

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
S. ALBER  
van 13 maart 2003 <sup>1</sup>

Inhoud

I — Inleiding .....	I- 13034
II — Rechtskader .....	I- 13035
A — Communautaire bepalingen .....	I- 13035
B — Nationale bepalingen .....	I- 13036
III — Feiten en procedures .....	I- 13038
IV — Argumenten van partijen .....	I- 13041
A — Gambelli .....	I- 13041
B — Garrisi .....	I- 13044
C — De Italiaanse regering .....	I- 13047
D — De Belgische regering .....	I- 13047
E — De Griekse regering .....	I- 13048
F — De Spaanse regering .....	I- 13048
G — De Luxemburgse regering .....	I- 13048
H — De Portugese regering .....	I- 13048
I — De Finse regering .....	I- 13050
J — De Zweedse regering .....	I- 13050
K — De Commissie .....	I- 13051
V — Beoordeling .....	I- 13052
A — De arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti .....	I- 13054
1. Het arrest Schindler .....	I- 13054
2. Het arrest Läärä e.a. ....	I- 13055
3. Het arrest Zenatti .....	I- 13057

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Duits.

B — De vrijheid van vestiging .....	I-13059
1. De voor een vestiging geldende voorwaarden .....	I-13059
2. De centra voor datatransmissie als vestigingen van de vennootschap Stanley .....	I-13061
3. Beperking van de activiteit .....	I-13062
a) Discriminatie .....	I-13063
b) Dwingende redenen van algemeen belang — Doelstellingen, geschiktheid van de maatregel en evenredigheid .....	I-13064
C — De vrijheid van dienstverrichting .....	I-13067
1. De belemmering van de vrijheid van dienstverrichting en haar rechtvaardiging .....	I-13067
2. De geschiktheid van de middelen om het nagestreefde doel te bereiken ..	I-13070
a) De risico's van de kant van de organisator .....	I-13070
b) Het beteugelen van de goklust .....	I-13071
c) Het belang van de staatsinkomsten .....	I-13072
3. Kansspelen en elektronische media .....	I-13073
4. Gevolgen .....	I-13074
VI — Conclusie .....	I-13075

## I — Inleiding

1. Deze procedure werd door middel van een verzoek van het Tribunale di Ascoli Piceno (Italië) om een prejudiciële beslissing bij het Hof aanhangig gemaakt. Zij is het sequeel van een strafzaak tegen Piergiorgio Gambelli en meer dan 100 andere personen<sup>2</sup> wegens overtreding van onder meer artikel 4 van de Italiaanse wet nr. 401/89, waarin het aan de staat of ondernemingen met een concessie voorbehouden inzamelen en doorzenden van weddenschappen strafbaar wordt gesteld.

2 — Volgens de verwijzingsbeschikking zouden er 137 andere personen zijn, maar volgens het verweerschrift van de advocaat van Gambelli 140. Gezien deze onduidelijkheid wordt hierna alleen gesproken van: „Gambelli en meer dan 100 andere personen” respectievelijk „Gambelli en de andere verdachten”.

De in Italië tot stand gekomen weddenschappen worden doorgezonden naar een Britse bookmaker. Dit is de reden waarom in deze procedure met het oog op de vrijheid van vestiging of van dienstverrichting vragen rijzen over de verenigbaarheid van de betrokken nationale voorschriften met het gemeenschapsrecht. De relevante Italiaanse voorschriften werden al gedeeltelijk door het Hof beoordeeld in de zaak Zenatti.<sup>3</sup> In vergelijking met de zaak Zenatti gaat het in casu evenwel om een andere dimensie van het probleem, aangezien het een strafrechtelijk kader betreft, waarin met name de evenredigheid van de maatregelen van belang is. Bovendien worden de nationale voorschriften onderzocht vanuit het aspect van de vrijheid van

3 — Arrest van 21 oktober 1999 (C-67/98, Jurispr. blz. I-7289).

vestiging, terwijl het Hof tot dusverre de problematiek van loterijen<sup>4</sup>, kansspelen<sup>5</sup> en sportwedenschappen<sup>6</sup> alleen heeft onderzocht vanuit het aspect van de vrijheid van dienstverrichting. Ten slotte werden de Italiaanse voorschriften bij een wet uit 2000<sup>7</sup>, die in 2001 in werking is getreden, dusdanig verscherpt dat daardoor wellicht problemen van communautaire aard ontstaan.

(De in voetnoten 3 tot en met 5 aangehaalde arresten Zenatti, Schindler en Läärä e.a. zullen hierna herhaaldelijk worden genoemd. De vindplaatsen worden daarbij alleen nog bij gelegenheid aangegeven).

## II — Rechtskader

### A — *Communautaire bepalingen*

#### 2. Artikel 43 EG luidt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen van de vrijheid van

vestiging van onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.”

#### 3. Artikel 48 EG bepaalt:

„De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht [...].”

4 — Zie arrest van 24 maart 1994, Schindler (C-275/92, Jurispr. blz. I-1039).

5 — Zie arrest van 21 september 1999, Läärä e.a. (C-124/97, Jurispr. blz. I-6067).

6 — Zie arrest Zenatti, aangehaald in voetnoot 3.

7 — Zie wet nr. 388/00 van 23 december 2000, Legge Finanziaria; gewoon supplement nr. 302 bij GURI van 29 december 2000 (hierna: „wet nr. 388/00”).

4. Artikel 46, lid 1, EG luidt als volgt:

„1. De voorschriften van dit hoofdstuk en de maatregelen uit hoofde daarvan genomen doen niet af aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.”

5. Artikel 49, eerste alinea, EG bepaalt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.”

Krachtens artikel 55 EG zijn de bepalingen van de artikelen 45 EG tot en met 48 EG, die voor de vrijheid van vestiging gelden, eveneens van toepassing op de vrijheid van dienstverrichting.

## B — Nationale bepalingen

6. Overeenkomstig artikel 88 van de Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza

(gecoördineerde tekst van de wetten inzake openbare veiligheid; hierna: „TULPS”)<sup>8</sup> kan voor het verzamelen van weddenschappen geen vergunning worden verleend, tenzij voor weddenschappen met betrekking tot paardenrennen, regatta's, balspelen en andere soortgelijke competities, wanneer het verzamelen van weddenschappen een noodzakelijke voorwaarde voor het nuttig verloop van de competitie is. De vergunning om weddenschappen te exploiteren wordt uitsluitend verleend aan concessiehouders of aan hen die hiervoor toestemming hebben gekregen van een ministerie of een andere instelling waaraan bij wet de organisatie of exploitatie van weddenschappen is voorbehouden. De weddenschappen kunnen betrekking hebben op de uitslag of het resultaat van sportevenementen die onder toezicht staan van het Italiaans nationaal olympisch comité (Comitato olimpico nazionale italiano; hierna: „CONI”) dan wel op de uitslag van paardenrennen die via de Nationale vereniging voor de verbetering van paardenrassen (Unione nazionale per l'incremento delle razze equine; hierna: „UNIRE”) zijn georganiseerd.

7. Artikel 4 van wet nr. 401/89<sup>9</sup> betreffende het „Optreden inzake kansspelen en clandestiene weddenschappen en bescherming van het goede verloop van de sportcompetities”, bepaalt in de bij artikel 37, lid 5, van wet nr. 388/00 gewijzigde versie:

1. Eenieder die onrechtmatig deelneemt aan de organisatie van bij wet aan de

8 — Koninklijk decreet nr. 773 van 18 juni 1931 (GURI nr. 146 van 26 juni 1931), zoals gewijzigd bij wet nr. 388/00, zie voetnoot 7.

9 — Wet van 13 september 1989 (GURI nr. 294 van 18 december 1989; hierna: „wet nr. 401/89”).

- staat of aan andere organen met een concessie voorbehouden loterijen, weddenschappen of kansspelen, wordt bestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar. Met dezelfde straf kan worden bestraft eenieder die weddenschappen of kansspelen organiseert die betrekking hebben op sportevenementen die door het CONI en de onder diens toezicht geplaatste organen of door de UNIRE worden beheerd. Eenieder die onrechtmatig deelneemt aan de openbare organisatie van weddenschappen met betrekking tot andere competities van mens of dier of met betrekking tot behendigheidsspelletjes, wordt bestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en een boete van ten minste een miljoen lire.
2. Eenieder die reclame maakt voor gokspelletjes, kansspelen of weddenschappen die overeenkomstig het bepaalde in het eerste lid worden georganiseerd, zonder evenwel mededader van een van de aldaar genoemde misdrijven te zijn, wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal drie maanden en een boete van honderdduizend tot een miljoen lire.
  3. Eenieder die deelneemt aan de gokspelletjes, kansspelen of weddenschappen die overeenkomstig het bepaalde in het eerste lid worden georganiseerd, zonder evenwel mededader van een van de aldaar genoemde misdrijven te zijn, wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal drie maanden of een boete van honderdduizend tot een miljoen lire.
  4. De bepalingen van de leden 1 en 2 zijn eveneens van toepassing op kansspelen met behulp van apparaten, verboden bij artikel 110 van het koninklijk decreet nr. 773 van 16 juni 1931, zoals gewijzigd bij wet nr. 507 van 20 mei 1965 en laatstelijk gewijzigd bij artikel 1 van wet nr. 904 van 17 december 1986.
    4. a) <sup>10</sup> De straffen waarin het onderhavige artikel voorziet, zijn van toepassing op eenieder die zonder concessie, toestemming of vergunning in de zin van artikel 88 van het [regio decreto] in Italië een activiteit uitoefent met het oog op het aannemen, het inzamelen, of in elk geval het op enigerlei wijze bevorderen van het aannemen of inzamelen, ook per telefoon of via computertelecommunicatie, van enig soort weddenschap die door iemand in Italië of in het buitenland wordt aanvaard.
    4. b) Ongeacht de aan de minister van Financiën bij artikel 11 van wetsbesluit nr. 557 van 30 december 1993, thans na wijzigingen wet nr. 133 van 26 februari 1994, toegekende bevoegdheden en met toepassing van artikel 3, lid 228, van wet nr. 549 van 28 december 1995, zijn de straffen waarin het onderhavige artikel voorziet, van toepassing op

10 — Leden 4 a en 4 b zijn bij wet nr. 388/00 als leden 4 bis en 4 ter in wet nr. 401/89 ingevoegd, waardoor — volgens de verwijzingsbeschikking — de strafrechtelijke gevolgen worden uitgebreid tot alle personen die in Italië verboden weddenschappen van welke aard ook exploiteren.

eenieder die per telefoon of via computertelecommunicatie lottoformulieren, totoformulieren of weddenschappen inzamelt of registreert zonder een vergunning te hebben om deze middelen daartoe te gebruiken.

ven van de weddenschappen worden beschouwd als een inbreuk op het monopolie van het CONI op het gebied van sportweddenschappen en derhalve als een inbreuk op artikel 4 van wet nr. 401/89.

### III — Feiten en procedures

8. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat het Openbaar Ministerie en de onderzoeksrechter bij het Tribunale di Fermo hebben vastgesteld dat „een wijdverbreide en verakte organisatie van Italiaanse agentschappen” — die via internet verbonden zijn met de te Liverpool gevestigde Britse bookmaker Stanley International Betting Ltd —, en waartoe Gambelli en de meer dan honderd andere personen behoren, zich ermee bezighoudt in Italië „wettelijk aan de staat voorbehouden weddenschappen in te zamen onder voorwaarden” die als volgt kunnen worden samengevat: de gokker deelt aan de verantwoordelijke van het agentschap mee op welke wedstrijden hij weddenschappen wenst af te sluiten en welk bedrag hij wenst in te zetten. De verantwoordelijke zendt de aanvraag tot aanvaarding van de weddenschap via internet aan de Britse bookmaker met vermelding van de betrokken voetbalwedstrijden en de inzetten. De bookmaker bevestigt via internet onmiddellijk (letterlijk: „in real time”) de aanvaarding van de weddenschap. Deze bevestiging wordt megedeeld aan de gokker, die alsdan het verschuldigde bedrag betaalt, dat vervolgens aan de Britse bookmaker op een in het buitenland speciaal daartoe geopende rekening wordt overgemaakt. Deze handelingen en deze modaliteiten van het inzamelen en doorge-

9. Het Openbaar Ministerie bij het Tribunale di Fermo heeft tegen Gambelli en de andere verdachten gerechtelijke vooronderzoeken geopend wegens het organiseren en aannemen van weddenschappen die krachtens artikel 4, lid 1, van wet nr. 401/89 zijn verboden. De onderzoeksrechter bij het Tribunale di Fermo heeft bovendien een beslagbeschikking gegeven en G. Garrisi in voorlopige hechtenis genomen. In de agentschappen, de woningen en de voertuigen van de verdachten werden huiszoekingen en controles verricht. Tegen de beslagbeschikkingen werd beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.

10. Stanley International Betting Ltd is een Britse kapitaalvennootschap die in het Verenigd Koninkrijk in het handelsregister is ingeschreven en werkzaam is als bookmaker. Zij heeft het recht deze activiteit uit te oefenen op grond van een vergunning krachtens de Betting, Gaming and Lotteries Act die haar door de stad Liverpool voor het Verenigd Koninkrijk en het buitenland is verleend. Zij organiseert de weddenschappen op basis van de Britse vergunning en adverteert in dag- en weekbladen en tijdschriften. Zij organiseert en beheert de weddenschappen, bepaalt de evenementen en de noteringen, draagt het economisch risico en neemt weddenschappen ook telefonisch en door middel van datatransmissie aan. Zij betaalt in het Verenigd Koninkrijk de verschuldigde belastingen (weden-

schapsbelasting, BTW, vennootschapsbelasting) alsmede de loonbelasting en keert de behaalde winsten uit. De vennootschap is onderworpen aan strenge controles, zowel interne als externe, uitgeoefend door een privaat auditbedrijf alsmede door de belastingdienst.

11. De Britse onderneming bewerkt de Italiaanse markt door met aldaar gevestigde marktdeelnemers contracten voor de oprichting van centra voor datatransmissie te sluiten, volgens welke die Italiaanse ondernemingen tussenpersonen worden voor sportweddenschappen. Deze centra stellen — volgens de verwijzingsbeschikking — „computertelecommunicatiemiddelen om de bookmaker te bereiken ter beschikking van de gebruikers, verzamelen en registreren de gokintenties en zenden deze naar Liverpool”. De Britse bookmaker biedt een brede waaier van sportweddenschappen aan, dus niet alleen met betrekking tot evenementen die door het CONI en de onder diens toezicht geplaatste organen worden georganiseerd, maar ook met betrekking tot andere buitenlandse en internationale sportevenementen. De Italiaanse onderdanen kunnen ook vanuit hun eigen woning deelnemen aan sportweddenschappen, die de bookmaker organiseert en door middel van verschillende systemen zoals internet, fax, telefoon etc. exploiteert.

12. Verdachten zijn bij de Italiaanse kamer van koophandel ingeschreven als eigenaars van ondernemingen die centra voor datatransmissie exploiteren en beschikken over de vereiste toestemming van het ministerie van Posterijen en Verkeer om datatrans-

missie te verrichten (in de zin van besluit 467/00/Cons van 19 juli 2000 en decreet nr. 318 van de president van de Republiek van 19 september 1997).

13. De verwijzende rechter is van mening dat de vennootschap Stanley krachtens het gemeenschapsrecht het recht heeft in de lidstaten van de Europese Unie hoofdkantoren of filialen op te richten. Deze hoofdkantoren of filialen stellen hun datatransmissiemogelijkheden om de bookmaker te bereiken ter beschikking van de gebruikers. De verwijzende rechter voert voorts aan, dat de personen tegen wie het onderzoek loopt, niet alleen hun medewerking hebben verleend aan het verzamelen van weddenschappen voor de bookmaker, doch ook een economische activiteit hebben verricht en diensten hebben verleend aan de buitenlandse onderneming. Het aan de verwijzende rechter voorgelegde geval verpt prejudiciële vragen op ten aanzien van de verenigbaarheid van de nationale bepalingen met het gemeenschapsrecht. Er zij op gewezen, dat in Italië dienaangaande zeer vele contradictoire rechterlijke uitspraken bestaan die tot tegenstrijdige oplossingen hebben geleid.

14. De verwijzende rechter merkt voorts op, dat artikel 4, lid 1, van wet nr. 401/89 de strafbaarheid niet uitsluit wanneer de agent een buitenlandse onderneming uit de Gemeenschap is, die van de bevoegde autoriteiten van zijn land van herkomst een vergunning heeft verkregen voor de exploitatie van centra voor datatransmissie. Daarom zou sprake kunnen zijn van een onaanvaardbare discriminatie ten opzichte van binnenlandse marktdeelnemers die

— op grond van verkregen concessies of vergunningen — op dezelfde wijze het inzamelen en aannemen van sportwedenschappen voor rekening van het CONI verrichten. Dit zou in strijd kunnen zijn met de beginselen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van grensoverschrijdende diensten.

15. Zich baserend op arrest nr. 1680 van de Corte suprema di cassazione van 28 april 2000 overweegt de verwijzende rechter dat het mogelijke gevaar voor de openbare veiligheid, dat uit het vrij verrichten van met weddenschappen verband houdende activiteiten zou kunnen voortvloeien, adequaat zou kunnen worden ondervangen wanneer de marktdeelnemer een onderneming is, die reeds in haar land van vestiging onder toezicht staat, waardoor wordt gewaarborgd dat haar werkzaamheden correct worden uitgevoerd.

16. Met het oog op het gevreesde risico van een verdere aansporing tot verspilling vestigt de verwijzende rechter er de aandacht op, dat de mogelijkheden om in Italië te spelen en te wedden zich voortdurend uitbreiden. In dit verband is het „fenomeen” van weddenschappen bij buitenlandse marktdeelnemers ten opzichte van de nationale markt voor kansspelen „marginiaal”. „Nog meer vragen” worden opgeworpen door het „onderzoek van de problematiek van de overheidsinkomsten die voortvloeien uit de toegestane nationale kansspelen”. Krachtens de nieuwe regeling van de artikelen 4 bis en 4 ter van wet nr. 401/89 werd ook het inzamelen van weddenschappen betreffende internationale sportevenementen of mondaine of andere evenementen waarbij de staat geen enkel fiscaal belang heeft, strafbaar gesteld.

17. Uit de parlementaire stukken betreffende de wijziging van de financiewet 2001 blijkt, dat de later ingevoegde beperkingen vooral waren ingegeven door de noodzaak de „totobureaus” (een categorie van privé-bedrijven) te beschermen, terwijl niet is gebleken van overwegingen van openbare orde, die de beperking van de door communautaire of grondwettelijke regels gegarandeerde rechten zouden kunnen rechtvaardigen.

18. De verwijzende rechter voegt hieraan toe, dat de geoorloofdheid van het inzamelen en verzenden van weddenschappen met betrekking tot buitenlandse sportevenementen, die kon worden afgeleid uit de aanvankelijke formulering van artikel 4, „hebben geleid tot het ontstaan van een netwerk van marktdeelnemers die kapitaal en middelen in de sector hebben geïnvesteerd”. Aan deze marktdeelnemers werd door de wetwijziging de rechtmatigheid en geoorloofdheid van hun situatie ontnomen, zonder dat zij dit hadden kunnen bevroeden. De tegenstrijdigheid tussen artikel 4 en de bescherming van de gemeenschapsrechtelijke beginselen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten met betrekking tot particuliere economische initiatieven bij activiteiten die de Italiaanse staat geen inkomsten verschaffen, zoals weddenschappen met betrekking tot buitenlandse sportevenementen of andere dan sportevenementen, is evident.

19. De twijfels van de verwijzende rechter zijn tweemaal. Enerzijds meent hij zich te moeten uitspreken over de eerbiediging van het beginsel van de evenredigheid „tussen de extreme strengheid (strafbaarstelling) van het verbod”, waarvoor de nationale wetgever heeft gekozen, en het „gewicht



van het beschermde nationale belang” waaraan de „door het EG-Verdrag aan particulieren toegekende vrijheden worden opgeofferd”. Anderzijds meent hij zich te moeten uitspreken over de relevantie van de kennelijke wanverhouding tussen een nationale regeling die de uitoefening van de activiteit van sportwedenschappen door buitenlandse ondernemingen uit de Gemeenschap sterk aan banden legt, en de door de Italiaanse Staat op nationaal vlak nagestreefde sterke uitbreiding van spelen en wedenschappen met het doel staatsinkomsten te verwerven.

20. Op grond van een en ander heeft de verwijzende rechter aan het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Zijn nationale voorschriften zoals in de artikelen 4, leden 1 en volgende, 4 bis en 4 ter van de Italiaanse wet nr. 401 (zoals laatstelijk gewijzigd bij artikel 37, lid 5, van wet nr. 388 van 23 december 2000), op grond waarvan het eenieder die niet in het bezit is van de door het nationale recht vereiste concessies of vergunningen, — onder strafbedreiging — verboden is om waar dan ook activiteiten te verrichten op het gebied van het inzamelen, het aannemen, het registreren en doorgeven van voorgestelde wedenschappen op, met name, de uitslag van sportevenementen, onverenigbaar met de artikelen 43 en volgende en 49 en volgende EG-Verdrag, betreffende de vrije vestiging en het vrij verrichten van grensoverschrijdende diensten, en wat zijn de gevolgen daarvan voor de nationale rechtsorde?”

#### IV — Argumenten van partijen

21. Gambelli en de andere verdachten zijn evenals Garrisi — lid van de raad van bestuur van de vennootschap Stanley in Italië — van mening dat de onderhavige procedure wezenlijk verschilt van de eerdere procedures voor het Hof, en vooral van de zaak Zenatti. De interveniërende nationale regeringen en de Commissie zijn daarentegen unaniem van oordeel dat de oplossing kan worden gevonden in de bestaande rechtspraak van het Hof, te weten de arresten Schindler, Läärä e.a. en vooral Zenatti.

#### A — *Gambelli*

22. Gambelli betoogt dat de weddenshopsactiviteit van het CONI en UNIRE een typische monopolistische structuur vertoont. Een onderneming als de buitenlandse vennootschap Stanley biedt haar contractpartners een garantie voor kwaliteit en betrouwbaarheid. Zij treedt op door tussenkomst van zelfstandige centra, is in het bezit van een certificaat en een vergunning, is aan controles onderworpen, volgt de technologische ontwikkeling en handelt in overeenstemming met de Britse wetgeving en het gemeenschapsrecht, zonder inbreuk te maken op het Italiaanse systeem.

23. De vrees van de Italiaanse autoriteiten aangaande de bescherming van gokkers tegen fraudegevaar is ongegrond. Integendeel, uit de nationale wetgeving van de laatste jaren, die een steeds groeiend aanbod van kansspelen (Lotto, Totocalcio, Totip, scommesse ippiche, Totogol, Corsa tris, Totosei, Superenalotto, Bingo, Totobingol, Gratta e vinci, enz.) mogelijk heeft gemaakt, kan geenszins worden afgeleid dat de gokmogelijkheden worden beperkt om de schadelijke gevolgen op individueel en sociaal niveau en de aansporing tot verspilling te voorkomen dan wel de openbare veiligheid en orde te beschermen.

24. Een strafsanctie is in beginsel het uiterste middel dat alleen dient te worden toegepast wanneer andere middelen en instrumenten tekortschieten om de bescherming van beschermwaardige belangen te verzekeren. De voor het simpele inzamelen van weddenschappen voorziene gevangenisstraf is op flagrante wijze in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

25. Wat de vrijheid van vestiging betreft, betoogt Gambelli dat de datatransmissiecentra onzelfstandige agentschappen of filialen zijn, die contractueel aan Stanley zijn gebonden. Een lidstaat mag een onderdaan van een andere lidstaat niet beletten zich op deze wijze te vestigen. Doordat de Italiaanse wetgever een vergunning in het kader van een concessiesysteem vereist, verwacht hij de activiteit van de datatrans-

missiecentra met het beheer en de organisatie van de weddenschappen, die in het buitenland plaatsvinden. Overigens zijn kapitaalvennootschappen a priori van het concessiestelsel uitgesloten.

26. Ten aanzien van de vrijheid van dienstverrichting voert Gambelli aan, dat het door Stanley aan de centra gezonden materiaal, de goknoteringen, de kalender van de evenementen, de ontvangstbevestigingen en alles wat nodig is voor de bevestiging, identificatie en aanvaarding van de weddenschappen die in het buitenland worden georganiseerd en beheerd, evenals het doorgeven van de inzetten en de ontvangen noteringen door de centra, grensoverschrijdende diensten vormen in de zin van de fundamentele vrijheden van het Verdrag. De Italiaanse wetgeving negeert dit communautaire beginsel, door de Italiaanse onderdanen te verbieden, met een buitenlandse vennootschap in contact te treden teneinde de spelen of de interessantste combinaties uit te kiezen of de weddenschappen telefonisch of door middel van datatransmissie aan te gaan. Zij is ook in strijd met het communautaire beginsel van de bescherming van het vertrouwen, doordat het gewettigd vertrouwen van de eigenaars van datatransmissiecentra in de rechtmatigheid van hun doen en laten in ieder geval ten aanzien van internationale gokevenementen wordt beschaamd.

27. Gelet op de arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti, onderzoekt Gambelli vervolgens op welke gronden de beperking van de fundamentele vrijheden zou kunnen worden gerechtvaardigd. De politieke doelstelling van de lidstaten om gokactiviteiten te regelen, vormt niet zonder meer een

dwingende reden van algemeen belang, omdat de beperkende maatregel immers de weerspiegeling moet zijn van een coherent beleid van de lidstaat om gokactiviteiten te beperken of te verhinderen. Overigens mag de beperkende maatregel direct noch indirect discriminaties van onderdanen of ondernemingen van andere lidstaten tot doel of als gevolg hebben. In elk geval dient hij evenredig te zijn.

28. Volgens Gambelli kan evenwel niet worden betwist dat de Italiaanse Staat het beleid van de fiscus stimuleert en bevordert. Het monopolie dat hij verleent aan het uit CONI en de agentschappen voor paardenwedenschappen bestaande stelsel, beantwoordt niet aan dwingende redenen van algemeen belang. Doordat de Italiaanse wetgeving de wetgevende maatregelen van andere lidstaten — in casu het Britse stelsel, dat zeer strikt is en algemeen wordt gewaardeerd — niet erkent, heeft zij discriminatoire gevolgen en is zij in strijd met de beginselen die aan de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt ten grondslag liggen.

29. Volgens Gambelli rijzen in casu problemen die tot dusverre nog niet door het Hof zijn beantwoord en die verder gaan dan de twijfels van de verwijzende rechter ten aanzien van de evenredigheid van de sanctie en de tegenstrijdigheid tussen de beperkende wetgeving voor weddenschappen buiten Italië en de aansporing tot spelen in dit land. Zo heeft het Hof tot dusverre nog niet de verenigbaarheid van de Italiaanse strafrechtelijke bepalingen op het gebied van weddenschappen met het

gemeenschapsrecht onderzocht. Ook heeft wet nr. 388/00, die het Hof nog niet heeft kunnen onderzoeken, de Italiaanse wetgeving wezenlijk verscherpt, zelfs ten aanzien van internationale evenementen waarbij de Italiaanse Staat geen fiscaal belang heeft. Evenzo heeft het Hof tot dusverre de verenigbaarheid van de Italiaanse wetgeving met de vrijheid van vestiging en het probleem van de discriminatie van Italiaanse onderdanen die worden belet met buitenlandse ondernemers via het internet te spelen of te wedden, nog niet onderzocht.

30. Wat de eventuele gevaren voor de openbare orde betreft, acht Gambelli het mogelijk, andere vormen van adequate en effectieve controle van buitenlandse aanbieders toe te passen, teneinde een geleidelijke en natuurlijke openstelling van de Europese markt te verzekeren. Tegen de achtergrond van de technische ontwikkeling, de wetswijzigingen en de doelstellingen van de Gemeenschap op het gebied van communicatie en handel via het internet, is Gambelli van mening dat een hernieuwd onderzoek door het Hof zich opdringt.

31. Gambelli stelt voor de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

- 1) De wetgeving van de Italiaanse Republiek, zoals neergelegd in artikel 88 van koninklijk decreet nr. 773 van 18 juni 1931 (Testo Unico delle Leggi di Pub-

blica Sicurezza), herhaaldelijk gewijzigd, en in artikel 4 van wet nr. 401 van 13 december 1989, herhaaldelijk gewijzigd (laatstelijk bij artikel 37, leden 4 en 5, van wet nr. 388 van 23 december 2000), is onverenigbaar met de artikelen 43 EG en volgende inzake de vrijheid van vestiging en/of de artikelen 49 EG en volgende inzake de vrijheid van dienstverrichting; zij discrimineert communautaire organisatoren; is in strijd met de beginselen van evenredigheid, wederzijdse erkenning, rechtszekerheid en de bescherming van het gewettigd vertrouwen; maakt inbreuk op communautaire richtlijnen inzake de vrijheid van het aanbieden van internetdiensten en telecommunicatiediensten; schendt het beginsel van loyale samenwerking en de verplichting van artikel 10 EG; is in strijd met het algemeen belang; wordt niet gerechtvaardigd door beginselen van openbare veiligheid en orde; mag geen fiscale doelstellingen nastreven; beperkt de vrijheid van de onderdanen en ondernemingen van de Europese Unie en discrimineert Italiaanse onderdanen.

- 2) Subsidiair, een nationale wetgeving als de onderhavige is onverenigbaar met de artikelen 43 EG en volgende of 49 EG en volgende evenals met de beginselen van de communautaire richtlijn, voorzover zij door de autoriteiten of nationale rechterlijke instanties niet buiten toepassing wordt gelaten of voorzover zij niet wordt toegepast op een wijze die verenigbaar is met de beginselen, richtlijnen en genoemde communautaire maatregelen.

## B — *Garrisi*

32. Garrisi is lid van de raad van bestuur van Stanley en verantwoordelijk voor de activiteiten van de groep op het gebied van sportwedenschappen. Aan het betoog van Gambelli voegt hij toe, dat de Italiaanse wetswijziging van 2000 de Italiaanse markt voor dienstverrichtingen op het gebied van het inzamelen en aannemen van sportwedenschappen voor de organisatoren uit andere lidstaten definitief heeft gesloten.

33. In dit verband wijst Garrisi erop, dat aan de voorwaarden voor deelname aan de aanbestedingen van het CONI voor 1 000 nieuwe concessies voor de exploitatie van sportwedenschappen die geen paardenwedenschappen zijn, in concreto alleen kon worden voldaan door de agentschappen voor paardenwedenschappen die al behoorden tot het UNIRE- of CONI-stelsel, aangezien alleen natuurlijke personen of personenvenootschappen die over verschillende structuren beschikten en al bedrijfsruimten op het Italiaanse grondgebied bezaten, concessies konden verkrijgen. Overigens hebben de Italiaanse paardenwedbureaus al vooraf en later in grote omvang concessies voor paardenwedenschappen en andere sportwedenschappen ontvangen, zonder dat zij aan de openbare aanbestedingen behoefden deel te nemen. Op die manier hebben zij definitieve concessies voor nieuwe wedenschappen ontvangen, en dat terwijl andere organisatoren uit de Gemeenschap deze „status” — die werd vermoed voor paardenwedbureaus die concessiehouders van de UNIRE waren — niet konden verwerven.

34. Met het oog op de mogelijke rechtvaardiging van de beperkingen op de fundamentele vrijheden van het Verdrag, beroept Garrisi zich op het in recente rechtspraak bevestigde beginsel dat economische redenen een beperking van de fundamentele vrijheden uit hoofde van het algemeen belang niet kunnen rechtvaardigen. Garrisi verwijst daarvoor naar de arresten in de zaken SETTG<sup>11</sup>, Bond van Adverteerders e.a.<sup>12</sup> en Collectieve Antennevoorziening Gouda.<sup>13</sup>

35. Zoals blijkt uit een studie van een Londens onafhankelijk adviesbureau, NERA, getiteld „Uitbreiding van de Italiaanse weddenschapenindustrie” en bijgewerkt in 2001, hanteert de Italiaanse Staat onverdroten een sterk expansief beleid, met de bedoeling hogere ontvangsten voor de begroting te realiseren. Verre van de gokmogelijkheden daadwerkelijk te beperken, wil de Italiaanse Staat deze nu juist uitbreiden. De ernstige beperkingen die in de Italiaanse wetgeving aan de fundamentele vrijheden van dienstverrichting en vestiging worden gesteld, berusten niet op overwegingen van sociaal beleid, maar op fiscale overwegingen.

36. Garrisi verwijt de Italiaanse wetgeving, dat niet nauwkeurig dient te worden nagegaan, of de verrichter van de dienst in zijn land van herkomst is onderworpen aan gelijkwaardige voorschriften en verboden, die de bescherming van dezelfde belangen — dus de bescherming van de openbare orde en de publieke moraal — beogen en in een strafrechtelijke preventie en repressie voorzien. De organisatoren die de Italiaanse markt willen penetreren, zouden aldus worden blootgesteld aan een verdubbeling van alle lasten, controles en sancties. Dit is een ernstige discriminatie ten gunste van binnenlandse organisatoren. De onderhavige wetgeving is derhalve in strijd met het beginsel van wederzijdse erkenning.

37. Garrisi is van mening dat de wetswijziging uit 2000 ook afbreuk doet aan het gewettigd vertrouwen en het rechtszekerheidsbeginsel ten opzichte van diegenen die, zoals de verdachten in het hoofdgeding, bij de inwerkingtreding van wet nr. 388/00 in Italië werkzaam waren als tussenpersonen die telecommunicatiediensten verrichten ter zake van weddenschapen betreffende sportevenementen die niet onder het monopolie van het CONI en de UNIRE vallen. Overigens wordt eveneens richtlijn 1999/42/EG<sup>14</sup> geschonden.

11 — Arrest van 5 juni 1997 (C-398/95, Jurispr. blz. I-3091, punt 23).

12 — Arrest van 26 april 1988 (352/85, Jurispr. blz. 2085, punten 32-34).

13 — Arrest van 25 juli 1991 (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007, punt 11).

14 — Het betreft de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 7 juni 1999 betreffende de invoering van een regeling voor de erkenning van diploma's betreffende beroepswerkzaamheden die binnen de werkingssfeer van de liberaliseringsrichtlijnen en van de richtlijnen houdende overgangsmaatregelen vallen en tot aanvulling van het algemene stelsel van erkenning van diploma's (PB L 201, blz. 77).

38. De Italiaanse wetgeving is bovendien in sommige opzichten onverenigbaar met de richtlijnen 90/388/EEG<sup>15</sup>, 97/13/EG<sup>16</sup> en 97/66/EG<sup>17</sup> en is daarom niet alleen in strijd met de fundamentele vrijheden van dienstverrichting en vestiging, doch eveneens met de vrijheid om telecommunicatiediensten aan te bieden.

39. Garrisi stelt voor, de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

De Italiaanse wetgeving op het gebied van sportwedenschappen is onverenigbaar met de artikelen 43 EG en volgende en 49 EG en volgende:

A) Zij vormt een positieve discriminatie ten nadele van communautaire organisatoren die geen onderdanen zijn en/of ofschoon in naam zonder onderscheid van toepassing, blijkt zij feitelijk of rechtens belemmeringen te bevatten die het verrichten van de betrokken diensten, rechtstreeks evenals door middel van een vestiging, door organisatoren uit andere lidstaten verhinderen dan wel onevenredig moeilijk maken; en/of

maakt zij inbreuk op de beginselen van evenredigheid, wederzijdse erkenning en niet-tegenstrijdigheid met andere nationale beleidsmaatregelen en/of schendt zij de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen.

B) Zij is onverenigbaar met richtlijn 1999/42 op het gebied van de wederzijdse erkenning van diploma's.

C) Zij is in strijd met de richtlijnen op het gebied van de vrijheid om geliberaliseerde telecommunicatiediensten, andere dan spraaktelefonie, aan te bieden.

Subsidiair, de Italiaanse wetgeving op het gebied van sportwedenschappen is onverenigbaar met de artikelen 43 EG en volgende en 49 EG en volgende en/of met de bepalingen van richtlijn 1999/42 en/of met de bepalingen van richtlijn 90/388, richtlijn 97/13 en richtlijn 97/66, voorzover zij door de nationale autoriteiten en juridische instanties niet wordt toegepast op een wijze die beantwoordt aan de beginselen van non-discriminatie, evenredigheid, wederzijdse erkenning, overeenstemming met andere nationale beleidsmaatregelen, rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen.

15 — Richtlijn van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (PB L 192, blz. 10), in de versie van richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie (PB L 74, blz. 13).

16 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PB L 117, blz. 15).

17 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector (PB 1998, L 24, blz. 1).

C — *De Italiaanse regering*

40. De Italiaanse regering is van mening dat de Italiaanse wet, gelet op de in het arrest Zenatti ontwikkelde beginselen, verenigbaar is met de communautaire regeling inzake de vrijheid van dienstverrichting en de vrijheid van vestiging. In het arrest Zenatti gaat het om de bepalingen betreffende een administratieve vergunning om op het Italiaanse grondgebied weddenschappen in te zamelen en te beheren (artikel 88 van het koninklijk besluit nr. 773 van 18 juni 1931). In casu betreft het de strafrechtelijke sanctie op het verbod op het inzamelen en beheren van weddenschappen. Beide regelingen streven hetzelfde doel na, namelijk het verbieden van deze activiteit behoudens in de bij wet uitdrukkelijk bepaalde gevallen.

41. De Italiaanse regering herinnert eraan, dat het Italiaanse Hof van Cassatie (Corte suprema di cassazione) in zijn arrest nr. 1680 van 28 april 2000 de regeling in het licht van de beginselen van het arrest Zenatti heeft onderzocht en tot het inzicht is gekomen, dat zij rechtmatig is voorzover zij ertoe strekt de gokmogelijkheden te beperken en de openbare orde te beschermen.

D — *De Belgische regering*

42. De Belgische regering herinnert eraan, dat de activiteit van de centra volgens de

rechtspraak van het Hof moet worden gezien als een economische activiteit in de zin van het Verdrag. Zij is evenwel van mening dat een gemeenschappelijke markt voor kansspelen de consumenten alleen maar tot meer verspilling zal aanzetten, met de daaraan voor de samenleving verbonden schadelijke gevolgen, en verwijst daarvoor met name naar de punten 60 en 61 van het arrest Schindler. Met een beroep op de arresten Kraus<sup>18</sup> en Gebhard<sup>19</sup> betoogt de Belgische regering, dat de wettelijke regeling niet onder het verbod van artikel 49 EG valt, wanneer is voldaan aan de in deze arresten opgesomde vier voorwaarden voor een aanvaardbare beperking van de vrijheid van dienstverrichting. Het streven om kansspelen en de schadelijke gevolgen daarvan te beperken, kan in de zin van de arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti gezien worden als een doelstelling van algemeen belang. Het beroep op die doelstelling is ook niet deswege uitgesloten, omdat kansspelen niet volledig zijn verboden. De Italiaanse wetgeving is evenmin discriminatoir. Alleen de organisatoren die een vergunning van het ministerie van Financiën hebben verkregen, mogen kansspelen organiseren. Dit geldt zowel voor Italiaanse als voor buitenlandse organisatoren. De Italiaanse regeling is ook evenredig. Ook wanneer zij ten slotte neerkomt op een beperking van de vrijheid van vestiging, is zij gerechtvaardigd om dezelfde redenen als de beperking van de vrijheid van dienstverrichting.

18 — Arrest van 31 maart 1993 (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663).

19 — Arrest van 30 november 1995 (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 39, zesde streepje). Zie ten aanzien van de vier voorwaarden punt 92 *infra*.

E — *De Griekse regering*

43. De Griekse regering is van mening dat de betrokken Italiaanse regeling en de relevante Griekse regeling overeenkomsten vertonen. Zij acht beide regelingen met het gemeenschapsrecht verenigbaar. De liberalisering van de kansspelen brengt nieuwe risico's voor de gemeenschap mee. Daarom is het gerechtvaardigd dat kansspelen en met name sportwedenschappen onder toezicht van de staat en in de vorm van een monopolie plaatsvinden.

F — *De Spaanse regering*

44. Ook de Spaanse regering acht de Italiaanse wetgeving op grond van de bestaande rechtspraak om redenen van algemeen belang gerechtvaardigd. Zowel het verlenen van bijzondere of uitsluitende rechten door middel van een strikt stelsel van vergunningen of concessies als het verbod om filialen van buitenlandse organisatoren te openen, zijn verenigbaar met het gemeenschapsrecht, wanneer deze maatregelen zijn genomen om de gokmogelijkheden te verminderen. Daarom is het noodzakelijk de gokmogelijkheden te controleren, teneinde de daarmee gepaard gaande risico's te voorkomen. Een lidstaat heeft een beoordelingsvrijheid wat betreft de wijze waarop hij loterijen en kansspelen organiseert en de wijze waarop de daaruit voortvloeiende winsten worden aangevend.

I - 13048

G — *De Luxemburgse regering*

45. Volgens de Luxemburgse regering vormt de litigieuze Italiaanse regeling weliswaar een belemmering van de vrijheid van dienstverrichting en vestiging, doch is zij gerechtvaardigd voorzover zij voldoet aan de in de rechtspraak ontwikkelde vier criteria voor een aanvaardbare belemmering. Dit is het geval met de Italiaanse wetgeving voorzover mag worden aangenomen dat zij alleen is vastgesteld om de gokmogelijkheden in goede banen te leiden.

H — *De Portugese regering*

46. De Portugese regering wijst erop, dat in alle lidstaten gedragingen worden waargenomen die indruisen tegen de geldende wetgeving inzake de beperking van het gokken, bijvoorbeeld door de verkoop van loten voor buitenlandse loterijen of het inzamelen van wedenschappen betreffende paardenrennen. Deze gedragingen maken deel uit van een strategie van liberalisering en privatisering van de markt voor geldspelen, die op de top van Edinburg in 1992 uitdrukkelijk is afgewezen. Het belang van de onderhavige zaak is daarin gelegen, dat zowel in Italië als in andere lidstaten de exploitatie van loterijen in de vorm van een openbaar monopolie kan worden voortgezet, teneinde de lidstaten te verzekeren van een belangrijke bron van inkomsten die de inning van andere belastingen vervangt en in alle lidstaten bestemd is voor de financiering van het sociaal, cultuur- en sportbeleid, en om de burgers van de Europese Unie een niet onaanzienlijk welstandsniveau te verschaffen.



47. De Portugese regering wijst erop, dat het subsidiariteitsbeginsel, krachtens hetwelk de Gemeenschap op dit gebied nog niet harmoniserend is opgetreden, het richtsnoer bij de uitlegging van het gemeenschapsrecht moet zijn. In het kader van het onderzoek naar de evenredigheid van de maatregelen van de lidstaten tot beperking van het gokken, staat het aan de nationale wetgever de doelstellingen en belangen te definiëren die hij wenst te beschermen. Evenzo kan hij de middelen kiezen die hij passend acht, vooropgesteld dat zij niet discriminatoir zijn. De Portugese regering baseert zich daarbij eveneens op de arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti.

48. Naar de mening van de Portugese regering zou een tolerant wettelijk kader voor kansspelen tot ernstige sociale problemen kunnen leiden door het teloorgaan van individuele of familievermogens. Het kansspel brengt ook risico's van fraude en andere criminele handelingen als bijvoorbeeld witwassen mee. Het onproductieve karakter van kansspelen staat in de weg aan een beroep op de vrijheid van de ondernemer en de vrije mededinging. Aangezien van productie geen sprake is, kunnen de vrijheden ten behoeve van de communautaire welstand hier niet gelden.

49. De Portugese regering beroept zich op de rechtspraak van het Hof<sup>20</sup> en leidt daaruit af, dat de dwingende redenen van algemeen belang telkens uit een concrete beoordeling voortvloeien. De Portugese regering verwijst naar haar schriftelijke opmerkingen in de zaak Anomar e.a.<sup>21</sup>, waarin zij heeft betoogd dat het begrip openbare orde morele, ethische en politieke waarden omvat die deel uitmaken van een nationaal model dat noch op supranationaal niveau noch op uniforme wijze kan worden beoordeeld.

50. Volgens de Portugese regering volgt uit punt 30 van het arrest Zenatti, dat de Italiaanse wetgeving geschikt is om risico's van bedrog en schadelijke sociale gevolgen van het gokken te bestrijden en het alleen daar toe te staan, waar het van nut kan zijn voor het goede verloop van sportevenementen.

51. De Portugese regering betoogt voorts dat de vrije mededinging op de markt voor kansspelen een verschuiving van de inkomsten van de armere naar de rijkere landen tot gevolg zou hebben. De gokkers zouden spelen waar hogere winsten kunnen worden verwacht, hetgeen tot gevolg zou hebben dat de gokkers uit kleinere landen het sociaal, cultuur- en sportbeleid van de

20 — Zie arresten Schindler (aangehaald in voetnoot 4), Läärä e.a. (aangehaald in voetnoot 5) en Zenatti (aangehaald in voetnoot 3) alsmede arresten van 20 februari 1979, Rewe-Zentral, genoemd „Cassis de Dijon” (120/78, Jurispr. blz. 649, punt 8) en 25 juli 1991, Säger (C-76/90, Jurispr. blz. I-4221), en arrest Collectieve Antennevoorziening Gouda (aangehaald in voetnoot 13).

21 — Arrest van 11 september 2003 (C-6/01, Jurispr. blz. I-8621), punt 90 van de schriftelijke opmerkingen.

grote lidstaten mede zouden financieren, met als resultaat een vermindering van de ontvangsten van de kleine staten en een verhoging van de belastingen aldaar. Bovendien zou de verdeling van de lotto- en totomarkt van de staten tussen drie of vier grote marktdeelnemers in Europa leiden tot structurele veranderingen met als gevolg het verlies van werkgelegenheid en een ernstige sociale neergang.

52. De Portugese regering is van mening dat de Italiaanse wetgeving, evenals de Portugese, verenigbaar is met het evenredigheidsbeginsel, omdat zij voor de bescherming van het algemeen belang noodzakelijk is. Als alternatieven komen alleen in aanmerking een volledig verbod of de liberalisering van het gokken. De gronden waarop het arrest Zenatti berust, gelden nog steeds. De beperking van de vrijheid van vestiging van een Britse onderneming is dus niet onevenredig. De beëindiging van het gokmonopolie van de staat zou ernstige economische gevolgen en schadelijke individuele en maatschappelijke consequenties hebben.

### I — *De Finse regering*

53. Met verwijzing naar de arresten Schindler, Läära e.a. en Zenatti verdedigt de Finse regering het standpunt, dat het van strafsancities voorziene wettelijk verbod

ertoe strekt onder bepaalde voorwaarden een met het gemeenschapsrecht verenigbaar monopolie te beschermen, dat organisatoren uit andere lidstaten belet zich in Italië te vestigen of er diensten aan te bieden. Het Hof laat de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid. Dit geldt zowel voor het vrije verkeer van goederen als voor de vrijheid van dienstverrichting en vestiging. De onderhavige wetgeving is gerechtvaardigd wanneer zij niet discriminatoir is en zonder onderscheid wordt toegepast op binnenlandse en buitenlandse organisatoren.

54. Uit gemeenschapsrechtelijk oogpunt is het niet van belang dat het om een strafsanctie gaat en dat de regeling ook van toepassing is op het inzamelen van wedenschappen, waarbij de Italiaanse Staat geen fiscaal belang heeft, voor een in een andere lidstaat toegelaten organisator. Krachtens punt 36 van het arrest Läära e.a. mag de verenigbaarheid van een maatregel uitsluitend met het oog op de door de nationale autoriteiten nagestreefde doelstellingen en het door hen beoogde beschermingsniveau worden beoordeeld, hetgeen tenslotte de taak van de verwijzende rechter is.

### J — *De Zweedse regering*

55. De Zweedse regering is van mening dat het Hof de in de arresten Schindler, Läära e.a. en Zenatti aangegeven weg moet volgen. Weliswaar vormt de Italiaanse

wetgeving een beperking van de vrijheid van dienstverrichting, maar zij is niet discriminatoir en wordt evenmin discriminerend toegepast. De omstandigheid dat de maatregelen een fiscaal belang beogen, is gemeenschapsrechtelijk geen probleem zolang zij evenredig en niet discriminatoir zijn, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden onderzocht. De Zweedse regering gelooft niet dat de door de Italiaanse wetgeving verleende bescherming kan worden vervangen door controles op de wedbureaus in hun land van herkomst. Op grond van de nieuwe Italiaanse wetgeving kan worden voorkomen dat een onderneming die in Italië geen vergunning heeft gekregen, de voorschriften omzeilt. Uit de arresten Läärä e.a. (punt 36) en Zenatti (punt 34) volgt, dat de enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, niet van invloed kan zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de terzake vastgestelde bepalingen, die enkel dienen te worden getoetst aan de nagestreefde doelstellingen en het beoogde niveau van bescherming. Ook de beperkingen op de vrijheid van vestiging zijn gerechtvaardigd.

K — *De Commissie*

56. De Commissie is van mening dat het arrest Zenatti toonaangevend is voor de

onderhavige procedure. De wetswijziging uit 2000 completeert slechts het al bestaande verbod, zonder nieuwe strafbare feiten in te voeren. Voorts is richtlijn 2000/31/EG betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”) <sup>22</sup>, niet van toepassing op weddenschappen. Ten aanzien van de uitbreiding van het aanbod van weddenschappen, waarbij de Italiaanse Staat geen fiscaal belang heeft, constateert de Commissie dat het in de onderhavige zaak gaat om weddenschappen betreffende nationale voetbalwedstrijden en niet om buitenlandse sportevenementen zoals in de zaak Zenatti. Dit verschil is echter geen reden om de door de regeling beoogde bescherming anders te beoordelen. Op grond van punt 33 van het arrest Zenatti voegt de Commissie hieraan toe, dat het bepalen van de omvang van de bescherming die een lidstaat beoogt te bieden, onder zijn beoordelingsvrijheid valt. Het staat daarom aan die staat te beslissen of hij de activiteit geheel of gedeeltelijk verbiedt dan wel daaraan alleen bepaalde beperkingen stelt.

57. Ten aanzien van de vrijheid van vestiging wijst de Commissie erop, dat de door Gambelli bestuurde agentschappen formeel onafhankelijk zijn, en dat er geen sprake is van een band van ondergeschiktheid ten opzichte van Stanley. Het ligt daarom voor de hand, de problematiek verder te bezien

22 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 (PB L 178, blz. 1).

vanuit het oogpunt van de vrijheid van dienstverrichting, met name omdat deze volgens de rechtspraak van het Hof<sup>23</sup> de vrijheid van de ontvanger van de dienst omvat om zich te begeven naar de lidstaat waarin de dienstverrichter is gevestigd of zich langs elektronische weg tot een dienstverrichter in een andere lidstaat te wenden. Zelfs wanneer de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging van toepassing zouden zijn, zou de Italiaanse wetgeving gerechtvaardigd zijn op grond van dezelfde overwegingen als in het kader van de vrijheid van dienstverrichting.

- b) Het staat aan de nationale rechter om in het licht van deze toepassingsvoorwaarden te verifiëren of de nationale wetgeving inderdaad beantwoordt aan de doelstellingen die haar rechtvaardigen, en of de beperkingen die daaruit voortvloeien niet onevenredig zijn met het nagestreefde doel.

58. De Commissie stelt voor, de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

- a) De bepalingen van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting verzetten zich niet tegen een nationale regeling als de Italiaanse, die het recht tot inzameling van weddenschappen betreffende sportevenementen, ook langs elektronische weg, aan bepaalde organen voorbehoudt, voorzover die wetgeving is gerechtvaardigd door doelstellingen van maatschappelijk beleid ter beperking van de schadelijke gevolgen van deze activiteiten, en wanneer de te dien einde vastgestelde beperkingen niet onevenredig zijn met het nagestreefde doel.

## V — Beoordeling

59. Ofschoon de bij deze procedure betrokken regeringen en de Commissie van mening zijn dat de oplossing van deze zaak al in de arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti is aangegeven, betwijfelen de verwijzende rechter en de verdachten in het hoofdgeding ernstig of de nationale regeling met het gemeenschapsrecht verenigbaar is. Ook bij de Italiaanse rechterlijke instanties schijnt grote onzekerheid te bestaan over de juiste uitlegging van het gemeenschapsrecht op dit gebied, met de daaraan verbonden fatale gevolgen voor de rechtszekerheid. Daardoor wordt aan de economische handelingsvrijheid van de justitiabelen ernstig afbreuk gedaan. In sommige landen wordt een bepaalde commerciële handeling rechtmatig geacht, terwijl diezelfde handeling elders aanleiding geeft tot een strafrechtelijke vervolging, met sancties die kunnen gaan tot gevangenisstraf.

23 — Zie arrest van 31 januari 1984, Luisi en Carbone (286/82 en 26/83, Jurispr. blz. 377, punt 10).

60. Ook het arrest Zenatti, dat beweerdelijk toonaangevend is voor de onderhavige procedure, kon in de nationale rechtsorde niet volledig voor opheldering zorgen, mede omdat de eiser in het hoofdgeding in de zaak Zenatti afstand van instantie heeft gedaan nadat het arrest van het Hof was uitgesproken. Hoe dan ook is een verhelderend arrest van het Hof van fundamentele betekenis en dient het — weliswaar gebaseerd op de bestaande rechtspraak van het Hof — rekening te houden met de bijzonderheden van het onderhavige geval. Derhalve dient dat arrest aan zowel de verwijzende rechter als aan alle andere voor dezelfde problemen gestelde nationale rechterlijke instanties duidelijk aan te geven welke richting moet worden ingeslagen.

61. De onderhavige zaak gaat inderdaad in meerdere opzichten de in de zaak Zenatti besproken problematiek te boven. Zo is de thematiek van het grensoverschrijdende kansspel door het Hof tot dusverre nog niet onderzocht vanuit het aspect van de vrijheid van vestiging. Alleen de conclusies van de advocaten-generaal Gulmann<sup>24</sup>, La Pergola<sup>25</sup> en Fennelly<sup>26</sup> in de zaken Schindler, Läärä e.a. en Zenatti alsmede het arrest Zenatti<sup>27</sup> bevatten voorzichtige aanwijzingen over de toepasselijkheid van de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging. Hoe dan ook komt het voor de beslissing, of de vrijheid van vestiging op het gebied van het grensoverschrijdende kansspel rele-

vant is, aan op de concrete situatie van het geval. In casu zal dit onderzocht moeten worden.

Ook het strafrechtelijk aspect is tot dusverre nog niet door het Hof beoordeeld. Het is juist, dat het van strafsancities voorzien van een verbod niet los kan worden gezien van de vraag naar de principiële toelaatbaarheid van het betrokken voorschrift dan wel de potentiële onverenigbaarheid hiervan met het gemeenschapsrecht. Daarom dient hoe dan ook allereerst de fundamentele vraag naar de toelaatbaarheid van het nationale verbod uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht te worden opgehelderd. Onafhankelijk daarvan dient dan de vraag naar de evenredigheid van de strafnorm te worden onderzocht.

Ten slotte zal het ook nodig zijn, de recente verscherping van het nationale voorschrift op zich te onderzoeken. Zelfs wanneer, abstract gezien, bepaalde belemmeringen van de fundamentele vrijheden door het Hof met het gemeenschapsrecht verenigbaar worden geacht, bestaat de mogelijkheid dat met de geest van die vrijheden strijdige verscherpingen van de voorschriften geenszins kunnen worden gerechtvaardigd.

62. Alvorens over te gaan tot een concreet onderzoek van de opgeworpen vragen, zal ik evenwel de uit de arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti naar voren komende principiële uitspraken, ten behoeve van een diepergaande beoordeling van het onderhavige geval nog eens kort doornemen.

24 — Conclusie van advocaat-generaal Gulmann van 16 december 1993 (Jurispr. blz. I-1042, punten 42 e.v.).

25 — Conclusie van advocaat-generaal La Pergola van 4 maart 1999 (Jurispr. blz. I-6069, punt 26).

26 — Conclusie van advocaat-generaal Fennelly van 20 mei 1999 (Jurispr. blz. I-7291, punten 21 en 22).

27 — Zie punten 22 en 23 van het arrest (aangehaald in voetnoot 3).

A — *De arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti*

dat daartoe in punt 62 van het arrest uiteenzette:

## 1. Het arrest Schindler

63. In de zaak Schindler ging het ten tijde van de litigieuze gebeurtenissen om een volledig verbod van loterijen op de markt voor kansspelen in het Verenigd Koninkrijk. Alle activiteiten betreffende de organisatie en exploitatie van en de reclame voor deelname aan loterijen waren verboden. Aan deze situatie wordt geen afbreuk gedaan door de omstandigheid dat kleine loterijen die op zeer kleine schaal en binnen regionale grenzen werden georganiseerd, voor een vergunning in aanmerking kwamen, en evenmin door het feit dat later een grote nationale loterij in het Verenigd Koninkrijk wettelijk mogelijk werd. Deze gegevens speelden voor het arrest van het Hof in de zaak Schindler geen rol. Het Hof moest dus uitgaan van een volledig verbod van loterijen op de betrokken markt.

64. De gebroeders Schindler wilden vanuit Nederland reclamemateriaal voor de Süddeutsche Klassenlotterie op grote schaal per post in het Verenigd Koninkrijk invoeren, hetgeen hun echter door de Britse douane werd belet. Het invoerverbod voor dit materiaal werd gehandhaafd door het Hof,

„Wanneer een lidstaat de organisatie van grootschalige loterijen, meer in het bijzonder de reclame en de verspreiding van loterijbriefjes voor dergelijke loterijen, op zijn grondgebied verbiedt, kan het verbod op de invoer van materiaal dat de onderdanen van die lidstaat in staat moet stellen deel te nemen aan grootschalige loterijen die in een andere lidstaat worden georganiseerd, niet worden beschouwd als een maatregel die een ongerechtvaardigde aantasting van het vrij verrichten van diensten vormt. Een dergelijk verbod vormt immers een noodzakelijk element van de bescherming die deze lidstaat op zijn grondgebied met betrekking tot loterijen beoogt te verzekeren.”

65. Het Hof was in de punten 33 en 35 eerst uitgegaan van het economisch karakter van loterijen en kwalificeerde die activiteit in punt 37 vervolgens als een dienstverrichting. De Britse loterijwetgeving vormde evenwel, ofschoon zij zonder onderscheid van toepassing was (punten 43 en 47), een belemmering voor het vrij verrichten van diensten (punt 45). Gelet op de aangevoerde gronden ter rechtvaardiging van deze belemmering (punt 57), oordeelde het Hof dat de „zeer bijzondere aard van loterijen” (punt 59) een rechtvaardiging vormde voor beperkingen en zelfs voor een verbod van loterijen.

66. De deelnemers aan de procedure hebben zich herhaaldelijk op deze overwegingen van het Hof in de punten 60 en 61 van

het arrest Schindler beroepen, en het Hof heeft ook zelf in zijn rechtspraak daarnaar verwezen.<sup>28</sup> Daarom worden zij hier letterlijk geciteerd:

„In de eerste plaats immers kunnen overwegingen van zedelijke, religieuze of culturele aard, die bij loterijen evenals bij andere kansspelen in alle lidstaten een rol spelen, niet buiten beschouwing worden gelaten. In het algemeen leiden zij ertoe, dat de beoefening van kansspelen wordt beperkt zo niet verboden, en dat wordt voorkomen dat kansspelen een bron van individueel profijt vormen. Voorts moet worden opgemerkt, dat loterijen, gezien de grote bedragen die ermee kunnen worden ingezameld en de winsten die zij de spelers kunnen bieden, vooral wanneer zij op grote schaal worden georganiseerd, aanzienlijke gevaren voor criminaliteit en fraude met zich meebrengen. Zij zijn ook een aansporing om geld te verkwisten, hetgeen schadelijke individuele en maatschappelijke gevolgen kan hebben. Ten slotte mag niet over het hoofd worden gezien dat, ofschoon dit op zich geen objectieve rechtvaardiging vormt, loterijen in belangrijke mate kunnen bijdragen tot de financiering van onbaatzuchtige activiteiten of activiteiten van algemeen belang, zoals maatschappelijk werk, liefdadigheidswerken, sport of cultuur.

Gelet op deze bijzonderheden dienen de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid te beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de

bescherming van de spelers en, meer in het algemeen, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere lidstaat, voor de bescherming van de maatschappelijke orde, zowel wat betreft de organisatie van loterijen en de omvang van de inleggelden als met betrekking tot de bestemming van de opbrengsten ervan. In die omstandigheden staat het aan bedoelde autoriteiten, niet alleen te beoordelen of het noodzakelijk is de loterijactiviteiten te beperken, maar ook deze te verbieden, met dien verstande dat deze beperkingen niet discriminerend mogen zijn.”

## 2. Het arrest Läärä e.a.

67. In het arrest Läärä e.a. ging het in meerdere opzichten om een andere situatie, namelijk de Finse regeling over het — aan ondernemingen met een monopolie voorbehouden — kansspel met behulp van speelautomaten, dat ook als een behendigheidsspel kon worden beschouwd. Ook in deze zaak heeft het Hof zich gebaseerd op de bepalingen betreffende de vrijheid van dienstverrichting en niet op die betreffende het vrije verkeer van goederen, ofschoon het ging om de invoer van speelautomaten, zodat het onderzoek uit het oogpunt van het vrije verkeer van goederen voor de hand had gelegen.<sup>29</sup>

68. De Finse regering had zich ter rechtvaardiging van de nationale regeling beroepen op soortgelijke gronden als die welke in de zaak Schindler waren aangevoerd. Deze

28 — Zie arresten Läärä e.a. (aangehaald in voetnoot 5, punten 13 e.v.) en Zenatti (aangehaald in voetnoot 3, punt 33).

29 — Zie punten 24, 25, 26 en 35 van het arrest Läärä e.a. (aangehaald in voetnoot 5).

gronden in hun onderlinge samenhang beschouwend (punt 33), ging het Hof uitdrukkelijk in op de problematiek, dat de betrokken activiteit nu juist niet volledig was verboden doch onder bepaalde omstandigheden geoorloofd kon worden geacht (punt 34). Het Hof kende de autoriteiten daarom een vergaande beoordelingsvrijheid toe, hetgeen het in punt 35 van het arrest Läära e.a. als volgt formuleerde:

„Het bepalen van de omvang van de bescherming die een lidstaat op het gebied van loterijen en andere kansspelen beoogt te bieden, valt onder de beoordelingsvrijheid die het Hof [...] aan de nationale autoriteiten heeft toegekend. Deze autoriteiten dienen immers te beoordelen, of het in verband met het nagestreefde doel noodzakelijk is, activiteiten van die aard geheel of gedeeltelijk te verbieden, dan wel ze slechts te beperken en met het oog daarop minder strenge controlemaatregelen te treffen.”

In de punten 36 en 37 voegde het Hof hieraan toe:

„De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen.

Anders dan verzoekers in het hoofdgeding betogen, volstaat het feit dat de in geding zijnde speelautomaten niet volstrekt verboden zijn, niet als bewijs, dat de nationale wettelijke regeling niet echt de doelstellingen van algemeen beoogt te verwezenlijken die zij pretendeert na te streven en die in hun onderlinge samenhang moeten worden beschouwd. Immers, een beperkte vergunning voor die kansspelen in het kader van een uitsluitend recht, die het voordeel heeft dat de goklust en de exploitatie ervan in een beheersbare bedding wordt geleid, dat de risico's van exploitatie met bedrieglijk en crimineel oogmerk worden vermeden, en dat de opbrengst voor doelen van algemeen nut wordt gebruikt, dient eveneens de verwezenlijking van die doelstellingen.”

69. Ten aanzien van de monopolisering van de toegestane speelactiviteiten preciseerde het Hof in punt 39 van het arrest Läära e.a.:

„Of die doelstellingen gemakkelijker zouden kunnen worden verwezenlijkt door middel van een regeling die de noodzakelijke voorschriften voor geïnteresseerde ondernemers bevat, in plaats van door toekenning van een uitsluitend exploitatierecht aan het vergunninghoudend lichaam, is een vraag die binnen de beoordelingsvrijheid van de lidstaten valt, met dien verstande dat de keuze die zij maken, niet onevenredig mag zijn met het beoogde doel.”

In punt 42 oordeelde het Hof vervolgens dat de regeling „derhalve niet onevenredig met de door de regeling nagestreefde doelstellingen” is.



### 3. Het arrest Zenatti

70. De zaak Zenatti lijkt inderdaad het meest op de onderhavige zaak. Het ging daar om het oorspronkelijke verbod op het afsluiten van sportwedenschappen in Italië krachtens artikel 88 van koninklijk decreet nr. 773, dat eveneens voor de onderhavige zaak relevant is. De prejudiciële procedure in de zaak Zenatti sproot voort uit een administratiefrechtelijke procedure. Het betrof de vergunning om op te treden als Italiaans tussenpersoon van een vennootschap — met zetel in het Verenigd Koninkrijk — die was gespecialiseerd in het afsluiten van wedenschappen betreffende sportevenementen. Evenals bij de Finse regeling in de zaak Läära e.a., betrof de Italiaanse regeling een verbod behoudens vergunning ten gunste van een monopolistische exploitatiestructuur voor sportwedenschappen.

71. Sportwedenschappen zijn niet in dezelfde mate als loterijen van het toeval afhankelijk; veeleer zijn ook de behendigheid en vooral de kennis van de gokker van potentiële invloed op zijn winstkansen. Daarom bestaat er in de literatuur discussie over de indeling van dergelijke wedenschappen als behendigheidsspel of als kansspel. De omstandigheid dat de evenementen in hoge mate van het toeval afhankelijk zijn, met name wanneer wordt gewed op een geheel blok van spelen, is een argument voor de kwalificatie als kansspel. Ten behoeve van het onderhavige onderzoek kan de kwalificatie evenwel achterwege blijven, omdat het Hof bij de beoordeling van de nationale regeling in de zaak Läära

e.a., waar het om behendigheidsspelen ging, zijn onderzoek op dezelfde wijze heeft gestructureerd als in de zaak Schindler, waar het om een loterij en derhalve duidelijk om een kansspel ging.

72. Over deze problematiek liet het Hof zich in punt 18 van het arrest Zenatti als volgt uit:

„Daarentegen bieden de wedenschappen op de uitslag van sportwedstrijden waarom het in deze zaak gaat, ook al kunnen zij niet als zuivere kansspelen worden beschouwd, evenals deze laatste uitzicht op een geldprijs, tegen een inleg die als betaling geldt. Wegens de grote bedragen die ermee kunnen worden ingezameld en de winsten die zij de deelnemers kunnen bieden, brengen zij dezelfde risico's van bedrog en andere vormen van criminaliteit mee en kunnen zij dezelfde schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving hebben.”

73. Niettemin benadrukte het Hof bepaalde principiële verschillen tussen de zaak Zenatti en het geval Schindler, namelijk enerzijds dat het — zoals reeds gezegd — in de zaak Zenatti alleen om een relatief en niet om een absoluut verbod ging, en anderzijds dat de vrijheid van vestiging een rol zou kunnen spelen (punten 21 en 22 van het arrest Zenatti).

74. Onverminderd de in het Verdrag bepaalde subsidiariteit van de vrijheid van dienstverrichting ten opzichte van de vrijheid van vestiging<sup>30</sup>, kon het Hof de vrijheid van vestiging niet onderzoeken, omdat de vraag van de verwijzende rechter uitdrukkelijk was beperkt tot de vrijheid van dienstverrichting (punt 23). Met betrekking tot het niet volledige, dus niet voor eenieder bestaande verbod (punt 32), zette het Hof in punt 33 uiteen:

„Het bepalen van de omvang van de bescherming die een lidstaat op het gebied van loterijen en andere kansspelen beoogt te bieden, valt onder de beoordelingsvrijheid die het Hof in punt 61 van het arrest Schindler aan de nationale autoriteiten heeft toegekend. Deze autoriteiten dienen immers te beoordelen, of het in verband met het nagestreefde doel noodzakelijk is, activiteiten van die aard geheel of gedeeltelijk te verbieden, dan wel ze slechts te beperken en met het oog daarop meer of minder strenge controlemaatregelen te treffen.”

75. In het kader van het onderzoek naar de rechtvaardiging van de als een beperking van de vrijheid van dienstverrichting beschouwde nationale regelingen, waarbij de door de Italiaanse regering aangevoerde argumenten grotendeels overeenkwamen met de doelstellingen van de litigieuze

regeling in de zaak Schindler (punt 30), preciseerde het Hof in de punten 34 tot en met 37 van het arrest Zenatti voorts:

„De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen.

Zoals het Hof opmerkte in punt 37 van het arrest [...] Läärä e.a. [...], volstaat het feit dat de in geding zijnde weddenschappen niet volstrekt verboden zijn, niet als bewijs, dat de nationale wettelijke regeling niet echt de doelstellingen van algemeen belang beoogt te verwezenlijken die zij pretendeert na te streven en die in hun onderlinge samenhang moeten worden beschouwd. Immers, een beperkte vergunning voor die kansspelen in het kader van een aan bepaalde organisaties verleend bijzonder of uitsluitend recht, die het voordeel heeft dat de speelzucht en de exploitatie ervan in een beheersbare bedding wordt geleid, dat risico's van exploitatie met bedrieglijk en crimineel oogmerk worden vermeden, en dat de opbrengst voor doelen van algemeen nut wordt gebruikt, dient eveneens de verwezenlijking van die doelstellingen.

30 — Zie artikel 50 EG; zie eveneens arrest Gebhard (aangehaald in voetnoot 19, punt 22).

Zoals de advocaat-generaal in punt 32 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is een dergelijke beperking evenwel slechts toelaatbaar, indien zij daadwerkelijk beantwoordt aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen, en de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid is. Zoals het Hof in punt 60 van het arrest Schindler opmerkte, kunnen loterijen en andere kansspelen weliswaar in belangrijke mate bijdragen tot de financiering van onbaatzuchtige activiteiten of activiteiten in het algemeen belang, doch dit kan op zich niet worden beschouwd als een objectieve rechtvaardigingsgrond voor beperkingen op de vrijheid van dienstverrichting.

De verwijzende rechter dient na te gaan, of de nationale wetgeving gelet op haar concrete toepassingsmodaliteiten echt beantwoordt aan de doelstellingen die haar kunnen rechtvaardigen, en of de opgelegde beperkingen niet onevenredig zijn aan deze doelstellingen.”

#### B — *De vrijheid van vestiging*

76. Thans moet worden onderzocht of en hoe de beginselen van deze drie arresten op de onderhavige zaak kunnen worden toegepast. Aangezien de verwijzende rechter uitdrukkelijk heeft geïnformeerd naar de toepassing van de vrijheid van vestiging en de gevolgen daarvan voor de in casu

litigieuze nationale regelingen, en omdat volgens de normenhiërarchie van het Verdrag de vrijheid van vestiging vóór de vrijheid van dienstverrichting aan de orde komt<sup>31</sup>, moet hier in de eerste plaats de verenigbaarheid van de nationale regelingen met de vrijheid van vestiging worden onderzocht.

#### 1. De voor een vestiging geldende voorwaarden

77. Uit de onbetwiste opmerkingen van de deelnemers aan de procedure kan worden opgemaakt dat de centra die in het kader van het hoofdgeding zijn doorzocht en waar beslagleggingen hebben plaatsgehad, contractueel met Stanley zijn verbonden en dat Stanley op deze wijze een compleet netwerk voor het aanbieden en het aannemen van sportweddenscappen op het Italiaanse grondgebied heeft opgebouwd. Bijgevolg ligt het stellig voor de hand om na te gaan of Stanley zich op deze wijze in Italië heeft gevestigd.

78. Overeenkomstig het arrest van het Hof in de zaak Factortame e.a.<sup>32</sup> houdt het begrip vestiging in, dat „daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een andere lid-

31 — Zie artikel 50 EG, het arrest Gebhard (aangehaald in voetnoot 19, punt 22) en het arrest van 4 december 1986, Commissie/Duitsland (205/84, Jurispr. blz. 3755, punt 21, laatste zin).

32 — Arrest van 25 juli 1991 (C-221/89, Jurispr. blz. 1-3905, punt 20).

staat". Volgens artikel 43 EG zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat in het kader van de op dit artikel volgende bepalingen verboden. Volgens artikel 48 EG worden de vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, voor de toepassing van het hoofdstuk inzake de vrijheid van vestiging gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

79. Stanley is een kapitaalvennootschap naar Brits recht en komt, als een rechtspersoon die winst beoogt, volgens artikel 48, tweede alinea, EG potentieel in aanmerking voor de vrijheid van vestiging. Krachtens artikel 43, eerste alinea, tweede zin, EG zijn beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een andere lidstaat zijn gevestigd, verboden.

80. Volgens 's Hof's ruime definitie van het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging in de zaak *Commissie/Duitsland*<sup>33</sup> valt een onderneming<sup>34</sup> die duurzaam in een andere lidstaat aanwezig is, onder de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging, „ook indien die aanwezigheid

niet de vorm heeft van een bijkantoor of een agentschap, maar enkel van een eenvoudig bureau, beheerd door eigen personeel van de onderneming of door een zelfstandig persoon die echter gemachtigd is duurzaam voor die onderneming op te treden zoals een agentschap zou doen”.

81. Bijgevolg kan een zogenoemde secundaire vestiging van een onderneming zonder enige twijfel worden beschouwd als een onzelfstandige entiteit die voor het hoofdkantoor optreedt. Voorzover zij als vestiging in de zin van het Verdrag moet worden gezien, kan zij aanspraak maken op de daaraan verbonden vrijheidsrechten.

82. Het is noodzakelijk, concreet vast te stellen of het gaat om een vestiging in de zin van het Verdrag, aangezien volgens de rechtspraak van het Hof in de zaak *Commissie/Duitsland* een in het kader van de vestigingsvrijheid handelende onderneming zich niet op de vrijheid van dienstverrichting kan beroepen.<sup>35</sup>

83. Het beroep op de ene of de andere vrijheid kan uiteindelijk onder omstandigheden ook voor de voorwaarden van de

33 — Arrest aangehaald in voetnoot 31, punt 21.

34 — Arrest *Commissie/Duitsland*, aangehaald in voetnoot 31. In deze zaak ging het om een verzekeringsmaatschappij.

35 — Arrest aangehaald in voetnoot 31, punt 21; zie eveneens arrest *Gebhard* (aangehaald in voetnoot 19, punt 20), waarin is geoordeeld dat de bepalingen inzake het recht van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting elkaar uitsluiten.

economische activiteit op de markt van het land van bestemming in zoverre verschil maken, dat eventuele specifieke toelatingsvoorwaarden van de staat van vestiging — zelfs wanneer de in het land van herkomst verrichte controles en gestelde garanties worden erkend — in deze vorm niet van een dienstverrichter kunnen worden verlangd. Ten aanzien van een dienstverrichter uit een andere lidstaat volstaat het doorgaans dat aan de toelatingsvoorwaarden in het land van herkomst is voldaan. Bependingen van de vrijheid van dienstverrichting kunnen dan alleen nog worden toegestaan voorzover zij aan de vier in punt 91 infra genoemde rechtvaardigingsvoorwaarden voldoen.

84. De afbakening, of het gaat om een aanspraak op de vestigings- dan wel op de dienstverrichtingsvrijheid, moet altijd plaatsvinden met inachtneming van de concrete omstandigheden van elk individueel geval, omdat een alle vormen van grensoverschrijdende economische activiteit dekkende definitie voor de afbakening van de vrijheden niet bestaat. Volgens de in punt 78 supra aangehaalde definitie van het Hof moet het gaan om een duurzame vestiging die voor onbepaalde tijd is opgezet.

2. De centra voor datatransmissie als vestigingen van de vennootschap Stanley

85. Naar alle waarschijnlijkheid zijn de centra voor datatransmissie duurzame ves-

tigingen. Of deze Stanley duurzaam<sup>36</sup> op de Italiaanse markt moeten vertegenwoordigen, hangt af van de inhoud van de tussen Stanley en de centra gesloten contracten. Twijfelachtig is evenwel, of de centra duurzaam betrokken zijn bij de zaken van het hoofdkantoor dan wel duurzaam als filiaal van het hoofdkantoor zullen fungeren, aangezien zij alleen inlichtingen doorgeven over zaken die in het Verenigd Koninkrijk worden georganiseerd. Uit de opmerkingen van de deelnemers aan de procedure volgt, dat de server voor het aanbieden, het aannemen en het afwickelen van de weddenschappen in Liverpool staat en dat de centra alleen als tussenpersoon optreden. Bij het verlenen van een dergelijke onzelfstandige assistentie kan slechts dan sprake zijn van een aanwezigheid van een onderneming op het grondgebied van een andere staat, wanneer de inrichting „zoals een agentschap”<sup>37</sup> van de onderneming afhankelijk is. Wanneer het louter gaat om de activiteiten van een tussenpersoon dan wel om simpele aannemingsbureaus, is bovendien een exclusieve of op zijn minst genomen preponderante relatie met de organisator vereist.

86. Wanneer echter de activiteit van de tussenpersoon ten behoeve van de organisator van de weddenschappen slechts één van meerdere activiteiten is, zou moeilijk kunnen worden aangenomen dat sprake is van een duurzaam mandaat om voor rekening van de onderneming als een agentschap op te treden, daar het de tussenpersoon in een dergelijk geval — al naargelang de inhoud van het contract — vrijstaat de samenwerking te beëindigen, zodat van afhankelijkheid van het hoofdkantoor geen

36 — Zie het vereiste, gesteld in het arrest in de zaak 205/84 (aangehaald in voetnoot 31, punt 21).

37 — Zie arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 31, punt 21).

sprake is. Volgens het dossier schijnt het zo te zijn, dat de centra voor datatransmissie op dit gebied zeer uiteenlopende diensten aanbieden, waarvan *één* bestaat in de activiteit van tussenpersoon ten behoeve van Stanley.

87. Onder deze omstandigheden neig ik ertoe, aan te nemen dat het bij de centra voor datatransmissie niet gaat om secundaire vestigingen van de vennootschap Stanley, maar dat deze centra optreden als verrichters van diensten. Uiteindelijk komt het echter aan op de beoordeling ter plaatse. Daarbij mag niet worden voorbijgegaan aan de wijze waarop de nationale autoriteiten de centra in het kader van het lopende gerechtelijk vooronderzoek beschouwen.

88. Voor het geval de centra echter wegens de intensiteit van de banden met de Britse vennootschap als vestigingen van Stanley moeten worden beschouwd, rijst de vraag in hoeverre hun activiteit op het Italiaanse grondgebied door de nationale wetgeving mag worden beperkt.

### 3. Beperking van de activiteit

89. Dat het bij de sector van de kansspelen in principe gaat om een economische activiteit die binnen de werkingssfeer van het Verdrag valt, werd al door het Hof beslist.<sup>38</sup>

90. In de eerste plaats moet bovendien worden geconstateerd dat de onderhavige beperkingen geen bijzondere regelingen vormen in de zin van artikel 46, lid 1, EG, die uit hoofde van de openbare orde of veiligheid gerechtvaardigd zijn. In het arrest Zenatti heeft het Hof artikel 46 EG besproken, dat via artikel 55 EG ook in het kader van de voorschriften betreffende de vrijheid van dienstverrichting van toepassing is. Het heeft daaruit echter geen consequenties getrokken voor de beoordeling van de litigieuze bepalingen, maar is terstond overgegaan tot het onderzoek van de dwingende redenen van algemeen belang. Daarom moet ook hier conform de handelwijze van het Hof ervan worden uitgegaan dat de nationale voorschriften niet door artikel 46 EG worden gerechtvaardigd.

91. Uit de rechtspraak van het Hof kan voorts worden opgemaakt dat voor de toegang tot en de uitoefening van een economische activiteit in een andere lidstaat in het kader van de vrijheid van vestiging op een gebied waarvoor in de lidstaat van ontvangst bepaalde voorwaarden gelden, in beginsel aan deze voorwaarden moet zijn voldaan.<sup>39</sup> Evenwel moeten „nationale maatregelen die” — in de zin van dwingende vereisten, derhalve wanneer de bijzondere regelingen van artikel 46, lid 1, EG ontbreken — „de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, [...] aan vier voorwaarden voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nage-

38 — Arrest Schindler (aangehaald in voetnoot 4, punten 33 e.v.).

39 — Zie arrest Gebhard (aangehaald in voetnoot 19, punt 39).

streefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel".<sup>40</sup> Bovendien moeten de eventuele gelijkwaardigheid van de in de staat van herkomst verworven kennis<sup>41</sup> en de aldaar verstrekte garanties<sup>42</sup> in aanmerking worden genomen. Wanneer derhalve een lidstaat de sector van de kansspelen door een concessiesysteem regelt, kan daartegen a priori geen bezwaar worden gemaakt. De buitenlandse marktdeelnemer moet evenwel het recht hebben om zich, zoals een eigen onderdaan, voor de verlening van een concessie kandidaat te stellen<sup>43</sup>, en het concessiestelsel moet voldoen aan de vier voorwaarden voor een nationale regeling die de uitoefening van een economische activiteit beperkt.

sche structuur" heeft. Dat moet vermoedelijk aldus worden verstaan, dat zij trekken van een monopolie heeft, maar toch niet als een monopolie in engere zin kan worden beschouwd. De discriminerende effecten van een monopolie kunnen op twee manieren worden beoordeeld. Enerzijds kan worden verdedigd, dat een monopolie niet discriminerend werkt in de zin van artikel 43, tweede alinea, EG, omdat binnenlandse en buitenlandse marktdeelnemers in gelijke mate van de betrokken activiteit zijn uitgesloten. Anderzijds wordt echter ook verdedigd, dat sprake is van discriminatie op grond van nationaliteit, wanneer buitenlandse marktdeelnemers van meet af aan van de activiteit in de betrokken lidstaat zijn uitgesloten. Het is twijfelachtig of deze overwegingen op een „monopolistische structuur" kunnen worden toegepast.

#### a) Discriminatie

92. Derhalve moet allereerst worden onderzocht of de nationale regeling discriminatoir is dan wel discriminerende gevolgen heeft.

93. Aan het Hof is meegedeeld dat de Italiaanse wetgeving voor de regeling van sportwedenschappen een „monopolisti-

94. Men zal ervan moeten uitgaan dat andere marktdeelnemers in ieder geval potentieel aan de „monopolistische structuur" kunnen deelnemen, in die zin dat zij kunnen trachten de concessie te verkrijgen. Bijgevolg komt het erop aan, hoe de voorwaarden voor de verlening van een concessie zijn geredigeerd. Ook wanneer in de aanbestedingsvoorwaarden voor een concessie geen direct discriminerende voorwaarden op grond van nationaliteit zijn opgenomen, kunnen bepaalde voorwaarden — zoals bijvoorbeeld het vereiste om op het Italiaanse grondgebied al over een bedrijfsruimte te beschikken — toch tot gevolg hebben dat binnenlandse marktdeelnemers worden bevoorrecht en buitenlandse dus benadeeld. In een dergelijk geval moet worden aangenomen dat sprake is van een indirecte discriminatie, die volgens

40 — Ibidem, punt 39, zesde streepje.

41 — Ibidem, punt 39, vierde streepje.

42 — Zie arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 31, punt 47).

43 — Zie het verbod van discriminatie dat het gevolg is van artikel 43, tweede alinea, EG.

het gemeenschapsrecht eveneens is verboden.

95. Er zijn aanwijzingen dat de vereisten voor een concessie voor het aannemen van sportwedenschappen in Italië discriminerend zijn geformuleerd. Juist de al genoemde, in de onderhavige procedure aan de kaak gestelde voorwaarde dat de potentiële ontvanger van een concessie al over een bedrijfsruimte op Italiaans grondgebied beschikt, werkt discriminerend, temeer omdat het opzetten en uitoefenen van de activiteit zonder concessie onrechtmatig is en de desbetreffende activiteit — in een daarvoor ingerichte bedrijfsruimte — in ieder geval voordien nog niet kon hebben plaatsgehad.

96. Discriminerend is eveneens, dat bepaalde vennootschapsvormen a priori als concessiehouder zijn uitgesloten. De Commissie heeft dit overigens reeds als strijdig met het gemeenschapsrecht bestempeld en volgens een perscommuniqué van 27 oktober 2002 een niet-nakomingsprocedure ingeleid en de Italiaanse Republiek een met redenen omkleed advies doen toekomen. Het perscommuniqué luidt letterlijk:

„De Europese Commissie heeft besloten Italië formeel aan te manen, bij de toekenning van concessies voor de afwikkeling van sportwedenschappen het gemeenschapsrecht in acht te nemen. Thans komen kapitaalvennootschappen die op de gereglementeerde markten van de Europese Unie zijn genoteerd, voor dergelijke concessies niet in aanmerking. Naar de mening van de Commissie is deze uitsluiting niet nood-

zakelijk voor de bestrijding van fraude en misdrijven. Bovendien heeft Italië circa driehonderd concessies voor de organisatie van paardenwedenschappen zonder selectieprocedure verlengd. Wanneer een belangrijke openbare concessie wordt toegekend zonder dat alle potentiële Europese inschrijvers aan de procedure kunnen deelnemen (in overeenstemming met het EG-Verdrag en de richtlijnen inzake aanbestedingen), worden Europese ondernemingen beroofd van de mogelijkheid een aanbieding te doen. Bovendien lopen de autoriteiten die de concessies toekennen, en in dit speciale geval ook de gokkers, het gevaar dat de aangeboden diensten van mindere kwaliteit zijn dan die waarvoor een ten onrechte uitgesloten inschrijver had kunnen instaan [...].”

97. Voorzover men de besproken handelwijze discriminerend acht in de zin van artikel 43, tweede alinea, EG, zou zij op zich als een tegen het gemeenschapsrecht indruisende belemmering van het recht van vrije vestiging in de zin van het Verdrag moeten worden beschouwd. De bijkomende sanctie van een vestigingsbelemmering door middel van een strafrechtelijk verbod zou dan zeker als strijdig met het gemeenschapsrecht moeten worden beschouwd.

b) Dwingende redenen van algemeen belang — Doelstellingen, geschiktheid van de maatregel en evenredigheid

98. Wanneer men daarentegen de voorwaarden niet discriminerend acht, betreft



het toch in elk geval een beperking die alleen onder de — zojuist in punt 91 genoemde — strikte, door het Hof geformuleerde vier voorwaarden kan worden gerechtvaardigd. Als dwingende gronden van algemeen belang, die zeer vérgaande regelingen van de kanspelssector door de lidstaten kunnen rechtvaardigen, heeft het Hof al de bescherming van de consumenten alsmede de bescherming van de maatschappelijke orde aanvaard.<sup>44</sup> Wanneer het dus inderdaad gaat om wettige doelstellingen, te weten de zorg dat de concessiehouders niet worden verwickeld in criminele of frauduleuze praktijken, rijst toch de vraag of de volledige uitsluiting van kapitaalvennootschappen eigenlijk wel geschikt is om die doelstelling te bereiken.

den met de in een andere lidstaat al verrichte controles en verstrekte garanties.<sup>45</sup> In dit verband is de stelling van Garrisi, dat loterijactiviteiten tevens onder richtlijn 1999/42<sup>46</sup> vallen, van belang. Volgens artikel 1 van die richtlijn zijn de lidstaten verplicht, bepaalde maatregelen met betrekking tot de vestiging en het verrichten van diensten te treffen. De richtlijn geldt voor de activiteiten vermeld in bijlage A, waar in deel I, lijst VI, sub 3, onder meer worden genoemd:

„ex 84 Recreatie

99. Om een oordeel over de integriteit van een kapitaalvennootschap te kunnen vellen, kunnen controles worden uitgevoerd die er bijvoorbeeld in bestaan dat inlichtingen over de integriteit van de vertegenwoordigers van de onderneming en van de voornaamste aandeelhouders worden ingewonnen. Het volledige deelnemingsverbod lijkt hoe dan ook onevenredig. Wanneer echter de volledige uitsluiting in strijd is met het gemeenschapsrecht, dan is dit met de strafrechtelijke bekrachtiging daarvan zeker het geval.

843 Diensten op recreatief gebied, niet elders ingedeeld:

— sportactiviteiten (sportterreinen, organisatie van sportieve ontmoetingen, enz., met uitzondering van de werkzaamheden van sportleraren

100. In het kader van de procedure tot toekenning van concessies zou dan overigens ook rekening moeten worden gehou-

— spelen (renstallen, speelterreinen, renbanen enz.)

44 — Zie arrest Schindler (aangehaald in voetnoot 4, punt 58).

45 — Zie arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 31, punt 47).

46 — In voetnoot 14 aangehaalde richtlijn.

- andere recreatieve activiteiten (circussen, lunaparken en andere amusementsbedrijven enz.)”

In de genoemde conclusies van de Europese Raad wordt in deel A, bijlage 2, echter uitdrukkelijk gesteld:

101. Van de door Garrisi gestelde uitdrukkelijke vermelding van „bookmakers” en „wedbureaus” is in deze bepaling geen sprake. Zoals aangetoond, zijn de activiteiten die daarmee de meeste verwantschap vertonen, niet onder de door Garrisi genoemde CITI-nomenclatuur ex 859, maar onder 843 geclassificeerd.

102. Bij een ruime uitlegging van de betrokken categorie zou de opvatting van Garrisi kunnen worden verdedigd. De vierde overweging van de considerans van de richtlijn luidt echter:

„Overwegende dat dient te worden overgegaan tot de vervanging van de voornaamste bepalingen van bedoelde richtlijnen in de lijn van de conclusies van de Europese Raad van Edinburg van 11 en 12 december 1992 betreffende de subsidiariteit, de vereenvoudiging van de communautaire wetgeving en meer in het bijzonder het door de Commissie te verrichten heronderzoek van de betrekkelijk oude richtlijnen op het gebied van de beroepskwalificaties [...]”.

„Zo onthoudt zij [lees: de Commissie] zich bijvoorbeeld [...] van de regeling van kansspelen”.<sup>47</sup>

103. Dat deze in de onderhavige procedure herhaaldelijk genoemde onthouding gevolgen heeft voor de uitlegging van de in 1999 vastgestelde richtlijn betreffende de erkenning van diploma's, is niet onwaarschijnlijk. Hoe dan ook zijn de lidstaten, hetzij op grond van richtlijn 1999/42 wegens de daarin gestipuleerde procedure, hetzij rechtstreeks op grond van het primaire recht, verplicht rekening te houden met de in een andere lidstaat verworven „kennis en bekwaamheden”<sup>48</sup> respectievelijk „controles en verificaties”<sup>49</sup> met betrekking tot beroepsbekwaamheden, toelatingen en controles.

104. De voorlopige conclusie is derhalve, dat steeds wanneer het gaat om een vestiging — hetgeen de nationale rechter moet vaststellen —, het in de gewraakte Italiaanse voorschriften vervatte deelnemingsverbod voor in andere lidstaten reglemen-

<sup>47</sup> — Zie *Bulletin van de Europese Gemeenschappen* 1992, nr. 12, blz. 18.

<sup>48</sup> — Arrest van 7 mei 1991, Vlassopoulou (C-340/89, Jurispr. blz. I-2357).

<sup>49</sup> — Arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 31, punt 47).

tair toegelaten organisatoren van sportweddenschappen, inbreuk maakt op het beginsel van de vrijheid van vestiging in de zin van het EG-Verdrag.

cussie dient te worden gesteld.<sup>50</sup> Even vanzelfsprekend ging het Hof ervan uit, dat de bepalingen die organisatoren van weddenschappen uit andere lidstaten beletten weddenschappen op Italiaans grondgebied aan te nemen, een belemmering van de vrijheid van dienstverrichting vormen.<sup>51</sup>

### C — *De vrijheid van dienstverrichting*

105. Wanneer evenwel de transmissiecentra om puur feitelijke redenen niet als vestigingen van de vennootschap Stanley kunnen worden beschouwd, nemen zij in ieder geval deel aan het verrichten van de door Stanley aangeboden diensten. Bij de door Stanley verrichte economische activiteit gaat het — aangenomen dat de vennootschap op het Italiaanse grondgebied niet beschikt over een vertegenwoordiging die als vestiging geldt — om een klassieke dienstverrichting door middel van correspondentie. De verrichter van de dienst en de ontvanger van de dienst zijn in twee verschillende lidstaten gevestigd en alleen de dienstverrichting heeft een grensoverschrijdend karakter.

1. De belemmering van de vrijheid van dienstverrichting en haar rechtvaardiging

106. Het aanbieden van de mogelijkheid om tegen betaling aan een kansspel deel te nemen — een activiteit die volgens het Hof ook sportweddenschappen omvat — is al door het Hof als een dienstverrichting erkend, hetgeen met het oog op de onderhavige procedure ook niet meer ter dis-

107. Belemmeringen van de vrijheid van dienstverrichting zijn op zich slechts dan aanvaardbaar wanneer zij of in het EG-Verdrag uitdrukkelijk zijn toegestaan — dan zijn zelfs discriminerende regelingen mogelijk —, of wanneer zij overeenkomstig de rechtspraak van het Hof door dwingende redenen worden gerechtvaardigd.<sup>52</sup> Het Hof heeft in de zaak Zenatti, zoals reeds in punt 90 supra vermeld, weliswaar de artikelen 45, 46 en 55 EG — op grond waarvan belemmeringen zijn toegestaan wanneer de werkzaamheden, al is het slechts tijdelijk, ter uitoefening van het openbaar gezag plaatsvinden of wanneer zij door redenen van openbare orde, veiligheid en gezondheid worden gerechtvaardigd — genoemd maar niet onderzocht, omdat het terstond is overgegaan tot het onderzoek van de dwingende redenen van algemeen belang. Daaruit kan de conclusie worden getrokken, dat naar de mening van het Hof de wedactiviteiten, ongeacht hoe zij door de staat zijn geregeld, niet van doen hebben met de uitoefening van het openbaar gezag en evenmin gevaar opleveren voor de openbare orde, veiligheid of

50 — Zie arrest Zenatti (aangehaald in voetnoot 3, punten 24 e.v.).

51 — *Ibidem*, punt 27.

52 — *Ibidem*, punt 28.

gezondheid op een wijze die de regeling zou kunnen rechtvaardigen.

108. Het is echter vooral de overweging dat de openbare veiligheid en orde een strikte regeling zouden kunnen rechtvaardigen — waardoor aan de staat een ruime organisatiebevoegdheid in de sector kansspelen wordt voorbehouden —, die relevant schijnt te zijn. Als één van de gronden voor de Italiaanse regeling, en trouwens ook voor soortgelijke regelingen<sup>53</sup> die van kracht zijn in praktisch alle lidstaten, wordt genoemd het bestrijden van criminaliteit.<sup>54</sup> Ook de zowel in Italië als in andere lidstaten bestaande strafrechtelijke verscherping van de voorschriften inzake het staatstoezicht op kansspelen, toont aan dat de wetgevers kansspelen gevaarlijk achten. Nochtans heeft het Hof de reeds in het arrest Zenatti onderzochte Italiaanse regelingen niet om redenen van openbare veiligheid en orde gerechtvaardigd geacht, hetgeen ook door de deelnemers aan de onderhavige procedure niet serieus is aangevoerd.

109. Derhalve dient, naar het voorbeeld van het Hof<sup>55</sup>, terstond te worden overgegaan tot het onderzoek van de rechtvaardiging van de nationale maatregelen die zonder onderscheid van toepassing — en

derhalve niet discriminerend — zijn en die beperkingen vormen op de vrijheid van dienstverrichting. Bijgevolg moet worden nagegaan of er dwingende redenen van algemeen belang bestaan, op grond waarvan deze nationale maatregelen kunnen worden gerechtvaardigd. In de gokzaken die tot dusverre voor het Hof zijn gebracht, werd steeds een waaiër van argumenten ter rechtvaardiging van de betrokken nationale regelingen aangevoerd.

110. In het arrest Schindler werden deze argumenten door het Hof in punt 57 als volgt samengevat: „bestrijding van criminaliteit en waarborg van een eerlijke behandeling van de deelnemers aan kansspelen; beteugeling van de vraag in de sector kansspelen, waarvan overmaat schadelijke sociale gevolgen heeft; erop toezien dat loterijen niet worden georganiseerd om persoonlijk of commercieel voordeel te behalen, maar uitsluitend voor liefdadige, sportieve of culturele doeleinden”.

111. In de zaak Läärä e.a. beogde de litigieuze wettelijke regeling — aldus punt 32 van het arrest — „het exploiteren van de goklust van de mens aan banden te leggen, de aan die activiteiten verbonden risico's van bedrog en andere criminele handelingen te vermijden, en die activiteiten slechts toe te staan voorzover ermee wordt beoogd fondsen te verwerven voor

53 — Zie de principiële opmerkingen van advocaat-generaal Gulmann in zijn conclusie in de zaak Schindler (aangehaald in voetnoot 24, punten 1 e.v.).

54 — Zie arresten Schindler (aangehaald in voetnoot 4, punt 57), Läärä e.a. (aangehaald in voetnoot 5, punt 32) en Zenatti (aangehaald in voetnoot 3, punt 30).

55 — Zie arrest Zenatti (aangehaald in voetnoot 3, punt 29).

caritatieve instellingen of ter ondersteuning van andere doelen van algemeen nut”.

112. Met betrekking tot de oorspronkelijke regeling, die eveneens het voorwerp is van de onderhavige procedure, overwoog het Hof dat de Italiaanse regeling, volgens de verwijzingsbeschikking en de mededelingen van de Italiaanse regering, dezelfde doeleinden nastreefde als de Britse loterijwetgeving. „De Italiaanse wetgeving heeft namelijk tot doel, te verhinderen dat deze spelen een bron van individueel winstbejag worden, de risico's van bedrog en andere criminele handelingen evenals de uit de aansporing tot geldverkwisting voortvloeiende schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving te voorkomen, en ze slechts toe te staan voorzover zij een maatschappelijk nut kunnen hebben voor het goede verloop van een sportwedstrijd.”<sup>56</sup>

113. In de onderhavige zaak zijn geen nieuwe of andere redenen aangevoerd. Tot dusverre heeft het Hof niet willen overgaan tot een gedifferentieerd onderzoek van de individuele redenen. Het heeft ze integendeel uitdrukkelijk in hun onderlinge samenhang beschouwd.<sup>57</sup> Zij houden verband met de „bescherming van degenen te wier behoeve de dienst wordt verricht, meer in het algemeen de consument, en met de

bescherming van de maatschappelijke orde”<sup>58</sup>, die als dringende redenen van algemeen belang kunnen worden beschouwd.

114. In de zaak Schindler (punt 61) volstonden deze redenen om een volledig verbod van loterijen te rechtvaardigen. Met betrekking tot een regeling die aan de zaak Zenatti ten grondslag lag en waarin de betrokken activiteiten nu juist niet volledig waren verboden, kende het Hof aan de lidstaten een beoordelingsvrijheid toe om te beslissen of zij dergelijke activiteiten geheel of gedeeltelijk wilden verbieden of slechts beperken; daartoe konden zij voorzien in bepaalde controles (punt 33 van het arrest Zenatti). In zoverre staat het — zoals het Hof in punt 34 heeft geoordeeld — aan de lidstaat om de doelstellingen en het beschermingsniveau te definiëren.

115. De beperkte geoorloofdheid van die activiteiten, die erop is gericht dat „de speelzucht en de exploitatie ervan in een beheersbare bedding wordt geleid, dat de risico's van exploitatie met bedrieglijk en crimineel oogmerk worden vermeden, en dat de opbrengst voor doelen van algemeen nut wordt gebruikt”, dient eveneens de doeleinden van algemeen belang. Toch achtte het Hof een „dergelijke beperking evenwel slechts toelaatbaar, indien zij *daadwerkelijk beantwoordt* aan het streven de gelegenheden om te spelen *echt* te verminderen, en de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect [...] is”.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> — Zie arrest Zenatti (aangehaald in voetnoot 3, punt 30).

<sup>57</sup> — Zie arresten Schindler (aangehaald in voetnoot 4, punt 58) en Zenatti (aangehaald in voetnoot 3, punt 31).

<sup>58</sup> — Zie arrest Zenatti (aangehaald in voetnoot 3, punt 31).

<sup>59</sup> — Ibidem, punten 35 en 36; cursivering van mij.

116. Het schijnt derhalve geheel in de lijn van 's Hofs rechtspraak te liggen om de nagestreefde doelstellingen en de daarvoor ingezette middelen aan een dieper onderzoek te onderwerpen<sup>60</sup>, ook al heeft het Hof deze taak tot dusverre overgelaten aan de nationale rechters, die daarmee, zoals supra al opgemerkt, kennelijk problemen hebben.

2. De geschiktheid van de middelen om het nagestreefde doel te bereiken

117. De gestelde doeleinden kunnen in verschillende categorieën worden ingedeeld. Enerzijds betreft het gevaren die door de organisator kunnen worden veroorzaakt, zoals fraudes en strafbare handelingen. Anderzijds betreft het de bescherming van de gokker tegen zichzelf. Daartoe kan worden gerekend het streven om de gokmogelijkheden in te dammen, teneinde buitensporige inzetten, goklust of zelfs speelzucht met de daarmee gepaard gaande schadelijke financiële en maatschappelijke gevolgen te voorkomen. De gevreesde negatieve maatschappelijke consequenties kunnen onder deze doelstelling worden gebracht, aangezien de beperking van de gokmogelijkheden zich daartegen richt. Ten slotte dient eveneens rekening te worden gehouden met het niet te onderschatten economische aspect van het verwerven van aanzienlijke bedragen voor de begroting

van de staat of in ieder geval voor uitgaven ten nutte van de gemeenschap.

a) De risico's van de kant van de organisator

118. Tegen de gevaren die potentieel door de organisator kunnen worden veroorzaakt, kan worden ingegaan door controles bij de toelating en eventueel door toezicht op de activiteiten. In zoverre kan tegen een toelatingsprocedure geen bezwaar worden gemaakt. In het kader van de vrijheid van dienstverrichting wordt dit evenwel problematisch wanneer die procedure zodanig wordt toegepast, dat organisatoren die in andere lidstaten zijn toegelaten en aldaar aan de geldende regels voldoen, praktisch van de activiteiten worden uitgesloten. Men mag aannemen dat kansspelen in zowat alle lidstaten wettelijk zijn geregeld<sup>61</sup> en dat de voor de regeling aangevoerde redenen grotendeels met elkaar overeenstemmen.<sup>62</sup> Wanneer derhalve een organisator uit een andere lidstaat voldoet aan de aldaar geldende voorwaarden, dan behoort dit te volstaan voor de autoriteiten van de lidstaat waar de dienst moet worden verricht, en zij behoren dit als een voldoende waarborg voor de integriteit van de organisator te aanvaarden.

61 — Vergelijk de algemene uiteenzettingen van advocaat-generaal Gulmann in zijn conclusie in de zaak Schindler (aangehaald in voetnoot 24), die zijn gebaseerd op een studie van de Commissie, nr. 1 f.

62 — In deze zin dienen de argumenten van de lidstaten in de zaken Schindler, Läära e.a., Zenatti en de onderhavige zaak te worden verstaan.

60 — Ibidem, punt 37.

## b) Het beteugelen van de goklust

119. Ten aanzien van de gevreesde risico's van de diversificatie en uitbreiding van het gokaanbod, moet worden onderzocht of het hier gaat om een coherent beleid van de lidstaat, met name wanneer het niet een absoluut verbod betreft maar een verbod onder voorbehoud van een vergunning. Wanneer het een absoluut verbod voor een bepaalde tak van kansspelen betreft, is de beperking van het aanbod evident. Wanneer kansspelen, in casu dus sportwedenschappen, echter — zij het binnen duidelijke wettelijke grenzen — zijn toegestaan, moet de pretense opzet van de beperkende werking veel nauwkeuriger worden onderzocht. Het is juist dat de beperkte vergunning, zoals het Hof in punt 35 van het arrest Zenatti heeft uiteengezet, niet kan dienen als bewijs dat de nationale regeling niet echt de doelstellingen van algemeen belang beoogt te verwezenlijken. Evenmin bewijst de regelgeving op zichzelf het nastreven van het gestelde doel, omdat zij ook naar het oordeel van het Hof (arrest Zenatti, punt 36) alleen gerechtvaardigd is „indien zij daadwerkelijk beantwoordt aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen”.

120. Of dit het geval is, kan echter alleen worden vastgesteld door middel van een algemene beoordeling, waarbij waarin

rekening wordt gehouden met de houding en het gedrag van de organisator van de spelen in de lidstaat. Dit wordt bevestigd door het feit dat het Hof deze beoordeling in de zaak Zenatti aan de nationale rechter heeft overgelaten. Wanneer daarentegen de feiten voldoende bekend zijn, zodat het Hof in staat is ze te beoordelen, belet niets hem daartoe over te gaan.

121. In de onderhavige procedure is gesteld dat de organisatoren van sportwedenschappen zich door middel van agressieve reclame manifesteren. Een dergelijk gedrag beoogt de goklust te stimuleren en te bevorderen. Dit is echter nog niet alles. Ook de *Italiaanse Staat* heeft door zijn wetgeving de mogelijkheden geschapen om het aanbod van kansspelen op de Italiaanse markt aanzienlijk uit te breiden.<sup>63</sup> Voorts is onweersproken gesteld dat de Italiaanse Staat er eveneens voor heeft gezorgd dat het inzamelen van wedenschappen wordt vergemakkelijkt. Er is al gewezen op de uitbreiding van de infrastructuur door de toekenning van 1 000 nieuwe concessies.

122. Gelet op een en ander kan niet meer worden gesproken van een coherent beleid ter beperking van het aanbod van kansspelen. De genoemde, maar niet (meer) echt nagestreefde doelstellingen zijn dan ook niet geschikt om de belemmering van de

<sup>63</sup> — Zie de opmerkingen van Gambelli, vermeld in punt 23 supra.

vrijheid van dienstverrichting door in andere lidstaten gevestigde en reglementair toegelaten organisatoren te rechtvaardigen.

123. Met betrekking tot de wetwijziging in 2000 door de Legge Finanziaria en de omstandigheden waaronder zij werd vastgesteld, door welke wijziging de tot dat moment geldende — door het Hof al in de zaak *Zenatti* onderzochte — wettelijke bepalingen werden toegespitst, moet worden opgemerkt dat de wetwijziging, volgens de in de schriftelijke opmerkingen aangehaalde voorstukken, in ieder geval ook is aangenomen ter bescherming van de binnenlandse concessiehouders. Daarbij gaat het onmiskenbaar om protectionistische motieven die de wetwijziging niet kunnen rechtvaardigen en die tegelijkertijd een bedenkelijk licht werpen op de regeling in haar geheel. Voorzover de oorspronkelijke regeling toch al niet meer moet worden geacht geïnspireerd te zijn door de mogelijk bij haar vaststelling beoogde doelstellingen, omdat in juridisch en feitelijk opzicht wijzigingen zijn opgetreden, kan een toespitsing in deze vorm zeker niet meer worden aangenomen.

c) Het belang van de staatsinkomsten

124. Ook de omstandigheid dat de regeling is aangenomen in het kader van een financiewet, toont aan dat de lidstaat bij kansspelen doorslaggevende economische belangen heeft.

125. Het is juist dat het Hof in punt 60 van het arrest *Schindler* heeft uiteengezet dat niet mag „over het hoofd worden gezien dat” — ofschoon dit op zich geen objectieve rechtvaardiging vormt — „loterijen in belangrijke mate kunnen bijdragen tot de financiering van onbaatzuchtige activiteiten of activiteiten van algemeen belang, zoals maatschappelijk werk, liefdadigheidswerken, sport of cultuur”. Op grond van deze uitspraak zou men er onder omstandigheden nog van kunnen uitgaan dat economische redenen — in ieder geval naast andere — als redenen van algemeen belang worden erkend, ware het niet dat het Hof die beschouwingen, in de logische lijn van zijn bestaande rechtspraak inzake de ongeschiktheid van economische gronden als rechtvaardiging voor beperkende maatregelen<sup>64</sup>, in het arrest *Zenatti* heeft verduidelijkt en aldaar in punt 36 heeft uiteengezet dat „de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid” mag zijn.

126. De positieve financiële gevolgen van kansspelen voor de staatsbegroting kunnen derhalve niet worden aanvaard als dwingende redenen van algemeen belang, die de uitsluiting van organisatoren uit andere lidstaten van de markt der kansspelen

64 — Zie arresten van 24 januari 2002, *Portugaia Construções* (C-164/99, Jurispr. blz. I-787, punt 26), en 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punt 50), en de daar geciteerde verwijzingen.



zouden kunnen rechtvaardigen. Toch mag niet over het hoofd worden gezien, dat de positieve economische consequenties van kansspelen voor de staatsinkomsten van de lidstaten van grote betekenis zijn. Dit klinkt min of meer duidelijk door in de opmerkingen van de lidstaten. Hierop is het duidelijkst ingegaan door de Portugese regering, die aanschouwelijk de gevreesde, bijna dramatische gevolgen voor de kleine lidstaten beschrijft van een liberalisering van kansspelen op Europees niveau. Aan dergelijke bezorgdheden kan beslist niet worden voorbijgegaan.

127. Uit de opmerkingen van de lidstaten wordt evenwel duidelijk, dat zij in de eerste plaats beducht zijn voor de economische gevolgen van een wijziging in de sector kansspelen. Van eventuele gevaarlijke effecten van kansspelen voor de gokkers en hun maatschappelijk milieu is in zoverre minder sprake. Deze vrees kan dan ook niet uit hoofde van de bescherming van de belangen van de consumenten als een dwingende reden van algemeen belang worden opgevat.

128. Wanneer als gevolg van een beperkte openstelling van de nationale markten voor kansspelen de vrees voor een verschuiving van de staatsinkomsten mocht worden bewaarheid, zou daartegen in voorkomend geval met andere passende middelen moeten worden opgetreden. Zuiver economische overwegingen kunnen er echter niet toe dienen de vrijheid van dienstverrichting door in een andere lidstaat toegelaten organisator volledig aan banden te leggen.

129. De beperking van de vrijheid van dienstverrichting kan dus op grond van de aangevoerde redenen en onder de gegeven omstandigheden niet geacht worden door dwingende redenen van algemeen belang te worden gerechtvaardigd.

### 3. Kansspelen en elektronische media

130. De wetwijziging uit 2000, waarmee de bestaande verbodsbepalingen naar het heet alleen zouden worden versterkt, moet in elk geval ook in het licht van de technologische ontwikkelingen worden gezien. Het staat buiten kijf dat het door deze ontwikkelingen steeds problematischer wordt om de inachtneming van de geldende regelingen te bewaken. Zelfs zonder tussenkomst van een tussenpersoon kan de potentiële gokker per telefoon, fax of internet zijn weddenschap bij een Europese organisator van zijn keuze onderbrengen. Deze faciliteiten, waardoor voor de deelname aan een buitenlands kansspel geen geografische verplaatsing meer nodig is, leiden op wetgevingsniveau tot verschillende reacties. Zo werd in het Verenigd Koninkrijk de in de zaak Schindler weliswaar niet relevante maar nochtans te berde gebrachte Lotteries Act 1993 vastgesteld, waarbij een nationale loterij werd ingevoerd om op Brits grondgebied een aanbod mogelijk te maken dat vergelijkbaar is met het aanbod van buitenlandse organisatoren. In andere lidstaten, zoals

bijvoorbeeld Italië of Duitsland<sup>65</sup>, werden de bestaande regelingen met name op strafrechtelijk niveau verscherpt.

havige geval inbreuk maakt op de vrijheid van dienstverrichting overeenkomstig de artikelen 49 EG en volgende.

#### 4. Gevolgen

131. De beoordeling van deze strafsancities staat en valt echter met de rechtmatigheid van de daaraan ten grondslag liggende beperkingen en verbodsbepalingen, waarbij het voor de gemeenschapsrechtelijke beoordeling in hoge mate aankomt op de nagestreefde doeleinden. Wanneer, zoals in casu, de gestelde doeleinden van de betrokken regelingen door het onsamenvattend gedrag van de instanties van de lidstaat al op losse schroeven worden gezet, respectievelijk wanneer zij niet als dwingende vereisten van algemeen belang kunnen worden beschouwd, dan moet een strafrechtelijke regeling die deze maatregelen verscherpt, als onevenredig worden gekwalificeerd.

132. Daarom moet worden geconstateerd dat een nationale regeling zoals de litigieuze Italiaanse, houdende een van strafsancities voorzien verbod op het inzamelen, het aannemen en het doorzenden van weddenschappen, met name betreffende sportevenementen, door wie en waar dan ook, onder de omstandigheden van het onder-

133. Volledigheidshalve moet ten slotte nog worden ingegaan op het argument van de verdachten, dat de betrokken Italiaanse regeling in strijd is met het afgeleid gemeenschapsrecht betreffende de elektronische handel en de in punt 38 genoemde richtlijnen. Daartoe volstaat om te beginnen de verwijzing naar richtlijn 2000/31<sup>66</sup> betreffende de elektronische handel, die in artikel 1, lid 5, sub d, derde streepje, stelt dat zij niet van toepassing is op „gokactiviteiten waarbij een geldbedrag wordt ingezet, zoals loterijen en weddenschappen”. Wat daarnaast richtlijn 96/19 tot wijziging van richtlijn 90/388 met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie, richtlijn 97/13 en richtlijn 97/66 aangaat, moet worden vastgesteld dat deze expliciet noch impliciet betrekking hebben op de kwestie van de organisatie van kansspelen. Bijgevolg moet ervan worden uitgegaan, dat op dit gebied een regeling van afgeleid recht ontbreekt. Wanneer derhalve moet worden aangenomen dat er geen specifieke gemeenschapsrechtelijke regeling bestaat, dan is het primaire recht van toepassing, in het licht waarvan overigens ook het afgeleide recht moet worden uitgelegd.

65 — Zie de zesde wet tot herziening van het strafrecht van 26 juni 1998 (BGBl. I, blz. 164), waarbij in § 287 het misdrijf verboden organisatie van een loterij of trekking werd verscherpt.

66 — Aangehaald in punt 56.

## VI — Conclusie

134. Mitsdien stel ik voor, de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 49 EG en volgende inzake het recht van vrije dienstverrichting moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling zoals de Italiaanse in artikel 4, lid 1 tot en met 4, 4a en 4b, van wet nr. 401 van 13 december 1989 (laatstelijk gewijzigd bij artikel 7, lid 5, van wet nr. 388 van 23 december 2000), houdende een van strafsancties voorzien verbod op het inzamelen, het aannemen, het registreren en het verzenden van weddenschappen, met name betreffende sportevenementen, wanneer deze activiteiten worden uitgeoefend door, bij of voor een organisator van weddenschappen die in een andere lidstaat is gevestigd en deze activiteiten reglementair in overeenstemming met de daar geldende voorschriften uitoefent.”