

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

Y. BOT

van 31 maart 2011¹

1. De vraag naar de verenigbaarheid van een monopolie op het gebied van kans- en gokspelen met de vrijheden van verkeer waarin het gemeenschapsrecht voorziet, was sinds september 2009 aanleiding tot verschillende prejudiciële arresten waarin het Hof zijn eerdere rechtspraak heeft kunnen preciseren.²

2. Uit deze arresten blijkt in de eerste plaats dat een dergelijk monopolie in overeenstemming kan zijn met deze vrijheden indien hiermede wordt beoogd een hoog niveau van bescherming van de openbare orde en van de consument te waarborgen en dit monopolie zodanig wordt ingericht en uitgeoefend dat die doeleinden daadwerkelijk worden bereikt.

3. Voorts blijkt dat de houder van dit monopolie niet alleen een publiekrechtelijke entiteit kan zijn, maar ook een particuliere ondernemer.³ In dit laatste geval moet bij de verlening van het monopolie het begin-

sel van gelijke behandeling en de transparantieplichting in acht worden genomen, behalve indien dit monopolie aan de particuliere ondernemer wordt verleend volgens het „in house“-concept.⁴

4. Op het bijzondere gebied van kanspelen via internet is voor de verlening van een monopolie een extra rechtvaardigingsgrond gevonden in de specifieke risico's waarvan bij deze spelen sprake is.⁵

5. Bovendien heeft het Hof aangegeven dat een lidstaat niet verplicht is om een exploitatievergunning voor kansspelen via internet te erkennen die aan een aanbieder van onlinekanspelen is afgegeven door een andere lidstaat op wiens grondgebied deze aanbieder is gevestigd.⁶

6. Het onderhavige prejudiciële verzoek van het Bezirksgericht Linz (Oostenrijk), dat bij het Hof eind augustus 2009 is

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Arresten van 8 september 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International (C-42/07, Jurispr. blz. I-7633); 3 juni 2010, Sporting Exchange (C-203/08, Jurispr. blz. I-4695) en Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International (C-258/08, Jurispr. blz. I-4757); 8 september 2010, Winner Wetten (C-409/06, Jurispr. blz. I-8015), Stoß e.a. (C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 en C-410/07, Jurispr. blz. I-8069) en Carmen Media Group (C-46/08, Jurispr. blz. I-8149), en 9 september 2010, Engelmann (C-64/08, Jurispr. blz. I-8219).

3 — Reeds aangehaalde arresten Sporting Exchange (punt 48) en Stoß e.a. (punt 81).

4 — Reeds aangehaald arrest Sporting Exchange (punt 59).

5 — Reeds aangehaalde arresten Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International (punten 69-72), alsook Carmen Media Group (punten 102 en 103).

6 — Reeds aangehaalde arresten Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International (punt 69), Sporting Exchange (punt 33) en Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International (punt 54).

binnengekomen, dus vóór de uitspraak van de reeds aangehaalde arresten, betreft de overeenstemming van de Oostenrijkse wettelijke regeling voor elektronische loterijen met het vrij verrichten van diensten.

7. Krachtens deze regeling valt het aanbieden van dergelijke spelen aan personen die in Oostenrijk wonen onder een exploitatiemonopolie dat voor een periode van maximaal vijftien jaar is voorbehouden aan een particuliere ondernemer, die aan verschillende voorwaarden dient te voldoen. Het moet specifiek gaan om een kapitaalvennootschap die haar hoofdkantoor in Oostenrijk heeft, en deze vennootschap mag geen filiaal in het buitenland openen.

8. De verwijzende rechter stelt verschillende prejudiciële vragen om te kunnen beoordelen of een dergelijk monopolie en de door het nationale recht gestelde voorwaarden voor het verlenen hiervan in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht.

9. De meeste van deze vragen zijn door de rechtspraak beantwoord, in het bijzonder in de arresten gewezen na de ontvangst van de verwijzingsbeschikking.

10. Deze zaak stelt het Hof niettemin in de gelegenheid zijn rechtspraak nog eens te verduidelijken waar het gaat om de voorwaarde dat de vennootschap die houdster van een

monopolie is, op het grondgebied van de betrokken lidstaat moet zijn gevestigd.

11. In het reeds aangehaalde arrest Engelmänn is een dergelijke voorwaarde, voor zover zij aan concessiehouders van traditionele gokgelegenheden zoals casino's was opgelegd, onevenredig geacht ten opzichte van de door de Oostenrijkse regering ingeroepen doeleinden van controle en bescherming van de openbare orde.

12. In de onderhavige conclusie geef ik het Hof in overweging om voor recht te verklaren dat diezelfde voorwaarde in het zeer specifieke geval van een exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet gerechtvaardigd kan zijn.

13. Ik zal uiteenzetten dat een monopoliestelsel, omdat het zeer beperkend is voor de verkeersvrijheden, alleen gerechtvaardigd kan zijn indien hiermee wordt beoogd een hoog niveau van bescherming van de openbare orde en consument te waarborgen.

14. Ook zijn bij kansspelen via internet mijns inziens de risico's voor de openbare orde en de consument ernstiger dan bij de traditionele kansspelen en kunnen zij op afstand worden aangeboden zonder infrastructuur in de lidstaat van bestemming, en waar die staat zelf een grondige controle kan verrichten. Ik wijs erop dat er naar de huidige stand van het gemeenschapsrecht geen instrument voor samenwerking is, op grond waarvan een lidstaat

van een andere lidstaat op wiens grondgebied de aanbieder van onlinespelen is gevestigd, de noodzakelijke bijstand voor die controle kan verkrijgen.

2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.⁷

15. Ik zal hieruit afleiden dat een lidstaat derhalve gerechtigd is om een marktdeelnemer die op zijn grondgebied houder is van een exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet, de verplichting op te leggen om op dit grondgebied zijn hoofdkantoor te hebben teneinde de werkzaamheden van deze marktdeelnemer doeltreffend te kunnen controleren.

18. Kansspelen, die een economische activiteit zijn, vallen onder de werkingssfeer van de verkeersvrijheden, in het bijzonder die van artikel 49 EG, dat beperkingen verbiedt op het vrij verrichten van diensten binnen de Europese Gemeenschap 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.

16. Ten slotte zal ik aangeven dat een lidstaat de houder van een exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet op zijn grondgebied niet kan verbieden om een filiaal in het buitenland te openen, zonder aan te tonen dat deze maatregel gerechtvaardigd is door dwingende redenen van algemeen belang en evenredig is aan die doelstellingen.

19. Ingevolge de artikelen 55 EG en 48 EG is artikel 49 EG van toepassing op diensten aangeboden door een vennootschap die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat is opgericht en haar statutaire zetel, haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging binnen de Gemeenschap heeft.

I — Toepasselijk recht

B — Oostenrijks recht

A — *Unierecht*

17. De exploitatie van kansspelen is in het gemeenschapsrecht tot op heden niet geregeld of geharmoniseerd. Deze activiteit is uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn

20. In Oostenrijk zijn de kansspelen geregeld bij het Glücksspielgesetz (federale wet op de kansspelen).⁸

⁷ — PB L 376, blz. 36.

⁸ — BGBl. 620/1989, zoals laatstelijk gewijzigd bij BGBl. I, 145/2006 (hierna: „GSpG”).

21. Krachtens § 3 GSpG is het recht om kanspelen te organiseren in beginsel voorbehouden aan de staat. De federale minister van Financiën kan evenwel aan particulieren concessies verlenen om loterijen en elektronische loterijen te organiseren.

— over een raad van commissarissen en een gestort aandelenkapitaal van ten minste 109000000EUR beschikt, waarvan de rechtmatige herkomst op passende wijze moet worden bewezen;

22. In dat kader worden elektronische loterijen in § 12 a GSpG omschreven als „loterijen waarbij de spelovereenkomst langs elektronische weg tot stand komt, de uitslag over winst of verlies centraal bekend wordt gemaakt of ter beschikking wordt gesteld, en de deelnemer onmiddellijk na de deelname aan het spel kennis kan nemen van het resultaat”.

— directeuren benoemt die op grond van hun opleiding vakbekwaam zijn, de noodzakelijke eigenschappen en ervaring bezitten voor de goede uitvoering van de werkzaamheden, en tegen wie geen uitsluitingsgrond uit hoofde van artikel 13 van de wet tot regeling van ambacht, handel en industrie van 1994 (Gewerbeordnung 1994) bestaat;

23. Krachtens § 14 GSpG kan de federale minister van Financiën een concessie verlenen voor het organiseren van loterijen en elektronische loterijen. Volgens § 14, lid 2, GSpG wordt de concessie alleen aan een gegadigde verleend die:

— gelet op de omstandigheden (in het bijzonder ervaring, kennis en eigen middelen) naar verwachting voor de bondsstaat de hoogste belastingopbrengst kan behalen (heffing over de concessie en kansspelbelasting), en

— een kapitaalvennootschap is, waarvan de zetel in Oostenrijk is gevestigd;

— waarbij de structuur van het concern waartoe de eigenaar of eigenaren met een gekwalificeerd belang in de onderneming kunnen behoren, geen belemmering is voor een doeltreffend toezicht op de concessiehouder.

— geen eigenaren (vennoten) heeft die een overheersende invloed hebben en door wier invloed een goede naleving van de betrokken regelgeving niet is gewaarborgd;

24. De concessie kan volgens § 14, lid 3, eerste volzin, GSpG voor maximaal vijftien jaar worden verleend. Zolang er een concessie

voor loterijen van kracht is, kan volgens § 14, lid 5, eerste volzin, GSpG geen andere concessie worden verleend.

25. Krachtens § 15, lid 1, GSpG mag de concessiehouder geen filialen buiten Oostenrijk openen. Voorts heeft de concessiehouder voor de verkrijging van gekwalificeerde deelnemingen in andere vennootschappen de toestemming nodig van de federale minister van Financiën. Krachtens § 15a GSpG is die toestemming ook vereist, wanneer de concessiehouder zijn bedrijfsactiviteiten wil uitbreiden, en wordt die toestemming slechts verleend indien er geen verlaging van de federale belastingopbrengst, bestaande in de heffing over de concessie en de kansspelbelasting, te verwachten is.

26. De concessiehouder moet bovendien krachtens § 18, lid 1, GSpG ieder jaar aan de federale minister opgave doen van de personen die een deelneming in zijn maatschappelijk kapitaal houden.

27. Tegen degene die kansspelen met winst-oogmerk organiseert zonder in het bezit te zijn van een exploitatieconcessie kan krachtens § 168 van het Oostenrijks wetboek van strafrecht (Strafgesetzbuch) strafvervolgning worden ingesteld.

II — Feiten van het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

28. J. Dickinger en F. Ömer, Oostenrijkse staatsburgers, zijn de oprichters van een multinationaal onlinekansspelconcern „bet-at-home.com”. De moedermaatschappij is bet-at-home.com AG, een vennootschap naar Duits recht die in Düsseldorf (Duitsland) is gevestigd. Een van de dochtervennootschappen van bet-at-home.com AG is bet-at-home.com Entertainment GmbH, een vennootschap naar Oostenrijks recht, die in Linz (Oostenrijk) is gevestigd en diensten op het gebied van automatische gegevensverwerking en informatietechnologie verricht. Voorts beschikt deze vennootschap over een geldige vergunning voor sportweddenschappen naar Oostenrijks recht. Deze vennootschap heeft overigens een dochtervennootschap opgericht, bet-at-home.com Holding Ltd, een vennootschap naar Maltees recht, die op haar beurt drie dochterondernemingen heeft opgericht, te weten bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd en bet-at-home.com Internationale Ltd, alle drie vennootschappen naar Maltees recht, en in Malta gevestigd.

29. Twee van deze Maltese vennootschappen, te weten bet-at-home.com Entertainment Ltd en bet-at-home.com Internationale Ltd, bieden via internet kansspelen en sportweddenschappen aan. Hiervoor beschikt de eerstgenoemde over een geldige Maltese vergunning voor onlinekansspelen („Class One Remote Gaming License”) en de laatstgenoemde over een geldige Maltese vergunning voor onlinesportweddenschappen („Class Two Remote Gaming License”). De kansspelen en sportweddenschappen worden door

de beide Maltese vennootschappen aangeboden op het internetplatform „bet-at-home.com”. De internetsite is beschikbaar in het Spaans, Duits, Grieks, Italiaans, Hongaars, Nederlands, Pools, Sloveens, Turks en Russisch, maar niet in het Maltees. Via dit internetadres worden onder meer kansspelen aangeboden zoals poker, blackjack, baccarat, roulette, alsmede spelen op virtuele automaten. Al deze spelen kunnen worden gespeeld met ongelimiteerde inzetten.

30. De exploitatie van het internetplatform www.bet-at-home.com geschiedt uitsluitend door bet-at-home.com Internet Ltd en bet-at-home.com Entertainment Ltd. Deze Maltese vennootschappen zijn verantwoordelijk voor de organisatie van de spelen. Degenen die aan de spelen deelnemen, sluiten de betrokken spelovereenkomsten uitsluitend af met deze vennootschappen, die ook in het bezit zijn van de voor de exploitatie van het voor het spelplatform benodigde software vereiste vergunningen.

31. De vennootschappen bet-at-home.com Entertainment Ltd en bet-at-home.com Internationale Ltd hebben tot en met december 2007 gebruikgemaakt van een server die in Linz (Oostenrijk) stond en die hun ter beschikking was gesteld door bet-at-home.com Entertainment GmbH, die ook voor het onderhoud van de internetsite en van de voor de spelen benodigde software zorgde. Tot dat tijdstip bevond de telefonische helpdesk voor alle kansspeldeelnemers zich in Linz. Al deze

ondersteunende diensten werden aan de Maltese vennootschappen in rekening gebracht.

32. Een in Linz gevestigde Oostenrijkse bank fungeerde voorts als bankrelatie voor het overmaken van de inzetten. De betrokken rekening stond op naam van de Maltese vennootschap bet-at-home.com Internationale Ltd.

33. Op grond van deze feiten is tegen Dickinger en Ömer een strafzaak ingeleid wegens schending van § 168 van het Oostenrijks wetboek van strafrecht, waarin de verwijzende rechter in eerste aanleg uitspraak moet doen.

34. In antwoord op een vraag van het Hof heeft de Oostenrijkse regering gepreciseerd dat Dickinger en Ömer in het hoofdgeding worden vervolgd voor het handelen in het kader van hun functie in de Oostenrijkse vennootschap bet-at-home.com Entertainment GmbH. Volgens deze regering luidt de tenlastelegging als volgt:

„Jochen Dickinger en Franz Ömer hebben als leidinggevenden van bet-at-home.com Entertainment GmbH vanaf 1 januari 2006 tot heden § 168, lid 1, van het wetboek van strafrecht overtreden door kansspelen te organiseren ten gunste van de vennootschap, bestaande in het aanbieden van spelen via internet waarbij winst en verlies uitsluitend of overwegend van het toeval afhangen of die uitdrukkelijk zijn verboden [...]”

35. Bij het Bezirksgericht Linz hebben Dickinger en Ömer de onrechtmatigheid van de nationale kansspelenregeling in het licht van de artikelen 43 EG en 49 EG ingeroepen.

op grond van de omstandigheden kan worden verwacht dat hij voor de bondsstaat de hoogste belastingopbrengst zal behalen;

36. Deze rechter heeft ernstige twijfel of de bepalingen van Oostenrijks strafrecht in samenhang met de in casu toepasselijke Oostenrijkse kansspelenregeling, verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht. Hij heeft derhalve besloten, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) a) Moeten de artikelen 43 en 49 EG aldus worden uitgelegd dat zij zich in beginsel verzetten tegen een nationale wettelijke regeling als die van § 3 junctis §§ 14 f en volgende 21 van het Oostenrijkse GSpG, krachtens welke

- een concessie voor loterijtrekkingen (bijvoorbeeld loterijen, elektronische loterijen enzovoort) met een maximumlooptijd van 15 jaar mag worden verleend aan slechts één concessieaanvrager, die onder meer een in het binnenland gevestigde kapitaalvennootschap moet zijn, geen filialen buiten Oostenrijk mag oprichten, over een gestort aandelenkapitaal van ten minste 109000000EUR dient te beschikken en waarvan

- een casinoconcessie met een maximumlooptijd van 15 jaar mag worden verleend aan slechts twaalf concessieaanvragers, die onder meer in het binnenland gevestigde kapitaalvennootschappen moeten zijn, geen filialen buiten Oostenrijk mogen oprichten, over een gestort aandelenkapitaal van minstens 22000000EUR dienen te beschikken en waarvan op grond van de omstandigheden kan worden verwacht dat zij voor de lagere overheden de hoogste belastingopbrengst zullen behalen?

Deze vragen rijzen met name gelet op het feit dat Casinos Austria AG houder is van alle twaalf casinoconcessies, die op 18 december 1991 voor de maximumduur van 15 jaar zijn verleend en intussen zonder openbare aanbesteding of bekendmaking zijn verlengd.

- b) Zo ja, kan een dergelijke regeling dan worden gerechtvaardigd door redenen verband houdend met het

algemene belang bij een beperking van wedactiviteiten, wanneer de concessiehouders in een quasimonopolistische structuur van hun kant door intensieve investeringen in reclame een expansionistisch beleid voeren op het gebied van kansspelen?

uitoefening van een van de fundamentele vrijheden kan verbieden of verhinderen?

- c) Zo ja, dient de verwijzende rechter bij de toetsing van de evenredigheid van een dergelijke regeling, die beoogt strafbare feiten te voorkomen door de op dit gebied actieve marktdeelnemers aan een controle te onderwerpen en kansspelactiviteiten zodanig te sturen dat zij onder deze controles vallen, rekening te houden met het feit dat deze regeling eveneens van toepassing is op grensoverschrijdende dienstaanbieders, die in de lidstaat van vestiging toch al zijn onderworpen aan de aan hun concessie verbonden strenge verplichtingen en controles?
- 2) Moeten de fundamentele vrijheden van het EG-verdrag, inzonderheid het door artikel 49 EG gewaarborgde vrij verrichten van diensten, aldus worden uitgelegd dat, ongeacht de in beginsel nog steeds aan de lidstaten toekomende bevoegdheid tot regeling van het strafrechtelijk bestel, een strafbepaling van een lidstaat niettemin moet worden getoetst aan het gemeenschapsrecht, wanneer zij de
- 3) a) Moet artikel 49 EG juncto artikel 10 EG aldus worden uitgelegd dat — op basis van het beginsel van wederzijds vertrouwen — in de staat waar de dienst wordt verricht, rekening moet worden gehouden met de controles die zijn uitgevoerd in de staat waar een dienstverrichter is gevestigd, en met de aldaar gestelde zekerheden?
- b) Zo ja, moet artikel 49 EG voorts aldus worden uitgelegd dat wanneer het vrij verrichten van diensten wordt beperkt om redenen van algemeen belang, nagegaan dient te worden of de voorschriften, controles en onderzoeken waaraan de dienstverrichter is onderworpen in zijn staat van vestiging, niet reeds voldoende rekening houden met dit algemene belang?
- c) Zo ja, moet bij de toetsing van de evenredigheid van een bepaling van een lidstaat die sancties stelt op het zonder binnenlandse vergunning grensoverschrijdend aanbieden van kansspeldiensten, in aanmerking worden genomen dat met de belangen van regulering waarop de staat waar de dienst wordt verricht zich beroept ter rechtvaardiging van de beperking van de fundamentele vrijheid, reeds in de staat van vestiging door een strenge toelatings- en

- toezichtprocedure voldoende rekening is gehouden?
- d) Zo ja, moet de verwijzende rechter — binnen het kader van zijn toetsing van de evenredigheid van een dergelijke beperking — dan rekening mee houden dat de betrokken voorschriften in de staat waar de dienstverrichter is gevestigd, qua controlelictheid zelfs verder gaan dan de voorschriften van de staat waar de dienst wordt verricht?
- e) Vereist het beginsel van evenredigheid in het geval waarin om redenen van regulering, zoals bescherming van de spelers en bestrijding van criminaliteit, een met strafsancities bedreigd verbod is gesteld op kansspelen, voorts dat de verwijzende rechter onderscheid maakt tussen, enerzijds aanbieders die zonder enigerlei vergunning kansspelen aanbieden, en anderzijds aanbieders die, met een concessie, in andere lidstaten van de Unie zijn gevestigd en activiteiten verrichten in de uitoefening van hun vrijheid van dienstverrichting?
- f) Moet, ten slotte, bij de toetsing van de evenredigheid van een bepaling van een lidstaat waarbij het zonder binnenlandse concessie of vergunning grensoverschrijdend aanbieden van kanspeldiensten onder dreiging met strafsancities wordt verboden, in aanmerking worden genomen dat het voor een aanbieder van kanspeldiensten aan wie in een andere lidstaat naar behoren een concessie is verleend, op grond van objectieve, indirect discriminerende toegangsbeperkingen niet mogelijk was om in de eerste lidstaat een vergunning te verkrijgen, en de procedure van vergunningverlening en toezicht in de staat van vestiging een niveau van bescherming biedt dat minstens vergelijkbaar is met dat van de eerste lidstaat?
- 4) a) Moet artikel 49 EG aldus worden uitgelegd dat het tijdelijke karakter van de dienstverrichting voor de dienstverrichter uitsluit, dat hij zich in de ontvangende lidstaat van een bepaalde infrastructuur (zoals een server) voorziet zonder te worden geacht in deze lidstaat te zijn gevestigd?
- b) Moet artikel 49 EG voorts aldus worden uitgelegd dat een tot binnenlandse verrichters van ondersteunende diensten gericht verbod om de dienstverrichting door een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter te vergemakkelijken, ook dan een beperking van de vrijheid van dienstverrichting van deze dienstverrichter betekent, wanneer de verrichter van de ondersteunende diensten is gevestigd in dezelfde lidstaat als een deel van de ontvangers van de dienst?"

III — Mijn analyse

37. Om te beginnen stel ik vast dat de door de verwijzende rechter gestelde vragen voor een deel verder gaan dan het kader van het hoofdgeding en vraagstukken omvatten die duidelijk niet nuttig zijn voor de oplossing hiervan. Dit is in het bijzonder het geval met vraag 1, sub a, tweede streepje, met betrekking tot de concessieregeling van de Oostenrijkse wetgeving voor de exploitatie van casino's.

38. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeschikking en zoals wordt bevestigd door zowel het dossier als het antwoord van de Oostenrijkse regering op de door het Hof ter opheldering gestelde vragen, worden beide personen voor de verwijzende rechter vervolgd ter zake van het aanbieden van kansspelen via internet, zulks in strijd met de Oostenrijkse wetgeving. Het hoofdgeding heeft op generlei wijze betrekking op de exploitatie van casino's in Oostenrijk.

39. Ik geef daarom het Hof in overweging om de gestelde vragen alleen te onderzoeken voor zover zij betrekking hebben op het aanbieden van kansspelen via internet.

40. De vele door de verwijzende rechter gestelde vragen bestrijken mijns inziens vier vraagstukken, waarvan ik voorstel om deze in de onderstaande volgorde te behandelen.

41. Zo wil de verwijzende rechter in de eerste plaats vernemen of de bepalingen van een lidstaat die iedere inbreuk op een exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet met een strafrechtelijke sanctie bedreigen, in overeenstemming moeten zijn met de verkeersvrijheden en in het bijzonder met artikel 49 EG, hoewel het strafrecht tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort (tweede vraag).

42. Hij wil in de tweede plaats weten of artikel 49 EG in deze zaak van belang is, hoewel enerzijds de Maltese vennootschappen materiële hulpmiddelen, zoals een in Oostenrijk gevestigde server, gebruiken, en anderzijds de vennootschap die deze middelen verstrekt, op Oostenrijks grondgebied is gevestigd (vierde vraag, sub a en b).

43. De verwijzende rechter wenst in de derde plaats te vernemen of het in zijn nationale recht vervatte exploitatiemonopolie en de voorwaarden waaronder dit monopolie wordt verleend, in overeenstemming zijn met artikel 49 EG, in het bijzonder gelet op de verplichtingen en controles waaraan de Maltese vennootschappen in hun staat zijn onderworpen (eerste vraag, sub a, eerste streepje, en sub c, en derde vraag, sub a tot en met f).

44. In de vierde plaats vraagt hij of de betrokken regeling gerechtvaardigd kan zijn indien de monopoliehouder een expansionistisch beleid voert door intensieve reclamecampagnes (eerste vraag, sub b).

A — *De afbakening van de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van het strafrecht*

bepaling tot het strafrecht van die lidstaat behoort.¹⁰

45. De verwijzende rechter vraagt in wezen of een regeling van een lidstaat die iedere inbreuk op een exploitatiemonopolie voor kansspelen, zoals het in het Oostenrijks recht vervatte monopolie voor de exploitatie van elektronische loterijen, met een strafrechtelijke sanctie bedreigt, in overeenstemming moet zijn met de verkeersvrijheden en in het bijzonder met artikel 49 EG, hoewel het strafrecht tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort.

48. Dit verenigbaarheidsvereiste wat strafrechtelijke bepalingen betreft die, zoals in deze zaak, bedoeld zijn om de naleving van een om redenen van algemeen belang ingesteld exploitatiemonopolie voor kansspelen te waarborgen, betekent het volgende. Indien dit monopolie wordt geacht met het gemeenschapsrecht in overeenstemming te zijn, dan zijn de strafsancities ter waarborging van de naleving hiervan dit in beginsel ook, tenzij deze sancties zelf in strijd zijn met andere normen zoals de grondrechten.

46. De bevoegdheid op het gebied van het strafrecht was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding stellig voorbehouden aan de lidstaten. Dat is grotendeels ook zo gebleven, ondanks de wijzigingen door het verdrag van Lissabon. Toch is het vaste rechtspraak dat iedere lidstaat bij de uitoefening van de hem voorbehouden bevoegdheden de verplichtingen die hij in het kader van het EG-Verdrag op zich heeft genomen, en in het bijzonder wat de verkeersvrijheden betreft, moet nakomen.⁹

49. Indien, omgekeerd, een dergelijk monopolie in strijd blijkt te zijn met een verkeersvrijheid, moeten strafbepalingen die de naleving hiervan beogen te waarborgen, buiten toepassing blijven. Het is immers vaste rechtspraak dat een lidstaat geen strafrechtelijke sanctie mag opleggen omdat niet aan een administratieve formaliteit is voldaan, wanneer het voldoen aan deze formaliteit in strijd met het gemeenschapsrecht is geweigerd of onmogelijk is gemaakt.¹¹

47. Een bepaling van een lidstaat kan derhalve niet aan de werkingssfeer van de verkeersvrijheden ontkomen en derhalve niet meer onder het vereiste van verenigbaarheid met die vrijheden, vallen, alleen omdat deze

50. Ik geef daarom in overweging op de onderzochte vraag te antwoorden dat een regeling van een lidstaat die iedere inbreuk op een

9 — Zie bijvoorbeeld op het gebied van de directe belastingen, arrest van 18 december 2007, A (C-101/05, Jurispr. blz. I-11531, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak); waar het gaat om de bevoegdheid van de lidstaten om hun socialezekerheidsstelsel in te richten, arrest van 28 april 1998, Kohll (C-158/96, Jurispr. blz. I-1931, punten 15, 16 en 21), en, op het gebied van de gezondheidszorg, arrest van 16 mei 2006, Watts (C-372/04, Jurispr. blz. I-4325, punt 92).

10 — Zie in het bijzonder arrest van 2 februari 1989, Cowan (186/87, Jurispr. blz. 195, punt 19).

11 — Arrest van 6 maart 2007, Placanica e.a. (C-338/04, C-359/04 en C-360/04, Jurispr. blz. I-1891, punt 69).

exploitatie-monopolie voor kansspelen, zoals het in het Oostenrijks recht vervatte exploitatie-monopolie voor elektronische loterijen, met strafrechtelijke sancties bedreigt, in overeenstemming moet zijn met de verkeersvrijheden, in het bijzonder met artikel 49 EG, hoewel het strafrecht tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort.

die aan op nationaal grondgebied gevestigde dienstverrichters verbiedt om aan vennootschappen gevestigd in een andere lidstaat, die middelen te verschaffen om kansspelen via internet aan op zijn grondgebied gevestigde personen aan te bieden, een beperking op het vrij verrichten van diensten is.

B — De relevantie van artikel 49 EG in deze zaak

51. De verwijzende rechter twijfelt of het bij hem aanhangige geding onder de toepassing van artikel 49 EG valt.

52. Zo wil hij in wezen met de vierde vraag, sub a, weten of artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd dat de exploitatie van kansspelen via internet door een marktdeelnemer die in een andere lidstaat is gevestigd dan de lidstaat van bestemming, kan worden geacht een tijdelijk karakter te hebben en derhalve onder dit artikel valt, wanneer die marktdeelnemer van materiële communicatiemiddelen gebruikmaakt, zoals een server en een telefooncentrale die zich bevinden in de lidstaat van bestemming, en hem door een derde onderneming ter beschikking worden gesteld.

53. Verder wil hij met de vierde vraag, sub b, weten of artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd dat een regeling van een lidstaat

1. Betekenis van het gebruik van materiële communicatiemiddelen die zich bevinden in de lidstaat van bestemming

54. Overeenkomstig vaste rechtspraak is het aanbieden van kansspelen via internet door een in een lidstaat gevestigde exploitant aan consumenten die in een andere lidstaat wonen, een dienst in de zin van artikel 49 EG.¹² Deze rechtspraak vloeit voort uit het standpunt dat het aanbieden van een dienst door middel van communicatiemiddelen aan ontvangers die zich in een andere lidstaat bevinden dan die van de dienstverrichter, zonder dat deze laatste zijn eigen lidstaat verlaat, een dienst is.¹³

55. De verwijzende rechter wil weten of het feit dat de Maltese vennootschappen kansspelen via internet aan in Oostenrijk wonende consumenten aanbieden met

¹² — Arrest van 6 november 2003, Gambelli e.a. (C-243/01, Jurispr. blz. I-13031, punt 54), en arrest Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International, reeds aangehaald (punt 46).

¹³ — Zie onder meer arrest van 10 mei 1995, Alpine Investments (C-384/93, Jurispr. blz. I-1141, punt 22).

gebruikmaking van materiële middelen, zoals een server en een telefonische helpdesk, die hun door een op Oostenrijks grondgebied gevestigde vennootschap ter beschikking worden gesteld, betekent dat zij duurzaam en blijvend zijn gevestigd in Oostenrijk, zodat zij niet meer onder artikel 49 EG vallen, maar onder de voor de vrije vestiging geldende verdragsbepalingen.

dat bij de huidige stand van de door de verwijzende rechter verstrekte informatie, dit antwoord ontkennend moet luiden. Mijns inziens maakt namelijk het enkele feit dat een aanbieder van onlinekansspelen van materiële communicatiemiddelen gebruikmaakt die ter beschikking worden gesteld door een derde onderneming die is gevestigd in de lidstaat van bestemming, op zich niet mogelijk vast te stellen dat deze dienstverrichter in die lidstaat een duurzame vestiging heeft die vergelijkbaar is met een agentschap.

56. De verwijzende rechter geeft niet aan welk belang hij aan die vraag hecht. Ik ben van mening dat dat belang er niet echt is. Indien namelijk wordt erkend dat de Maltese vennootschappen over een duurzame vestiging in Oostenrijk beschikken en hier ook gevestigd zijn in de zin van de bepalingen van het Verdrag inzake de vestigingsvrijheid, zou het onderzoek naar de verenigbaarheid van de betrokken Oostenrijkse regeling in het licht van deze vrije vestigingsbepalingen in plaats van die van het vrij verrichten van diensten geen andere uitkomst opleveren.¹⁴ In beide gevallen zou deze regeling worden beschouwd als een beperking van de van toepassing zijnde verkeersvrijheid en zou de beoordeling of zij in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, naargelang de door de Oostenrijkse regering aangevoerde rechtvaardigingsgronden, tot dezelfde conclusie leiden.

58. Volgens mij moet een onderscheid worden gemaakt tussen deze situatie en de situatie waarmee het Hof te maken heeft gehad in het reeds aangehaalde arrest Gambelli e.a. In dit arrest heeft het Hof bevestigd dat Stanley International Betting Ltd, een vennootschap naar Brits recht, haar recht op vrije vestiging in Italië had uitgeoefend, omdat deze vennootschap commerciële overeenkomsten met Italiaanse marktdeelnemers of tussenpersonen had gesloten uit hoofde waarvan zij weddenschappen van Italiaanse consumenten verzamelden en registreerden om deze door te sturen naar die vennootschap.

59. Het Hof heeft daaruit afgeleid dat Stanley International Betting Ltd weddenschappen inzamelde in Italië via een organisatie van agentschappen.¹⁵

57. Indien de onderzochte vraag toch beantwoord moet worden, ben ik van mening

60. Uit het dossier in de onderhavige zaak blijkt niet dat de Maltese vennootschappen met de Oostenrijkse vennootschap die hun materiële middelen ter beschikking stelt,

¹⁴ — Zie in die zin arrest Gambelli e.a., reeds aangehaald (punt 59). Zie ook arrest Stoß e.a., reeds aangehaald.

¹⁵ — Punt 46 van dit arrest.

commerciële overeenkomsten hebben gesloten uit hoofde waarvan die laatste duurzaam voor hen zou moeten optreden zoals een agentschap zou doen, volgens de criteria die het Hof in het arrest van 4 december 1986, Commissie/Duitsland¹⁶ heeft aangegeven en die in de reeds aangehaalde arresten Winner Wetten¹⁷ en Stoß e.a.¹⁸ zijn overgenomen.

61. Overigens betekent het gebruikmaken door een marktdeelnemer van een server die zich feitelijk in een lidstaat bevindt, niet dat deze marktdeelnemer in die lidstaat een economische activiteit uitoefent. Hoewel bij richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (hierna: „richtlijn elektronische handel”)¹⁹ kansspelen van de werkingssfeer van de richtlijn worden uitgesloten²⁰, kan het op dit punt van belang zijn te benadrukken dat volgens punt 19 van de considerans van deze richtlijn de plaats van vestiging van een bedrijf dat via een internetsite diensten aanbiedt, niet de plaats is waar zich de technologie ter ondersteuning van de site bevindt of waar de site toegankelijk is, maar de plaats waar de economische activiteit wordt uitgeoefend.

62. Gelet op deze overwegingen ben ik van mening dat op de onderzochte vraag moet worden geantwoord, dat artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd dat de omstandigheid dat een aanbieder van kansspelen via internet van materiële communicatiemiddelen gebruikmaakt, zoals een server en een telefooncentrale, die zich bevinden in de lidstaat van bestemming en die hem door een derde onderneming ter beschikking worden gesteld, op zich niet uitsluit dat de bepalingen van het Verdrag over het vrij verrichten van diensten van toepassing zijn.

63. De bijzondere feitelijke context van de zaak in het hoofdgeding maakt mijns inziens nog een aanvulling noodzakelijk. Bekend is namelijk dat de twee Maltese vennootschappen die kansspelen aan Oostenrijkse consumenten aanbieden met gebruikmaking van een server en telefonische helpdesk, die door de vennootschap naar Oostenrijks recht bet-at-home.com Entertainment GmbH zijn verstrekt, indirecte dochters dan wel „kleindochters” zijn van die vennootschap. Zij zijn namelijk de dochterondernemingen van de vennootschap naar Maltees recht bet-at-home.com Holding Ltd, die zelf de dochteronderneming is van de Oostenrijkse vennootschap.

64. Zoals de Oostenrijkse regering en de Commissie terecht aangeven, kan artikel 49 EG alleen van toepassing zijn in deze zaak, indien zou blijken dat deze Maltese vennootschappen puur kunstmatig zijn en slechts zijn opgericht om hun Oostenrijkse moedermaatschappij in staat te stellen het

16 — 205/84, Jurispr. blz. 3755, punt 21.

17 — Punt 46.

18 — Punt 59.

19 — PB L 178, blz. 1.

20 — Artikel 1, lid 5, sub d, laatste streepje, van de richtlijn inzake elektronische handel.

exploitatieverbod van onlinekansspelen in Oostenrijk te omzeilen.²¹

vennootschappen in de omstandigheden van het onderhavige geval puur kunstmatig zijn en bedoeld zijn om hun Oostenrijkse moedermaatschappij in staat te stellen het exploitatieverbod van onlinekansspelen in Oostenrijk te omzeilen.

65. Dat zou het geval zijn indien het die dochtervennootschappen aan iedere economische realiteit zou ontbreken. Zoals het Hof in het arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas²², in herinnering heeft gebracht, impliceert het begrip vestiging in de zin van de verdragsbepalingen inzake de vestigingsvrijheid de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in de lidstaat van ontvangst. Dit veronderstelt bijgevolg dat de betrokken vennootschap werkelijk in deze lidstaat is gevestigd en daar daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent.²³

2. Betekenis van het feit dat de vervolgdde personen in Oostenrijk zijn gevestigd

68. Met de vierde vraag, sub b, wil de verwijzende rechter weten of artikel 49 EG in deze zaak van toepassing is, hoewel de nationale bepaling waarop de vervolging is gebaseerd, de leidinggevenden van een vennootschap betreft, die zelf is gevestigd in de lidstaat van bestemming.

66. Deze werkelijke vestiging moet kunnen worden geverifieerd door objectieve elementen zoals in hoeverre de vennootschap fysiek bestaat in termen van bedrijfsruimte, personeel en uitrusting.²⁴

69. Het antwoord op deze vraag zou geen moeilijkheden moeten opleveren. Artikel 49 EG is in de omstandigheden van deze zaak in zekere zin „dubbel toepasselijk”.

67. Daarom geef ik het Hof in overweging het hierboven vermelde antwoord in die zin aan te vullen, dat artikel 49 EG niet kan worden ingeroepen indien zou blijken dat de Maltese

70. Een nationale regeling als de litigieuze Oostenrijkse regeling, waardoor een in Oostenrijk gevestigde vennootschap aan aanbieders van onlinekansspelen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, niet de middelen ter beschikking kan stellen om hun spelen aan Oostenrijkse consumenten aan te bieden, beperkt namelijk enerzijds het recht van die Oostenrijkse vennootschap om haar eigen diensten ter ondersteuning van die dienstverrichters aan te bieden. In die zin is deze

21 — Arrest van 12 mei 1998, Kefalas e.a. (C-367/96, Jurispr. blz. I-2843, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22 — C-196/04, Jurispr. blz. I-7995.

23 — Punt 54.

24 — Punt 67.

regeling een beperking op de vrijheid van de als tussenpersoon fungerende vennootschap om haar diensten aan te bieden.²⁵

71. Anderzijds is een met strafrechtelijke sancties bedreigd verbod van een lidstaat voor zijn inwoners om als tussenpersoon te fungeren voor een in een andere lidstaat gevestigde ondernemer, zodat deze zijn diensten niet kan aanbieden op het grondgebied van de lidstaat van het verbod, ook een beperking in de zin van artikel 49 EG. Immers, door dit verbod wordt de betrokken marktdeelnemer beperkt in de mogelijkheid zijn diensten aan te bieden in een andere lidstaat dan die waar hij is gevestigd, en worden de in die lidstaten wonende consumenten beperkt in de mogelijkheid om tot die diensten toegang te verkrijgen.²⁶

72. Daarom geef ik in overweging op de onderzochte vraag als antwoord te geven, dat artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd dat een regeling van een lidstaat die op het nationale grondgebied gevestigde dienstverrichters verbiedt om aan vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, de materiële middelen ter beschikking te stellen om kansspelen via internet aan te bieden aan op zijn grondgebied gevestigde personen, een beperking is op het vrij verrichten van diensten in de zin van dit artikel.

25 — Reeds aangehaald arrest Gambelli e.a. (punt 58).

26 — Zie in het bijzonder arrest van 21 oktober 1999, Zenatti (C-67/98, Jurispr. blz. I-7289, punt 24), en arrest Stoß e.a., reeds aangehaald (punt 57).

C — Rechtvaardiging van het monopolie en van de aan de monopoliehouder gestelde voorwaarden

73. De verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de vervolging die in het hoofdgeding aan de orde is, hangt, zoals ik heb aangegeven, af van het feit of het monopolie, waarvan deze vervolging de naleving beoogt te verzekeren, in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. De verwijzende rechter heeft verschillende vragen gesteld om de verenigbaarheid van dit monopolie te kunnen beoordelen.

74. Met de eerste vraag, sub a, wil hij weten of artikel 49 EG zich verzet tegen een exploitatiemonopolie voor loterijen via internet en tegen de in de desbetreffende regeling vervatte voorwaarden voor de verlening van dit monopolie. Met de eerste vraag, sub c, en de derde vraag, sub a tot en met f, vraagt de verwijzende rechter of en, in voorkomend geval, in hoeverre het feit dat de aanbieders van kansspelen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, in die lidstaat aan verplichtingen en controles zijn onderworpen, in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van de evenredigheid van deze regeling.

75. Ik geef het Hof in overweging deze vragen gezamenlijk te behandelen. De vragen van de verwijzende rechter over het bestaan en, onder omstandigheden, de draagwijdte van een verplichting tot wederzijdse erkenning van de verplichtingen en de controles waaraan de Maltese vennootschappen in Malta zijn onderworpen, stellen de geldigheid van de invoering van het litigieuze monopolie aan de

orde, alsook, in zekere zin, die van de voorwaarde dat de vennootschap die houdster is van dit monopolie, in Oostenrijk moet zijn gevestigd.

76. Deze vragen van de verwijzende rechter kunnen derhalve aldus worden opgevat, dat hij in wezen wil vernemen of artikel 49 EG zich verzet tegen een regeling van een lidstaat uit hoofde waarvan de exploitatie van loterijen via internet is voorbehouden aan één enkele concessiehouder, wiens concessie een looptijd heeft van maximaal vijftien jaar, die een kapitaalvennootschap moet zijn met een gestort aandelenkapitaal van ten minste 109 000 000 EUR, gevestigd moet zijn in deze lidstaat en geen filiaal in het buitenland mag oprichten.

77. De beantwoording van deze vraag brengt mee dat de verschillende beperkingen als gevolg van de Oostenrijkse regeling achtereenvolgens moeten worden onderzocht, namelijk het bestaan van een monopolie, de looptijd ervan, de rechtsvorm van de vennootschap die de houdster is van dit monopolie en het bedrag van haar kapitaal, het vereiste van vestiging op nationaal grondgebied, en ten slotte het verbod om een filiaal in het buitenland op te richten.

78. Voorafgaande aan dit onderzoek moeten de door de rechtspraak ontwikkelde beginselen waarbinnen dit onderzoek moet plaatsvinden, in herinnering worden gebracht.

79. Volgens vaste rechtspraak mogen de lidstaten aan de exploitatie van kansspelen op hun grondgebied beperkingen stellen. Kansspelen zijn immers een economische activiteit die in feite zeer schadelijke gevolgen kan hebben, zowel voor de samenleving wegens het gevaar van verarming van de spelers bij overmatig gokgedrag, als voor de openbare orde in het algemeen, gelet in het bijzonder op de aanzienlijke inkomsten die bij kansspelen worden gegenereerd.

80. Het vrij verrichten van diensten op het gebied van kansspelen kan derhalve overeenkomstig artikel 46, lid 1, EG worden beperkt om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, of ook om dwingende redenen van algemeen belang, zoals het bestrijden van fraude en het voorkomen dat de consument door gokken tot geldverkwisting wordt aangespoord.²⁷

81. Bij gebreke van communautaire harmonisatie en gezien het feit dat er op dit gebied tussen de lidstaten aanzienlijke morele, religieuze en culturele verschillen bestaan, is het aan elke lidstaat om overeenkomstig zijn eigen waardesysteem te beoordelen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de betrokken belangen.²⁸

27 — Reeds aangehaald arrest Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International (punt 56).

28 — *Ibidem* (punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

82. Van belang is evenwel dat de ter bescherming van deze belangen opgelegde beperking van de verkeersvrijheden aan een geschiktheids- en evenredigheidstoets voldoet. Deze beperking moet dan ook geschikt zijn om de verwezenlijking van het doel of de doeleinden die hiermee worden nagestreefd, te waarborgen, hetgeen betekent dat deze beperking coherent en systematisch en evenredig moet zijn.²⁹

83. Wat de beoordeling van de noodzaak en de evenredigheid van de door een lidstaat getroffen regelingen betreft, is aanvaard dat, in aanmerking genomen het ontbreken van harmonisatie op dit gebied en de hierboven genoemde beoordelingsmarge van de lidstaten, de enkele omstandigheid dat deze lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, geen invloed kan hebben. Deze regelingen dienen enkel te worden getoetst aan de door de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat nagestreefde doelstellingen en het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen.³⁰

84. Blijkens het dossier in de onderhavige zaak is de litigieuze Oostenrijkse regeling ingevoerd ter bestrijding van de criminaliteit en ter bescherming van de consument. Zij beoogt volgens de Oostenrijkse regering het witwassen van geld en fraude te voorkomen, alsook criminaliteit te bestrijden. Tevens

heeft de regeling tot doel een voldoende garantie te bieden voor het uitbetalen van winst en de spelers tegen geldverkwisting door gokken te beschermen.

85. Overeenkomstig de hierboven genoemde beginselen moet in het licht van deze doeleinden worden onderzocht of de beperkingen vervat in de Oostenrijkse regeling waarop de verwijzende rechter doelt, gerechtvaardigd kunnen zijn. Ik zal deze achtereenvolgens behandelen.

1. Verlening van een exploitatiemonopolie voor loterijen via internet

86. Zoals ik reeds in de inleiding van deze conclusie heb aangegeven, blijkt uit vaste rechtspraak dat een exploitatiemonopolie voor kansspelen in overeenstemming kan zijn met het gemeenschapsrecht, indien dit monopolie tot doel heeft een hoog niveau van bescherming van de openbare orde en de consument te waarborgen.

87. Zo heeft het Hof erkend dat de autoriteiten van een lidstaat van mening mogen zijn dat de verlening van een uitsluitend recht aan een publieke entiteit waarvan het beheer onder rechtstreeks overheidstoezicht staat, of aan een particuliere ondernemer op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen, betere garanties kan

²⁹ — Ibidem (punten 60 en 61).

³⁰ — Ibidem (punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

geven dat hun beleid ter bescherming van de openbare orde en de consument doeltreffend wordt uitgevoerd dan wanneer deze activiteiten worden uitgeoefend door particuliere marktdeelnemers die met elkaar in concurrentie staan, ook al zouden deze laatsten dan een vergunning nodig hebben en aan een controle- en sanctieregeling zijn onderworpen.³¹

88. De verlening van een dergelijk monopolie kan in het bijzonder een doeltreffender middel zijn om geldverkwisting door gokken en het gevaar van gokverslaving te voorkomen, dan een regeling die deze markt voor verschillende dienstverrichters openstelt.³²

89. Met andere woorden, de verlening van een monopolie maakt het mogelijk om de schadelijke effecten van mededinging tussen verschillende dienstverleners weg te nemen, die hen ertoe zou kunnen aanzetten om met elkaar te wedijveren in inventiviteit om hun aanbod aantrekkelijker te maken, waardoor de uitgaven van de consumenten voor het gokken zouden toenemen.³³

90. Deze rechtspraak geldt a fortiori op het gebied van de kansspelen via internet wegens de extra risico's van deze spelen voor de openbare orde en de consument.³⁴ Deze risico's

zijn in het reeds aangehaalde arrest *Carmen Media Group* als volgt beschreven:

„102 [...] Via internet toegankelijke kansspelen brengen bovendien andere en ernstigere risico's op fraude door marktdeelnemers jegens consumenten mee dan traditionele kansspelen, omdat er geen direct contact is tussen de consument en de marktdeelnemer (arrest *Liga Portuguesa de Futebol Profissional* en *Bwin International*, reeds aangehaald, punt 70).

103 Zo ook kunnen de specifieke kenmerken van het aanbieden van kansspelen via internet andere en ernstigere risico's voor de bescherming van de consument — in het bijzonder van minderjarigen en personen met een bijzondere goklust of personen die een dergelijke lust kunnen ontwikkelen — meebrengen dan op de traditionele markten aangeboden kansspelen. Naast het reeds genoemde feit dat er geen direct contact is tussen de consument en de marktdeelnemer, vormen de zeer gemakkelijke en permanente toegang tot kansspelen die op internet worden aangeboden, alsook de potentieel grote omvang en hoge frequentie van het betrokken internationale aanbod, in een omgeving die bovendien wordt gekenmerkt door het isolement van de speler, een klimaat van anonimiteit en het ontbreken van sociale controle, evenzoveel factoren die een

31 — Reeds aangehaald arrest *Stoß e.a.* (punten 81 en 82).

32 — *Ibidem* (punt 81 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 — Reeds aangehaald arrest *Sporting Exchange* (punt 58).

34 — Reeds aangehaald arrest *Liga Portuguesa de Futebol Profissional* en *Bwin International* (punten 67-70).

toename van gokverslaving en geldverkwisting door gokken en dus ook van de negatieve sociale en morele gevolgen daarvan, zoals deze door vaste rechtspraak in het licht zijn gesteld, in de hand werken.”

van algemeen belang, elke verplichting tot erkenning van vergunningen die zijn verleend aan in andere lidstaten gevestigde particuliere marktdeelnemers, per definitie louter op grond van het bestaan van dit monopolie worden uitgesloten. Slechts indien de betrokken monopolies onverenigbaar zouden worden geacht met artikel 43 EG of artikel 49 EG, kan de vraag of een dergelijke verplichting tot wederzijdse erkenning van de in andere lidstaten verleende vergunningen bestaat, relevant zijn.³⁵

91. Een lidstaat mag dus op zijn grondgebied het recht tot exploitatie van kansspelen via internet voorbehouden aan één enkele particuliere marktdeelnemer.

92. Dit zo zijnde, zijn de vragen van de verwijzende rechter over het bestaan en de eventuele draagwijdte van een verplichting voor de betrokken lidstaat om de verplichtingen en controles waaraan aanbieders van kansspelen zijn onderworpen in de lidstaat waar zij zijn gevestigd, in aanmerking te nemen, irrelevant.

93. Zoals heel duidelijk in het reeds aangehaalde arrest *Stoß* e.a. is aangegeven, moet, wanneer een publiek monopolie inzake kansspelen in een lidstaat is ingevoerd en deze maatregel blijkt te voldoen aan de verschillende voorwaarden waaronder hij gerechtvaardigd kan zijn op grond van in de rechtspraak aanvaarde rechtmatige doelstellingen

94. Deze conclusie geldt nog sterker op het gebied van kansspelen via internet. Zoals ik in de inleiding heb aangegeven, blijkt immers uit vaste rechtspraak dat, nu het voor een lidstaat moeilijk kan zijn om de professionele kwaliteiten en integriteit van de op zijn grondgebied gevestigde aanbieders van kansspelen te beoordelen, de andere lidstaten van oordeel mogen zijn dat de controles en de verplichtingen waaraan deze aanbieders in de lidstaat van hun vestiging zijn onderworpen, geen voldoende waarborg zijn dat hun eigen consumenten tegen het risico van fraude en criminaliteit worden beschermd.³⁶

95. De Maltese regering die, als ik mij niet vergis, niet heeft geïntervenieerd in de vorige aan het Hof voorgelegde zaken op het gebied

³⁵ — Reeds aangehaald arrest *Stoß* e.a. (punten 109 en 110).

³⁶ — Reeds aangehaalde arresten *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International* (punt 69), *Sporting Exchange* (punt 33) en *Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International* (punt 54).

van kansspelen, heeft in haar schriftelijke opmerkingen de juistheid van deze rechtspraak aangevochten. Als argument heeft zij de kwaliteit van de in haar regelgeving voorziene controles aangevoerd.

96. Ik denk niet dat de argumentatie van de Maltese regering een reden is om deze rechtspraak te herzien. Immers, sinds de rechtspraak telkens aanvaardt dat een hoog beschermingsniveau van de consument tegen het aansporen tot geldverkwisting door gokken het verlenen van een monopolie kan rechtvaardigen, lijkt de discussie die de Maltese regering opnieuw tracht aan te snijden, niet relevant.

97. Aangezien evenwel een monopolie een erg beperkende maatregel is, vereist de rechtspraak dat deze ertoe strekt om een bijzonder hoog niveau van bescherming van de consument te verzekeren. Voor een monopolie is derhalve een passend regelgevingskader nodig dat kan garanderen dat de monopoliehouder daadwerkelijk in staat is de aldus vastgestelde doeleinden op samenhangende en stelselmatige wijze na te streven, in het bijzonder het voorkomen dat de consument door gokken tot geldverkwisting wordt aangezet, en dat een strenge controle door de publiekrechtelijke autoriteiten wordt uitgeoefend.³⁷

98. Het staat aan de nationale rechter om uit te maken of aan deze voorwaarden is voldaan.³⁸

99. De Oostenrijkse regering stelt op dit punt dat haar regeling vereist dat de monopoliehouder in een hoge beschermingsstandaard voor de spelers voorziet, zoals de vaststelling van een plafond van 800 EUR per week en beperkingen in tijd en inzet per persoon. Ook blijkt uit het dossier dat deze monopoliehouder zijn activiteiten uitoefent onder toezicht van de Oostenrijkse minister van Financiën door middel van overheidscommissarissen en een lid van de raad van commissarissen, die een verregaand recht van controle hebben op de bedrijfsvoering, echter zonder hierop direct invloed te kunnen uitoefenen.

100. Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen of de Oostenrijkse regeling in deze vorm en wijze van uitvoering aan de hierboven genoemde voorwaarden voldoet.

101. Gelet op het feit dat de verwijzende rechter in zijn vragen refereert aan zijn nationale regeling inzake gokgelegenheden, zoals casino's, heeft genoemd, kan het op dit punt nuttig zijn de volgende verduidelijkingen te geven.

102. Mijns inziens kan de verenigbaarheid van het betrokken monopolie met het gemeenschapsrecht niet worden beïnvloed door de omstandigheid dat voor de exploitatie van casino's naar Oostenrijks recht geen monopolie, maar een minder beperkend

³⁷ — Reeds aangehaald arrest Stoß e.a. (punt 83).

³⁸ — Reeds aangehaalde arresten Zenatti (punt 37), Gambelli e.a. (punt 66) en Stoß e.a. (punt 78).

concessiestelsel geldt, nu hiervoor immers twaalf exploitanten in aanmerking kunnen komen. Tussen de via internet en in casino's aangeboden kansspelen bestaan immers aanzienlijke verschillen, in het bijzonder aangaande de voorwaarden waaronder de spelers toegang hiertoe kunnen verkrijgen, die rechtvaardigen dat kanspelen via internet aan een veel strengere regeling worden onderworpen.³⁹

103. Ook daarom ben ik van mening dat de omstandigheid die op de terechtzitting naar voren is gekomen, dat het plafond van 800 EUR per week slechts geldt voor loterijen via internet, zodat het aan een speler die dit plafond heeft bereikt, vrijstaat om zich over te geven aan andere soorten traditionele kansspelen in Oostenrijk, niet kan afdoen aan de samenhang van de Oostenrijkse regeling inzake kansspelen.

2. Looptijd van het monopolie

104. De looptijd van een monopolie kan op zich een beperking zijn voor de verkeersvrijheden, die losstaat van de beperking die voortvloeit uit de toekenning van uitsluitende rechten, omdat door die looptijd wordt bepaald gedurende welke periode de betrokken markt voor de andere marktdeelnemers is gesloten.

105. In het reeds aangehaalde arrest Engelmänn heeft het Hof aangegeven dat concessies voor de exploitatie van casino's voor een duur tot vijftien jaar zelf een beperking voor het vrij verrichten van diensten vormen.⁴⁰ Dit geldt a fortiori wanneer die looptijd van maximaal vijftien jaar geldt voor de verlening van een monopolie aan een particuliere marktdeelnemer.

106. In datzelfde arrest heeft het Hof echter geoordeeld dat de verlening van concessies voor die duur gerechtvaardigd kan zijn, met name gelet op het feit dat de concessiehouder voldoende tijd nodig heeft om de noodzakelijke investeringen voor de oprichting van een casino te kunnen afschrijven.⁴¹

107. Deze rechtspraak is mijns inziens ook toepasbaar bij de verlening van een monopolie voor de exploitatie van kansspelen via internet, ook al lijken de noodzakelijke investeringen voor de uitoefening voor deze activiteit voorshands lager dan die welke voor de exploitatie van casino's nodig zijn.

108. Bovendien zou de verlening van een monopolie voor een te korte duur de marktdeelnemer die houder is van dit exclusieve recht, kunnen aanzetten om zijn winst te maximaliseren. In dat licht kan de verlening van een monopolie voor een voldoende lange duur bijdragen aan de verwezenlijking van

39 — Zie reeds aangehaald arrest Stoß e.a. (punten 95 en 96).

40 — Punt 46.

41 — Punt 48.

de doelstelling te voorkomen dat de consumptie door gokken wordt aangespoord tot geldverkwisting.

3. Rechtsvorm en hoogte van het maatschappelijk kapitaal

109. Volgens de betrokken Oostenrijkse regeling moet de houder van een exploitatiemonopolie voor loterijen via internet enerzijds een kapitaalvennootschap zijn, en anderzijds over een gestort maatschappelijk kapitaal van ten minste 109 000 000 EUR beschikken.

110. Het eerste vereiste ontnemt in een andere lidstaat gevestigde natuurlijke personen en ondernemingen de mogelijkheid om de litigieuze activiteit in Oostenrijk uit te oefenen in een andere vennootschapsvorm. Het tweede vereiste maakt het moeilijker om een kapitaalvennootschap op te richten die aanspraak kan maken op de verlening van het betrokken monopolie. Beide vereisten vormen derhalve een beperking van de vrijheid van vestiging.⁴² Zij kunnen niettemin gerechtvaardigd zijn door de beweegredenen van de Oostenrijkse regeling, indien blijkt dat zij hiermee in verhouding staan.

42 — Zie in die zin reeds aangehaald arrest Engelmänn (punt 28).

111. De Oostenrijkse regering zet op dit punt uiteen dat de voorwaarde inzake de rechtsvorm is bedoeld om de monopoliehouder te verplichten tot een transparante ondernemingsstructuur, ter voorkoming van het witwassen van geld en van fraude. Zij benadrukt dat het communautaire recht hetzelfde rechtsvormvereiste stelt op het gebied van verzekeringen.⁴³ Wat het bedrag van het maatschappelijk kapitaal betreft voert zij aan dat dit niet onevenredig is gelet op de winstbedragen die de houder van het monopolie wellicht zal moeten uitbetalen in het kader van de verschillende kansspelen die hij via internet mag aanbieden, nu hieronder een miljoenenjackpot kan zijn begrepen.

112. Gelet op deze uitleg en de rechtspraak kunnen beide voorwaarden, onder voorbehoud van toetsing door de nationale rechter, gerechtvaardigd en evenredig lijken.

113. Wat de rechtsvorm betreft merk ik enerzijds op dat de Oostenrijkse rege-

43 — De Oostenrijkse regering haalt artikel 6, lid 1, sub a, aan van richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering (PB L 345, blz. 1), artikel 8, lid 1, sub a, van de Eerste richtlijn 73/239/EEG van de Raad van 24 juli 1973 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan (PB L 228, blz. 3), alsook artikel 5, in samenhang met bijlage I, van richtlijn 2005/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 november 2005 betreffende herverzekering en houdende wijziging van de richtlijnen 73/239/EEG en 92/49/EEG van de Raad en van richtlijnen 98/78/EG en 2002/83/EG (PB L 323, blz. 1).

ling, anders dan de regeling in de zaken die aanleiding waren tot de reeds aangehaalde arresten Gambelli e.a. en Placanica e.a., de uitoefening van het betrokken monopolie zonder onderscheid openstelt voor alle kapitaalvennootschappen.⁴⁴

114. Anderzijds heeft het Hof in het reeds aangehaalde arrest Engelmann aangegeven dat de controles die een lidstaat kan opleggen aan een economische marktdeelnemer die op zijn grondgebied kansspelen wil exploiteren, een grond kunnen zijn die rechtvaardigt dat die marktdeelnemer verplicht wordt een specifieke rechtsvorm aan te nemen. Het Hof heeft gepreciseerd dat de Oostenrijkse regeling die de exploitatie van casino's voorbehield aan naamloze vennootschappen, gerechtvaardigd kon zijn gelet op de verplichtingen die voor deze vennootschapvorm gelden, met name op het vlak van de boekhouding, de controles waaraan zij kan worden onderworpen en haar betrekkingen met derden.⁴⁵

115. Deze analyse zou ook kunnen gelden voor het vereiste van de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap, gelet op de verplichtingen die de communautaire regelgeving aan kapitaalvennootschappen oplegt op het vlak

van de boekhouding en de controles waaraan zij worden onderworpen.⁴⁶

116. Ik kan derhalve concluderen dat de door de Oostenrijkse regeling gestelde eisen, te weten dat de monopoliehouder de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap bezit en over een gestort aandelenkapitaal van ten minste 109 000 000 EUR beschikt, verenigbaar met het gemeenschapsrecht kunnen zijn, onder voorbehoud dat de nationale rechter de evenredigheid van deze voorwaarden toetst.

4. De kwestie van de zetel

117. De betrokken Oostenrijkse regeling bepaalt dat de houder van het monopolie voor de exploitatie van loterijen via internet zijn zetel op nationaal grondgebied moet hebben.

118. Deze voorwaarde is ongetwijfeld een beperking van de vrijheid van vestiging. In het reeds aangehaalde arrest Engelmann is zij als discriminerend aangemerkt, omdat vennootschappen met zetel op nationaal

44 — In de Italiaanse regeling die in deze arresten aan de orde was, werden de op de gereglementeerde markten van andere lidstaten genoteerde kapitaalvennootschappen uitgesloten. Het Hof was van oordeel dat deze uitsluiting, die gebaseerd was op de transparantie van de ondernemingen, onevenredig was omdat er andere middelen waren om de boekhoudingen en de activiteiten van die kapitaalvennootschappen te controleren (reeds aangehaald arrest Gambelli e.a., punt 74).

45 — Reeds aangehaald arrest Engelmann (punt 30).

46 — Zie de Eerste richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8), en de Vierde richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11), zoals gewijzigd.

grondgebied hierdoor anders behandeld zullen worden dan vennootschappen met zetel in een andere lidstaat. Die voorwaarde belet die laatste vennootschappen ook om kansspelen via internet in Oostenrijk te exploiteren via een tweede vestiging zoals een agent-schap of filiaal.

119. In dit arrest Engelmänn heeft het Hof in het kader van de bepalingen van de Oostenrijkse regeling inzake casino's aangegeven dat als gevolg van de voorwaarde dat de concessiehouders hun zetel in Oostenrijk moesten hebben, een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap ook wordt belet om in Oostenrijk werkzaam te zijn via een dochteronderneming. Op de terechtzitting heeft de Oostenrijkse regering uiteengezet dat het exploitatiemonopolie voor loterijen via internet aan een dochteronderneming van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap kan worden verleend.

120. Onderzocht moet worden of deze voorwaarde gerechtvaardigd kan zijn. Zoals het Hof in het arrest Engelmänn heeft uiteengezet, kan deze voorwaarde, nu zij discriminerend is, alleen gerechtvaardigd zijn uit hoofde van een van de redenen vervat in artikel 46 EG, te weten de bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid.⁴⁷

121. Volgens de Oostenrijkse regering is de aanwezigheid van het hoofdkantoor op het nationale grondgebied noodzakelijk om een doeltreffende controle van de onlinekansspelen mogelijk te maken. Hierdoor kunnen de bevoegde nationale autoriteiten, zo stelt zij, daadwerkelijk toezicht houden op de besluiten en de bedrijfsvoering van de monopoliehouder. De autoriteiten zouden aldus kennis kunnen nemen van de besluiten van deze houder voordat deze worden uitgevoerd en zich hiertegen kunnen verzetten indien zij tegen de doeleinden van het nationale kansspelbeleid indruisen. Zij stelt dat zij niet over dezelfde mogelijkheden zou beschikken ten aanzien van een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer.

122. Met de Commissie ben ik van mening dat de argumentatie van de Oostenrijkse regering kan worden aanvaard.

123. Inderdaad is het Hof in het arrest Engelmänn tot de tegenovergestelde conclusie gekomen met betrekking tot dezelfde vestigingsvoorwaarde die door de Oostenrijkse regeling aan houders van een concessie-exploitatie voor een casino werd gesteld.

124. Volgens het Hof bestonden minder beperkende middelen om de activiteiten en de boekhouding van de concessiehouders te controleren en aldus de criminaliteit te bestrijden, zoals met name de mogelijkheid om voor ieder casino een afzonderlijke boekhouding te eisen die door een externe accountant wordt gecontroleerd, de stelselmatige informatie over de besluiten van de bestuursorganen en

47 — Punt 34.

de mogelijkheid om informatie over hun bestuurders te verzamelen.⁴⁸

125. Het Hof heeft hierbij vermeld dat elke in een lidstaat gevestigde onderneming aan controles kan worden onderworpen en haar sancties kunnen worden opgelegd, ongeacht de woonplaats van haar bestuurders. Ten slotte heeft het aangegeven dat, gelet op de betrokken activiteit, namelijk de exploitatie van casino's op Oostenrijks grondgebied, verificaties in deze casino's konden worden verricht.⁴⁹

126. Ik ben van mening dat deze redenering en de conclusie die het Hof hieruit heeft getrokken, niet kunnen gelden voor een exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet. Ik baseer mijn standpunt op de volgende overwegingen die verband houden met de bescherming van de openbare orde zoals dit begrip is gedefinieerd in de rechtspraak, nu zij immers betrekking hebben op een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang.⁵⁰

48 — Punten 37 en 38.

49 — Punten 38 en 39.

50 — Arrest van 22 december 2010, Sayn-Wittgenstein (C-208/09, Jurispr. blz. I-13693, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

127. Vaststaat dat de risico's van kansspelen via internet ernstiger zijn dan die welke zich voordoen bij traditionele gokgelegenheden, zoals casino's. De grotere gevaarstelling van deze spelen vloeit voort uit de het feit dat er geen direct contact is tussen de speler en de marktdeelnemer, hetgeen fraude in de hand kan werken zowel van de kant van de consument wat zijn leeftijd of identiteit betreft, als van de kant van de marktdeelnemer bij de naleving van de voorwaarden van het spelverloop.

128. Deze gevaarstelling vloeit ook voort uit het zeer grote gemak waarmee eenieder toegang tot de kansspelen kan verkrijgen door middel van een computer of mobiele telefoon, uit de permanente toegang, uit de potentieel grote omvang van die kansspelen en de omstandigheid dat de omgeving van de speler die zich hieraan overgeeft, in het algemeen wordt gekenmerkt door isolement, anonimiteit en het ontbreken van sociale controle.

129. Erkend wordt derhalve dat deze kansspelen de ontwikkeling van gokverslaving en geldverkwisting, in het bijzonder bij minderjarigen en personen met een bijzondere goklust, in de hand kunnen werken.

130. Deze bijzondere kenmerken rechtvaardigen derhalve dat een lidstaat zich voorziet van middelen voor een effectieve controle van de voorwaarden waaronder de

markdeelnemer die een vergunning voor de exploitatie van die spelen op zijn grondgebied heeft, zijn activiteiten daadwerkelijk uitoefent. Zoals de Oostenrijkse regering heeft uiteengezet, moet een lidstaat het recht hebben te kunnen toetsen of zijn regeling wordt nageleefd en zich in voorkomend geval te kunnen verzetten tegen een besluit van die marktdeelnemer, dat in strijd is met zijn verplichtingen, voordat dit besluit wordt uitgevoerd en sociaal schadelijke gevolgen veroorzaakt.

131. Met andere woorden, een lidstaat kan zich op het standpunt stellen dat het voor hem niet voldoende is om het handelen van de monopoliehouder aan heel nauwkeurige regels te onderwerpen. Hij kan op goede gronden ook de naleving van die regels op grondige wijze willen controleren en zich hiervoor van beleidsmiddelen voorzien om zich preventief tegen iedere inbreuk op die regels te kunnen verzetten.

132. Toch heeft het bijzondere aspect van kansspelen via internet ook te maken met het feit dat zij geheel op afstand kunnen worden aangeboden. Anders dan traditionele kansspelen, zoals die in casino's, worden zij op het grondgebied van de lidstaat van bestemming aangeboden, zonder dat hiervoor materieel gezien enige infrastructuur nodig is, die door de autoriteiten van die staat zelf zou kunnen worden gecontroleerd.

133. Bij onlinekansspelen die vanuit een andere lidstaat worden aangeboden, zijn de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van

bestemming derhalve niet in staat om zelf de door hun noodzakelijk geachte controles en verificaties te verrichten ter plaatse waar de dienstverrichter zijn activiteiten uitoefent. Het is van belang op dit punt te benadrukken dat richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme⁵¹, die van toepassing is op casino's die kansspelen via internet aanbieden, in het kader van de bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van het terrorisme heeft bepaald dat de lidstaten in de mogelijkheid moeten voorzien om controles ter plaatse uit te voeren. Een lidstaat kan mijns inziens op goede gronden menen dat de bescherming van zijn consumenten tegen de risico's van fraude en het voorkomen dat zij door gokken tot geldverkwisting worden aangespoord, ook dit soort controles rechtvaardigt.

134. Zoals vele lidstaten op de terechtzitting hebben benadrukt, is er evenwel tot op heden geen gemeenschappelijk instrument voor samenwerking op grond waarvan de lidstaat van vestiging van de aanbieder van onlinekansspelen, verplicht zou zijn de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van bestemming alle technische bijstand te verlenen die zij

51 — PB L 309, blz. 15.

nodig kunnen hebben om de naleving van hun eigen regelgeving te controleren.⁵²

135. Bovendien is het mijns inziens niet redelijk te denken dat de autoriteiten van de lidstaat op wiens grondgebied deze aanbieder van spelen is gevestigd, in staat zijn om strikt en grondig te verifiëren of deze aanbieder nauwgezet en steeds de verplichtingen naleeft die voor hem gelden in elk van de staten waarin hij kansspelen mag organiseren, en wel temeer niet omdat deze verplichtingen bij gebreke van harmonisatie van lidstaat tot lidstaat verschillen en bij elke van die lidstaten ieder moment kunnen veranderen.

136. Dit geldt a fortiori wanneer de activiteit van die aanbieder gericht is op verschillende staten, zoals het geval lijkt te zijn bij bet-at-home.com Entertainment Ltd en ook met bet-at-home.com Internationale Ltd, waarvan de internetsite toegankelijk is in het Spaans, Duits, Grieks, Engels, Italiaans, Hongaars, Nederlands, Pools, Sloveens, Turks en Russisch.

52 — De maatregelen die de lidstaten krachtens richtlijn 2005/60 moeten nemen voor casino's die op hun grondgebied zijn gevestigd, hebben uitsluitend de bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van het terrorisme als doelstelling. Zij beogen niet alle fraude die ten koste van de consument bij de uitoefening van dit soort activiteiten kan worden begaan, te voorkomen. Ook zijn zij niet bedoeld om spelers te beschermen, noch om een lidstaat de mogelijkheid te bieden de naleving van zijn regelgeving inzake kansspelen door een andere lidstaat te laten controleren.

137. Overigens kan het beginsel van wederzijdse erkenning dat bij het ontbreken van harmonisatie normaliter moet worden toegepast om de uitoefening van de verkeersvrijheden mogelijk te maken, op het bijzondere gebied van kansspelen via internet niet van toepassing zijn. Zoals gebleken, is het namelijk vaste rechtspraak dat wegens de praktische problemen om de activiteiten van een aanbieder van onlinekansspelen effectief en grondig te controleren, de in de lidstaat verrichte controles waar deze aanbieder is gevestigd, door de andere lidstaten als onvoldoende kunnen worden aangemerkt.⁵³

138. Op de terechtzitting is de vraag gesteld of het niet voldoende zou zijn om de aanbieder van kansspelen via internet te verplichten om de server die nodig is om deze spelen op het grondgebied van de lidstaat van bestemming aan te kunnen bieden, te vestigen in die lidstaat. De Belgische regering heeft geantwoord dat dat vereiste onvoldoende kan blijken, wanneer de server vanuit een andere lidstaat wordt gebruikt en alle besluiten in verband met dit gebruik in die lidstaat worden genomen.

139. Gelet op de verschillende beoordelingsfactoren die in deze zaak uiteen zijn gezet, is de onderzochte voorwaarde volgens mij derhalve niet onevenredig. Mij lijkt een lidstaat goede gronden te hebben om te menen dat hij beter in staat zal zijn om een strikte

53 — Reeds aangehaalde arresten Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International (punt 69) Sporting Exchange (punt 33) en Ladbrokes Betting & Gaming et Ladbrokes International (punt 54).

en doeltreffende controle uit te voeren op een aanbieder van kansspelen via internet, waardoor hij zich in voorkomend geval kan verzetten tegen de uitvoering van een besluit dat indruist tegen zijn regelgeving, indien die aanbieder op zijn grondgebied is gevestigd.

140. Bij het onderzoek van de evenredigheid van deze voorwaarde moet mijns inziens een laatste argument in aanmerking worden genomen.

141. Gebleken is dat voor de verenigbaarheid van een monopolie met het gemeenschapsrecht de voorwaarde geldt dat dit monopolie tot doel heeft een hoog niveau van bescherming van de openbare orde en van de consument te waarborgen en gepaard gaat met een regelgevingskader dat de verwezenlijking van die doelstelling en een grondige controle van de betrokken lidstaat kan garanderen. Deze voorwaarden zijn een logisch uitvloeisel uit de systematiek van de verkeersvrijheden, omdat een exploitatiemonopolie voor die vrijheden een zeer beperkende maatregel is.

142. Het lijkt mij derhalve in overeenstemming met dit vereiste om een lidstaat toe te staan de monopoliehouder op het specifieke gebied van onlinekansspelen te verplichten om zijn hoofdkantoor op zijn grondgebied te hebben, omdat deze maatregel hem de mogelijkheid biedt om op een veel efficiëntere wijze te controleren of deze marktdelnemer

zijn beleid ter bescherming van de consument naleeft, dan indien die marktdelnemer zijn activiteiten vanuit een andere lidstaat zou uitoefenen.

143. Op de terechtzitting hebben verweerders zelf overigens aangevoerd dat de door hen geëxploiteerde vennootschappen zijn gevestigd op Maltees grondgebied en uit personen bestaan die allen in Malta wonen, als bewijs van onder meer het bestaan en de gelijkheid van de effectief uitgeoefende controle. Het valt dan ook niet in te zien waarom dezelfde voorwaarden die voor dezelfde doeleinden worden gesteld, te veroordelen zouden zijn omdat de Oostenrijkse Republiek deze voorwaarden stelt.

144. Ik geef daarom het Hof in overweging voor recht te verklaren dat artikel 49 EG zich er niet tegen verzet dat een lidstaat de kapitaalvennootschap waaraan hij op zijn grondgebied het exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet heeft verleend, verplicht om aldaar haar zetel te hebben.

5. Verbod tot oprichting van een filiaal in een andere lidstaat

145. Het verbod om een dochteronderneming in het buitenland op te richten, vormt,

voor zover dit de oprichting van een dochteronderneming in een andere lidstaat verhindert, de expliciete ontkenning van een van de rechten die de artikelen 43 EG en 48 EG uitdrukkelijk aan een op het grondgebied van een lidstaat gevestigde vennootschap verlenen. Dit verbod kan het uitoefenen van een exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet in Oostenrijk derhalve minder aantrekkelijk maken en dan ook een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap afschrikken om zich voor de verlening van dit monopolie kandidaat te stellen.

146. De Oostenrijkse regering heeft in haar schriftelijke opmerkingen alleen aangegeven dat het onderzochte verbod slechts de uitwerking is van de gedachte, dat het aan iedere lidstaat is om de exploitatie van kansspelen op zijn grondgebied te regelen.

147. Ik ben van mening dat deze uitleg niet als geldige reden voor de beperking kan worden aanvaard.

148. Stellig valt het recht om kansspelen in een lidstaat te exploiteren, onder de discretionaire bevoegdheid van die staat. Toch is het aan iedere lidstaat om hierover te beslissen en, zo nodig, maatregelen te nemen om de naleving van zijn regeling te waarborgen. Indien een lidstaat besluit om zijn markt inzake kansspelen open te stellen voor particuliere marktdeelnemers, heeft iedere rechtmatig in een

lidstaat gevestigde vennootschap het recht te proberen toegang te krijgen tot die markt en, zo nodig, deel te nemen aan de door die staat doorgevoerde vergunningsprocedure.

149. De Oostenrijkse regering kan derhalve een marktdeelnemer aan wie zij het exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet op haar grondgebied heeft verleend, niet rechtmatig verbieden om dezelfde activiteit via een filiaal in een andere lidstaat uit te oefenen, zonder uit te leggen waarom dat verbod noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een legitiem doel zoals de bescherming van de openbare orde en de consument, die haar eigen regeling nastreeft.

150. Ook is noodzakelijk dat een dergelijk verbod die doeleinden op een samenhangende en stelselmatige wijze nastreeft. In deze zaak kan de vraag rijzen naar de samenhang van die maatregel die, indien deze alleen de oprichting van een filiaal, maar niet van een dochteronderneming verbiedt. Ten slotte moet het verbod om een filiaal in het buitenland op te richten evenredig zijn aan de nagestreefde doeleinden.

151. Voor zover de discussie in deze zaak zich heeft gericht op de rechtmatigheid van

een exploitatiemonopolie inzake kansspelen via internet en het vereiste van aanwezigheid van het hoofdkantoor op nationaal grondgebied, kan niet worden uitgesloten dat de Oostenrijkse regering voor de nationale rechter factoren kan aanvoeren ter rechtvaardiging van de onderzochte voorwaarde.

152. Daarom geef ik het Hof in overweging om de beoordeling van de rechtmatigheid van deze voorwaarde over te laten aan de nationale rechter en te antwoorden dat artikel 43 EG zich verzet tegen de regeling van een lidstaat volgens welke het de onderneming die op zijn grondgebied houdster is van het exploitatiemonopolie van kansspelen via internet, is verboden om een filiaal in een andere lidstaat op te richten, tenzij deze voorwaarde gerechtvaardigd wordt door een dwingende reden van algemeen belang en evenredig is aan die doelstelling.

D — *Gedrag van de houder van het monopolie*

153. Met de eerste vraag, sub b, wil de verwijzende rechter in wezen weten of een exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet gerechtvaardigd kan zijn, wanneer de houder van dit monopolie door intensieve reclame een expansionistisch beleid voert.

154. Het Hof heeft een hiermee te vergelijken vraag beantwoord in met name de arresten *Ladbrokes Betting & Gaming* en *Ladbrokes International*, en *Stoß* e.a.

155. Uit die arresten blijkt dat de omstandigheid dat de houder van een exploitatiemonopolie een expansionistisch beleid voert en voor zijn spelen reclame maakt, niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar is met het bestaan van dat monopolie en het doel te voorkomen dat de consument overmatig tot gokken wordt aangespoord.

156. Blijkens de rechtspraak kan een lidstaat op goede gronden de houder van een exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet toestaan om een expansionistisch beleid te voeren en in bepaalde mate reclame hiervoor te maken, indien wordt aangetoond dat de illegale onlinespelen op voldoende grote schaal plaatsvinden zodat dit expansief beleid en die reclame noodzakelijk blijken om de spelers naar het legale circuit te leiden.⁵⁴

157. Een lidstaat die te maken krijgt met een groot aantal illegale internetsites die kansspelen aanbieden, kan op die manier op

⁵⁴ — Reeds aangehaald arrest *Ladbrokes Betting & Gaming* en *Ladbrokes International* (punt 30).

rechtmatige wijze een houder van een exploitatiemonopolie voor onlinespelen op zijn grondgebied toestaan om reclame van een bepaalde omvang te maken, die voldoende aantrekkelijk is om de consument terug te halen naar de legale kansspelen.

evenwicht tracht te vinden bij het nastreven van al deze doeleinden.

158. Wanneer een lidstaat beoogt om zowel te voorkomen dat de consument overmatig tot gokken wordt aangespoord, als fraude en clandestien gokken te bestrijden, moet de vraag of zijn regeling die doelstellingen op coherente en stelselmatige wijze nastreeft, derhalve worden beoordeeld in het licht van deze verschillende doeleinden die in hun onderlinge samenhang moeten worden beschouwd.⁵⁵

160. Het staat derhalve aan de nationale rechter om te onderzoeken of het expansionistisch beleid van de monopoliehouder en zijn reclame, qua omvang en aard, binnen de grenzen blijven die noodzakelijk zijn om de spelers naar het legale circuit te leiden en nog steeds verenigbaar zijn met de doelstelling, te voorkomen dat de consument overmatig tot gokken wordt aangespoord.⁵⁷

159. Een gecontroleerd expansionistisch beleid dat wordt ondersteund door reclame van een bepaalde omvang die erop gericht is om de spelers naar het legale circuit te leiden, mag derhalve niet worden geacht in beginsel onverenigbaar te zijn met de doelstelling, te voorkomen dat consumenten overmatig tot gokken worden aangespoord, hoewel deze doelstellingen tegengesteld kunnen lijken.⁵⁶ Van belang is dat de handelwijze van de monopoliehouder, binnen de door de betrokken lidstaat gestelde grenzen, een rechtvaardig

161. Ik geef dan ook in overweging op de gestelde vraag te antwoorden dat een exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet gerechtvaardigd kan zijn, ook al voert deze monopoliehouder een expansionistisch beleid door intensieve reclame, wanneer dit beleid en deze reclame noodzakelijk zijn om de spelers naar de legale onlinespelen te leiden en zij niet van een omvang en een aard zijn die onverenigbaar is met het feit dat voorkomen moet worden dat de consument door het gokken tot geldverkwisting wordt aangespoord.

⁵⁵ — Ibidem (punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵⁶ — Reeds aangehaald arrest Stoß e.a. (punt 101 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵⁷ — Reeds aangehaalde arresten Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International (punt 37) en Stoß e.a. (punt 103).

IV — Conclusie

162. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof derhalve in overweging, de door het Bezirksgericht Linz gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) Een regeling van een lidstaat, die iedere inbreuk op een exploitatiemonopolie voor kansspelen, zoals het in het Oostenrijks recht vervatte exploitatiemonopolie voor elektronische loterijen, met strafrechtelijke sancties bedreigt, moet in overeenstemming zijn met de vrijheden van verkeer, in het bijzonder met artikel 49 EG, hoewel het strafrecht tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort.

- 2) Artikel 49 EG moet aldus worden uitgelegd dat de omstandigheid dat een aanbieder van kansspelen via internet gebruikmaakt van materiële communicatiemiddelen, zoals een server en een telefooncentrale, die zich in de lidstaat van bestemming bevinden en hem door een derde onderneming ter beschikking worden gesteld, op zich niet uitsluit dat de bepalingen van het Verdrag over het vrij verrichten van diensten van toepassing zijn.

Artikel 49 EG kan evenwel niet worden ingeroepen indien zou blijken dat de Maltese vennootschappen in de omstandigheden van het onderhavige geval puur kunstmatig zijn en bedoeld zijn om hun Oostenrijkse moedermaatschappij in staat te stellen het exploitatieverbod van online-kansspelen in Oostenrijk te omzeilen.

Artikel 49 EG moet aldus worden uitgelegd dat een regeling van een lidstaat die het aan op het nationale grondgebied gevestigde dienstverrichters verbiedt om aan vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, de nodige materiële middelen ter beschikking te stellen om kansspelen via internet aan te bieden

aan op zijn grondgebied gevestigde personen, een beperking is op het vrij verrichten van diensten in de zin van dit artikel.

- 3) Artikel 49 EG verzet zich er niet tegen dat een lidstaat de kapitaalvennootschap waaraan hij op zijn grondgebied het exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet heeft verleend, verplicht om aldaar haar zetel te hebben.

Artikel 43 EG verzet zich tegen de regeling van een lidstaat, volgens welke het de vennootschap die houdster is van dit monopolie, is verboden om een filiaal in een andere lidstaat op te richten, tenzij deze voorwaarde wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang en evenredig is aan die doelstelling.

- 4) Een exploitatiemonopolie voor kansspelen via internet kan gerechtvaardigd zijn, ook al voert de houder van dit monopolie een expansionistisch beleid door intensieve reclame, wanneer dit beleid en deze reclame noodzakelijk zijn om de spelers naar de legale online-spelen te leiden en zij niet van een omvang en een aard zijn die onverenigbaar zijn met het feit dat voorkomen moet worden dat de consument overmatig tot gokken wordt aangespoord.”