om ligebehandling var krænket.⁶⁴ I tilfælde hvor en EU-retlig bestemmelse ikke giver anledning til tvivl, eller Domstolen netop har afsagt dom, vil der ikke være meget tvivl om hvorledes retsakten skal fortolkes. Det er dog en anden sag i tilfælde hvor der er tvivl om en retsakt, hvorved det kan være nødvendigt at stille Domstolen et præjudicielt spørgsmål eller anvende de EU-retlige fortolkningsprincipper.

3.3 Den frie bevægelighed

EU har med indførsel af det indre marked forsøgt, at fjerne alle hindringer for den frie bevægelighed af varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem medlemsstaterne. Det indre marked medfører, at medlemsstaternes regler skal gøres ensformig i det omfang det findes nødvendigt. Derved får man et marked hvor varer, personer, tjenesteydelser mv. frit kan færdes uden national diskrimination eller andre hindringer. Et sådan marked skaber mere dynamik i de nationale erhverv og skaber en sund konkurrence indenfor markedet.

Traktatens art. 49-62 TEUF [43-55] indeholder to af de mest fundamentale principper i det indre marked, nemlig den frie etableringsret samt den frie bevægelighed for tjenesteydelser. Reglerne om den frie etableringsret reguleres i art. 49 TEUF [43 EF], mens den frie bevægelighed for tjenesteydelser er reguleret i art. 56 TEUF [49 EF]. Områderne gør det bl.a. muligt for fællesskabets statsborgere og virksomheder selv at vælge i hvilken medlemsstat de vil etablere deres virksomhed og afsætte deres tjenesteydelser. Således gør etableringsretten det mulig for erhvervsdrivende statsborgere og virksomheder, at etablere selvstændig erhvervs- virksomhed i en anden medlemsstat på samme vilkår som gælder for medlemslandenes selskaber, jf. art 49 og 54 TEUF [43 og 48 EF]. Ligeledes gør den frie bevægelighed for tjenesteydelser det muligt for erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, ret til midlertidigt at præstere tjenesteydelser i andre medlemslande på samme vilkår, som gælder for medlemslandenes egne borgere, jf. art. 56 og 57 TEUF [49 og 50 EF].

Ifølge domspraksis, har det ligeledes vist sig, at den frie etableringsret og den frie bevægelighed for tjenesteydelser er områder, hvor problemstillinger angående et eventuelt nationalt spillemonopol henhører. Således har domstolen flere gange bl.a. i C-275/92 Schindler, C-124/97 Läära, C-67/98 Zanatti, C-6/01 Anomar, C-243/01 Gambelli, C-338/04 Placanica,

⁶⁴ Engsig Sørensen, Karsten, *Pligten til EU-konform fortolkning*, side 304

samt C-42/07, Liga Portuguesa taget stilling til de nationale monopolars forenelighed med områderne, jf. afsnit 4.

Grundet det faktum, at Domstolen i praksis hovedsagelig har henført problemstillingen under den frie etableringsret og den frie bevægelighed for tjenesteydelser, findes det ikke nødvendigt at undersøge problemstillingens forenelighed med de øvrige friheder. Domstolen har desuden i flere henseende undersøgt hvorvidt problemstillingen henhører varernes frie bevægelighed, med en afvisende konklusion. Således udtalte Domstolen i C-275/92 Schindler, præmis 23, at selvom Schindler sendte fysiske genstande til Storbritannien for at reklamere for at sælge lotterier, og at fysiske genstande, som er resultatet af en fremstilling, er varer ifølge Domstolens praksis, er det ikke tilstrækkeligt til, at deres virksomhed blot kunne siges at være udførsel og indførsel. Domstolen anførte derfor, at lotterivirksomhed måtte betragtes som en virksomhed vedrørende tjenesteydelser og derfor ikke en virksomhed som står i forbindelse med varer.⁶⁵ Indeværende afhandling koncentrerer sig derfor udelukkende i dette afsnit om spillemonopolars forenelighed med den frie etableringsret og den frie bevægelighed for tjenesteydelser.

3.3.1 Etableringsretten

Fælles for både den frie etableringsret og den frie bevægelighed for tjenesteydelser er, at der skal foreligge et grænseoverskridende element. Etableringsretten er reguleret i traktatens art. 49 – 54 TEUF [43 - 48], hvor art. 48 og 54 TEUF [43 og 48 EF] er de fremtrædende bestemmelser. I C-55/94, Gebhard blev begrebet etablering beskrevet som vidt begreb, som for en fællesskabsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde, kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen, og få fordel deraf, hvorved der sker en begunstiggelse af det økonomiske og sociale samarbejde inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed.⁶⁶ Det fremgår endvidere af C-2/74, Reyners, at art. 49 TEUF [43 EF] har direkte vertikal virkning.⁶⁷ Hvorvidt bestemmelsen har direkte horisontal virkning kan måske udledes af C-438/05, Viking-sagen hvoraf det af præmis 66 fremgår, at art. 49 TEUF [43 EF] tillægger en privat virksomhed rettigheder, som kan gøres gældende overfor en fagforening eller et fagforbund.⁶⁸

⁶⁵ Som beskrevet i afsnit 4 hvor dommen er behandlet

⁶⁶ C-55/94, Gebhard, præmis 25

⁶⁷ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 528

⁶⁸ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, *EU Ret*, side 479

I art. 49, stk. 1 TEUF [43, stk. 1 EF] foreligger der et forbud mod restriktioner, som hindrer, statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber. Art. 49, stk. 1 TEUF [43, stk. 1 EF] er således et restriktionsforbud. I sag C-55/94 Gebhard blev en restriktion ligeledes defineret som enhver national foranstaltning, der kunne hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundrettigheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende.⁶⁹ Restriktionsforbudet betegnes også som enhver ikke-diskriminerende hindring og dækker således for hindringer som ikke skyldes direkte eller indirekte diskrimination, jf. afsnittet nedenfor. Sondringen mellem diskrimination og restriktion har betydning for hvilke hensyn der evt. kan retfærdiggøre en diskrimination eller en restriktion, jf. nedenfor. Der har i tidligere praksis været tvivl om hvorvidt art. 49 TEUF [43 EF] udover at indeholde et diskriminationsforbud også indebar et forbud mod restriktioner. Dette blev dog ændret efter C-55/94, Gebhard. Heraf fremgik det, at en national restriktion kan tillades, såfremt den opfylder de fire krav angivet i dommens præmis 37. 1) Den skal anvendes uden forskelsbehandling, 2) skal være begrundet i tvingende almene/samfundsmæssige hensyn, 3) skal være egnet til at sikre det formål, der forfølges og 4) må ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt for at opnå formålet – proportionalitetsprincippet. Kun hvor nationale foranstaltninger opfylder de fire kumulative betingelser, accepteres et indgreb i etableringsfriheden. De fire kumulative betingelser betegnes populært som Gebhard-testen. De er vigtigt at erindre, at Gebhard-testen først finder anvendelse når det er konstateret, at der foreligger en restriktion. Dette er tilfældet når der opstår en hindring for gennemførelsen af en etablering, dvs. foranstaltninger der forbyder, medfører ulemper for, eller gør udøvelsen af denne frihed mindre interessant, jf. C-79/01, Payroll Data, præmis 26.⁷⁰

Det følger af art. 49, stk. 2 TEUF [43, stk. 2 EF], at etableringsfriheden indebærer adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed, samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 TEUF [48 EF], anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere. Der er således tale om et diskriminationsforbud. Der kan være tale om tre forskellige former for diskrimination. Direkte, indirekte/skjult samt omvendt diskrimination. Direkte diskrimination er karakterise-

⁶⁹ C-55/94, Gebhard, præmis 37

⁷⁰ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 565

ret ved forskelsbehandling, der udøves pga. nationalitet eller oprindelse. Den direkte diskrimination fremgår også af art. 18 TEUF [12 EF], hvorefter det følger, at al forskelsbehandling der udøves på grundlag af nationalitet er forbudt. Art. 18 TEUF [12 EF] er *lex generalis* til de øvrige regler om diskrimination, og finder derfor kun anvendelse, hvis ikke traktaten indeholder særlige bestemmelser om forbud mod forskelsbehandling. Den indirekte diskrimination er, al diskrimination der udøves på andet grundlag end nationalitet eller oprindelse. Omvendt diskrimination forekommer når en medlemsstats egne borgere eller varer stilles ringere end statsborgere eller varer fra andre medlemsstater. Hensigten med art. 49, stk. 2 TEUF [43, stk. 2 EF] er således, at etablerede virksomheder skal kunne konkurrere med indenlandske virksomheder på lige vilkår.

Rækkevidden af diskriminationsforbuddet er for virksomheders vedkommende blev fastlagt ved de forskellige sager om fastlæggelse af skibes nationalitet, hvor C-221/89, *Factortame 2*, C-93/89, *Kommissionen mod Italien* samt C-279/89, *Kommissionen mod Storbritannien* er de vigtigste domme. Det fremgår af disse sager, at man kan udsættes for diskrimination ved, at der enten stilles krav til selskabets hjemsted, hvor virksomhedens hovedaktivitet findes, til ejerne/selskabsdeltagernes samt ledelsens eller personalets nationalitet eller bopæl.⁷¹ Det skal bemærkes at opremsningen ikke er udtømmende.

For at blive omfattet af art. 49 TEUF [43 EF] er der enkelte krav der skal opfyldes. Den berettigede person skal være statsborger i et medlemsland og aktiviteten der udøves skal have erhvervmæssig karakter. Hvis en person ønsker, at udøve en sekundær etablering, jf. afsnittet nedenunder, forekommer der endvidere et krav om bopælspligt. For at kunne udøve selvstændig erhvervsvirksomhed, jf. art. 49, stk. 2 [43, stk. 2 EF], er det et krav, at der ikke foreligger nogen form for over- og underordningsforhold og personer derfor ikke er underlagt instruktionsbeføjelser.

Art. 54 TEUF [48 EF] ligestiller selskabers rettigheder med personers, hvilket dermed udvider etableringsretten til også at gælde for selskaber. Art. 54 TEUF [48 EF], henviser dermed indirekte til art. 49 TEUF [43 EF]. For at et selskab kan påberåbe sig etableringsretten, skal selskabet være stiftet i overensstemmelse med medlemsstatens nationale lovgivning, have enten sit vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed beliggende indenfor

⁷¹ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 555

fællesskabet, have en faktisk og vedvarende tilknytning til erhvervslivet i en medlemsstat, samt have gevinst for øje.

Der sondres normalt mellem to forskellige etableringsformer – primær og sekundær etablering. Den primære etablering er karakteriseret ved, at en person eller et selskab enten flytter samtlige aktiviteter eller hovedaktiviteterne til et andet medlemsland, eller starter selvstændig erhvervsvirksomhed fra bunden i en anden medlemsstat. Den sekundære etablering er karakteriseret ved, at en person eller et selskab opretter aktiviteter i en anden medlemsstat ved hjælp af et agentur, filial eller et datterselskab, jf. art. 49, stk. 1, 2. pkt. TEUF [43, stk. 1, 2. Pkt. EF], men bevarer sin hovedaktivitet i oprindelseslandet.

Den sekundære etablering er dog ikke begrænset af art. 49, stk. 1, 2. pkt's. TEUF [43, stk. 1, 2. pkt.] opregning, men tillader også sekundær etablering i form af etablering af et kontor, jf. C-205/84, Co-assurancesagen, hvoraf det fremgik, at ... *er omfattet af traktatens bestemmelser om etableringsretten, også selvom denne tilstedeværelse ikke har form af en filial eller et agentur, men består i, at selskabet blot opretter et kontor...*⁷² Det fremgår ikke direkte af traktatens bestemmelser, hvilke krav der skal opfyldes for, at der foreligger en sekundær etablering. Visse krav er dog at finde i henholdsvis domspraksis, jf. bl.a. C-205/84, Co-assurancesagen, præmis 21 samt C-55/94, Gebhard, præmis 25 og i servicedirektivet, 2006/123, art. 4 nr. 5. Servicedirektivet definerer etablering som tjenesteyderens faktiske udøvelse af erhvervsvirksomhed som omhandlet i art. 49 TEUF [43 EF] i et ikke nærmere angivet tidsrum og ved hjælp af en fast infrastruktur hvorfra aktiviteten med levering af tjenesteydelser rent faktisk udøves. Der stilles her krav til, at der eksistere visse bemandede lokaliteter, at etableringen sker på ubestemt tid, samt at der forekommer en vis erhvervsmæssig aktivitet knyttet til etableringen.⁷³ Det er som udgangspunkt udøveren der vælger hvilken form for etablering denne vil vælge ved en sekundær etablering. Man skal dog respektere nationale bestemmelser i de tilfælde hvor bestemmelserne ikke udgør en restriktion og dermed også pålægges indenlandske virksomheder, samt er begrundet i tvingende almene hensyn. Et eksempel på denne problemstilling forekom i C-338/04, Placanica, behandlet i afsnit 4.4.

Det er ovenover gennemgået hvornår der foreligger en etablering, hvordan etableringen kan foregå, samt hvornår der foreligger en restriktion henholdsvis en diskrimination i forhold til

⁷² C-205/84, Co-assurancesagen, præmis 21.

⁷³ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side. 540-541

etableringsretten. Der forekommer imidlertid også tilfælde hvor en national diskrimination eller en restriktion kan retfærdiggøres. Dette kan enten ske ved de traktatmæssige undtagelser, jf. art. 51 og 52 TEUF [45 og 46 EF] eller de domstolsskabte hensyn, jf. C-55/94, Gebhard og så kaldet for tvingende almene hensyn. Direkte diskrimination kan kun retfærdiggøres med traktatmæssige undtagelser, mens indirekte diskrimination og restriktioner desuden kan retfærdiggøres af de domstolsskabte hensyn.

Det følger således af art. 51 og 52 TEUF [45 og 46 EF], at direkte diskrimination kan retfærdiggøres ved enten udøvelse af den offentlige myndighed (art. 41 TEUF), eller den offentlige orden, sikkerhed og sundhed (art. 52 EF). Den indirekte diskrimination samt restriktioner kan desuden retfærdiggøres ved de tvingende almene hensyn, hvilket indebærer, at den nationale foranstaltning skal være anvendt uden forskelsbehandling, altså være ikke-diskriminerende, være begrundet i tvingende samfundsmæssige/almene hensyn, være egnet til at sikre det formål der forfølges og ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt for at opnå formålet⁷⁴ – proportionalitetsprincippet. Når disse kumulative betingelser er opfyldt, kan en indirekte diskrimination eller en restriktioner retfærdiggøres. I C-55/94, Gebhard blev der således i præmis 37 fastslået, at en national restriktion kan tillades, såfremt den opfylder de fire krav; 1) anvendes uden forskelsbehandling, 2) begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, 3) egnet til at sikre det formål, der forfølges og, 4) ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at opnå formål. Der forekommer således tre undtagelsesbestemmelser, der kan retfærdiggøre en national restriktion. 1) udøvelse af offentlig myndighed, 2) fravige hvis det sker med hensyn til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed og 3) de tvingende almene hensyn.

3.3.2 Tjenesteydelseernes frie bevægelighed

Tjenesteydelseernes frie bevægelighed er hovedsagelig reguleret i art. 56 og 57 TEUF [49 og 50 EF]. Art. 56 TEUF [49 EF] regulerer den frie udveksling af tjenesteydelser og forbud mod restriktioner, mens art. 57 TEUF [50 EF] definerer selve begrebet en tjenesteydelse. Tjenesteydelseernes frie bevægelighed er en af EU-rettens mest vitale friheder. Det er således ifølge denne rettighed man får mulighed for at udøve grænseoverskridende aktiviteter uden direkte at etablere sig i gæstelandet. Tjenesteydelseernes frie bevægelighed er blevet delvist harmoni-

⁷⁴ C-55/94, Gebhard, præmis 37

seret via. servicedirektivet,⁷⁵ hvilket giver en opdeling i henholdsvis den domstols skabte retspraksis, jf. art 56 og 57 TEUF [49 og 50 EF], samt servicedirektivets bestemmelser.

Art. 56 TEUF [49 EF] blev først anvendt i de tilfælde hvor en tjenesteyder rejste til et andet land for at præstere tjenesteydelsen fx entreprenøropgaver. Herefter var det modtagere fx turister der påberåbte sig reglerne, mens det nu er stationære tjenesteydelser, altså tjenesteydelser der ikke flytter sig, fx tjenesteydelser der sælges over internettet, der er i vækst.⁷⁶

Art. 57 TEUF [50 EF] definerer begrebet tjenesteydelser som ydelser der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer. Art. 57 TEUF [50 EF] beskriver (ikke udtømmende) i stk. 2, at en tjenesteydelse især omfatter virksomhed af industriel, handelsmæssig og håndværksmæssig karakter, samt de liberale erhvervs virksomhed.

Begrebet tjenesteydelse er også defineret i servicedirektivets præambel pkt. 33-41. Heraf fremgår det i pkt. 33, at de tjenesteydelser der er omfattet af direktivet, vedrører mange forskellige former for virksomhed. Disse former for virksomhed kan være både tjenesteydelser der kræver, at yder og modtager befinder sig i nærheden af hinanden, tjenesteydelser der indebærer, at yder og modtager begiver sig til et andet sted, og tjenesteydelser der indgås på afstand, herunder via internettet.

Formerne for virksomhed kan bl.a. være ledelsesrådgivning, certificering og prøvning, vedligeholdelse og rengøring af kontorer, reklame, rekrutteringstjenester og sælgers ydelser. Begrebet tjenesteydelser omfatter også ydelser til virksomheder og forbrugere som f.eks. juridisk og skattemæssig rådgivning, tjenester i forbindelse med fast ejendom, f.eks. ejendoms-mæglervirksomhed, eller i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder, herunder arkitekturrådgivning, handel og distribution, tilrettelæggelse af messer og udstillinger, biludlejning og rejsebureauer. Det fremgår endvidere af servicedirektivets præambel pkt. 33, at direktivet også omfatter forbrugertjenester som f.eks. turisttjenester.

Det fremgår af pkt. 34, at i henhold til praksis, skal det vurderes i hvert enkelt tilfælde, om bestemte former for virksomhed, navnlig virksomhed der finansieres af det offentlige eller udføres af offentlige enheder, udgør en tjenesteydelse. Vurderingen skal bygges på virksomhedens samtlige egenskaber, navnlig hvorvidt den udføres, tilrettelægges og finansieres i med-

⁷⁵ Direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked

⁷⁶ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, *EU Ret*, side 399.

lemsstaten. Det fremgår endvidere, at Domstolen har fundet, at betalingskriteriet i alt væsentligt, består i, at betalingen udgør det økonomiske modstykke til de pågældende tjenesteydelser, og har erkendt, at betalingskriteriet ikke er opfyldt i forbindelse med de former for virksomhed, som udføres af eller på vegne af staten uden økonomisk modydelse i forbindelse med dennes pligter på det sociale, kulturelle, uddannelsesmæssige og retslige område.

At der skal være en økonomisk modstykke og dermed et krav om vederlag, stemmer overens med sag C-263/86, Humbel hvori der ligeledes blev taget stilling til begrebet tjenesteydelser. Sagen omhandlede en præjudiciel afgørelse, jf. art. 267 TEUF [234 EF], om hvorvidt en opkrævet studieafgift på 35.000 BFR var i strid med tjenesteydelsernes frie bevægelighed. Frédéric Humbel var fransk statsborger, men studerede i Belgien. Her blev han opkrævet den omtalte studieafgift, hvilket ikke blev opkrævet af de belgiske studerende, da ydelsen var en del af velfærdssystemet. Den nationale domstol ville med det præjudicielle spørgsmål have afklaret, hvorvidt Frédéric Humbel kunne betragtes som modtager af en tjenesteydelse i traktatens forstand, således der blev tale om forskelsbehandling.⁷⁷ Domstolen fandt ikke, at uddannelse udgjorde en tjenesteydelse i traktatens forstand, da traktaten kun beskytter ydelser der normalt bliver udført mod betaling. Domstolen anførte videre i præmis 17 og 18, at det væsentlige kendetegn ved betalingen findes i det forhold, at den udgør det økonomiske modstykke til tjenesteydelsen, hvilket normalt fastlægges i forholdet mellem den, der præsterer tjenesteydelsen, og den, der modtager den. Dette særlige kendetegn kan imidlertid ikke antages at foreligge med hensyn til undervisning i det nationale undervisningssystem. Dels gælder det, at staten, idet den organiserer og driver et sådant system, ikke herved vil drive virksomhed mod betaling, men varetage sine opgaver over for befolkningen på det sociale, kulturelle og uddannelsesmæssige område. Dels finansieres dette system i almindelighed over det offentlige budget, og dermed ikke af eleverne eller deres forældre.

Det fremgår således, at selvom Frédéric Humbel som tjenestemodtager selv skulle betale for skolegangen og dermed betale et økonomisk modstykke til ydelsen (uddannelsen) blev dette ikke betragtet som et brud på tjenesteydelsernes frie bevægelighed, da tjenesteydelsen normalt er finansieret af offentlige midler, og er dermed ikke omfattet af definitionen af en tjenesteydelse, jf. art. 57 TEUF [50 EF], samt servicedirektivets præambel, pkt. 34.

⁷⁷ Min forkortelse af C-263/86, Humbel, præmis 14.

I Art. 50 TEUF [49 EF] fremgår der et forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for fællesskabet, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af fællesskabets lande end modtageren af den pågældende tjenesteydelse. Art. 56 TEUF [49 EF] er gældende for både udbyderen og modtageren af en tjenesteydelse. Retten til fri udveksling af tjenesteydelser kan påberåbes af både fysiske og juridiske personer så længe de er etableret i en af medlemsstaterne. Det følger af C-33/74, Van Binsbergen, at art. 56 og 57 TEUF [49 og 50 EF] har direkte vertikal virkning og det er dermed muligt for private at påberåbe sig tjenesteydelsernes frie bevægelighed overfor medlemsstaterne. Sagerne C-36/74, Walrave og C-309/99, Wouters taler ligeledes for en direkte horisontal virkning, hvorefter det antages at art. 56 TEUF [49 EF], er direkte forpligtende for private, såvel private af en vis kollektiv karakter som individuelle, private virksomheder.⁷⁸

Den frie udveksling af tjenesteydelser har et tæt sammenspil med etableringsretten. Det er derfor et krav, at der er tale om udøvelse af en midlertidig aktivitet i en anden medlemsstat end den, udbyderen er etableret i, for at blive omfattet af retten til tjenesteydelsernes frie bevægelighed. Hvis den udøvende aktivitet derimod udøves på permanent basis, vil det være etableringsrettens regler der skal anvendes.⁷⁹ I C-196/87, Steymann, blev det ligeledes slået fast, at virksomhed som udøves permanent eller uden forudsigende tidsbegrænsning ikke kan være omfattet af tjenesteydelsernes frie bevægelighed.⁸⁰ Korrelationen af disse to områder er selvstændigt behandlet nedenfor i afsnit 3.3.3.

Det følger af art. 56, stk. 1 TEUF [49, stk. 1 EF], at der skal være en fysisk adskillelse mellem modtageren og udbyderen af tjenesteydelsen. Der skal dog blot være tale om en fysisk separation mellem modtager og udbyder, hvorved det ikke er et krav om de er statsborgere i den medlemsstat de er bosat/etableret i. Der kan dog være tilfælde, hvor både udbyderen og modtageren af tjenesteydelsen rejser til en anden medlemsstat med henblik på, at udøve aktiviteten der. I sådanne tilfælde gælder reglerne og tjenesteydelsernes frie bevægelighed ligeledes, så længe aktiviteten stadig er af midlertidig karakter. Dette var tilfældet i C-154/89, "Turistguide-sagen", hvor Domstolen anførte, at selv om Traktatens artikel 56 TEUF [49 EF] efter sin ordlyd udtrykkeligt kun omhandler den situation, hvor tjenesteyder er bosat i en anden medlemsstat end modtager af ydelsen, er formålet med bestemmelsen, at ophæve begrænsningerne for den frie udveksling af tjenesteydelser ved personer, som ikke er etableret i den stat,

⁷⁸ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, *EU Ret*, side. 412

⁷⁹ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 597

⁸⁰ C-196/87, Steymann, præmis 16

på hvis område tjenesteydelsen skal udføres ... det er kun når alle relevante elementer ved den pågældende form for virksomhed findes inden for en enkelt medlemsstat, at Traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser ikke finder anvendelse.⁸¹

Den frie udveksling af tjenesteydelser omfatter både en ret for de involverede personer til ind- og udrejse med henblik på enten at modtage eller udøve tjenesteydelser i en anden medlemsstat og en beskyttelse af selve tjenesteydelsen i det tilfælde, hvor begge kategorier af personer forbliver i deres respektive medlemsstater.⁸²

Art. 56 TEUF [49 EF] indeholder både et forbud mod diskrimination pga. nationalitet (direkte diskrimination) samt et restriktionsforbud, hvorefter også ikke-diskriminerende hindringer forbydes. Som det også var tilfældet for art. 49 TEUF [43 EF], indeholder art. 56 TEUF [49 EF] et forbud mod diskrimination i gæstelandet. Det er således ikke legitimt, at opstille nationalitetskrav hvorved det kun er personer fra det enkelte medlemsland der har adgang til at udøve det enkelte erhverv, jf. C-375/92. Her konkluderede Domstolen, at den spanske regering havde tilsidesat sine forpligtelser, jf. art. 45, 49 og 56 TEUF [39, 43 og 49] idet det efter spansk lovgivning kun var personer med spansk statsborgerskab der havde adgang til at udøve erhvervet som turistfører.⁸³

Art. 56, stk. 1 TEUF [49, stk. 1 EF], foreskriver et forbud mod restriktioner og gælder derfor ligeledes mod ikke-diskriminerende foranstaltninger – altså et restriktionsforbud. Restriktionsforbuddet blev første gang i forhold til art. 56 TEUF [49 EF], introduceret i C-33/74, Van Binsbergen. Sagen omhandlede en juridisk rådgiver (ikke advokat) der udøvede rådgivning i Holland. Dette var legitimt så længe den befuldmægtigede havde bopæl i Holland. Den juridiske rådgiver flyttede til Belgien, hvorefter denne ikke længere var kompetent til at møde for klienter ved den Hollandske domstol. Dette fandt Domstolen uforeneligt med art. 56 TEUF [49 EF]. Sager vedrørende et bopælskrav kan have karakter af indirekte diskrimination, jf. C-224/97, Ciola, og C-263/99, færdselskonsulentsagen.⁸⁴ Eksemplet kan derfor være misvisende, men er anvendelig i det tilfælde det er første gang Domstolen benytter sig af et restriktionsforbud i forbindelse med bestemmelsen. Det er således gennem praksis slået fast, at art. 56 TEUF [49 EF] indeholder et restriktionsforbud der ikke uden videre lader sig afgrænse. I C-

⁸¹ C-154/89, Turistguide-sagen, præmis 9

⁸² Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side 599

⁸³ C-375/92, præmis 10

⁸⁴ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, *EU Ret*, side 418

33/74, Van Binsbergen, udtalte Domstolen i præmis 11, at formålet med art. 56 TEUF [49 EF], var at fjerne de restriktioner, der hindrede fri udveksling af tjenesteydelser for de personer, der ikke var bosat i den stat, på hvis territorium ydelsen skulle præsteres. Dog bliver formuleringen skærpet i C-76/90, Säger, hvori det fremkommer, at art. 56 TEUF [49 EF] ikke blot kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelsen af enhver restriktion, også selv om denne 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 kan lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser.⁸⁵ Området for hindringer til art. 56 TEUF [49 EF] er mangfoldig. Det har dog hovedsageligt været hindringer indenfor områderne (ikke udtømmende) nationalitet, etablering, bopæls- og uddannelseskrav, skattemæssige ulemper, offentlige og monopollignende virksomheder, forbud mod visse salgsformer, krav om tilladelse, registrering mv., hindringer for arbejdsgivere, der bevæger arbejdskraft, afgifter, samt et forbud mod spil og afgifter der har været behandlet i praksis.

Hvis en foranstaltning er i strid med art. 56 TEUF [49 EF], er den som udgangspunkt forbudt. Der forekommer dog visse undtagelser til denne hovedregel. Direkte diskrimination kan retfærdiggøres hvis den er omfattet af undtagelserne nævnt i art. 51 og 52 TEUF [45 og 46 EF], eftersom disse undtagelser ligeledes finder anvendelse for tjenesteydelser, jf. art. 62 TEUF [55 EF]. Således fritager art. 51 TEUF [45 EF] virksomheder der varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i en medlemsstat for foranstaltninger stridende mod tjenesteydernes frie bevægelighed. Art. 52 TEUF [46 EF] indeholder en bestemmelse om ordre public hvilket medfører, at bestemmelserne om tjenesteydernes frie bevægelse ikke udelukker anvendelse af love eller administrativt fastsatte bestemmelser, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

Restriktioner mod tjenesteydernes frie bevægelighed kan tillige retfærdiggøres ved de hensyn Domstolen har anerkendt i sin praksis. I C-33/74, Van Binsbergen anvendte Domstolen for første gang en metode, hvorved en restriktion kunne retfærdiggøres hvis hindringen var begrundet i varetagelsen af almene hensyn, at dette hensyn ikke allerede var varetaget i

⁸⁵ C-76/90, Säger, præmis 12

oprindelseslandet, og at proportionalitetsprincippet blev respekteret således, at restriktionen ikke var mere vidtgående end hensynet til opnåelsen af det pågældende mål.⁸⁶ Metoden/princippet er med tiden blevet anerkendt og betegnes populært som tvingende almene hensyn og er lig princippet fra etableringsretten. For at kunne retfærdiggøre en restriktion skal man først identificere de hensyn der har almindelig samfundsmæssig interesse. Det er særligt i de erhverv, hvor der ifølge gæstelands lovgivning kræves enten en autorisation eller anden form for tilladelse, og hvor der løbende udøves en form for tilsyn med virksomheden, der kan begrunde en fravigelse fra princippet om uhindret udveksling af tjenesteydelser.⁸⁷ Nationale spillemonopoler er et eksempel på et totalt forbud mod udøvelsen af en aktivitet. Baggrunden for et nationalt spillemonopol er ligeledes ofte begrundet i varetagelsen af visse legitime hensyn. Domstolen har i et stort antal af sager anerkendt forskellige former for tvingende almene hensyn. Af relevans til indeværende afhandling kan bl.a. nævnes forebyggelse af svindel mv., i C-275/92, Schindler samt moralske, religiøse og kulturelle værdier i C-275/92, Schindler, C-124/97, Laara samt C-69/98, Zanetti. I C-243/01, Gambelli fremkom det, at en restriktion anses som værende tilladelig, såfremt den modsvarer ønsket om at reducere spillemulighederne, og, finansieringen af sociale aktiviteter via en afgift på indtægter fra tilladte spil, kun skal være en ekstra fordel som følge af den gennemførte restriktive politik og ikke den egentlige begrundelse herfor.⁸⁸ Man kan således konstatere, at en restriktion kan retfærdiggøres, hvis de er begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal anvendes uden forskelsbehandling, og proportionalitetsprincippet er respekteret. Dette fremgår også af afhandlingens afsnit 4 og 5.

3.3.3 Forholdet mellem etableringsretten og tjenesteydelsernes frie bevægelighed

Som det følger af afsnittet om etableringsretten, forudsætter det en vis grad af permanent tilstedeværelse for at kunne blive omfattet af denne. For at blive omfattet af tjenesteydelsernes frie bevægelighed er der en forudsætning om udøvelse af aktivitet på midlertidig basis. Man kan således sige, at det afgørende element er, hvorvidt aktiviteten er af midlertidig eller permanent karakter. Der kan ikke være tale om en anvendelse af reglerne om tjenesteydelsernes frie bevægelighed, hvis aktiviteten udøves permanent. C-205/84, Den tyske co-assurancesag, er den første afgørelse, der drager en egentlig grænse mellem art. 49 og 56 TEUF [43 og 49

⁸⁶ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side. 632

⁸⁷ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, side. 632

⁸⁸ C-243/01, Gambelli, præmis 62

EF]. Af dennes præmis 21 fremgår det, at en virksomhed der i en anden medlemsstat oprettholder en permanent tilstedeværelse er omfattet traktatens bestemmelser om etableringsretten, også selv om denne tilstedeværelse ikke har form af filial eller et agentur, men består i, at selskabet blot opretter et kontor, der drives af selskabets egne personale, eller i, at en selvstændig person får fuldmagt til permanent at repræsentere selskabet på sammen måde som et agentur.

I C-55/94, Gebhard fremgår det ligeledes af præmis 25-27, at begrebet etablering i traktatens forstand et meget vidt begreb, som for en fællesskabsstatsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf, hvorved der sker en begunstiggelse af det økonomiske og sociale samarbejde inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed. Derimod forudses det i bestemmelserne i traktatens kapitel om tjenesteydelser, navnlig artikel 56, stk. 3 TEUF [50, stk. 3], for det tilfælde, at tjenesteyderen flytter til en anden medlemsstat, at vedkommende dér udøver sin virksomhed midlertidigt. Den midlertidige karakter af den pågældende virksomhed skal ikke kun bedømmes på grundlag af ydelsens varighed, men også på grundlag af dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Ydelsens midlertidige karakter udelukker ikke, at tjenesteyderen, i den forstand udtrykket er anvendt i traktaten, i værtsmedlemsstaten kan indrette visse faciliteter (herunder et kontor, en praksis eller et lokale), for så vidt som disse faciliteter er nødvendige for at udføre den pågældende tjenesteydelse. Det afgørende element må dermed være den forventede længde af tilstedeværelsen. Reglerne om den frie bevægelighed for tjenesteydelser er desuden subsidiære i forhold til etableringsretten. Dette fremgår af C-55/94, Gebhard, præmis 22.

3.4 Konkurrenceretten i EU – misbrug af dominerende stilling

Et nationalt spillemonopol kan udover bestemmelserne i art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF] ligeledes forestilles, at udgøre en hindring for EU's konkurrencelovgivning. Konkurrenceregler findes i art. 101-109 TEUF [81-89 EF]. Spørgsmålet om hvorvidt et nationalt spillemonopol kan foreneligt med EU's konkurrencelovgivning har dog kun i et enkelt tilfælde været stillet for domstolen. Dette fremgik af C-125/97, præmis 11. Heraf fremgik det da også at sagen skulle afgøres efter tjenesteydelsernes frie bevægelighed. Selvom indeværende afsnit ikke har været påberåbt og anvendt i praksis i sager omhandlende nationale spillemonopoler, findes det dog relevant at medbringe.

Hvis der på et marked optræder en effektiv konkurrence er virksomhederne påtvunget til at fastsætte priserne på deres produkter/ydelser så lavt som muligt, hvilke giver fordele for forbrugerne, da denne dermed kan få produkter/ydelser til lavest mulig pris samt af højeste kvalitet. Når en virksomhed indtager en dominerende stilling på et marked, er denne ikke på samme måde udsat for et konkurrencepres, som hvis virksomheden opererede på et konkurrencepræget marked. Den dominerende stilling medfører, at virksomheden har mulighed for at yde dårlige priser og ydelser til skade for forbrugeren. De to væsentligste bestemmelser i EU's konkurrenceret er art. 101 og 102 TEUF [81 og 82 EF]. Det er dog kun art. 102 TEUF [82 EF] der er relevant for indeværende afhandling, hvorefter kun denne er medtaget og beskrevet.

Det fremgår af art. 102 TEUF [82 EF], at der foreligger et forbud mod misbrug af en dominerende stilling. Det er dog vigtigt at bemærke, at art. 102 TEUF [82 EF] ikke indeholder et forbud mod en dominerende stilling, men forbyder at denne stilling misbruges. Således fremgår det af bestemmelsen, at en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked, eller en væsentlig del heraf, er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandlen mellem medlemsstaterne herved kan påvirkes. Konkurrencereglerne følger desuden bestemmelserne i Rfo 1/2003⁸⁹, som er en forordning fra Kommissionen om de procedurer som Kommissionen skal følge når den anvender art. 101 og 102 TEUF [81 og 82 EF]. Heraf fremgår det bl.a., at de nationale konkurrencemyndigheder direkte skal anvende bestemmelserne i art. 101 og 102 TEUF [81 og 82 EF] når betingelserne herfor er opfyldt, og ligeledes implementere artiklerne i den nationale konkurrenceret, jf. Rfo 1/2003, art. 3, stk. 1. Art. 102 TEUF [82 EF] gælder for alle typer virksomheder hvis adfærd der kan begrænse konkurrencen på fællesmarkedet. Dette indebærer også offentlige virksomheder og virksomheder der har fået eksklusive rettigheder, jf. mere om dette nedenfor.

3.4.1 Dominerende stilling

Man kan af art. 102 TEUF [82 EF] udlede, at følgende tre betingelser skal være opfyldt, for at man kan påberåbe sig betingelsen og således konkludere, at en virksomhed/medlemsstat har overtrådt art. 102 TEUF [82 EF]. For det første skal virksomheden indtage en dominerende stilling. Begrebet dominerende stilling blev i C-27/76, United Brands, defineret som en virksomheds økonomiske magtposition, der sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en

⁸⁹ Rådets forordning nr. 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens art. 81 og 82 [nu art. 101 og 102 TEUF]

effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd i forhold til konkurrenterne, kunder, og i sidste instans forbrugerne. Det fremgår videre i præmissen, at den dominerende stilling skyldes en kombination af flere forhold, som ikke hver for sig nødvendigvis ville være afgørende.⁹⁰ Det er således en forudsætning, at det pågældende marked er afgrænset, hvorved der skal tages stilling til hvilket produktmarked der er tale om, samt hvilket geografisk marked der opereres på. Den uafhængige adfærd kan foreligge hvis virksomheden pga. dens markedsandel har mulighed for, at bestemme prisen på en betydelig del af de pågældende varer eller kontrollere produktionen eller distributionen af disse.

Selvom der i definitionen af den dominerende stilling ovenover nævnes én virksomhed, kan art. 102 TEUF [82 EF] ligeledes anvendes når der foreligger en kollektiv dominerende stilling. For at indgå i en kollektiv dominerende stilling er det ikke en forudsætning, at der foreligger en aftale eller andre retlige forbindelser mellem virksomhederne, men at dette fastslås ud fra en økonomisk og strukturel vurdering på det relevante marked.⁹¹

En virksomhed som har en lovbestemt eneret til at udøve en bestemt form for virksomhed, besidder allerede på baggrund af den tildelte eneret en dominerende stilling på markedet, da andre virksomheder er forhindret i at få adgang til dette marked. Dette er også tilfældet hvis der kræves en bestemt form for tilladelse til at udøve en form for virksomhed. Det fremgår af art. 106 TEUF [86 EF], at art. 102 TEUF [82 EF] ligeledes finder anvendelse på offentlige virksomheder. Art. 106 TEUF [86 EF] siger, at medlemsstaterne afstår for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, for at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser, navnlig de i art. 18 og 101-109 TEUF nævnte. Det er således ikke uforeneligt med 102 TEUF [82 EF], at der skabes en dominerende stilling, men medlemsstaterne må ikke indføre eller opretholde foranstaltninger som kan ophæve den tilsigtede virkning af konkurrencereglerne.⁹²

For at finde ud af, om der foreligger en dominerende stilling, skal det relevante marked først fastlægges. Her er det relevant at opdelte undersøgelsen i to dele, nemlig en undersøgelse af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Ved vurdering af det relevante produktmarked, er det væsentligt at vurdere varernes indbyrdes substituerbarhed på efterspørgselssiden. Det fremgår af C-85/76, Hoffmann-La Roche, at begrebet det relevante

⁹⁰ C-27/76, United Brands, præmis 2

⁹¹ Bering Liisberg, Jonas, mfl. *EU-karnov*, side 1528

⁹² Bering Liisberg, Jonas, mfl. *EU-karnov*, side 1528

marked indebærer, at der kan herske effektiv konkurrence mellem de produkter, som indgår i markedet, hvilket forudsætter en tilstrækkelig grad af substituerbarhed ved samme anvendelse mellem alle de produkter, som indgår i samme marked.⁹³ Til vurderingen af om produkterne er indbyrdes substituerbare er en høj grad af krydspriselasticitet være et vigtigt moment. Krydspriselasticitet er en efterspørgselselasticitet, som måler ændringen i efterspørgsel på ét gode i forhold til prisændringen på et andet gode. Hvis små prisændringer på et produkt medfører en væsentlig stigning i efterspørgslen på et andet produkt, kan dette være et indicium for, at de to produkter henhører det samme marked.⁹⁴ Der skal ligeledes tages stilling til substituerbarhed på efterspørgselssiden hvorved der skal ses på de andre virksomheders mulighed for at omstille produktionen og dermed opfylde forbrugernes behov.

I C-27/76, *United Brands*, præmis 10 fremgik det, at for at vurdere om man indtager en dominerende stilling på markedet, må dette marked afgrænses såvel i henseende til den pågældende vare, som i geografisk henseende. Det relevante geografiske marked defineres som det område, hvor de deltagende virksomheder er involveret i udbud af og efterspørgsel efter produkter eller tjenesteydelser, og som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår og kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes.⁹⁵ Det er forskelligt hvad der bliver betegnet som det relevante geografiske marked og dermed udgør en væsentlig del af dette. Det kan være hele fællesskabsmarkedet, en del af dette, et enkelt medlemsland eller en del af dette medlemsland. Afgrænsningen afhænger af de faktiske omstændigheder i den konkrete sag hvor der kan tages hensyn til faktorer som strukturen og omfanget af produktionen, transportforhold, offentligretlig regulering mv.

Efter markedsafgrænsningen, skal virksomhedens stilling på dette marked vurderes. Dette sker ud fra en vurdering af virksomhedens markedsdele på markedet, samt andre virksomheders mulighed for aktuelt eller potentielt at konkurrere på markedet også kaldet *barriers to entry*. Det fremgik af C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, at selvom der på markedet eksisterer en vis form for konkurrence, kan der foreligge en dominerende stilling. Det afgørende er, om virksomheden er i stand til, om ikke at bestemme, så i det mindste yde mærkbar indflydelse på de vilkår, hvorunder konkurrencen udvikler sig.⁹⁶ Den dominerende stilling er således ka-

⁹³C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, præmis 28

⁹⁴Bering Liisberg, Jonas, mfl. *EU-karnov*, side 1529

⁹⁵Bering Liisberg, Jonas, mfl. *EU-karnov*, side 1530

⁹⁶C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, præmis 36

rakteriseret ved, at virksomheden kan bestemme sin adfærd i det væsentlige uden at tage hensyn til denne konkurrence.⁹⁷ Af samme sag fremgår det, at en virksomheds evne til at opretholde en meget stor markedsandel er et moment der taler for dominans på markedet. Således blev en markedsandel på 86 % anset for så store at de i sig selv udgjorde en dominerende stilling.⁹⁸ Jo større markedsandel virksomheden besidder des lettere er det at konkludere, at virksomheden besidder en dominerende stilling. Det samme gør sig gældende for de hindringer andre virksomheders har for at få adgang til markedet. Hvis der forekommer mange hindringer vil det tale for, at virksomheden besidder en dominerende stilling. Hvis andre virksomheder derimod ikke har mange hindringer, vil det tale for, at der ikke fremtræder en dominerende stilling. Ligeledes kan offentligretlig regulering anses for en hindring til et marked. I C-18/93, *Corsica Ferries*, præmis 40 udtalte Domstolen, at en virksomhed som har et lovbestemt monopol på en væsentlig del af fællesmarkedet, kan anses for at indtage en dominerende stilling efter art. 106 TEUF [86 EF]. Domstolen definerede i sagen det relevante marked til at være lodstjeneste i Genova havn, hvilket de anså for at udgøre en væsentlig del af fællesmarkedet.

3.4.2 Misbrug af den dominerende stilling

Den anden betingelse for, at man kan påberåbe sig art. 102 TEUF [82 EF] er, at den dominerende stilling skal være misbrugt. Art. 102 TEUF [82 EF] forbyder ikke, at man besidder en dominerende stilling, men at denne misbruges. Det fremgik af C-27/76, *United Brands*, præmis 189, at selvom indtagelsen af den dominerende stilling ikke fratager virksomheden for at beskytte sine egne handelsinteresser når disse angribes, og virksomheden dermed må tilstå mulighed for at træffe sådanne foranstaltninger, som denne finder egnet til at beskytte sine nævnte interesser, er en sådan adfærd ulovlig når dens formål er at styrke og misbruge den dominerende stilling. Det fremgår endvidere, at selvom virksomheden skal have mulighed for at gå til modangreb, skal dette ske under hensynstagen til de pågældende virksomheders økonomiske styrke og stå i et rimeligt forhold til truslen.⁹⁹ Der er således tale om en form for proportional anvendelse af beskyttelsen af sine egne interesser. Det fremgår endvidere af C-85/76, *Hoffmann-Le Roche*, at misbrugsbegrebet er et objektivt begreb som omfatter udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke situationen på et marked, hvor konkurrencen netop, som

⁹⁷ Bering Liisberg, Jonas, mfl. *EU-karnov*, side 1531

⁹⁸ C-85/76, *Hoffmann-Le Roche*, præmis 53 og 56

⁹⁹ C-27/76, *United Brands*, præmis 190

følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er svækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for, at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence, som følge af, at der tages andre midler i brug i den normale konkurrence om afsætning af varer eller tjenesteydelser.¹⁰⁰ Misbrugsbegrebet omhandler dermed ikke kun virksomheders misbrug af dominerende stilling, men tillige adfærd der er med til at styrke og den dominerende stilling.

Bestemmelserne i art. 102 TEUF [82 EF] kan i visse tilfælde også anvendes for misbrug der udøves på et andet marked end det hvor virksomheden indtager den dominerende stilling, det ikke-dominerende marked. Dette kan dog kun lade sig gøre, hvis der foreligger særlige omstændigheder. C-333/94, Tetra Pak 2 er et eksempel på dette. Af dennes præmis 27 fremgik det således, at det var en forudsætning for at anvende art. 102 TEUF [82 EF], at der forelå en sammenhæng mellem den dominerende stilling og det påstående misbrug. Når det drejede sig om særskilte markeder, der var indbyrdes forbundne, var det kun berettiget at anvende art. 102 TEUF [82 EF] på en adfærd, som var påvist på det ikke-dominerende, forbundne marked, og som havde indvirkninger på dette marked, når der forelå særlige omstændigheder. Da virksomheden i sagen sad på 78 % af salget på både det dominerende og ikke-dominerende marked, hvilket svarede til syv gange mere end virksomhedens næststørste konkurrent, mente Domstolen, at dette var nok til at fastslå dominans og at art. 102 TEUF [82 EF] derfor også kunne anvendes for misbrug på det ikke-dominerende marked. Dette begrundet med situationen på de forskellige markeder og disses nære forbindelse.¹⁰¹ Sammenhængen mellem markedernes betydning blev i præmis 29 tillagt yderlig væsentlig betydning. Heraf fremgik det, at ca. 35 % af virksomhedens kunder købte produkter fra begge markeder og at virksomheden med en fuldstændig dominans på det ene marked, nød en privilegeret stilling på det ikke-dominerende marked. Dette bl.a. begrundet med, at da virksomheden havde dominans på det ene marked, kunne de koncentrere deres indsats på det ikke-dominerende marked, og dermed handle uafhængigt af de øvrige erhvervsdrivende.

Det fremgår direkte af art. 102 TEUF [82 EF], at misbrug kan bestå i, 1) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser, 2) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne, 3) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved

¹⁰⁰ C-85/76, Hoffmann-Le Roche, præmis 91

¹⁰¹ C-333/94, Tetra Pak 2, præmis 28

stilles ringere i konkurrencen og, 4) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge sædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand. Opregningen er ikke udtømmende og kan ligeledes alternativt inddeles i en ekskluderende, udnyttende og diskriminerende misbrugsadfærd.¹⁰² Den ekskluderende adfærd består i, at eliminere potentielle konkurrenter og dermed opretholde og styrke positionen på markedet. Den udnyttende adfærd foregår ved handlinger, som udgør en urimelig udnyttelse af markedsmagten. Dette kan f.eks. forekomme ved, at fastsætte urimelige høje priser eller andre urimelige forretningsvilkår. Den diskriminerende adfærd er handlinger, som virker diskriminerende i forhold til virksomhedens handelspartnere og derved fordrejer konkurrence blandt dem. I indeværende afhandling findes det kun relevant, at belyse den udnyttende adfærd, og herunder fastsættelse af urimelige høje priser, da det er sådanne hindringer der kan forestilles at foreligge ved et nationalt spillemonopol.

I C-27/76, *United Brands* fastslog Domstolen, at til at vurdere hvad der er urimelige priser, måtte man vurdere, om den dominerende virksomhed gjorde en sådan brug af sin dominans, at denne herved opnåede fordele, som den ikke ville have opnået, hvis der var normal og tilstrækkelig konkurrence. Domstolen konkluderede endvidere, at der vil være tale om et misbrug, såfremt der forlanges en høj pris, som ikke står i rimelig forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse.¹⁰³

3.4.3 Påvirkningen af samhandelen

Den tredje betingelse for at man kan påberåbe sig art. 102 TEUF [82 EF] er, at den dominerende stilling påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Kommissionen har i dennes meddelelse 2004/C 101/07 om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handlen i traktatens art. 81 og 82 TEUF [nu 101 og 102 TEUF] opstillet nogle ikke bindende retningslinjer for bedømmelse af om samhandlen er påvirket. I redegørelsen tager Kommissionen udgangspunkt i den praksis der forelå indtil udarbejdelse af meddelelsen. Af dennes pkt. 18 fremgår det, at der foreligger tre kriterier der skal undersøges, for at undersøge hvorvidt den dominerende stilling påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

Det første kriterium er handelen mellem medlemsstaterne. Det fremgår af pkt. 19, at begrebet handel ikke kun dækker over den traditionelle handel med varer og tjenester på tværs af landegrænser, men er et mere omfattende begreb, der dækker enhver form for grænseover-

¹⁰² Friis Bach Ryhl, Charlotte, *Misbrug af dominerende stilling – traktatens art. 82*, side 535

¹⁰³ C-27/76, *United Brands*, præmis 249

skridende økonomisk virksomhed iberegnet etablering. I pkt. 21 fremgår det, at kravet om, at der skal foreligge en påvirkning af handelen medlemsstaterne imellem, indebærer, at der skal foreligge en påvirkning af den grænseoverskridende økonomiske aktivitet mellem mindst to medlemsstater. Det kræves dog ikke, at aftalen eller adfærden påvirker handelen mellem to hele medlemsstater. Det er således rigeligt, at der kun er tale om en del af en medlemsstat, forudsat at påvirkningen af handelen er mærkbar, jf. nedenfor. Af pkt. 22 fremgår det endvidere, at kriteriet er uafhængig af definitionen af relevante geografiske markeder. Der kan foreligge en påvirkning af handelen mellem medlemsstater også i tilfælde, hvor det relevante marked er nationalt eller subnationalt.

Det andet kriterium indeholder de krav der stilles til påvirkningen af handelen mellem medlemsstaterne. I pkt. 23 følger det, at ordet ”kan påvirke” betyder, at det på grund af samtlige objektive, retlige eller faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, at aftalen direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt øver indflydelse på samhandelen mellem medlemslandene.

Det tredje kriterium er et såkaldt kvantitativt element, mærkbarhedskriteriet, hvorefter konkurrencereglerne kun finder anvendelse på aftaler og adfærd, der kan have virkning af en vis størrelsesorden. Således fremgår det af pkt. 44, at aftaler og adfærd ikke falder ind under konkurrencereglerne hvis de kun påvirker markedet ubetydeligt. Af pkt. 45 fremgår det endvidere, at vurderingen af mærkbarhed afhænger af omstændighederne i hver enkelt sag, i særdeleshed aftalens eller adfærdens art, de relevante produkters art og de deltagende virksomheders position på markedet. Jo stærkere de deltagende virksomheder står på markedet, desto mere sandsynligt er det, at en aftale eller en adfærd, som kan påvirke handelen mellem medlemsstater, vil blive anset for at kunne gøre det mærkbart. Af pkt. 46 fremgår det, at virksomheder hvis salg tegnede sig for ca. 5 % af markedet var mærkbart.

3.4.4 Undtagelsesbestemmelser

Der er som hovedregel ingen mulighed for fritagelse af art. 102 TEUF [82 EF]. Det fremgår dog af, art. 106, stk. 2 TEUF [86, stk. 2 EF], at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet traktaternes bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant om-

fang, at det strider mod Unionens interesse. Bestemmelsen kan således påberåbes af virksomheder/medlemsstater der har fået til opgave at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, med henblik på at retfærdiggøre den adfærd der måtte være i strid med konkurrencereglerne, i dette tilfælde navnlig art. 102 TEUF [82 EF].

For at man kan påberåbe sig bestemmelsen skal det undersøges, om man henhører bestemmelsen ved at definere de forskellige begreber i denne. Begreberne der skal undersøges er; virksomheder, overdragelse, tjenesteydelser af almindelig økonomisk karakter, fiskale monopoler, særlige opgaver, samhandelen og fællesskabets interesse.

Det følger af bestemmelsen, at denne kun har relevans i forhold til virksomheder der har fået tildelt eksklusive eller særlige rettigheder, eller offentlig virksomheder, jf. art. 106, stk. 1 TEUF [86, stk. 1 EF], som har ret til at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, dvs. ydelser af forretningsmæssig karakter, der tjener et almennyttigt formål.¹⁰⁴ Tjenesteydelser af almindelig økonomisk karakter er karakteriseret ved, at de offentlige myndigheder betragter dem som nødvendige i forhold til almindelige tjenesteydelser, også selvom markedet ikke har tilstrækkelig incitament til at sikre leveringen af dem. Hvis det offentlige mener, at visse tjenesteydelser er af almen interesse, og at markedskræfterne ikke kan sikre en tilfredsstillende opfyldelse af de pågældende behov, kan de fastsætte specifikke krav til varetagelse af almene interesser i form af en forsyningspligt. For at opfylde en sådan pligt kan der indrømmes specielle eller eksklusive rettigheder, eller der kan etableres særlige finansieringsmekanismer.¹⁰⁵ Det fremgår endvidere at virksomheder som har karakter af fiskale monopoler kan anvende bestemmelsen. Dette er tilfældet når virksomheden har til formål at skaffe staten indtægter, frem for at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk karakter.¹⁰⁶ Det fremgår endvidere, at det er en betingelse for at bestemmelsen kan anvendes, at udviklingen af samhandlen ikke må påvirkes i et sådan omfang, at det strider mod fællesskabets interesser.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Friis Bach Ryhl, Charlotte, *Misbrug af dominerende stilling – traktatens art. 82*, side 1087

¹⁰⁵ Friis Bach Ryhl, Charlotte, *Misbrug af dominerende stilling – traktatens art. 82*, side 1087

¹⁰⁶ Friis Bach Ryhl, Charlotte, *Misbrug af dominerende stilling – traktatens art. 82*, side 1081

¹⁰⁷ Friis Bach Ryhl, Charlotte, *Misbrug af dominerende stilling – traktatens art. 82*, side 1082

4. Domstolens praksis

Der har ved Domstolen flere gange været rejst spørgsmål ang. et nationalt spillemonopol. Problematikken har angået forskellige nationale problemstillinger, men har hovedsageligt drejet sig om manglen på adgang til de nationale spillemarkeder. Som det også fremgik af afsnit 3.3.2.2, er de uskrevne retskilder, heriblandt domspraksis af stor betydning, da dommenes præjudikatværdi principielt har samme retskildeværdi for EU-retten, som for national ret. Afsnittet tjener det formål, at man ved at analysere domspraksis inden for spilleområdet, kan identificere hvorledes Domstolen og dermed fællesskabsretten agerer indenfor spilleområdet. Man kan dermed identificere om Domstolen har taget stilling til hvorvidt et nationalt spillemonopol er foreneligt med fællesskabsretten. Desuden kan det identificere, hvilket område Domstolen mener spil hører under, hvilke tvingende almene hensyn der anerkendes samt hvorvidt proportionalitetsgrundsætningen er opfyldt. Da der ikke foreligger harmonisering på området, er afsnittet afgørende for at kunne besvare spørgsmålene opstillet i afsnit 1 og undersøgt i afsnit 5 og dermed give svar på problemformuleringen.

C-275/92, Schindler var den første afgørelse indenfor spilleområdet, men langt fra den sidste. Afsnittet starter med at beskrive C-275/92, Schindler for herefter, at følge praksis op til seneste afgørelse C-42/07, Liga Portuguesa. Flere af sagerne er sammenskrevet da de enten omhandler samme, eller beslægtede problemstilling, eller hører under den samme nationale lovgivning. Det skal bemærkes, at der kun i afsnittet er medtaget praksis, som indeholder en form for et nationalt monopol, altså en eneretsbestemmelse. Således er dommene C-42/02, Lindman og C-153/08. Kommissionen mod Spanien ikke medtaget i indeværende afhandling, da disse drejer sig om beskatningsfordele for nationale udbydere og dermed ikke problemstillinger ved en national eneret.

4.1 Det første spadestik – C-275/92, Schindler

Den første sag, hvori Domstolen tog stilling til problemstillinger angående et nationalt forbud mod spil, var i C-275/92, Schindler. Sagen omhandlede to brødre Gerhart og Jørg Schindler, herefter benævnt som Schindler, som udøvede selvstændig virksomhed som kollektører for sydtyske klasselotteri (SKL). Schindler sendte breve fra Holland til privatpersoner i Storbritannien med opfordringer til at deltage i SKL. Brevene blev stoppet af tolden i Storbritannien og beslaglagt med den begrundelse, at de var indført i strid med national lovgivning.

Det fremgik af section 1 i 1898-loven (engelsk lov), at indførsel af enhver reklame for eller anden meddelelse om trækning eller kommende trækning i et lotteri, som var indført i strid med lovgivningen om lotterier var forbudt.¹⁰⁸ I section 1 i 1976-loven (engelsk lov) fremgik det, at alle lotterier, som ikke i henhold til den britiske lovgivning om spil, var spil, dvs. udlodning af gevinster i form af ting eller penge, der sker på grundlag af tilfældighed eller held, og som var baseret på deltagernes indsats af penge, var ulovlige. Dog undtog forbuddet visse former for lotterier. Dette var væsentlige små lotterier, der arrangeres til støtte for almennyttige formål.¹⁰⁹ I section 2 i 1976-loven fremgik det, at enhver som i forbindelse med lotteri, der afholdes eller skal afholdes enten i Storbritannien eller andetsteds, bringer eller opfordrer en anden til at sende lodsedler til, eller reklame for et lotteri, ind i Storbritannien med henblik på salg eller distribution, ifalder straf.¹¹⁰

Schindler gjorde gældende, at indførelsesforbuddet var i strid med art. 34 TEUF [28 EF], subsidiær art. 56 TEUF [49 EF]. Toldvæsnet anførte, at hverken art. 34 eller 56 TEUF [28 eller 49 EF] fandt anvendelse, idet lovgivningen vedrørte alle større lotterier uanset deres hjemsted, og forbuddet under alle omstændigheder fra den britiske regerings side var begrundet i hensynet til at begrænse lotterier af socialpolitiske grunde og ønsket om at forebygge bedrageri.¹¹¹ High Court of Justice fandt, at sagen afhang af fællesskabsretlige bestemmelser og forelagde derfor Domstolen seks præjudicielle spørgsmål.

Domstolen valgte, at svare på det første og fjerde spørgsmål samlet, hvilket resulterede i en undersøgelse af, hvorvidt indførsel af reklamer for og lodsedler til et lotteri til en medlemsstat med henblik på at få indbyggerne til at deltage i lotteri, som arrangeres i en anden medlemsstat, hører under enten art. 34 eller 56 TEUF [28 eller 49 EF].¹¹² Domstolen udtalte i præmis 23, at selvom Schindler for SKL sendte fysiske genstande til Storbritannien for at reklamere for at sælge lotterier, og at fysiske genstande, som er resultatet af en fremstilling, er varer ifølge Domstolens praksis, var det ikke tilstrækkeligt til, at deres virksomhed blot kunne siges at være udførsel og indførsel. Domstolen anførte derfor, at lotterivirksomhed måtte betragtes som en virksomhed vedrørende tjenesteydelser og derfor ikke en virksomhed som stod i forbindelse med varer.¹¹³ Domstolen kom i præmis 27-30 frem til, at betingelserne for at blive

¹⁰⁸ Min forkortning af C-275/92, Schindler, præmis 6

¹⁰⁹ C-275/92, Schindler, præmis 7

¹¹⁰ C-275/92, Schindler, præmis 9

¹¹¹ C-275/92, Schindler, præmis 11

¹¹² C-275/92, Schindler, præmis 14

¹¹³ C-275/92, Schindler, præmis 25 og 24

omfattet af art. 56 TEUF [49 EF], jf. også afsnit 3.4.2, var opfyldt og konkluderer derfor i præmis 37, at spørgsmålet hørte art. 56 TEUF [49 EF].

Med det femte spørgsmål skulle Domstolen undersøge om den nationale lovgivning, der med nærmere fastsatte undtagelser forbød afholdelse af lotterier på medlemsstatens territorium, udgjorde en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser. Hertil anførte Domstolen, at, jf. tidligere praksis (C-76/90, Saeger, præmis 12) kunne en national lovgivning, også selv om den anvendes uden forskelsbehandling, rammes af forbuddet i art. 56 TEUF [49 EF], når den var til hinder for eller på anden måde generede den virksomhed, der udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverede tilsvarende tjenesteydelser.¹¹⁴ Domstolen mente, at indeværende sag var omfattet af dette og anførte derfor, at den britiske lovgivning udgjorde en hindring for frie udveksling af tjenesteydelser.

Domstolen skulle herefter med det sjette spørgsmål undersøge om en national lovgivning, som den britiske lovgivning om lotterier, i betragtning af de socialpolitiske hensyn og det hensyn at forebygge bedrageri, udgjorde en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser. I besvarelsen slog Domstolen først fast, at den britiske lovgivning ikke udgjorde nogen forskelsbehandling begrundet i nationalitet og derfor måtte antages at finde anvendelse uden forskel. Domstolen anførte derfor, at det skulle undersøges om art. 56 TEUF [49 EF] ikke var til hinder for en sådan lovgivning, der, selv om den ikke var diskriminerende, dog udgjorde en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelse.¹¹⁵ Da de hensyn anført i præmis 57, allerede var fastslået af Domstolen til at være berettiget indgreb i den frie udveksling af tjenesteydelser, fastslog Domstolen i præmis 59, at når den ganske særlige beskaffenhed af lotterier, som adskillige medlemsstater har fremhævet, tages i betragtning, må disse hensyn anses for at berettige, og at der i forhold til art. 56 TEUF [49 EF] gennemføres så vidtgående begrænsninger, som forbud mod lotterier på medlemsstatens område. I præmis 60 begrundede Domstolen dette med følgende forhold.

For det første påpegede Domstolen, at man ikke kunne se bort fra de moralske, religiøse, og kulturelle betænkeligheder der knyttede sig til såvel lotterier som andre spil om penge i alle medlemsstater, hvor der generelt fulgtes den politik at begrænse eller endog forbyde spil om penge og at forhindre, at de var en kilde til personlig indtjening.

¹¹⁴ C-275/92, Schindler, præmis 43

¹¹⁵ C-275/92, Schindler, præmis 53

For det andet påpegede Domstolen, at det i betragtning af de betydelige summer, lotterier giver mulighed for at indsamle, og de store gevinster, de kan give deltagerne, særlig når de arrangeres i større malestok, indebar en stor risiko for forbrydelser og bedrageri.

For det tredje mente Domstolen, at lotterier udgjorde en fristelse til at give penge ud på en måde, der kunne få socialt skadelige konsekvenser for den enkelte.

Endelig bemærkede Domstolen, at selv om dette hensyn ikke i sig selv kunne anses for en objektiv begrundelse, var det ikke uden betydning, at lotterier i væsentligt omfang kunne bidrage til finansieringen af velgørende eller almennyttigt arbejde af social, forsorgsmæssig, sportslig eller kulturel art.

Det blev derefter anført, at de nævnte særlige forhold begrundet, at der tilkommer de nationale myndigheder et skøn med hensyn til reguleringen af spil, der omfatter fastsættelsen af de fornødne forskrifter til beskyttelse af deltagerne i spillet. Domstolen anførte i den forbindelse, at det ikke alene tilkommer medlemsstaterne at afgøre, om det er nødvendigt at begrænse lotterier, men også om lotterier skal forbydes under forudsætning af, at sådanne begrænsninger ikke er diskriminerende.

Domstolen kunne derefter i præmis 62 konkludere, at det britiske forbud mod indførsel af materiale, var et nødvendigt led i den beskyttelse, som Storbritannien ønskede at sikre i forbindelse med lotterier, hvilket derfor medførte, at art. 56 TEUF [49 EF] ikke var til hinder for en lovgivning som den britiske, når socialpolitiske hensyn og det hensyn at forebygge bedrageri, begrundet den.

4.2 Eftervirkninger af C-275/92, Schindler i dansk ret

Det var ikke kun i England Schindler havde forsøgt at markedsføre og sælge lodder til SKL. Det fremgik af en uskreven dom fra Østre Landsret af 14. september 2000, at Schindler også havde ønsket at sælge og markedsføre lodder til SKL i Danmark. Schindler blev nægtet tilladelse hertil, med henvisning til forbuddet i tips- og lottoloven. Schindler anlagde herefter sagen ved de nationale domstole mod Justits- og Skatteministeriet. Justits- og Skatteministeriet gjorde i sagen gældende, at selvom den nationale lov udgjorde en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, var denne nødvendig for at tilgodese de anerkendelsesværdige-

formål der bl.a. blev anført i C-275/92, Schindler. Schindler mente, at dette var i strid med fællesskabsretten, idet forbuddet var en uforholdsmæssig og unødvendig foranstaltning af de påberåbte beskyttelsesværdig samfundshensyn. Landsretten udtalte, at de påberåbte hensyn var anerkendte som lovlige og dermed ikke gik udover det skøn som der, jf. bl.a. C-275/92, Schindler tilkom de nationale myndigheder.

4.3 C-124/97, Läärä, C-67/98, Zanatti og C-6/01, Anomar følger op

4.3.1 Sagens forløb og den nationale lovgivning

C-275/92, Schindler lagde rettesnoren i en del efterfølgende domme, og skabte på den måde præcedens på området. Dommene C-124/97 Läärä, C-67/98 Zanatti og C-6/01, Anomar følger således stort set praksis herfra. Dommene er dog forskellige på flere områder og omhandler tre forskellige medlemsstaters nationale spillelovgivning. For at fremstillingen ikke blot skal gengive dommens præmisser, er der lavet en sammenskrivning af de tre afgørelser. C-275/92, Schindlers betydning for de tre afgørelser er desuden påpeget.

C-124/97 Läärä omhandlede det engelske selskab CMS, der overlod det til det finske selskab TAS, med Markku Läärä som direktør og ansvarlig, at drive virksomhed i Finland med spilleautomater, som dog forblev CMS' ejendom.

Ifølge den finske lovgivning måtte lotterier i Finland kun iværksættes efter indhentet tilladelse fra det offentlige og med henblik på godtgørende formål eller andre ideelle formål, som fastlagt i loven. I afgørelsen defineres lotterier som bl.a. spillekasinovirksomhed, drift af spilleautomater og andre spilleapparater, eller afholdelse af spil hvorved spilleren mod at betale et beløb, som gevinst kan få penge, varer eller andre goder med pengeværdi, eller spillemærker der kan veksles til penge eller andre goder.¹¹⁶ Der kunne ifølge den finske lovgivning, for en given periode, kun gives én tilladelse til et offentligt organ, men henblik på tilvejebringelse af midler, der var bestemt til forskellige samfundsgavnige formål. Denne tilladelse var givet til RAY. Tilladelsen gav RAY eneret til, mod vederlag, at drive spilleautomater og udøve spillekasinovirksomhed, samt ret til at fremstille og sælge spille- og underholdningsapparater. RAY's overskud skulle fordeles mellem de organisationer og fonde, der havde til formål at

¹¹⁶ C-124/97, Läärä, præmis 3

tilgodese forskellige samfundsgavnige formål. Uberettiget afholdelse af lotteri kunne straffes med op til seks måneders fængsel og materiale kunne konfiskeres.

Markku Läärä blev tiltalt, for at have sat spillemaskinerne i drift uden den fornødne tilladelse, hvorefter Kaeraejaoikeus idømte ham en bøde og konfiskerede spillemaskinerne. Ved appelsagen valgte Vaasan hovioikeus at forelægge Domstolen tre præjudicielle spørgsmål.

I C-67/98, Zanetti drev Diego Zanetti virksomhed ved, at tilbyde en formidlingstjeneste for det engelske bookmaker-firma Overseas. Efter formidlingstjenesten var det muligt for Overseas' italienske kunder at vædde om resultatet på udenlandske begivenheder.¹¹⁷ Questore i Verona besluttede, at Zanettis virksomhed skulle ophøre, da han efter italiensk lovgivning ikke havde den fornødne tilladelse til indgåelse af væddemål.

Ifølge den italienske lovgivning kunne der kun meddeles tilladelse til udøvelse af virksomhed i form af afslutning af væddemål, bortset bl.a. resultater i væddeløb, boldspil og andre lignende idrætsskonkurrencer, når afslutning af væddemål udgjorde en nødvendig forudsætning for en hensigtsmæssig afvikling af den sportslige kappestrid. Man ifaldt desuden straf for gennemførelse og organisering af hasardspil, ligesom lovstridig medvirken til organisering af spil eller væddemål straffes.

Zanetti anlagde sagen ved Tribunale amministrativo regionale del Veneto, som efterfølgende suspenderede afgørelsen. Questore di Verona appellerede herefter afgørelsen til Consiglio de Stato, som fandt det relevant at foreligge sagen for Domstolen med ét præjudicielt spørgsmål.

C-6/01, Anomar omhandlede en forening af portugisiske operatører af forlystelsesmaskiner og en række andre erhvervsdrivende, der drev virksomhed med forhandling og drift af spillemaskiner, herefter betegnet Anomar. Anomar rejste sag mod den portugisiske stat med den påstand, at den portugisiske spillelovgivning var uforenelig med EU-retten.

Efter portugisisk lovgivning var retten til at drive lykkespil forbeholdt staten, (jf. straks nedenfor) og driften og anvendelsen af lykkespil måtte kun ske i kasinoer beliggende i faste eller midlertidige spilleområder, der er udpeget ved et lovdekret. Hvis ikke staten eller et andet offentligt organ gjorde brug af denne ret, kunne den udliciteres efter indhentelse af tilladelse, der forudsatte indgåelse af en koncessionskontrakt. Den portugisiske spillelovgivning var op-

¹¹⁷ C-67/98, Zanetti, præmis 3

delt i fire kategorier. 1) lykkespil som er spil, hvis udfald er uvist, idet det udelukkende eller overvejende afhænger af held, 2) blandende former for lykkespil og andre former for spil, hvor forventningen om gevinst, både beror på held og spillerens behændighed eller blot på held hvor gevinsterne har en markedsværdi, 3) behændighedsspil, hvor der kan vindes kontante præmier, spillemønter eller varer, der har markedsværdi, 4) forlystelsesmaskiner.

Retten til at drive lykkespil var forbeholdt staten og kunne alene udøves af virksomheder, der var etableret som et aktieselskab, og til hvilken regeringen havde tildelt den nødvendig koncession og administrativ kontrakt. Driftskoncessionen tildeltes efter offentligt udbud, der udelukkede enhver form for forskelsbehandling vedrørende nationalitet. For at kunne drive virksomhed med de blandede lykkespil, krævedes der ligeledes tilladelse, og spillene måtte hverken have gevinst for øje, eller have egenskaber der karakteriserede traditionelle lykkespil som angivet i 1. I præmis 15 blev de traditionelle lykkespil defineret. Heraf fremgik heraf, at poker, enarmet tyveknægt, roulette, terninger, lotteri ved lodtrækning eller direkte udlodning, tips og lotto anses som lykkespil. For at kunne drive forlystelsesautomater krævedes klassificering af de pågældende spilleformer, hvilket blev foretaget af spilleinspektionen. Drift af sådanne maskiner krævede således registrering og licens, hvorefter licensen kunne nægtes ved en begrundet afgørelse, hvis nægtelsen var begrundet i hensynet til beskyttelsen af børn og unge, kriminalitetsforebyggelse, og bevarelse eller genopretning af sikkerheden og den offentlige ro og orden.

Anomar anlagde sag ved den portugisiske domstol med påstand om, at der fastslås at visse af bestemmelserne i spillelovgivningen ikke var i overensstemmelse med fællesskabsretten. Tribunal Cível da Comarca de Lisboa valgte, at udsætte sagen og foreligge hele tretten præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

4.3.2 De præjudicielle spørgsmål

I C-124/97 Läära skulle Domstolen ved besvarelse af de præjudicielle spørgsmål afgøre hvorvidt art. 34, 56 og 57 TEUF [28, 49 og 50 EF] i lyset af C-275/92, Schindler, skulle fortolkes således, at de ikke var til hinder for en national lovgivning, som gav ét enkelt offentligt organ enerettigheder til at drive spilleautomater, således som det var tilfældet i den finske lovgivning, når der henses til de almene hensyn, som begrundede den.¹¹⁸

¹¹⁸ C-124/97 Läära, præmis 10

I C-67/98, Zanetti skulle Domstolen ligeledes undersøge, hvorvidt traktatens bestemmelser om udveksling af tjenesteydelser var til hinder for bestemmelser, som de italienske om væddemål, når der henses til de socialpolitiske hensyn og det ønske om at forebygge bedrageri, som begrundede dem.¹¹⁹

I C-6/01, Anomar skulle Domstolen tage stilling til hele tretten spørgsmål. Flere af spørgsmålene blev dog besvaret samlet, hvorefter Domstolen inddelte spørgsmålene i seks grupper. For det første skulle Domstolen tage stilling til, hvorvidt lykkespil udgjorde økonomisk aktivitet i art. 2 EF's¹²⁰ forstand.¹²¹ For det andet skulle der undersøges, om lykkespil vedrører traktatens bestemmelser om varernes eller tjenesteydelsernes frie bevægelighed.¹²² For det tredje skulle det oplyses, om et monopol, på at drive lykkespil, var omfattet af anvendelsesområdet for art. 37 TEUF [31 EF].¹²³ Ved det fjerde punkt skulle der undersøges hvorvidt en lovgivning som den portugisiske udgjorde en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser og om en sådan lovgivning kunne begrundes med tvingende almene hensyn, navnlig beskyttelsen af forbrugerne og hensynet til den offentlige orden og kriminalitetsforebyggelse.¹²⁴ For det femte skulle der undersøges om det forhold, at drift og anvendelse af lykkespil i andre medlemsstater var omfattet af lovgivning, der var mindre restriktiv, i sig selv var tilstrækkelig til, at lovgivningen måtte anses som uforenelig med fællesskabsretten.¹²⁵ Det sidste spørgsmål omhandlede hvorvidt en lovgivning der undergiver drift og anvendelse af lykkespil, retlige og logiske vilkår såsom indgåelse af en administrativ koncessionskontrakt med staten, efter offentligt udbud og begrænsning af spilleområder til kun, at omfatte kasinoer, som anvender ubestemte juridiske begreber med henblik på, at definere de forskellige former for spil og som tillægger spillekommissionen en skønsmæssig kompetence til at klassificere de forskellige spilleformer, var forenelige med art. 56 TEUF [49 EF].¹²⁶

4.3.3 C-275/92, Schindler finder anvendelse

I både C-124/97 Läärä, og C-67/98, Zanetti kommer Domstolen frem til, at selvom C-275/92, Schindler vedrørte tilrettelæggelsen af lotterier, gør disse hensyn sig også gældende for de an-

¹¹⁹C -67/98, Zanetti, præmis 11

¹²⁰ Det skal bemærkes, at denne artikel ikke optræder i Lissabontraktaten hvorefter henvisningen er den gamle

¹²¹ C-6/01, Anomar, præmis 43

¹²² C-6/01, Anomar, præmis 49

¹²³ C-6/01, Anomar, præmis 57

¹²⁴ C-6/01, Anomar, præmis 62

¹²⁵ C-6/01, Anomar, præmis 76

¹²⁶ C-6/01, Anomar, præmis 82

dre spil om penge, der har lignende egenskaber.¹²⁷ I C-124/97 Läära konkluderede Domstolen derfor, at spil der indebærer anvendelse af spilleautomater mod vederlag som dem, der var omhandlet i sagen, måtte anses for spil om penge, der kunne sammenlignes med de omtalt i C-275/92, Schindler.¹²⁸

Ligeledes i C-67/98, Zanetti anførte Domstolen, at selvom den foreliggende sag omhandlede væddemål om resultatet i sportskonkurrencer, og dermed ikke kunne anses for rene hasardspil, giver de derimod ligesom disse, forhåbninger om en pengegevinst mod en indsats i form af en indbetaling. Under hensyn til de betydelige summer der indsamles ved væddemål, og de gevinster, som spillerne kan vinde, indebar de derfor samme risici for forbrydelser og bedrageri og kan få samme sociale skadelige konsekvenser for den enkelte,¹²⁹ og de i hovedsagen omhandlede væddemål skulle i den forbindelse derfor anses for pengespil, der kunne sammenlignes med lotterier i C-275/92, Schindler.

I begge sager pointerede Domstolen dog efterfølgende, at sagerne på visse områder adskilte sig fra C-275/92, Schindler. I C-67/98, Zanetti anførte Domstolen, at sagen adskilte sig på to områder. For det første forelå der ikke som i C-275/92, Schindler, et totalt forbud mod indgåelse af væddemål, men at retten til at organisere sådanne var forbeholdt visse organer på visse betingelser. For det andet, at problemstilling på baggrund af de relationer der bestod mellem Zanetti og Overseas, kunne falder ind under traktatens bestemmelser omhandlende etableringsretten.¹³⁰ I C-124/97 Läära kommer Domstolen i præmis 19-23 frem til lignende konklusion, men pointerer, at også konkurrencebestemmelserne kunne finde anvendelse.

4.3.4 Hindring for tjenesteydelsernes frie bevægelighed

I dommene kom Domstolen frem til, at sagerne henhørte tjenesteydelsernes frie bevægelighed. Således mente Domstolen i C-124/97 Läära, at den i mangel af tilstrækkelige oplysninger om de faktiske virkninger af den omtvistede lovgivning på importen af spilleautomater, ikke kunne tage stilling til, hvorvidt art. 34 TEUF [28 EF] var til hinder for en sådan lovgivning.¹³¹ Derimod kom Domstolen i præmis 27 frem til, at art. 56 TEUF [49 EF], jf. C-275/92, Schindler, kunne anvendes på virksomhed som bestod i, at give brugerne lejlighed til mod vederlag, at deltage i et spil om penge, hvis blot en af tjenesteyderne var hjemmehørende i en anden

¹²⁷ C-124/97 Läära, præmis 15 og C-67/98, Zanetti, præmis 16

¹²⁸ C-124/97 Läära, præmis 18

¹²⁹ C-67/98, Zanetti, præmis 18

¹³⁰ C-67/98, Zanetti, præmis 20-23

¹³¹ C-124/97, Läära, præmis 26

medlemsstat end den hvori tjenesteydelsen tilbydes. Da den finske lovgivning ikke ydede forskelsbehandling på grund af nationalitet, og fandt anvendelse uden forskel på de erhvervsdrivende der måtte være involveret i en sådan virksomhed, kom Domstolen i præmis 29 frem til, at en sådan lovgivning udgjorde en hindring for den frie bevægelighed af tjenesteydelser, idet den direkte eller indirekte forhindrede de erhvervsdrivende fra andre medlemsstater i selv, at stille apparater til disposition.

I C-67/98, Zanetti kom Domstolen ligeledes frem til, at sagen henhørte tjenesteydelseernes frie bevægelighed, og på baggrund af, at den italienske lovgivning, for så vidt den forbød, at andre personer eller organer end dem der kunne opnå tilladelse til en sådan aktivitet, indgår væddemål, finder anvendelse uden forskelsbehandling af udbydere, der måtte være interesseret i sådan en virksomhed, hvad enten den var etableret i Italien eller i en anden medlemsstat, udgjorde en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser. Dette fordi den direkte eller indirekte forhindrede udbydere, der måtte være interesseret i selv at indgå væddemål på italiensk område.¹³²

I C-6/01, Anomar tog Domstolen ligeledes udgangspunkt i C-275/92, Schindler og vurderede, at virksomhed med drift af spilleautomater til lykkespil, skulle anses for virksomhed vedrørende tjenesteydelseernes frie bevægelighed.

4.3.5 Tvingende almene hensyn?

I alle tre domme pointerede Domstolen, at en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser kun kunne retfærdiggøres i enten de traktatfæstede undtagelsesbestemmelser eller tvingende almene hensyn. I C-124/97 Läära sagde Domstolen, at som det også var tilfældet i C-275/92, Schindler, præmis 58, var ønsket om at begrænse udnyttelsen af menneskers spillelidenskab, at undgå de risici for forbrydelser og svig, der opstår i forbindelse med de hertil knyttede aktiviteter, samt ønsket om kun at tillade disse i det øjemed, at indsamle midler til velgørende arbejde eller til støtte for almennyttige formål, accepterede tvingende almene hensyn.

Ligeledes i C-67/98, Zanetti kom Domstolen frem til, at den omhandlende lovgivning følger tilsvarende mål som omtalt i C-275/92, Schindler, idet den italienske lovgivning havde til formål, at forhindre, at spil blev en kilde til personlige indtjening. Undgå risiciene for forbrydelser og bedrageri, samt socialt skadelige konsekvenser for den enkelte, som følge af fristel-

¹³² C-67/98, Zanetti, præmis 24-26

sen til at give penge ud, som spil udgør, og kun tillade dem i det omfang, de kunne tjene et socialnyttigt formål med henblik på en hensigtsmæssig afvikling af sportskonkurrencerne, var hensyn, der kunne begrunde indgreb i den frie udveksling af tjenesteydelser.¹³³

I C-6/01, Anomar konkluderede Domstolen ligeledes, at art. 49 EF ikke var til hinder for en lovgivning, der fastsatte sådanne begrænsninger, når der henses til de socialpolitiske hensyn og hensynet til forebyggelse af svig.¹³⁴ Domstolen anførte i alle tre tilfælde, at da hensynene vedrørte beskyttelsen af modtageren af tjenesteydelsen dvs. forbrugeren, samt beskyttelsen af samfundsordenen, var dette hensyn som af Domstolens praksis, kunne anses som tvingende almene hensyn.

4.3.6 Kravet om proportionalitet

Som det også var tilfældet i C-275/92, Schindler, overlod Domstolen det til de nationale myndigheder, at vurdere hvorvidt de foranstaltninger, der var begrundet i de tvingende samfundsmæssige hensyn, var egnede til at nå de mål der forfølges og dermed ikke gik ud over hvad der er nødvendig for at nå dem. Det var således op til de nationale finske, italienske og portugisiske myndigheder, at vurdere hvorvidt den nationale spillelovgivning var proportional.

I C-124/97, Läära tog Domstolen i præmisserne 36-42 stilling til, hvorvidt den finske lovgivning var proportionel og konkluderede i præmis 42, at bestemmelserne i den finske lovgivning, for så vidt som de tildelte ét enkelt offentligt organ enerettigheder, og i det omfang de herved påvirkede den frie udveksling af tjenesteydelser, ikke var uforholdsmæssige i forhold til de mål lovgivningen fulgte. Dette begrundede Domstolen bl.a. med, at den omstændighed, at de omhandlede spil ikke var fuldstændig forbudt, ikke var tilstrækkelig til at bevise, at den nationale lovgivning i virkeligheden ikke havde til formål at nå de almennyttige formål, som den angiveligt fulgte. Den anførte endvidere, at en begrænset tilladelse til spil inden for rammerne af en eneret, som medfører den fordel, at lede spillelysten og udnyttelsen af spil ind i kontrollerede baner, at forhindre risikoen for, at en sådan udnyttelse sker i svigagtigt og kriminelt øjemed, og at sikre, at det herved fremkomne provenu anvendes til almennyttige formål, også indgik i bestræbelserne på at nå disse mål.¹³⁵ Domstolen udtalte desuden, at selv om de pengebeløb, som den finske stat oppebar til almennyttige formål, også kunne tilvejebringes på andre måder, f.eks. ved beskatning af spilleautomatvirksomhed, der efter tilladelse udøves

¹³³ C-67/98, Zanatti, præmis 30

¹³⁴ C-6/01, Anomar, præmis 75

¹³⁵ C-124/97 Läära, præmis 37

af erhvervsdrivende, hvor der ikke var eneret på at udøve spilleautomatvirksomhed, var den forpligtelse, der påhvilede RAY, en klart mere effektiv foranstaltning til, på baggrund af risikoen for kriminelle forhold og svig, at sikre, at gevinsten ved sådan virksomhed var snævert begrænset.¹³⁶

Dette var også tilfældet i C-67/98 Zanatti hvor Domstolens i dens undersøgelse af hvorvidt proportionalitetsgrundsætningen var opfyldt, i præmis 35 fastslog, at selv om de omhandlende væddemål ikke var fuldstændig forbudt, var det ikke tilstrækkeligt til at bevise, at den nationale lovgivning i virkeligheden ikke havde til formål, at nå de almennyttige mål, som den angiveligt fulgte. I præmis 36 slog Domstolen herefter dog fast, at en begrænsning som den omtalte kun kunne accepteres, såfremt den reelt modsvarede ønsket om virkeligt at reducere spillemulighederne, og såfremt finansieringen af sociale aktiviteter via en afgift på indtægter fra tilladte spil kun var en ekstra fordel som følge af den gennemførte restriktive politik og ikke den egentlige begrundelse herfor. Endvidere fastslog Domstolen, at finansieringen af velgørende og almennyttigt arbejde ikke i sig selv kunne anses for en objektiv begrundelse af begrænsningen.

4.3.7 Domstolens konklusion

I C-124/97, Läärä blev der konkluderet, at art. 49 EF ikke var til hinder for en national lovgivning, som tillægger et enkelt offentligt organ enerettigheder til at drive spilleautomater, således som det er tilfældet efter den finske lovgivning.

Lidt anderledes lød Domstolens konklusion i C-67/98 Zanatti, hvor Domstolen ikke direkte gik ind og undersøgt om proportionalitetsgrundsætningen var opfyldt. Domstolens konklusion blev derfor, at art. 56 TEUF [49 EF], ikke var til hinder for en national lovgivning som den italienske, der forbeholdte visse organer eneretten til at indgå væddemål om resultatet på sportsbegivenheder, såfremt denne lovgivning reelt var begrundet i socialpolitiske målsætninger om, at begrænse de skadelige virkninger af sådanne aktiviteter, og såfremt de restriktioner, som den pålægger, ikke var uforholdsmæssige i forhold til målene. Domstolen forbeholder det til de nationale myndigheder at vurdere hvorvidt dette sidste punkt er overholdt, modsat C-124/97, Läärä hvor Domstolen direkte gik ind og vurderede hvorvidt dette var overholdt.

¹³⁶ C-124/97 Läärä, præmis 40 og 41

I C-6/01, Anomar konkluderede Domstolen, at inden for rammerne af en lovgivning, der var forenelig med EF-traktaten, tilkommer valget af foranstaltninger til organisation og kontrol med drift og anvendelse af lykkespil, som eksempelvis krav om indgåelse af en administrativ koncessionskontrakt med staten eller en begrænsning af driften og anvendelse af visse spil til områder, der er forskriftsmæssig godkendt til dette formål, de nationale myndigheder inden for rammerne af deres skøn.¹³⁷ Man kan således konkludere, at praksis fra C-275/92, Schindler stadig følges, og et nationalt spillemonopol er dermed stadig foreneligt med fællesskabsretten.

4.4 Udvikling på vej – C-243/01, Gambelli og C-338/04, Placanica

Sagerne er begge fra de italienske domstole og handler i grove træk om de samme problemstillinger. Placanica er den nyeste sag og tager på visse punkter udgangspunkt i Gambelli. Derfor er det nærliggende at tage udgangspunktet i Placanica supplerende med Gambelli.

4.4.1 Den italienske lovgivning

For at få en bedre forståelse af problemstillingen i dommene, er det nødvendigt med et kort overblik over den italienske lovgivning på spilleområdet. Ifølge italiensk lovgivning skulle bevillingen til at drive erhvervsvirksomhed med væddemål,¹³⁸ udelukkende gives til koncessionsindehavere, eller til dem der har fået tilladelse hertil gennem et ministerium eller andet organ, som har retten til at formidle væddemål. Frem til 2002 blev dette administreret af CONI. Tildelingen af koncessioner skulle ske ved udbud. Dette kunne, jf. dekret nr. 174/98 kun ske til ikke børsnoterede selskaber for, at sikre en gennemsigtighed blandt koncessionsindehaverne. I 2002 blev CONI's beføjelser flyttet til et selvstændigt organ, som administrerede statslige monopoler, hvormed udbudsbestemmelserne blev ændret til at gælde samtlige kapital-selskaber. Efter indhentet koncession eller tilladelse fra andet gyldigt organ, gives en polititilladelse der giver ordensmagten tilladelse til virksomhedens lokaler.

For ulovlig deltagelse eller afholdelse af spil og væddemål, havde den italienske regering i lov nr. 401/89 opsat følgende strafferetlige sanktioner. Ifølge artikel 4, stk. 1-3, straffes den der uberettiget foranstalter afholdelse af lotterier, væddemål eller tipning med op til tre års fængsel. Deltagelse giver op til et år, hvorimod deltagelse i konkurrencer, spil eller væddemål

¹³⁷ C-6/01, Anomar, præmis 88

¹³⁸ Der er tale om resultater på sportsvæddemål der administreres af den italienske nationale olympiske komite (CONI) eller organisationer under denne, eller resultater på hestevæddeløb.

uden at være medgerningsmand giver op til tre måneders fængsel. Reklamering straffes ligeledes med op til tre måneders fængsel.

Sanktionerne finder anvendelse på den der uden tilladelse eller bevilling udøver virksomhed med henblik på, at modtage eller indsamle, henholdsvis medvirker ved modtagelsen eller indsamlingen, og uanset på hvilken måde, af væddemål af enhver art, som indgås i Italien eller udlandet, uanset af hvem, herunder pr. telefon eller over Internettet, jf. artikel 4a. Sanktionerne finder desuden anvendelse mod den, der foretager indsamling eller registrering af indsatser i lotto, tipping eller væddemål pr. telefon eller internet uden at have tilladelse hertil, jf. artikel 4b.

4.4.2 Sagerne forløb og de præjudicielle spørgsmål

I Placanica blev der rejst straffesag mod Massimiliano Placanica, da man mente, at han havde overtrådt artikel 4 i lov nr. 401/89, ved at indgå væddemål ved organiseret virksomhed uden den nødvendige tilladelse. Sagen blev gjort forenelig med C-359/04 samt C-360/04. Sagerne omhandlede ligeledes udøvelse af organiseret spillevirksomhed uden den fornødne tilladelse. Her blev der dog beslægtet lokaler og udstyr, hvilket medførte, at de tilbageholdte anlagde sag om ophævelse af beslaglæggelsesforanstaltningerne.

Gambelli stod tiltalt for, ligesom det var tilfældet i Placanica, at have samarbejdet med en engelsk virksomhed om at drive virksomhed med indsamling af indsatser i væddemål. I begge tilfælde foregik virksomheden/spillehandelen ved, at spilleren indgav væddemålet til den ansvarlige for det italienske agentur, som derefter via internettet sendte en anmodning om accept af væddemålet til den engelske bookmaker. Herefter fremsendtes en bekræftelse fra bookmakeren til agenturet, som herefter bekræftede overfor ”spilleren”, og modtog betalingen.

Ovenstående sager førte til, at der i Placanica bl.a. blev forelagt følgende præjudicielle spørgsmål: *Anser Domstolen artikel 4, stk. 4, litra a, i lov nr. 401/89 for værende forenelig med principperne i artikel 49 og 56 TEUF [43 og 49] EF i lyset af de forskellige fortolkninger der fremgår af Domstolens afgørelser, navnlig Gambelli. Der anmodes om at tage stilling til, om straffebestemmelserne kan anvendes i Italien.* Ovenstående spørgsmål medfører, at man skal have kendskab til Gambelli hvor følgende præjudicielt spørgsmål blev forelagt: *Er den italienske lovgivning uforenelig med EF-traktatens artikel 49 og 56 TEUF [43 og 49], i og med at den indeholder et strafsanktioneret forbud mod, at en person hvor som helst udøver virksomhed med indsamling, modtagelse, registrering og videresendelse af tilbud om vædde-*

mål, uden en koncession eller anden tilladelse, jf. national ret. Der er således tale om næsten to identiske problemstillinger.

4.4.3 Den italienske lovgivnings forenelighed med art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF]

Hvorvidt de strafferetlige sanktioner i lov nr. 401/89 er uforenelig med artikel 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF] EF, blev først gennemgået i Gambelli. Her blev det anført, at hvis et selskab, der er etableret i én medlemsstat, driver virksomhed med indsamling af indsatser i væddemål, ved benyttelse af agenturer der er etableret i en anden medlemsstat, udgør de restriktioner som pålægges agenturnes virksomheder, en hindringer for etableringsfriheden.¹³⁹ Det blev desuden anført, at et forbud mod mellemmand, som i dette tilfælde medvirker til udveksling af tjenesteydelser, der afholdes af en tjenesteyder der er etableret i en anden medlemsstat, end den hvori mellemmandene har virksomhed, udgør en restriktion for den nævnte tjenesteyders ret til frit at udveksle tjenesteydelser.¹⁴⁰ Domstolen anførte således, at de nævnte artikler i lov nr. 401/89 udgjorde en restriktion for såvel artikel 49 som 56 TEUF [43 og 49 EF].

Domstolen skulle derefter tage stilling til, om restriktionerne kunne tillades, jf. undtagelsesbestemmelserne i artikel 51 og 52 TEUF [45 og 46 EF], og/eller om de kunne begrundes i tvingende almene hensyn. I Gambelli blev en række samfundsmæssige hensyn såsom forbrugerbeskyttelse, forebyggelse af bedrageri samt forstyrrelser af samfundsordenen anerkendt praksis, mens påstande som tab af eller nedgang i skatteindtægter ikke kan legalisere restriktionen, hverken efter artikel 52 TEUF [46 EF] eller udgøre et tvingende alment hensyn. Der blev lagt vægt på, at finansiering af sociale aktiviteter via afgifter kun burde være en ekstra fordel og ikke en egentlig begrundelse.¹⁴¹

Domstolen udtalte, at de nationale myndigheder tildeles et skøn, der fastsætter de fornødne forskrifter til beskyttelse af forbrugerne og samfundsordenen ift. de moralske og økonomiske skadelige konsekvenser for den private og samfundet, der knytter sig til spil og væddemål. Restriktionerne som pålægges skulle dog fortsat opfylde de betingelser der fremgik af domstolens praksis, for så vidt angår deres forholdsmæssighed. Derfor skal samtlige restriktioner undersøges for, om de anvendes uden forskelsbehandling, samt om de er egnede til at sikre virkeliggørelsen af det eller de mål, som den pågældende medlemsstat har påberåbt sig, og om

¹³⁹ C-243/01, Gambelli, præmis 46 og C-338/04, Placanica, præmis 43

¹⁴⁰ C-338/04, Placanica præmis 44 og C-243/01, Gambelli, præmis 58

¹⁴¹ C-243/01, Gambelli, præmis 61

de ikke går udover hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål, jf. Gambelli præmis 64 og 65 samt Placanica præmis 48 og 49.

De nationale restriktioner Domstolen gennemgik, var kravet om koncession, udbudspolitikens gyldighed samt kravet om polititilladelse. Ved hindringen i form af et krav om koncession, skulle det undersøges, hvorvidt restriktionen kunne begrundes ud fra en sontring mellem målet om at reducere spillemulighederne og målet om at bekæmpe kriminalitet ved undergivelse af kontrol. Målet om at reducere spillemulighederne var begrundet med formålet, at øge skatteindtægterne, hvilket ikke kunne begrunde målet om at begrænse forbrugernes spillelyst eller en begrænsning af spilleudbuddet. Målet om at bekæmpe kriminalitet ved undergivelse af kontrol kan være i overensstemmelse med målet om at få flere spillere til at benytte lovlige udbydere. Dette kan legitimere udvidelsen af spil, den øgede reklameindsats, samt nye distributionsmetoder. Domstolen fremførte dermed, at et koncessionssystem som dette, kunne udgøre en effektiv og præventiv metode mod kriminelle og bedrageriske formål, og at det skal tilkomme de forelæggende domstole at tage stilling til hvorvidt den nationale lovgivning var i overensstemmelse med de påberåbte mål, i dette tilfælde undgå kriminelle og bedrageriske formål.¹⁴²

Angående foreneligheden med udbudspolitikken påpegede Domstolen, at denne udgjorde en restriktion for etableringsfriheden, hvis udelukkelsen skyldes, at det var umuligt for udenlandske børsnoterede kapitalselskaber, at etablere sig på det italienske marked. Domstolen anførte endvidere, at udelukkelsen gik videre end hvad der er nødvendigt for at nå målet om at undgå eller begrænse kriminelle og bedrageriske formål.¹⁴³ Der blev anført, at en mulig konsekvens for den uberettigede udelukkelse af udbud, kunne være en tilbagekaldelse af de tidligere udbud samt en ny udbudsrunde. Der kan desuden ikke iværksættes sanktioner mod erhvervsdrivende der uberettiget ikke kunne indhente koncession. Domstolen konkluderede dermed, at en national lovgivning som den italienske udbudspolitik udgjorde en ikke gyldig restriktion mod artikel 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF].

Domstolen anførte, at kravet om polititilladelse klart bidrager til at nå målet om at begrænse kriminelle og bedrageriske aktiviteter og fremstår som en foranstaltning der fuldt ud står i forhold til målet. Den fremførte endvidere, at eftersom de tiltalte ikke havde mulighed for at indhente polititilladelsen, da de manglede den fornødne koncession på baggrund af en fællesskabsstridig restriktion, ikke kan pålægges strafferetlige sanktioner for udøvelsen af organise-

¹⁴² C-338/04, Placanica, præmis 57 og 58

¹⁴³ C-338/04, Placanica, præmis 62

ret væddemål uden koncession eller polititilladelse.¹⁴⁴ Der blev dermed konkluderet, at den italienske lovgivning, der pålægger personer strafferetlige sanktioner, for at have udøvet væddemål uden fornøden tilladelse, er fællesskabsstridigt, jf. artikel 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF], da medlemsstaten har afslået at tildele dem i strid med fællesskabsretten.

4.5 C-42/07, Liga Portuguesa

Sagen omhandlede en tvist mellem Bwin og Liga på den ene side og Santa Casa på den anden side. Bwin var en virksomhed som udbød sportsvæddemål vedrørende resultaterne af såvel fodboldkampe som andre sportsresultater over internettet. Bwin havde hjemsted i Gibraltar. Liga var en forening uden gevinst for øje hvori alle professionelle fodboldklubber i Portugal var medlem. Liga organiserede fodboldkampe og varetog al kommerciel udnyttelse af dette. Santa Casa var en virksomhed som har erhvervet sig rettighederne til udbydelse af alt hasardspil. Liga og Bwin indgik en sponsoraftale, hvorved Bwin ville blive den største sponsor i første division i Portugal. Sponsoratet medførte, at første division ændrede navn til først Liga betandwin.com herefter til Bwin liga. Bwins logo blev udstillet på diverse sportsudstyr og anbragt på ligaens stadions. Ligas hjemmeside blev desuden udstyret med henvisninger til Bwins hjemmeside hvorefter forbrugere i Portugal kunne anvende de tjenesteydelser, i form af hasardspil, som udbydes. Spilleafdelingen i Santa Casa, som administrerede driften af hasardspil, udstedte bøder til Bwin og Liga med den begrundelse, at de ulovligt havde udviklet, organiseret, reklameret og drevet spil, som var tillagt Santa Casa.

4.5.1 Den portugisiske spillelovgivning

I Portugal foreligger der et generelt forbud mod hasardspil. Den Portugisiske stat har dog forbeholdt sig muligheden for, at tillade driften af et eller flere spil, direkte eller gennem et organ, eller give koncession til udbud til private, som driver virksomheden uden vinding for øje.¹⁴⁵ Det fremgik af præmis 4, at hasardspil var lotterier, lottospil og sportsvæddemål og tilladelse til at udbyde disse spil var givet Santa Casa. Hvert hasardspil som Santa Casa udbød, var særskilt skabt ved lovdekret hvori hele afholdelsen og driften var reguleret. Reguleringen for lotterier, lottospil og sportsvæddemål fremgik af lovdekret nr. 282/2003 af 8. november 2003, som forbød andre erhvervsdrivende end Santa Casa at udbyde disse typer af spil via.

¹⁴⁴ C-338/04, Placanica, præmis 70

¹⁴⁵ C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 3

elektroniske midler, navnlig internettet.¹⁴⁶ Lotterier, lottospil og sportsvæddemål vareetages dermed af Santa Casa, som havde en eneretsordning, hvor driften heraf administreres af Santa Casa Departamento de Jogos (spilleafdelingen). Spilleafdelingen havde administrative beføjelser til at indlede, efterforske og gennemføre retsforfølgning i sager om ulovlig drift af hasardspil. De var ligeledes beføjet til at pålægge bøder.¹⁴⁷

Santa Casas aktiviteter var defineret i lovdekret nr. 332/01 af 26. august 1991. Heraf fremgik det, at Santa Casa var en almennyttig administrativ juridisk person som havde stor betydning rent historisk, socialt, patrimonelt og økonomisk.¹⁴⁸ Santa Casas direktør udnævnes af den portugisiske premierminister mens de andre medlemmer af bestyrelsen udnævnes efter anordning fra regeringsmedlemmer, under hvis tilsyn Santa Casa henhører. Santa Casa fik tildelt specifikke opgaver på området for beskyttelsen af familien, moderskabet og barndommen, større til mindreårige, som var ubeskyttede og i fare, støtte til ældre, alvorlige sociale mangelsituationer og ydelse af primære og specialiserede sundhedsydelser.¹⁴⁹ Indtægten fra hasardspil fordeles mellem Santa Casa og andre almennyttige institutioner eller anvendes på sociale indsatsområder.

Det fremgår af art. 11, stk. 1 i lovdekret nr. 282/2003, at udvikling, organisering og drift af spil, som Santa Casa havde eneret til at udbyde, samt udstedelse, distribution eller salg af virtuelle billetter og annoncering af lodtrækninger, uanset om disse fandt sted på nationalt eller udenlandsk område udgjorde en administrativ overtrædelse.¹⁵⁰ Art. 12, stk. 1 i lovdekret nr. 282/2003 fastsatte beløb for bøderne for overtrædelser af art. 11, stk. 1.¹⁵¹

4.5.2 Det præjudicielle spørgsmål

Liga og Bwin appelerede deres bøde, hvorefter Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto besluttede at udsætte sagen og forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål. Domstolen skulle undersøge hvorvidt eksklusivordningen tillagt Santa Casa udgjorde en hindring i strid med principperne i art. 49, 56 og 63 TEUF [43, 49 og 56 EF]. Domstolen udtalte, at problemstilling kun skulle undersøges efter art. 56 TEUF [49 EF] og at art. 49 og 63 TEUF [43 og 56 EF] dermed ikke skulle anvendes. Art. 49 TEUF [43 EF] fandt ikke anvendelse, da

¹⁴⁶ C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 8

¹⁴⁷ C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 19

¹⁴⁸ C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 12 og 13

¹⁴⁹ C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 15

¹⁵⁰ C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 10

¹⁵¹ C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 11

Bwin udelukkende drev virksomhed via internettet og dermed ikke skabte en primær eller sekundær etablering. Art. 63 TEUF [56 EF] fandt ikke anvendelse, da de eventuelle restriktive virkninger på de frie kapitalbevægelser og betalinger blot var en uundgåelig konsekvens af eventuelle restriktioner, som var pålagt den frie udveksling af tjenesteydelser.¹⁵² Domstolen skulle herefter undersøge om art. 56 TEUF [49 EF] var til hinder for en medlemsstats lovgivning, der forbød erhvervsdrivende som Bwin, som var etableret i andre medlemsstater, hvor de lovligt udbyder tilsvarende tjenesteydelser, at udbyde hasardspil via internettet i Portugal.

4.5.3 Foreligger der en restriktion?

Domstolen pointerede i præmisserne 51-54, at det var ubestridt, at der forelå en restriktion. Den anførte, at art. 56 TEUF [49 EF] krævede ophævelse af enhver restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, også selvom restriktionen gældte uden forskel på inden- og udenlandske tjenesteydere, når den kunne udelukke, indebære ulemper for eller gøre den virksomhed mindre tiltrækkende, som udøves af tjenesteydere fra andre medlemsstater, som dér lovligt leverede tilsvarende tjenesteydelser.

Det var herefter Domstolens opgave, at undersøge hvorvidt der forelå en eventuel begrundelse for denne hindring. I præmis 56 henviste Domstolen til C-338/04, Placanica, præmis 45 hvoraf det fremgik, at hensynet til forbrugerbeskyttelse, forebyggelse af bedrageri og fjernelse af incitamenter for borgerne til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed, samt hensynet til generelt at forebygge forstyrrelser af samfundsordenen var accepterede tvingende almene hensyn. Domstolen pointerede endvidere, at da området for hasardspil ikke var harmoniseret, tilkom det hver medlemsstat i overensstemmelse med sine egne værdinorner, at vurdere de krav, som måtte være nødvendig til beskyttelsen af disse hensyn, jf. C-275/92, Schindler, præmis 32 og C-338/04, Placanica, præmis 47.¹⁵³ Domstolen anførte endvidere, som det også var tilfældet i C-124/97, Läära, præmis 36 og C-67/98, Zanetti, præmis 34, at den omstændighed at en medlemsstat havde valgt en anden beskyttelsesordning end den, en anden medlemsstat havde indført, ikke i sig selv kan påvirke bedømmelsen af, om de bestemmelser, der var fastsat på området var nødvendige og forholdsmæssige. Bedømmelsen skulle derfor udelukkende foretages under hensyn til de mål, der fulgtes af de kompetente myndigheder i den pågældende medlemsstat, og under hensyn til det beskyttelsesniveau, som

¹⁵² C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 46 og 47

¹⁵³ C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 57

de ønskede at sikre.¹⁵⁴ Det fremgik derefter af præmis 59, at medlemsstaterne derfor frit kunne fastsætte målene for deres politik på hasardspilsområdet og i givet fald fastsætte det nøjagtige ønskede beskyttelsesniveau.

Som det også fremgik af C-338/04, *Placanica*, præmis 49, skulle de restriktioner, som blev pålagt dog stadig overholde proportionalitetsprincippet. Ifølge den portugisiske regering, var formålet med lovgivningen, at bekæmpe kriminalitet og beskytte forbrugere mod svig, og anførte at tildelingen af eneretten gjorde det mulige at føre en sikker og kontrolleret ordning. Domstolen anførte, at kriminalitetsbekæmpelse kunne udgøre tvingende almene hensyn, og anførte endvidere, at en tilladelse i begrænset omfang til disse spil inden for rammerne af en eneret frembyder den del at lede udnyttelsen af spil ind i kontrollerede baner og forhindre risikoen for, at en sådan udnyttelse sker i svigagtigt og kriminelt øjemed, jf. således også C-124/97, *Läärrä*, præmis 37 og C-67/98, *Zanetti*, præmis 35.¹⁵⁵ Domstolen anerkendte derfor i præmis 67, at eneretten, som var underlagt en snæver kontrol fra de offentlige myndigheders side, under omstændigheder som dem, der forelå i indeværende sag, kunne gøre det muligt at lede udnyttelsen af spil ind i kontrollerede baner og måtte derfor anses som egnede til at beskytte forbrugeren mod svig begået af erhvervsdrivende.

Til undersøgelse af hvorvidt ordningen var nødvendig, anførte den portugisiske regering, at myndighederne ikke havde de samme kontrolmuligheder til at kontrollere udenlandske udbydere som de havde ved virksomheder som *Santa Casa*. Denne påstand tog Domstolen til følge og konkluderede derfor, at restriktionen måtte anses for begrundet i hensynet til bekæmpelse af svig og kriminalitet. Det præjudicielle spørgsmål blev derfor besvaret med, at art. 56 TEUF [49 EF] ikke var til hinder for en medlemsstats lovgivning, som den i hovedsagen omhandlede, der forbød erhvervsdrivende som *Bwin*, som var etableret i andre medlemsstater, hvor de lovligt tilbød lignende tjenesteydelser, at udbyde hasardspil via internettet i Portugal.

¹⁵⁴ C-42/07, *Liga Portuguesa*, præmis 58

¹⁵⁵ C-42/07, *Liga Portuguesa*, præmis 64

5. Kan et nationalt spillemonopol være foreneligt med fællesskabsretten?

Som det fremgik af afsnit 1, er det for at undersøge, om et nationalt spillemonopol kan være foreneligt med TEUF-traktaten, nødvendigt at opstille to problemstillinger der tilsammen skal besvare dette. Det skal for det første undersøges om et nationalt spillemonopol kan være foreneligt med art. 49 og 56 TEUF[43 og 49 EF], herefter om det kan være foreneligt med art. 102 og 106 TEUF [82 og 86 EF]. Til besvarelse af disse to problemstillinger anvendes afsnittene 2, 3 og 4.

5.1 Et nationalt spillemonopols forenelighed med art. 49 og 56 TEUF[43 og 49 EF]

For at undersøge om et nationalt spillemonopol kan være foreneligt med art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF], er det nødvendigt igen at opstille nogle underspørgsmål. Det er således nødvendigt først at undersøge under hvilken eller hvilke artikler de nationale spillemonopoler henhører. Herefter skal det undersøges, om de nationale bestemmelser udgør en hindring for denne eller disse artikler, om denne hindring er begrundet i de traktatfæstede undtagelser eller i tvingende almene hensyn og om proportionalitetsprincippet er overholdt.

5.1.1 Den eller de relevante artikler

Som det fremgik af afsnit 4, er langt de fleste sager omhandlende et nationalt spillemonopol blevet undersøgt i forhold til art. 56 TEUF [49 EF] tjenesteydelsernes frie bevægelighed. Allerede i C-275/92, Schindler anførte Domstolen, at da de pågældende ydelser bestod i, at arrangøren af lotteriet gav køberen af lodsedler adgang til at deltage i et hasardspil og i den forbindelse forestå indsamlingen af indsatserne, arrangering af trækningen samt beregning og udbetaling af gevinsterne, og da disse ydelser udførtes mod betaling og var grænseoverskridende, henhørte de art. 56 TEUF [49 EF].¹⁵⁶ Domstolen pointerede desuden, at lotterier ikke hørte under den frie bevægelighed for varer, personer eller kapital.¹⁵⁷

Domstolen fortsatte denne praksis i dommene C-124/97, Läära, C-67/98, Zanetti og C-6/01, Anomar, hvori den i alle tre tilfælde kom frem til, at deres respektive enerettigheder henhørte tjenesteydelsernes frie bevægelighed. Det fremgik således af C-124/97, Läära, præmis 27 og C-67/98, Zanetti, præmis 24, at art. 56 TEUF [49 EF], jf. C-275/92, Schindler, kunne anvendes på virksomhed som bestod i, at give brugerne lejlighed til mod vederlag, at

¹⁵⁶ C-275/92, Schindler, præmis 27-29

¹⁵⁷ C-275/92, Schindler, præmis 30

deltage i et spil om penge, hvis blot en af tjenesteyderne var hjemmehørende i en anden medlemsstat end den hvori tjenesteydelsen tilbydes. I overensstemmelse med dette udtalte Domstolen i C-6/01, *Anomar*, at virksomhed med drift af spilleautomater skulle anses for virksomhed vedrørende tjenesteydelser.¹⁵⁸

Også i C-42/07, *Liga Portuguesa* kom Domstolen frem til, at spillelovgivningen skulle undersøges efter art. 56 TEUF [49 EF]. Art. 49 TEUF [43 EF] fandt ikke anvendelse, da virksomheden udelukkende drev virksomhed via internettet og dermed ikke skabte en primær eller sekundær etablering. Art. 63 TEUF [56 EF] fandt ikke anvendelse, da de eventuelle restriktive virkninger på de frie kapitalbevægelser og betalinger blot var en uundgåelig konsekvens af eventuelle restriktioner, som var pålagt den frie udveksling af tjenesteydelser.¹⁵⁹

Der kan dog også forekomme tilfælde hvor et nationalt spillemonopol kan høre under mere end én artikel og dermed også høre under en anden artikel end art. 56 TEUF [49 EF]. Dette var tilfældet i C-243/01, *Gambelli* og C-338/04, *Placanica*. I disse to sager kom Domstolen frem til, at hvis et selskab, der var etableret i én medlemsstat, og driver virksomhed ved benyttelse af agenturer der er etableret i en anden medlemsstat, udgjorde de restriktioner som pålægges agenturernes virksomheder, en hindringer for etableringsfriheden og dermed art. 49 TEUF [43 EF].¹⁶⁰ Da sagerne også indeholdt problemstillinger angående tjenesteydelseernes frie bevægelighed blev begge artikler anvendt.

Det skal desuden bemærkes, at der i C-6/01, *Anomar* blev spurgt om et monopol på at drive lykkespil var omfattet af art. 37 TEUF [31 EF] statslige handelsmonopoler.¹⁶¹ Statslige handelsmonopoler efter art. 37 TEUF [31 EF] er ikke omtalt eller behandlet tidligere i indeværende afhandling, hvorefter det derfor blot kort skal defineres hvad der skal være opfyldt for at kunne påberåbe sig denne bestemmelse. Den første betingelse er, at der skal være tale om et monopol, og dermed en virksomhed eller et organ der er tildelt en form for eneret. For det andet skal der være tale om et statsligt monopol, dvs. et monopol som via lovgivning er etableret af staten. I art. 37, stk. 1 TEUF [31, stk. 1 EF] fremgår det, at et statsligt monopol fremkommer i alle tilfælde hvor en stats myndigheder kan udøve en bestemmende indflydelse på mo-

¹⁵⁸ C-6/01, *Anomar*, præmis 56

¹⁵⁹ C-42/07, *Liga Portuguesa*, præmis 46 og 47

¹⁶⁰ C-243/01, *Gambelli*, præmis 46 og C-338/04, *Placanica*, præmis 43

¹⁶¹ C-6/01, *Anomar*, præmis 57

nopolets funktion. For det tredje skal monopolet udføre handel med varer, hvilket navnlig omfatter import, eksport og markedsføring af varer. Dermed er tjenesteydelsesmonopoler ikke omfattet af bestemmelsen medmindre disse kan få en direkte indflydelse på samhandlen mellem medlemsstaterne. Art. 37 TEUF [31 EF] finder dermed ikke anvendelse på tjenesteydelsesmonopoler, hvilket også fremgik af C-6/01, *Anomar*, præmis 60. Domstolen udtalte heri, at eftersom virksomhed med lykkespil måtte anses for at vedrøre tjenesteydelser i traktatens forstand, var et eventuelt monopol på drift af lykkespil udelukket fra art. 37, stk. 1's TEUF [31, stk. 1 EF] anvendelsesområde.

Men kan af dommen udlede, at bestemmelsen ville finde anvendelse hvis monopolet udførte handel med varer. Hvorvidt et nationalt spillemonopol kan være omfattet af varernes frie bevægelighed er flere gange blevet behandlet. I C-275/92, *Schindler* kom domstolen i præmis 23 således frem til, at selvom *Schindler* sendte fysiske genstande til Storbritannien for at reklamere for lotterier, og at fysiske genstande, som er resultatet af en fremstilling, var varer ifølge Domstolens praksis, var det ikke tilstrækkeligt til, at deres virksomhed kunne henhøre varernes frie bevægelighed.¹⁶² Samme resultat kom Domstolen også frem til i C-6/01, *Anomar* hvor virksomhed med drift af spilleautomater til lykkespil, blev anset for at falde udenfor varernes frie bevægelighed.

5.1.1.1 Sammenfatning

Man kan sammenfatte, at hovedparten af de sager der har været indgivet for Domstolen, omhandlende nationale spillemonopoler, anvender art. 56 TEUF [49 EF] når der skal undersøges hvorvidt dette monopol er i overensstemmelse med fællesskabsretten eller ej. Som det også fremgik i afsnit 3.4.3 adskiller tjenesteydelserne frie bevægelighed sig fra etableringsretten ved at udøve en aktivitet midlertidigt. I visse tilfælde er etableringsrettens regler blevet påberåbt mod nationale restriktioner. Det skal dog pointeres, at etableringsretten kun har fundet anvendelse hvor aktiviteten er blevet udøvet permanent i en medlemsstat, jf. tilfældet i C-243/01, *Gambelli* og C-338/04, *Placanica*. Det er i flere afgørelser gjort klart, at diverse former for spil ikke udgør en vare i traktatens forstand og derfor ikke finder anvendelse på varernes frie bevægelighed, hvorefter traktatens art. 37 heller ikke kan påberåbes. Man kan således konkludere, at nationale spillemonopoler i hovedreglen hidrører art. 56 TEUF [49 EF],

¹⁶² C-275/92, *Schindler*, præmis 25 og 24

men kan høre under art. 49 TEUF [43 EF], hvis betingelserne for dette, jf. afsnit 3.4.1. er opfyldt.

5.1.2 Udgør en hindring

I vurderingen af hvorvidt et nationalt spillemonopol er forenelighed med de ovenover nævnte artikler, navnlig art. 56 TEUF [49 EF], skal det undersøges hvad der skal til for at de nationale bestemmelser udgør en hindring for denne eller disse artikler.

Der er flere gange i praksis taget stilling til hvornår dette er opfyldt. I C-275/92, Schindler pointerede Domstolen, at en national lovgivning, selvom den blev anvendt uden forskelsbehandling, kunne rammes af forbuddet i art. 56 TEUF [49 EF], når den var til hinder for, eller på anden måde generede den virksomhed, der blev udøvet af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverede tilsvarende tjenesteydelser.¹⁶³ Domstolen mente i præmis 44, at en national lovgivning som den britiske, der fuldstændig forhindrede arrangørerne i de andre medlemsstater at markedsføre deres lotterier og sælge lodsedler til dette, udgjorde en hindring.

I C-124/97 Läära kom Domstolen ligeledes frem til, at den finske lovgivning udgjorde en hindring for den frie bevægelighed idet den direkte eller indirekte forhindrede de erhvervsdrivende fra andre medlemsstater i selv at stille apparater til disposition. Ligeledes i C-67/98, Zanetti nævnte Domstolen, at den italienske lovgivning, der fandt anvendelse uden forskelsbehandling på udbydere der måtte være interesseret i at drive en sådan virksomhed, udgjorde en hindring, da den direkte eller indirekte forhindrede udbyderne i de andre medlemsstater i selv at indgå væddemål på italiensk område.¹⁶⁴

I C-243/01, Gambelli og C-338/04, Placanica anførte Domstolen, at hvis et selskab, der er etableret i én medlemsstat, driver virksomhed med indsamling af indsatser i væddemål, ved benyttelse af agenturer der er etableret i en anden medlemsstat, udgør de restriktioner som pålægges agenturernes virksomheder, en hindringer for etableringsfriheden.¹⁶⁵ Det blev desuden anført, at et forbud mod mellemænd, som i dette tilfælde medvirker til udveksling af tjenesteydelser, der afholdes af en tjenesteyder der er etableret i en anden medlemsstat, end den

¹⁶³ C-275/92, Schindler, præmis 43

¹⁶⁴ C-67/98, Zanetti, præmis 26 og 27

¹⁶⁵ C-243/01, Gambelli, præmis 46 og C-338/04, Placanica, præmis 43

hvori mellemmandene har virksomhed, udgør en restriktion for den nævnte tjenesteyders ret til frit at udveksle tjenesteydelser.¹⁶⁶

I C-42/07, Liga Portuguesa pointerede Domstolen, at art. 56 TEUF [49 EF] kræver ophævelse af enhver restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, også selvom restriktionen gælder uden forskel på inden- og udenlandske tjenesteydere, når den kan udelukke, indebære ulemper for eller gøre den virksomhed mindre tiltrækkende, som udøves af tjenesteydere fra andre medlemsstater, som dér lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser. Domstolen konkluderede, at det i sagen derfor var ubestridt at der forelå en hindring.¹⁶⁷

5.1.2.1 Sammenfatning

Hvis man sammenligner den praksis der blev gennemgået ovenover i afsnit 4, med medlemsstaternes spillelovgivning gennemgået i afsnittene 2, 4.3.1, 4.4.1 og 4.5.1, kan man konkludere, at disse kan udgøre en hindring for tjenesteydernes frie bevægelighed og etableringsretten. Dette kan konkluderes, da samtlige beskrevne monopoler, selvom restriktionerne gælder uden forskel på inden- og udenlandske tjenesteydere, indebærer ulempe, udelukker eller gør det mindre tiltrækkende at udøve tjenesteydelser i den respektive medlemsstat. Derimod kan det antages, at andre områder som varernes frie bevægelighed ikke finder anvendelse på nationale spillemonopoler som disse.

5.1.3 Begrundelse for hindringen og kravet om proportionalitet

Da det ovenover er konkluderet, at de nationale spillemonopoler hovedsagelig udgør en hindring for tjenesteydernes frie bevægelighed, skal det herefter undersøges, om denne hindring kan begrundes i de traktatfæstede undtagelser eller i tvingende almene hensyn hvorved proportionalitetsprincippet ligeledes skal være overholdt.

Som det fremgik af afsnit 3.4.1 og 3.4.2 er foranstaltning i strid med art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF], som udgangspunkt forbudt. Der forekommer dog visse undtagelser til denne hovedregel. Direkte diskrimination kan retfærdiggøres hvis den er omfattet af undtagelserne nævnt i art. 51 og 52 TEUF [45 og 46 EF]. Disse finder anvendelse på etableringsretten og tjenesteydernes frie bevægelighed, jf. art. 62 TEUF [55 EF]. Som det fremgik af afsnit 2 og 4 anvendes de forskellige nationale monopoler oftest uden forskel, hvorefter direkte diskrimination ikke kunne påberåbes. Da disse hindringer dermed udgør en indirekte diskrimination

¹⁶⁶ C-338/04, Placanica, præmis 44 og C-243/01, Gambelli, præmis 58

¹⁶⁷ C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 51-54

eller en restriktion kan foranstaltningen tillige retfærdiggøres ved de tvingende almene hensyn, hvilket indebærer, at den nationale foranstaltning skal være anvendt uden forskelsbehandling, altså være ikke-diskriminerende, være begrundet i tvingende samfundsmæssige/almene hensyn, og være egnet til at sikre det formål, der forfølges og ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.¹⁶⁸

5.1.3.1 Begrundelse for hindringen

Der er flere gange i praksis taget stilling til hvilke begrundelser der er accepterede som tvingende samfundsmæssige hensyn. I C-275/92, Schindler kom Domstolen frem til, at hensynene om at forebygge kriminalitet og sikre, at deltagerne i spil om penge behandles ærligt. At undgå en stimulation af efterspørgslen efter penge, der ved overdrevet brug har socialt skadelige konsekvenser og at sikre, at lotterier ikke kan arrangeres med personlig og erhvervsmæssig indtjening for øje, men i stedet med velgørende, sportslige og kulturelle formål,¹⁶⁹ var samfundsmæssige hensyn der kunne begrunde så vidtgående begrænsning, som forbud mod lotterier på medlemsstatens område, og dermed udgøre en tilsidesættelse af art. 56 TEUF [49 EF].¹⁷⁰ Dette var hensyn der havde til formål at beskytte modtageren af tjenesteydelsen, nemlig forbrugeren, og var dermed anerkendte og egnede mål der kunne berettige indgreb i art. 56 TEUF [49 EF].

Denne praksis blev videreført i dommene C-124/97 Läära og C-67/98, Zanetti hvor Domstolen i C-124/97 Läära kom frem til, at ønsket om at begrænse udnyttelsen af menneskers spillelidenskab, at undgå de risici for forbrydelser og svig, der opstod i forbindelse med de hertil knyttede aktiviteter, samt ønsket om kun at tillade disse i det øjemed at indsamle midler til velgørende arbejde eller til støtte for almenyttige formål, var accepterede samfundsmæssige hensyn.

Ligeledes i C-67/98, Zanetti kom Domstolen frem til, at formålet at forhindre at spil blev en kilde til personlige indtjening, at undgå risiciene for forbrydelser og bedrageri samt socialt skadelige konsekvenser for den enkelte, var accepterede samfundsmæssige hensyn.¹⁷¹

I dommene C-243/01, Gambelli, C-338/04, Placanica og C-42/07, Liga Portuguesa blev der ligeledes nævnt en række samfundsmæssige hensyn, såsom forbrugerbeskyttelse, fore-

¹⁶⁸ C-55/94, Gebhard, præmis 37

¹⁶⁹ C-275/92, Schindler, præmis 57

¹⁷⁰ C-275/92, Schindler, præmis 59

¹⁷¹ C-67/98, Zanetti, præmis 30

byggelse af bedrageri, forstyrrelser af samfundsordenen, samt fjernelse af incitament for borgerne til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed, som var anerkendte samfundsmæssige hensyn. Det blev dog også pointeret, at tab af eller nedgang i skatteindtægter ikke kan legalisere restriktionen. Der blev lagt vægt på, finansiering af sociale aktiviteter via afgifter kun burde være en ekstra fordel og ikke en egentlig begrundelse.¹⁷² I C-275/92, Schindler blev det ligeledes konstateret, at selvom bidraget til finansieringen af velgørende eller almennyttigt arbejde af social, forsorgsmæssig, sportslig eller kulturel karakter, ikke var hensyn der kunne anses for en objektiv begrundelse, var disse hensyn ikke uden betydning.¹⁷³

5.1.3.2 Kravet om proportionalitet

For at hindringer/restriktioner kan begrundes i tvingende almene hensyn skal de være egnet til at sikre virkeliggørelsen af de formål, de forfølger, og ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål. I næsten samtlige domme, jf. afsnit 4 overlod Domstolen det til de nationale myndigheder, ud fra et skøn, at vurdere hvorvidt proportionalitetsprincippet var overholdt.¹⁷⁴

I C-275/92, Schindler foretog Domstolen dog selv denne vurdering og i præmis 62 kom den frem til, at det britiske forbud mod indførsel af materiale, var et nødvendigt led i den beskyttelse, som Storbritannien ønskede at sikre i forbindelse med lotterier, hvilket derfor medførte, at art. 56 TEUF [49 EF] ikke var til hinder for en lovgivning, som den britiske, når sociopolitiske hensyn og det hensynet at forebygge bedrageri begrundede den.

Samme princip fulgte Domstolen i C-124/97 Läära og pointerede i den henseende, at bestemmelserne i den finske lovgivning, for så vidt som de tildelte ét enkelt offentligt organ enerettigheder, ikke var uforholdsmæssige i forhold til de mål lovgivningen fulgte.¹⁷⁵ Domstolen mente, at den omstændighed, at de omhandlede spil ikke var fuldstændig forbudt, ikke var tilstrækkelig bevise for, at den nationale lovgivning i virkeligheden ikke havde til formål at nå de almennyttige formål, som den angiveligt fulgte. Denne påstand blev ligeledes anvendt i C-67/98 Zanatti, præmis 35 og C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 58. Domstolen mente endvidere, at en eneret, som medførte den fordel, at lede spillelysten og udnyttelsen af spil ind i kontrollerende baner, at forhindre risikoen for, at en sådan udnyttelse skete i svingagtigt og

¹⁷² C-243/01, Gambelli, præmis 61 og C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 56

¹⁷³ I C-275/92, Schindler, præmis 60

¹⁷⁴ Se således f.eks. C-275/92, Schindler, præmis 61, C-124/97 Läära, præmis 35, C-338/04, Placanica, præmis 47 og C-42/07, Liga Portuguesa, præmis 57

¹⁷⁵ C-124/97, Läära, præmis 42

kriminelt øjemed, og dermed sikre, at det herved fremkomne provenu blev anvendt til almen-nyttige formål, også indgik i bestræbelserne på at nå disse mål.¹⁷⁶ Selvom det beløb staten oppebar til almen-nyttige formål, også kunne tilvejebringes på andre måder, f.eks. ved beskatning af spilleautomatvirksomhed, var den forpligtelse, der påhvilede RAY, en mere effektiv foranstaltning til, på baggrund af risikoen for kriminelle forhold og svig, at sikre, at gevinsten ved sådan virksomhed var snævert begrænset.¹⁷⁷

I sagerne C-243/01, Gambelli og C-338/04, Placanica undersøgt Domstolen om kravet om koncession, udbudspolitikken og kravet om en polititilladelse var proportionelle. Ved kravet om koncession, blev der undersøgt om kravet kunne begrundes ud fra to formål, formålet at reducere spillemulighederne og formålet om at bekæmpe kriminalitet ved undergivelse af kontrol. Formålet om at reducere spillemulighederne var begrundet med at øge skatteindtægterne, hvilket Domstolen ikke anså som et legitimt formål. Formålet om at bekæmpe kriminalitet ved undergivelse af kontrol anså Domstolen derimod for, at være i overensstemmelse med målet om at få flere spillere til at benytte lovlige udbydere. Domstolen pointerede derfor at dette kunne legitimere udvidelsen af spil, den øgede reklameindsats, samt nye distributionsmetoder. Domstolen konkluderede, at et koncessionssystem kunne udgøre en effektiv og præventiv metode mod kriminelle og bedrageriske formål.¹⁷⁸

Angående foreneligheden med udbudspolitikken udtalte domstolen, at udelukkelsen gik videre end hvad der er nødvendigt for at nå målet om at undgå eller begrænse kriminelle og bedrageriske formål.¹⁷⁹ Omvendt mente Domstolen, at kravet om polititilladelse klart bidrog til at nå målet om at begrænse kriminelle og bedrageriske aktiviteter og fremstod som en foranstaltning der fuldt ud stod i forhold til målet. Det skal dog bemærkes, at eftersom det ikke var muligt at indhente polititilladelsen, da de manglede den fornødne koncession på baggrund af en fællesskabsstridig restriktion, kunne der ikke pålægges strafferetlige sanktioner for udøvelsen af organiseret væddemål uden koncession eller polititilladelse.¹⁸⁰

I C-42/07, Liga Portuguesa var formålet med lovgivningen at bekæmpe kriminalitet og beskytte forbrugere mod svig, og der blev anført, at tildelingen af eneretten gjorde det mulige at

¹⁷⁶ C-124/97, Läära, præmis 37

¹⁷⁷ C-124/97, Läära, præmis 40 og 41

¹⁷⁸ C-338/04, Placanica, præmis 57 og 58

¹⁷⁹ C-338/04, Placanica, præmis 62

¹⁸⁰ C-338/04, Placanica, præmis 70

føre en sikker og kontrolleret ordning. Domstolen anerkendte, at eneretten, som var underlagt en snæver kontrol fra de offentlige myndigheders side, kunne gøre det muligt at lede udnyttelsen af spil ind i kontrollerede baner og måtte derfor anses som egnede til at beskytte forbrugeren mod svig begået af erhvervsdrivende. Til undersøgelse af hvorvidt ordningen var nødvendig, anførte den portugisiske regering, at myndighederne ikke havde de samme kontrolmuligheder til at kontrollere udenlandske udbydere som de havde ved offentlige virksomheder. Domstolen konkluderede derfor, at restriktionen måtte anses for begrundet i hensynet til bekæmpelse af svig om kriminalitet.

5.1.4 Sammenfatning

Nationale spillemonopoler er et eksempel på et totalt forbud mod udøvelsen af en aktivitet. Et sådan monopol udgør en hindring for fællesskabsretten, specielt art. 56 TEUF [49 EF]. Medlemsstaterne har dog påberåbt sig visse hensyn for at legalisere denne hindring. Hensyn såsom forebyggelse af svindel og bedrageri, moralske, religiøse og kulturelle værdier, forebyggelse af kriminalitet, sikre en ærlig udførelse af spil, begrænse udnyttelsen af menneskers spillelidenskab, forbrugerbeskyttelse, samt fjernelse af incitamenter for borgerne til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed, er hensyn der er accepterede af Domstolen. Hvorvidt disse samfundsmæssige hensyn var proportionelle skulle undersøges af de nationale myndigheder. Praxis har dog vist, at hindringer der f.eks. sikrer at lede spil ind i kontrollerede baner er egnede til at beskytte forbrugeren, og nødvendige da myndighederne dermed besad kontrolmuligheder de ellers ikke ville besidde. Ligeledes kunne et koncessionssystem hvis formålet var, at bekæmpe kriminalitet ved undergivelse af kontrol, være i overensstemmelse med målet om at få flere spillere til at benytte lovlige udbydere, hvorefter dette kunne legitimere en udvidelse af spil, øgede reklameindsats, samt nye distributionsmetoder. Det er således efter disse principper muligt at legalisere et nationalt spillemonopol.

Dette stemmer godt overens med Europa-Parlamentets beslutning af 10. marts 2009 om sikkerhed ved online-spil (2010/C87 E/08). Her blev det besluttet, at medlemsstaterne selv skulle bestemme reglerne omkring online spil. Det fremgik bl.a. af beslutningen, at medlemsstaterne i henhold til nærhedsprincippet og praksis, har interesse og ret til at kontrollere og regulere deres spillemarkeder med henblik på, at beskytte forbrugeren mod ludomani og svindel mv., samt beskytte deres kulturbestemte finansieringsstrukturer.

5.2 Et nationalt spillemonopols forenelighed med art. 102 og 106 TEUF [82 og 86 EF]

Selvom domspraksis hovedsagelig kun har undersøgt om et nationalt spillemonopol er foreneligt med art. 49 og 56 TEUF [43 og 49 EF], skal det undersøges om nationale spillemonopoler kan falde under bestemmelserne i art. 102 og 106 TEUF [82 og 86 EF]. Det fremgik af afsnit 3.5, at man for at blive omfattet af art. 102 TEUF [82 EF] skulle opfylde tre betingelser. Virksomheden skulle indtage en dominerende stilling, denne skulle være misbrugt og samhandlen skulle påvirkes mellem medlemsstaterne.

5.2.1 Dominerende stilling, misbrug og påvirkning af samhandlen

Begrebet dominerende stilling blev i C-27/76, United Brands, defineret som en virksomheds økonomiske magtposition, der sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder, og i sidste instans forbrugerne. For at undersøge om en virksomhed indtager en dominerende stilling er det nødvendigt, først at afgrænse det pågældende marked, hvorved der skal tages stilling til hvilket produkt- og geografisk marked virksomheden agerer på. I dette tilfælde er dette dog ikke nødvendigt, da en virksomhed som har en lovbestemt eneret til at udøve en bestemt form for virksomhed, allerede på baggrund af denne tildelte eneret, allerede besidder en dominerende stilling på markedet, da andre virksomheder er forhindret i at få adgang til dette. Dette er også tilfældet hvis der kræves en bestemt form for tilladelse til at udøve virksomhed. Det skal dog pointeres, at produktmarkedet må være spillemarkedet, eller den del af spillemarkedet hvor der optræder en eneret. Det geografiske marked må være den enkelte medlemsstat, da det relevante geografiske marked defineres som det område, hvor de deltagende virksomheder er involveret i udbud af og efterspørgsel efter produkter eller tjenesteydelser. Det kan ligeledes argumenteres for, at de nationale spillemonopoler udgør en kollektivt dominerende stilling, hvorefter det geografiske marked bliver udvidet til at indeholde flere medlemsstater. Det er dog ubestridt, at et nationalt spillemonopol i de forskellige medlemsstater indtager en dominerende stilling på spillemarkedet og derfor opfylder denne betingelse.

For at blive omfattet af art. 102 TEUF [82 EF] skal den dominerende stilling være misbrugt. Misbrugsbegrebet omhandler ikke kun virksomheders misbrug af den dominerende stilling, men tillige adfærd der er med til at styrke denne. Til at vurdere hvorvidt den dominerende stil-

ling er misbrugt, anvender Domstolen en form for proportionalitetsvurdering. Således fremgik det af C-27/76, *United Brands*, præmis 189, at selvom indtagelsen af den dominerende stilling ikke fratager virksomheden for at beskytte sine egne handelsinteresser når disse angribes, og virksomheden dermed må tilstås mulighed for at træffe sådanne foranstaltninger, som denne finder egnet til at beskytte sine interesser, er en sådan adfærd ulovlig når dens formål er at styrke og misbruge den dominerende stilling. Selvom virksomheden skal have mulighed for at gå til modangreb, skal dette ske under hensynstagen til de pågældende virksomheders økonomiske styrke og stå i et rimeligt forhold til truslen.¹⁸¹

Det fremgår direkte af art. 102 TEUF [82 EF] at misbrug særligt kan bestå i direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser. Denne form for misbrug er karakteriseret som en udnyttende adfærd. misbrugsformen er interessant når man beskæftiger sig med nationale spillemonopoler som omtalt i afsnit 2. I afsnit 3.5 fremgik det, at Domstolen i C-27/76, *United Brands* fastslog, at til at vurdere hvad der er urimelige priser, må man vurdere, om den dominerende virksomhed har gjort en sådan brug af sin dominans, at denne herved opnåede fordele, som den ikke ville have opnået, hvis der havde været normal og tilstrækkelig konkurrence. Domstolen konkluderede endvidere, at der vil være tale om et misbrug, såfremt der forlanges en for høj pris, som ikke står i rimelig forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse.¹⁸² Man kan forestille sig, at indehaveren af et spillemonopol har mulighed for, at udbyde dårligere odds på f.eks. diverse sportsspil som ene udbyder, end tilfældet ville være, hvis der havde været normal og tilstrækkelig konkurrence. Ligeledes kan det tænkes, at prisen på en lottokupon er højere end den ville være med normal og tilstrækkelig konkurrence. Det har dog også vist sig, at hvis man går ind på danskespil.dk og sammenligner dennes odds med f.eks. ladbrokes.com, og andre udenlandske udbydere, er oddsene generelt dårligere på danskespil.dk end de andre sider. Dette er et generelt billede og ligeledes tilfældet hvis man sammenligner de udenlandske udbydere med det norske spillemonopols udbyder norsk-tipping.no. Et nationalt spillemonopol kan derfor misbruge deres dominerende stilling ved at udbyde urimelige købs- eller salgspriser i form af f.eks. dårlige odds. Dermed kan den anden betingelse være opfyldt.

Som det fremgik af afsnit 3.5. kan bestemmelserne i art. 102 TEUF [82 EF] i visse tilfælde også anvendes for misbrug der udøves på et andet marked end det hvor virksomheden indtager den dominerende stilling, det ikke-dominerende marked. Et eksempel på dette kan fore-

¹⁸¹ C-27/76, *United Brands*, præmis 190

¹⁸² C-27/76, *United Brands*, præmis 249

komme når den nationale udbyder besidder en dominerende stilling på lottomarkedet, og dermed får en sammenhængende fordel på de andre spillemarkeder og dermed også har mulighed for at misbruge den dominerende stilling på det ikke-dominerende marked. Som det fremgik af afsnit 3.5 kan dette kun lade sig gøre, hvis der foreligger særlige omstændigheder. C-333/94, Tetra Pak 2 var et eksempel på dette. Af dennes præmis 27 fremgik det, at forudsætningen for at anvende art. 102 TEUF [82 EF] var, at der forelå en sammenhæng mellem den dominerende stilling og det påstående misbrug. Da virksomheden i sagen sad på 78 % af salget på både det dominerende og det ikke-dominerende marked, mente Domstolen at dette var nok til at fastslå dominans og at art. 102 TEUF [82 EF] derfor kunne anvendes for misbrug på det ikke-dominerende marked. Sammenhængen mellem markedernes betydning blev i præmis 29 tillagt væsentlig betydning. Heraf fremgik det, at ca. 35 % af virksomhedens kunder købte produkter fra begge markeder og at virksomheden med en fuldstændig dominans på det ene marked, nød en privilegeret stilling på det ikke-dominerende marked. Dette bl.a. begrundet med, at da virksomheden havde dominans på det ene marked, kunne de koncentrere deres indsats på det ikke-dominerende marked, og dermed handle uafhængigt af de øvrige erhvervsdrivende.

Da problemstillingen ikke har været undersøgt indenfor spillemarkedet, kunne det være relevant at anvende Domstolens afgørelse i C-333/94, Tetra Pak 2 analogt på et nationalt spillemonopol som f.eks. det danske eller norske spillemonopol på lotterier. Virksomhederne besidder 100 % af salget på det dominerende marked (lottomarkedet) og på en stor del af salget på de øvrige markeder. Hvis man tager udgangspunkt i det danske spillemarked, omsatte Danske Spil således for 2,976 mia. kr. i 2009 i kategorien vinderspil.¹⁸³ Dette beløbe må antages at udgøre en væsentlig del af den samlede omsætning på vinderspils markedet, hvilket gør at Danske Spil også er en væsentlig aktør på det ikke-dominerende marked. Danske Spil kan dermed koncentrere sig om det ikke-dominerende marked og handle uafhængig af de øvrige erhvervsdrivende. Danske Spil nyder derfor en privilegeret stilling på det ikke-dominerende marked, vinderspils markedet, og dermed vil misbrug på dette marked også blive omfattet af bestemmelserne i art. 102 TEUF [82 EF].

Den sidste betingelse for at man kan påberåbe art. 102 TEUF [82 EF] er, at den dominerende stilling påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Det fremgik af afsnit 3.5, at kommis-

¹⁸³ Beløbet er taget fra Danske Spils årsrapport 2009.

sionen i meddelelse 2004/C 101/07 om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handlen i traktatens art. 81 og 82 EF [nu 101 og 102 TEUF] havde opstillet nogle ikke bindende retningslinjer for bedømmelse af, hvornår samhandlen er påvirket.

For det første skal der være tale om handel mellem medlemsstaterne. i Kommissionens meddelelse 2004/C 101/07 fremgik det af pkt. 21, at kravet om, at der skal foreligge en påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne imellem, indebærer, at der skal foreligge en påvirkning af den grænseoverskridende økonomiske aktivitet mellem mindst to medlemsstater. Det kræves dog ikke, at aftalen eller adfærden påvirker handelen mellem hele en medlemsstat og hele en anden medlemsstat. Det er således rigeligt, at der kun er tale om en del af en medlemsstat, forudsat at påvirkningen af handelen er mærkbar. Af pkt. 22 fremgår det endvidere, at kriteriet er uafhængig af definitionen af relevante geografiske markeder. Et spillemonopol må antages at bestå dette kriterium hvorefter denne betingelse er opfyldt.

For det andet skal det på baggrund af objektive forhold undersøges om det på baggrund af retlige eller faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, at aftalen direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt øver indflydelse på samhandelen mellem medlemslandene. Denne betingelse må også antages at være opfyldt med et nationalt spillemonopol.

Det tredje kriterium var mærkbarhedskriteriet, hvorefter konkurrencereglerne kun fandt anvendelse på aftaler og adfærd, der kan have virkning af en vis størrelsesorden. Vurderingen af mærkbarhed afhænger af omstændighederne i hver enkelt sag, i særdeleshed aftalens eller adfærdens art, de relevante produkters art og de deltagende virksomheders position på markedet. Jo stærkere de deltagende virksomheder står på markedet, desto mere sandsynligt er det, at en aftale eller en adfærd, som kan påvirke handelen mellem medlemsstater, vil blive anset for at kunne gøre det mærkbart. Det fremgik, at virksomheder hvis salg tegnede sig for ca. 5 % af markedet var mærkbart. Da et nationalt spillemonopol er mærkbart er samtlige tre kriterier opfyldt hvorefter det kan konstateres, at et nationalt spillemonopol kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Dermed er alle betingelser for at blive omfattet af art. 102 TEUF [82 EF] opfyldt.

5.2.2 Mulighed for fritagelse?

Som det fremgår af afsnit 3.5. er der som hovedregel ikke mulighed for fritagelse af art. 102 TEUF [82 EF]. Det er dog muligt at blive fritaget for artiklens bestemmelser hvis man kan blive omfattet af art. 106, stk. 2 TEUF [86, stk. 2 EF]. Af denne fremgår det, at virksomheder,

der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet traktaternes bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Unionens interesse.

Da spillemonopolerne medfører, at virksomhederne har fået tildelt eksklusive eller særlige rettigheder og typiske er offentlige virksomheder som er omfattet af art. 106, stk. 1 TEUF [86, stk. 1 EF], og virksomhederne har ret til at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, dvs. ydelser af forretningsmæssig karakter, der tjener et almennyttigt formål, kan spillemonopolerne evt. retfærdiggøres efter art. 106, stk. 2 TEUF [86, stk. 2 EF]. Resultatet må afhænge af hvorvidt Domstolen i en evt. sag mener, at spillevirksomhed udgør tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse. Da de fleste spillemonopoler tjener almennyttige formål, burde spillevirksomhed dog blive betragtet som dette hvorefter virksomheden kan fritages.

5.2.3 Sammenfatning

En virksomhed som besidder en eneret til at udbyde en form for spil kan opfylde alle tre betingelser for at blive omfattet af art. 102 TEUF [82 EF]. En sådan virksomhed indtager en dominerende stilling, da virksomheden har en lovbestemt eneret til at udøve en bestemt form for virksomhed. Denne dominerende stilling kan være misbrugt hvis virksomheden misbrug består i direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser, f.eks. dårlige odds. En virksomhed som besidder en eneret kan ligeledes udgøre en mærkbar påvirkning af samhandlen i medlemsstaterne. Et spillemonopol må dog antages at kunne retfærdiggøres efter art. 106, stk. 2 TEUF [86, stk. 2 EF] da disse tjener almennyttige formål.

6. Konklusion

I afsnit 2 fremgik det, at der ikke forelå europæisk konsensus for hvilken retning de nationale spillemarkeder skulle gå. Flere lande er i gang med en delvis liberalisering, mens andre lande vil indføre yderlige restriktioner. Af afsnittet fremgik det endvidere, at flere af medlemsstaterne i undersøgelsen havde en spillelovgivning hvor visse former for spil, var forbeholdt visse offentlige instanser, og dermed ikke var i frit udbud på markedet. Forbuddene bestod ofte i, at andre spilleudbydere var udelukket fra, at udbyde og reklamere for deres spil på markederne. Et generelt billede var ligeledes, at overtrædelse af de nationale forbud i værste fald kunne medføre fængselsstraf.

Efter identificeringen af de nationale bestemmelser, var formålet med afhandlingen, at undersøge hvorvidt disse spillemonopoler kunne være forenelige med TEUF-traktaten. Specielt indenfor to områder af EU-retten ville det være aktuelt at undersøge et spillemonopols forenelighed med TEUF-traktaten, nemlig inden for den frie bevægelighed, og EU-konkurrenceretten. Inden for den frie bevægelighed var det specielt etableringsretten og tjenesteydernes frie bevægelighed der var af relevans, mens det indenfor EU-konkurrenceretten primært var misbrug af den dominerende stilling der skulle undersøges.

I retspraksis viste det sig, at et nationalt spillemonopols forenelighed med fællesskabsretten hovedsagelig blev behandlet efter bestemmelserne om tjenesteydernes frie bevægelighed. Dette fremgik bl.a. af C-124/97, Läära, C-67/98, Zanetti, C-6/01, Anomar, og C-42/07, Liga Portuguesa. Der kunne dog også forekomme tilfælde hvor et nationalt spillemonopol henhørt etableringsretten. Dette blev statueret i C-243/01, Gambelli og C-338/04, Placanica.

Der var ligeledes stor enighed om, at selvom spillemonopolet blev anvendt uden forskelsbehandling, indebar det en ulempe der udelukkede andre udbydere, eller gjorde det mindre tiltrækkende at udøve tjenesteydelse i den respektive medlemsstat, og dermed udgjorde et nationalt spillemonopol en hindring for tjenesteydernes frie bevægelighed, da den direkte eller indirekte forhindrede udbydere adgang til markedet.

Det fremgik, at et sådan hindring kun kunne retfærdiggøres hvis hindringen kunne begrundes i enten de traktatfæstede undtagelsesbestemmelser i art. 51 og 52 TEUF [45 og 46 EF], eller i tvingende almene hensyn. Da spillemonopolerne ikke udgjorde en direkte diskrimination men i stedet en restriktion, og der i praksis ikke var statueret saglig begrundelse efter art. 51 og 52 TEUF [45 og 46 EF], skulle restriktionerne kunne begrundes i tvingende almene hensyn

hvis hindringen skulle retfærdiggøres. Det forekom af praksis, at de hensyn Domstolen accepterede som tvingende samfundsmæssige hensyn, var hensyn der havde til formål at beskytte modtageren af tjenesteydelsen, nemlig forbrugeren. Hensyn såsom forebyggelse af svindel og bedrageri, moralske, religiøse og kulturelle værdier, forebyggelse af kriminalitet, sikre en ærlig udførelse af spil, begrænse udnyttelsen af menneskers spillelidenskab, forbrugerbeskyttelse, samt fjernelse af incitamenter for borgerne til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed, er hensyn der er accepterede af Domstolen og tillige hensyn der er i overensstemmelse med Europa-Parlamentets beslutning af 10. marts 2009 om sikkerhed ved online-spil (2010/C87 E/08).

De tvingende samfundsmæssige hensyn skal dog ligeledes være proportionelle. Praksis viste, at hindringer der sikrer at lede spil ind i kontrollerede baner er egnede til at beskytte forbrugeren, og nødvendige da myndighederne dermed besad kontrolmuligheder de ellers ikke ville besidde. Ligeledes kunne et koncessionssystem hvis formålet var, at bekæmpe kriminalitet ved undergivelse af kontrol, være i overensstemmelse med målet om at få flere spillere til at benytte lovlige udbydere, hvorefter dette kunne legitimere en udvidelse af spil, øgede reklameindsats, samt nye distributionsmetoder. Det er dog op til de nationale myndigheder, ved skøn, at vurdere hvorvidt hindringerne er proportionelle.

Det kan derfor konkluderes, at et nationalt spillemonopol kan udgøre en hindring for fællesskabsretten, specielt tjenesteydelseernes frie bevægelighed. Der findes dog hensyn der kan begrunde en sådan hindring, hvorefter hensyn der har til formål at beskytte modtageren af tjenesteydelsen, såsom forbrugerbeskyttelse, forebyggelse af bedrageri, forstyrrelser af samfundsordenen mv., er sådanne. Hvorvidt hindringen er proportional må være op til de enkelte medlemsstater at vurdere. Det må dog antages, at hvis man tager udgangspunkt i praksis, så har medlemsstaterne lang snor til at vurdere dette. Man kan dog antage, at den delvise liberalisering er et udtryk for, at medlemsstaterne ønsker at lempe nogle af de hindringer der foreligger for at komme ind på markedet og dermed føre en mindre restriktiv politik end tidligere.

Det andet område der var aktuelt at undersøge i forbindelse med spillemonopolers forenelighed med TEUF-traktaten var EU-konkurrenceretten. For at kunne påberåbe sig bestemmelserne i art. 102 [82 EF], skulle en virksomhed indtage en dominerende stilling, denne skulle være misbrugt og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Det er ubestridt at et spillemonopol påvirker samhandlen mellem medlemsstaterne. Et nationalt spillemonopol der besidder en

lovbestemt eneret, indtager alene på baggrund af dette en dominerende stilling på markedet, da andre virksomheder dermed er forhindret i at få adgang til dette. Når en virksomhed besidder en eneret på markedet, har den let adgang til at påtvinge urimelige købs- eller salgspriser til forbrugeren. Hvis der kan føres bevis for, at forbrugeren lider skade i form af dårligere købspriser kan det således bevises, at en virksomhed der besidder et monopol på spillemarkedet, misbruger sin dominerende stilling, jf. art. 102 [82 EF]. Som det dog også var tilfældet ved den frie bevægelighed, kan et sådan misbrug retfærdiggøres hvis man kan blive omfattet af art. 106, stk. 2 TEUF [86, stk. 2 EF].

Da spillemonopolerne medfører, at virksomhederne har fået tildelt eksklusive eller særlige rettigheder og er offentlige virksomheder som er omfattet af art. 106, stk. 1 TEUF [86, stk. 1 EF], og virksomhederne har ret til at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, dvs. ydelser af forretningsmæssig karakter, der tjener et almennyttigt formål, kan disse fritages for at udnytte deres dominerende stilling. Det er dog vigtigt at pointere, at det kun er virksomheder er tjener almennyttige formål der kan fritages. Virksomheder som ikke har almennyttige formål kan dermed antages at misbruge deres dominerende stilling. Som det fremgik af afsnit 2 har de fleste af de beskrevne spillemonopoler almennyttige formål, og det må derfor konkluderes, at de er forenelige med TEUF-traktatens konkurrencebestemmelser.

Det skal derfor konkluderes at et nationalt spillemonopol, under betingelser som fremført ovenover, kan være forenelige med TEUF-traktatens bestemmelser om etableringsretten, tjenesteydelseernes frie bevægelighed og EU's konkurrenceret.

7. Kildefortegnelse

7.1 Bøger

- Bering Liisberg, Jonas mfl. *EU-karnov*, 10. udgave, Forlaget Thomson Reuters A/S
- Bitsch Olsen, Poul og Pedersen, Kaare, *Problemorienteret projektarbejde*, 3. udgave, 2003, Roskilde Universitetsforlag
- Egelund Olsen, Birgitte, *EU-rettens forrang frem for dansk ret*, i, Egelund Olsen, Birgitte og Engsig Sørensen, Karsten, *Europæiseringen af dansk ret*, 1. udgave, 2008, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten – forkortet udgave*, 1. udgave, 2008, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten*, 4. udgave, 2008, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Engsig Sørensen, Karsten, *Pligten til EU-konform fortolkning*, i, Egelund Olsen, Birgitte og Engsig Sørensen, Karsten, *Europæiseringen af dansk ret*, 1. udgave, 2008, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- EU-oplysningen, *Lissabontraktaten*, 2. udgave, 2009, Folketingets EU-Oplysning
- Friis Bach Ryhl, Charlotte, *Misbrug af dominerende stilling – traktatens art. 82*, i Heide-Jørgensen, Charlotte mfl., *konkurrenceretten i EU*, 3. udgave, 2009, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, *EU Ret*, 5. udgave, 2009, Forlaget Thomson Reuters A/S
- Nielsen, Ruth, *EU Ret*, 3. udgave, 2003, Forlaget Thomson Reuters A/S
- Rasmussen, Hjalte, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave, 2003, Forlaget Thomson Reuters A/S

- Skatteministeriet, Erhvervsministeriet, Justitsministeriet, *Spil i fremtiden – overvejelser om en samlet spillelovgivning*, 1. oplag, 2001, skatteministeriet
- Steinicke, Michael, *Det danske spillemonopol*, i, Egelund Olsen, Birgitte og Engsig Sørensen, Karsten, *Europæiseringen af dansk ret*, 1. udgave, 2008, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Wegener, Morten, *Juridisk metode*, 3. udgave, 2000, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

7.2 Artikler, forordninger, betænkninger, meddelelser og beslutninger mv.

- Nielsen, Ruth og Sandefjord Jakobsen, Søren, U.2008B.1 - Dansk spillelovgivning og EU-retten,
- Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82
- Betænkning nr. 1499, Betænkning om offentlige hasardspil i turneringsspil, Justitsministeriet
- Kommissionens meddelelse (2004/C 101/07) om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82
- Europa-Parlamentets beslutning af 10. marts 2009 om sikkerhed ved online-spil (2010/C87 E/08)
- Kulturpengene 2008, offentlige udgifter til kultur 2008, 2009, Kulturministeriet
- Lotteri Inspektionen, Spelmarknadens utveckling i Sverige och internationellt, 2009
- Slutbetänkande av Spelutredningen, SOU 2008:124, en fremtida spelreglering, 2008
- Danske Spils årsrapport 2009
- Danske Spils årsrapport 2006

- Norsk Tipping, års og samfundsrapport 2009
- L 203 - Forslag til lov om afgifter af spil, Skatteministeriet
- L 202 - Forslag til lov om spil, Skatteministeriet

7.3 EU-afgørelser

C-26/62 Van Gend en Loos, C-6/64 Costa mod Enel, C-825/70 Grad, C-2/74 Reyners, C-33/74 Van Binsbergen, C-205/84 Co-assurancesagen, C-43/75 Defrenne 2, C-27/76 United Brands, C-85/76 Hoffmann-La Roche, C-148/78 Ratti, C-8/81 Becker, C-17/83 von Colson, C-152/85 Marshall, C-263/86 Humbel, C-154/89 Turistguide-sagerne, C-221/89 Factortame 2, C-76/90 Säger, C-91/92 Faccini Dori, C-275/92 Schindler, C-18/93 Corsica Ferries, C-55/94 Gebhard, C-333/94 Tetra Pak 2, C-124/97 Läära, C-67/98 Zanetti, C-443/98 Unilever Italia, C-6/01 Anomar, C-243/01 Gambelli, C-338/04 Placanica, C-438/05 Viking-sagen, C-42/07 Liga Portuguesa

7.4 Hjemmesider

www.kum.dk

www.skm.dk

www.ft.dk

www.danskespil.dk

www.norsk-tipping.no

www.svenskasepl.se

www.eur-lex.eu

www.curia.eu

www.eu-oplysningen.dk

www.lovdato.no

www.egba.eu

www.lotteriinsp.se

www.gesetze-im-internet.de

www.recht-niedersachsen.dk

www.lagen.nu

www.ec.europa.eu

