



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
E. SHARPSTON  
van 14 november 2013<sup>1</sup>

**Zaak C-390/12**

**Robert Pflieger**  
**Autoart a.s.**  
**Mladen Vucicevic**  
**Maroxx Software GmbH**  
**Ing. Hans-Jörg Zehetner**

[Verzoek van de Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Artikel 56 VWEU — Vrijheid van dienstverrichting — Kansspelen — Regeling die terbeschikkingstelling van kansspelautomaten zonder vergunning verbiedt — Beperkt aantal vergunningen — Strafrechtelijke sancties — Evenredigheid — Handvest van de grondrechten”

1. De Oostenrijkse wetgeving beperkt de organisatie van kansspelen door middel van automaten tot vergunninghouders. Het aantal vergunningen is aan een maximum gebonden. Kansspelautomaten die zonder vergunning aan het publiek ter beschikking zijn gesteld, worden verbeurd verklaard en vernietigd. Aan personen die bij de organisatie van kansspelen zonder vergunning zijn betrokken, worden administratieve of strafrechtelijke sancties opgelegd.
2. De Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (onafhankelijk bestuursrecht van het Land Oberösterreich) wenst te vernemen of artikel 56 VWEU en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie<sup>2</sup> (hierna: „Handvest”) zich verzetten tegen die beperkingen en/of de sancties die bij overtreding worden opgelegd.

### **Toepasselijke bepalingen**

*Unierecht*

Handvest

3. Volgens artikel 15, lid 2, van het Handvest is iedere burger van de Unie vrij om in iedere lidstaat werk te zoeken, te werken, zich te vestigen en diensten te verrichten. Volgens artikel 16 wordt de vrijheid van ondernemerschap erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken. Artikel 17 garandeert het recht om goederen die men rechtmatig heeft

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — PB 2010, C 83, blz. 389.

verkregen in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Deze eigendom mag slechts worden ontnomen in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan worden geregeld bij wet voor zover het algemeen belang dit vereist.

4. Artikel 47 bepaalt dat eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte bij een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Artikel 50 bepaalt dat niemand opnieuw wordt berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet.

5. Volgens artikel 51, lid 1, van het Handvest zijn de bepalingen ervan gericht tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.

#### Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

6. Artikel 56 VWEU verbiedt beperkingen van het vrij verrichten van diensten in de Unie ten aanzien van de onderdanen van lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

7. Een dergelijke beperking kan toegestaan zijn uit hoofde van een uitdrukkelijke uitzondering in artikel 52, lid 1, VWEU, dat ingevolge artikel 62 VWEU op het verrichten van diensten van toepassing is.

#### *Nationaal recht*

8. § 2 van het Glücksspielgesetz (federale wet op de kansspelen; hierna: „GSpG”) in de thans geldende redactie<sup>3</sup> definieert „loterijen” in wezen als kansspelen die door een ondernemer worden aangeboden aan het publiek, waarbij een inzet wordt betaald en een prijs wordt uitgekeerd. Onder „ondernemer” wordt in dat verband verstaan een persoon die zelfstandig en duurzaam een activiteit uitoefent ter verwerving van inkomsten uit de organisatie van kansspelen, ook wanneer een winstogmerk ontbreekt. Wanneer verschillende personen overeenkomen dergelijke spelen te organiseren, worden zij alle aangemerkt als ondernemer, ook indien zij niet beogen geld te ontvangen of hun deelname zich beperkt tot het aanbieden van het spel aan het publiek. Loterijen waarvoor geen vergunning of toestemming is verleend, zijn illegaal.

9. Ingevolge § 3 GSpG is het recht om kansspelen te organiseren voorbehouden aan de Oostenrijkse staat; hieronder vallen niet kansspelautomaten, waarop de wetgeving van de Oostenrijkse Bundesländer (deelstaten) van toepassing is krachtens § 4 of § 5 GSpG.

10. Volgens § 4 GSpG vallen regionale kansspelen door middel van kansspelautomaten in de zin van § 5 niet onder het staatsmonopolie op kansspelen.

11. § 5 GSpG bepaalt dat elk van de negen Bundesländer maximaal drie vergunningen kan verlenen aan exploitanten van kleinschalige kansspelen door middel van kansspelautomaten. Vergunningen worden verleend voor een periode van ten hoogste vijftien jaar, waarbij bepaalde voorwaarden gelden ten aanzien van de openbare orde en de bescherming van spelers. Die kansspelen mogen worden

3 — De verwijzende rechter geeft in de verwijzingsbeslissing de bepalingen van nationaal recht weer zoals die thans luiden. Kennelijk hebben echter de feiten die aan sommige van de gestelde overtredingen ten grondslag liggen, plaatsgevonden voordat deze redactie van de wet in werking is getreden. Het is aan de nationale rechter vast te stellen welke redactie van de wet ten tijde van de feiten van kracht was.

aangeboden in een ruimte met daarin 10 tot 50 automaten, waarbij een maximuminzet geldt van 10 EUR en een maximumprijs van 10 000 EUR per spel, of door de plaatsing van ten hoogste drie afzonderlijke automaten met een maximuminzet van 1 EUR en een maximumprijs van 1 000 EUR per spel.

12. Krachtens §§ 14, 15 en 17 GSpG, in onderlinge samenhang gelezen, kan de Oostenrijkse staat onder bepaalde voorwaarden een exclusief recht voor de organisatie van bepaalde loterijen verlenen door afgifte van een vergunning voor maximaal vijftien jaar, tegen vergoeding.

13. Ingevolge § 21 GSpG kan de Oostenrijkse Staat ten hoogste vijftien vergunningen verlenen voor de organisatie van kansspelen door een kansspelorganisatie (casino) voor een periode van hoogstens vijftien jaar. Voor elke vergunningaanvraag moet een bedrag van 10 000 EUR aan leges worden betaald, en voor elke verleende vergunning nog eens een vergoeding van 100 000 EUR. Over de onder deze vergunningen aangeboden kansspelen is elk jaar belasting verschuldigd, variërend van 16 tot 40 % (§§ 17, 28, 57 en 59a, lid 1, GSpG).

14. In § 52 GSpG is bepaald dat aan eenieder die als „ondernemer” zonder vergunning kansspelen organiseert of aan de organisatie daarvan deelneemt, een bestuurlijke boete wordt opgelegd van maximaal 22 000 EUR. Wanneer het evenwel gaat om een inzet van meer dan 10 EUR per spel, is de overtreding strafbaar op grond van het in dat geval toepasselijke § 168, lid 1, van het Strafgesetzbuch (strafwetboek; hierna: „StGB”). Het Oberste Gerichtshof heeft uitgemaakt dat ook zogenoemde „seriespelen”, waarbij de individuele inzet niet meer dan 10 EUR bedraagt, maar deze cumulatief hoger is, onder de strafbepaling van § 168, lid 1, StGB vallen.

15. Ingevolge § 53 GSpG kan conservatoir beslag worden gelegd op een kansspelautomaat wanneer het vermoeden bestaat dat de exploitatie ervan in strijd is met het bepaalde in het GSpG.

16. Volgens § 54 GSpG worden de voorwerpen die instrumenteel zijn geweest voor de overtreding van het bepaalde in § 52, lid 1, verbeurdverklaard. Alle personen die een recht op het voorwerp kunnen doen gelden, moeten daarvan in kennis worden gesteld. Verbeurdverklarde goederen moeten worden vernietigd door het bestuur.

17. Krachtens § 56a kan een bedrijf dat in strijd met de wet kansspelen aanbiedt, worden gesloten.

18. De organisatie van kansspelen voor commerciële doeleinden door een persoon die niet over een vergunning beschikt, is een strafbaar feit. Volgens § 168, lid 1, StGB pleegt een strafbaar feit „hij die een kansspel dat uitdrukkelijk is verboden of waarbij winst of verlies uitsluitend of overwegend van het toeval afhangt, organiseert of een bijeenkomst die met het oog op de organisatie van een dergelijk spel wordt gehouden, steunt, teneinde uit deze organisatie of deze bijeenkomst een financieel voordeel voor zichzelf of een derde te halen”. Zonder vergunning georganiseerde kansspelen vallen onder de definitie van verboden spelen van § 52, lid 1, punt 1, juncto § 2, lid 4, GSpG. Dit feit wordt bestraft met vrijheidsstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van ten hoogste 360 maal het dagtarief. § 168, lid 2, StGB verklaart dezelfde sanctie van toepassing op eenieder die aan een dergelijk kansspel deelneemt als „ondernemer” in de zin van § 2 van het GSpG.

### **Feiten, procesverloop en prejudiciële vragen**

19. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft vier afzonderlijke gedingen tegen verschillende ondernemingen in Oberösterreich (de verwijzende rechter geeft aan dat nog een groot aantal soortgelijke zaken aanhangig is). In de nationale gedingen zijn Pfleger, Autoart a.s. Prag (hierna: „Autoart”), Vucicevic, Maroxx Software GmbH (hierna: „Maroxx”) en Zehetner opgekomen tegen bestuursbesluiten in verband met kansspelautomaten die in verschillende bedrijven in Oberösterreich zonder officiële vergunning bedrijfsklaar waren opgesteld.

20. In de eerste zaak heeft de fiscale recherche conservatoir beslag gelegd op zes automaten in een etablissement in Perg dat ongeoorloofde kansspelen aanbood. Pfleger is aangemerkt als organisator en Autoart, een in Tsjechië gevestigde onderneming, als eigenares van de automaten. De inbeslagneming is door de bevoegde lokale autoriteit bekrachtigd. In de daartegen ingestelde respectieve beroepen stelt Pfleger dat hij eigenaar noch bezitter van de automaten is, ook geen kansspelen organiseert en evenmin automaten aan de eigenaar van het etablissement heeft geleverd; Autoart stelt dat zij in geen enkele rechtsverhouding tot de automaten staat: zij is geen eigenares van de automaten, heeft deze niet uitgeleend, verhuurd, gedistribueerd of in bezit gehad, en „beheert” ze ook niet.

21. In de tweede zaak heeft de fiscale recherche in een etablissement in Wels conservatoir beslag gelegd op acht kansspelautomaten, die volgens de recherche zonder de voorgeschreven vergunning aan het publiek ter beschikking zijn gesteld. De eigenaar van de automaten is Vucicevic. De inbeslagneming is door de bevoegde lokale autoriteit bekrachtigd. In zijn beroep erkent Vucicevic dat hij het betrokken etablissement heeft gekocht, maar bestrijdt hij dat hij tevens eigenaar van de automaten is geworden.

22. In de derde zaak heeft de fiscale recherche conservatoir beslag gelegd op twee kansspelautomaten die zonder de voorgeschreven vergunning aan het publiek ter beschikking zijn gesteld in een benzinestation in Regau, geëxploiteerd door Jacqueline Baumeister, van Duitse nationaliteit. De inbeslagneming is door de bevoegde lokale autoriteit bekrachtigd; het beroep van Baumeister tegen de inbeslagneming werd afgewezen als te laat ingesteld. De confiscatie is vervolgens bekrachtigd en meegedeeld aan Maroxx, een in Oostenrijk gevestigde onderneming, als eigenares van de automaten, die daartegen is opgekomen.

23. In de vierde zaak heeft de fiscale recherche beslag gelegd op drie kansspelautomaten die zonder de voorgeschreven vergunning aan het publiek ter beschikking zijn gesteld in een benzinestation in Enns, geëxploiteerd door Hans-Jörg Zehetner. De bevoegde autoriteit heeft vastgesteld dat de automaten toebehoren aan Maroxx en heeft de inbeslagneming bij besluit bekrachtigd. Aan Zehetner is een boete opgelegd van 1 000 EUR (dan wel, bij uitblijven van betaling, 15 uur vervangende hechtenis). Aan Maroxx is een boete opgelegd van 10 000 EUR (dan wel 152 uur vervangende hechtenis)<sup>4</sup>.

24. Zehetner voert in zijn beroep aan dat de nationale regeling in strijd is met het Unierecht, met name met artikel 56 VWEU en een aantal bepalingen van het Handvest.

25. De verwijzende rechter is van mening dat de uitkomst van de aanhangige gedingen afhangt van de uitlegging van het Unierecht en heeft daarom het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Verzet het in artikel 56 VWEU en in de artikelen 15 tot en met 17 van het [Handvest] tot uitdrukking gebrachte evenredigheidsbeginsel zich tegen een nationale regeling zoals de in het hoofdgeding relevante bepalingen van §§ 3 tot en met 5 alsmede §§ 14 en 21 GSpG, die de exploitatie van kansspelen door middel van automaten afhankelijk stelt van de voorwaarde dat tevoren een vergunning is verleend (waarvan het aantal aan een maximum gebonden is), bij ontbreken waarvan zowel strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd als rechtstreeks door dwangmiddelen op zaken kan worden opgetreden, hoewel tot nog toe – voor zover bekend – door de staat in geen enkele gerechtelijke of bestuurlijke procedure is bewezen dat daarmee verbonden criminaliteit en/of gokverslaving daadwerkelijk een substantieel probleem vormt, dat niet door gecontroleerde expansie van geoorloofde kansspelactiviteiten naar een groot aantal afzonderlijke aanbieders, maar enkel door een gecontroleerde, door louter gematigde reclame gekanaliseerde expansie van een monopolist (dan wel zeer weinig oligopolisten) kan worden tegengegaan?

4 — Het is mij niet duidelijk hoe een vrijheidsstraf kan worden opgelegd aan een rechtspersoon (zij het ook maar alternatief); ik neem dit zo over uit de verwijzingsbeslissing.

- 2) Voor het geval de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord: verzet het in artikel 56 VWEU en in de artikelen 15 tot en met 17 Handvest van de grondrechten tot uitdrukking gebrachte evenredigheidsbeginsel zich tegen een nationale regeling zoals in §§ 52 tot en met 54 GSpG, § 56a GSpG en § 168 StGB, die als gevolg van open wettelijke begrippen leidt tot een bijna volledig sluitende strafbaarstelling van talrijke handelingen door (eventueel in andere lidstaten van de Europese Unie gevestigde) personen die slechts in ver verwijderd verband staan tot de exploitatie van kansspelautomaten (zoals distributeurs, verpachters of verhuurders)?
- 3) Voor het geval ook de tweede vraag ontkennend moet worden beantwoord: verzetten de vereisten van democratie en rechtsstaat, die kennelijk aan artikel 16 van het [Handvest] ten grondslag liggen, en/of het in artikel 47 van het [Handvest] neergelegde recht op een eerlijk proces en een doeltreffende voorziening in rechte en/of het in artikel 56 VWEU neergelegde transparantievereiste en/of het in artikel 50 Handvest van de grondrechten neergelegde verbod van dubbele vervolging en bestraffing zich tegen een nationale regeling zoals in §§ 52 tot en met 54 GSpG, § 56a GSpG en § 168 StGB, waarvan de onderlinge afbakening bij gebreke van een eenduidige wettelijke regeling voor een burger nauwelijks voorzienbaar en voorspelbaar is maar in een concreet geval pas na een omslachtige formele procedure duidelijk wordt, in weerwil van de verstrekkende verschillen op het vlak van de bevoegdheden (bestuursorgaan of rechter), de interventiebevoegdheden, de daarmee verbonden stigmatisering en de procespositie (bijvoorbeeld omkering van de bewijslast) die deze afbakening meebrengt?
- 4) Voor het geval een van deze drie vragen bevestigend moet worden beantwoord: verzetten artikel 56 VWEU en/of de artikelen 15 tot en met 17 van het [Handvest] en/of artikel 50 van het [Handvest] zich tegen de bestraffing van personen die in een van de in § 2, lid 1, punt 1, en § 2, lid 2, GSpG genoemde nauwe betrekkingen tot een kansspelautomaat staan, en/of tegen inbeslagneming dan wel verbeurdverklaring van deze automaten en/of tegen sluiting van de gehele onderneming van deze personen?"

26. Vucicevic, Maroxx, Zehetner, de Oostenrijkse, de Belgische, de Nederlandse, de Poolse en de Portugese regering, alsmede de Commissie, hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 17 juni 2013 hebben Vucicevic, Maroxx, Zehetner, de Oostenrijkse en de Belgische regering, alsook de Commissie, mondeling hun standpunt toegelicht.

## **Bespreking**

### *Ontvankelijkheid*

27. De Oostenrijkse regering betoogt dat dit verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is, op grond dat de uiteengezette feiten en de voorgelegde vragen niet voldoende nauwkeurig zijn om het Hof in staat te stellen een nuttig antwoord te verschaffen. Zij stelt voorts dat in deze zaak niet duidelijk blijkt van een grensoverschrijdend element waardoor de vrijheid van dienstverrichting van toepassing zou zijn.

28. De Commissie is van mening dat de vragen ontvankelijk zijn. Het valt namelijk niet uit te sluiten dat marktdeelnemers uit andere lidstaten in Oostenrijk kansspelen willen aanbieden en aldus onder de litigieuze nationale regeling zouden vallen.

29. De kwestie van de ontvankelijkheid is door de andere partijen die opmerkingen hebben ingediend niet aan de orde gesteld.

30. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het uitsluitend de zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van Unierecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden.<sup>5</sup>

31. De feitelijke grondslag van de vragen in deze zaak en de vragen zelf zijn volgens mij voldoende duidelijk om het Hof in staat te stellen uitspraak te doen. De verwijzingsbeslissing zet de nationale regeling die in de hoofdgedingen aan de orde is op voldoende gedetailleerde wijze uiteen om het Hof in staat te stellen een nuttig antwoord te verschaffen op de vragen over de uitlegging van het Unierecht die voor de gedingen relevant zijn.

32. Ten aanzien van het bezwaar dat er geen duidelijk grensoverschrijdend element is, merk ik op dat het Hof heeft vastgesteld dat wanneer een nationale regeling zonder onderscheid van toepassing is op burgers van alle lidstaten van de Unie, zij onder de bepalingen inzake de fundamentele vrijheden kan vallen voor zover zij van toepassing is op situaties die een verband vertonen met het handelsverkeer tussen de lidstaten.<sup>6</sup> In het arrest Garkalns achtte het Hof het verzoek om een prejudiciële beslissing in die zaak ontvankelijk, ook al waren alle omstandigheden van het hoofdgeding binnen één enkele lidstaat gesitueerd.

33. Uit de feiten van het voorliggende geval blijkt dat ondernemers uit andere lidstaten interesse hebben in de exploitatie van kansspelen door middel van automaten in Oostenrijk. Eén van de bij de nationale rechter aanhangige beroepen is ingesteld door een Duits onderdaan, Baumeister, exploitante van een benzinstation waar een illegale kansspelautomaat is aangetroffen; en één van de in beslag genomen automaten is kennelijk geleverd door een in Tsjechië gevestigde onderneming, Autoart. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is naar mijn mening dan ook ontvankelijk.

#### *Toepasselijkheid van het Handvest*

34. In alle voorgelegde vragen wordt om uitlegging van bepalingen van het Handvest verzocht. Allereerst moet dus worden vastgesteld of het Handvest van toepassing is wanneer een nationale rechter zich moet uitspreken over een nationale regeling als die in de hoofdgedingen, die afwijkt van door het Unierecht toegekende rechten.

35. Deze kwestie is besproken door Zehetner, de Oostenrijkse, de Nederlandse, de Poolse en de Portugese regering, alsook de Commissie. De vier regeringen die op dit punt opmerkingen hebben ingediend, zijn alle van mening dat het Handvest niet van toepassing is op de litigieuze nationale regeling. Zehetner en de Commissie zijn van mening dat dit wel het geval is.

36. Ik acht het Handvest van toepassing op een nationale regeling die afwijkt van een door het Verdrag gewaarborgd grondrecht.

37. De werkingssfeer van het Handvest is gedefinieerd in artikel 51, lid 1, dat bepaalt dat het is gericht tot de lidstaten „uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen”.

5 — Arresten van 19 juli 2012, Garkalns (C-470/11, punt 17), en 10 maart 2009, Hartlauer (C-169/07, Jurispr. blz. I-1721, punt 24).

6 — Arrest Garkalns, aangehaald in voetnoot 5, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

38. Houdt het gebruik van de term „ten uitvoer brengen” in artikel 51 van het Handvest een beperking van de toepassing van het Handvest in tot de gevallen waarin een lidstaat gehouden is specifieke maatregelen te nemen (bijvoorbeeld, de omzetting van een richtlijn)<sup>7</sup> om aan het Unierecht te voldoen?

39. Ik meen van niet.

40. Er bestaat (zoals te verwachten valt) een bepaalde mate van linguïstisch verschil tussen de teksten van het Handvest in de verschillende authentieke talen. Terwijl de Engelse taalversie spreekt van „implementing”, vinden we in het Duits „bei der Durchführung des Rechts der Union” en in het Frans „lorsqu’ils mettent en oeuvre le droit de l’Union”. De Spaanse en de Portugese taalversies, bijvoorbeeld, zijn ruimer geformuleerd (respectievelijk „cuando apliquen el Derecho de la Unión” en „quando apliquem o direito da União”). Het ligt daarom voor de hand terug te grijpen op de toelichtingen bij het Handvest<sup>8</sup>, die overeenkomstig artikel 6, lid 1, derde alinea, VEU en artikel 52, lid 7, van het Handvest zelf voor de uitlegging daarvan in acht moet worden genomen.<sup>9</sup> De toelichtingen geven met betrekking tot artikel 51, lid 1, volgende richtsnoer:

„[w]at de lidstaten betreft, blijkt uit de jurisprudentie van het Hof ondubbelzinnig dat de verplichting tot eerbiediging van de in het kader van de Unie vastgestelde grondrechten alleen geldt voor de lidstaten wanneer deze optreden binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie”.

Vervolgens worden vier arresten van het Hof aangehaald: Wachauf, ERT, Annibaldi en Karlsson e.a.<sup>10</sup>

41. In arresten die na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon zijn geweest, heeft het Hof bevestigd dat een nationale regeling die *binnen het toepassingsgebied valt* van het Unierecht het Handvest moet eerbiedigen en dat „wanneer het Unierecht *toepasselijk is*, [dit] impliceert [...] dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing vinden”.<sup>11</sup> Het Hof heeft derhalve al duidelijk aangegeven dat als criterium heeft te gelden of de situatie er één is waarin het Unierecht *toepasselijk is* (dat wil zeggen, een situatie die „*binnen het toepassingsgebied* van het recht van de Unie” valt) en niet (wellicht in meer strikte zin) of de lidstaat Unierecht „ten uitvoer brengt” door het nemen van een specifieke maatregel.<sup>12</sup>

42. De in de toelichting bij artikel 51, lid 1, van het Handvest aangehaalde rechtspraak verduidelijkt wat „binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie” betekent. Zowel in het arrest Wachauf als in het arrest Karlsson e.a. ging het om nationale regelingen die de toepassing van EU-regelingen met betrekking tot de praktijk van de extra heffing op melk preciseerden. Het was evident dat bepaalde nationale regelingen nodig waren om de bepalingen van Unierecht aan te vullen en, door detaillering, volledig operationeel te maken. Die nationale regelingen moesten derhalve in overeenstemming zijn met de door het Unierecht erkende fundamentele rechten. In de zaak Annibaldi daarentegen had de bestreden nationale regeling (een regionale wet inzake de oprichting van een natuur- en archeologisch park) duidelijk niets van doen met de tenuitvoerlegging (of zelfs de werking) van een gemeenschapsrechtelijke bepaling op het gebied van de gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten, het milieu of de cultuur; en was er evenmin een ander aanknopingspunt met het gemeenschapsrecht.

7 — Ik maak een duidelijk onderscheid tussen omzetting en tenuitvoerlegging, dat aanzienlijk ruimer is dan omzetting.

8 — Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten, PB 2007, C 303, blz. 17.

9 — Zie arresten van 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, punt 42), en 22 december 2010, DEB (C-279/09, Jurispr. blz. I-13849, punt 32).

10 — Arresten van 13 juli 1989, Wachauf (5/88, Jurispr. blz. 2609); 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925); 18 december 1997, Annibaldi (C-309/96, Jurispr. blz. I-7493) en 13 april 2000, Karlsson e.a. (C-292/97, Jurispr. blz. I-2737).

11 — Arresten van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, punt 21) (mijn cursivering), en 26 september 2013, TEXDATA Software (C-418/11, punt 73) (mijn cursivering).

12 — Het mogelijke verschil in betekenis is minder groot indien men „omzetting” en „tenuitvoerlegging” niet als synoniemen beschouwd: zie voetnoot 7.

43. In casu is het arrest ERT van bijzonder belang. In die zaak ging het om een nationale wet waarbij aan één enkel televisiestation een monopolie werd toegekend voor het gehele grondgebied van de lidstaat, inclusief uitzendingen van om het even welke aard. Aan de orde was de vraag of de in het Verdrag gewaarborgde vrijheid van dienstverrichting zich tegen die nationale wet verzette. Het Hof was van oordeel dat wanneer een dergelijk monopolie discriminerende gevolgen heeft ten nadele van programma's uit andere lidstaten, artikel 59 EEG-Verdrag (thans artikel 56 VWEU) zich daartegen verzet, tenzij die regeling rechtvaardiging kan vinden in een van de gronden van artikel 56 EEG-Verdrag (thans artikel 52, lid 1, VWEU), waarnaar artikel 66 EEG-Verdrag (thans artikel 62 VWEU) verwees.<sup>13</sup> Het arrest ERT betrof dus een situatie waarin de wetgeving van een lidstaat afweek van de fundamentele vrijheid van dienstverrichting.

44. In dat arrest ging het ook om de vraag of de nationale wetgeving in overeenstemming was met artikel 10 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens (hierna: „EVRM”). Volgens het Hof maken de fundamentele rechten integrerend deel uit van de algemene rechtsbeginselen welke eerbiediging het Hof verzekert, en kan het geen maatregelen toelaten die zich niet met die rechten verdragen.<sup>14</sup> Zodra een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht komt, moet het Hof ingeval het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitleggingsgegevens verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om de verenigbaarheid te kunnen beoordelen van die regeling met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.<sup>15</sup> In het bijzonder, aldus het Hof, wanneer een lidstaat zich beroept op het bepaalde in artikel 56 juncto artikel 66 EEG-verdrag (thans artikelen 52, lid 1, VWEU en 62 VWEU) ter rechtvaardiging van een regeling die de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting kan belemmeren, moet deze rechtvaardigingsgrond worden uitgelegd in het licht van de algemene rechtsbeginselen en met name de fundamentele rechten. De betrokken nationale regeling kan dus slechts in aanmerking komen voor uitzondering op de vrijheid van dienstverrichting, wanneer zij in overeenstemming is met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, waaronder artikel 10 van het EVRM.<sup>16</sup>

45. Uit het arrest ERT blijkt derhalve dat wanneer een lidstaat een maatregel vaststelt die afwijkt van een in het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheid, die maatregel binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt. De bevoegdheid om in bepaalde omstandigheden af te wijken van de in het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheid is een bevoegdheid die de lidstaten hebben en die ook in het Unierecht is erkend; de *uitoefening* van die bevoegdheid wordt echter door het Unierecht begrenst. Wanneer een rechterlijke instantie – hetzij een nationale rechter, hetzij dit Hof – toetst of een nationale regeling die de uitoefening van een dergelijke fundamentele vrijheid beperkt, onder de in het Verdrag voorziene uitzondering valt (en bijgevolg toelaatbaar is), vindt dat proces van toetsing plaats aan de hand van en op grond van criteria die zijn ontleend aan het Unierecht, niet aan het nationale recht. Zo zijn, bijvoorbeeld, de uitleggingsregel dat een dergelijke uitzondering strikt moet worden uitgelegd en de toepassing van het evenredigheids criterium op een afwijking die prima facie toelaatbaar is, beide ontleend aan het Unierecht zelf. Aangezien alleen een met die Unierechtelijke criteria verenigbare nationale afwijkende maatregel toelaatbaar is (anders gaat de in het Verdrag voorziene vrijheid voor), volgt daaruit dat de afwijkende maatregel zelf binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt. Dit vloeit mijns inziens noodzakelijkerwijs voort uit de vertrouwde systematiek van het Verdrag (beschermde recht, beperkte afwijking van dat recht), en ook uit de vermelding van het arrest ERT in de toelichting bij artikel 51 van het Handvest.

13 — Punt 26.

14 — Punt 41.

15 — Punt 42.

16 — Punt 43.



46. Een lidstaat wordt derhalve geacht „het recht van de Unie ten uitvoer [te] brengen” in de zin van artikel 51, wanneer hij een afwijking van een fundamentele vrijheid voorziet. Bijgevolg is het Handvest van toepassing. Nu de litigieuze nationale maatregel binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt en daarmee het Unierecht „ten uitvoer brengt”, moet deze maatregel worden uitgelegd in het licht van het Handvest.

47. Dan kom ik nu toe aan de voorgelegde vragen.

#### *Eerste vraag*

48. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 56 VWEU en/of de artikelen 15 tot en met 17 van het Handvest aldus moeten worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling die het recht op de organisatie van kansspelen door middel van kansspelautomaten beperkt tot die personen of ondernemingen die houder zijn van een vergunning, waarvan het aantal aan een maximum gebonden is. Meer in het bijzonder wenst de verwijzende rechter te vernemen of er sprake is van schending van het evenredigheidsbeginsel in omstandigheden waarin niet is bewezen dat criminaliteit en/of gokverslaving een substantieel probleem vormen, en dat die problemen, als ze wel bestaan, niet kunnen worden tegengegaan door gecontroleerde expansie van geautoriseerde kansspelactiviteiten met een groot aantal afzonderlijke aanbieders, in plaats van een gecontroleerde expansie met een beperkt aantal aanbieders.

49. Ik zal eerst artikel 56 VWEU en vervolgens het Handvest bespreken.

#### Artikel 56 VWEU

50. Er is al een omvangrijke rechtspraak van het Hof op het gebied van kansspelen (waaronder vier verzoeken om een prejudiciële beslissing in eerdere procedures met betrekking tot het GSpG)<sup>17</sup>, die de criteria verschaft voor het onderzoek van de vraag naar de uitlegging van artikel 56 VWEU.

51. Uit die rechtspraak blijkt dat een regeling als die in de hoofdgedingen, volgens welke slechts een beperkt aantal vergunninghouders kansspelen mag organiseren en het alle andere marktdeelnemers, of zij nu in Oostenrijk zijn gevestigd of in een andere lidstaat, is verboden dergelijke diensten aan te bieden, een beperking van de vrijheid van dienstverrichting vormt en als zodanig door artikel 56 VWEU is verboden.<sup>18</sup> Een dergelijke beperking kan niettemin gerechtvaardigd zijn op grond van de uitdrukkelijke afwijkende bepalingen van het VWEU, of om redenen van openbare orde.<sup>19</sup>

52. De beperking is volgens de Oostenrijkse regering gerechtvaardigd omdat zij tot doel heeft spelers een vergaande bescherming te bieden en criminaliteit te voorkomen. Maroxx, Vucicevic en Zehetner stellen daarentegen allen dat het voornaamste doel van de regering is gelegen in een hogere belastingopbrengst.

17 — De bepalingen van het GSpG hebben eveneens tot prejudiciële vragen geleid in de arresten van 9 september 2010, Engelmann (C-64/08, Jurispr. blz. I-8219), betreffende de verplichting voor de houders van een concessie voor de exploitatie van casino's om hun zetel op het nationale grondgebied te hebben; 15 september 2011, Dickinger en Ömer (C-347/09, Jurispr. blz. I-8185), waarin het ging om een monopolie voor de exploitatie van onlinecasinospelen ten gunste van één bepaalde marktdeelnemer, en 12 juli 2012, HIT en HIT LARIX (C-176/11), met betrekking tot reclame voor casino's. De meest recente uitspraak in dit verband is het arrest Stanleybet e.a. (C-186/11 en C-209/11), inzake een door de staat aan een naamloze vennootschap toegekend exclusief monopolie op het beheer, de organisatie en de exploitatie van kansspelen, dat op 24 januari 2013 is gewezen, derhalve na de verwijzingsbeslissing in deze zaak.

18 — Arrest Stanleybet e.a., aangehaald in voetnoot 17, punt 21.

19 — Ibidem, punt 22; zie ook arrest Garkalns, aangehaald in voetnoot 5, punt 35 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

53. Het Hof heeft bepaald dat beperkingen van diensten op het gebied van kansspelen door de lidstaten gerechtvaardigd kunnen zijn wanneer zij zijn bedoeld om de bescherming van de consument te waarborgen, waaronder de bescherming van spelers tegen gokverslaving<sup>20</sup> en misdaadbestrijding.<sup>21</sup> Een grotere opbrengst voor de regering van de lidstaat is daarentegen geen doelstelling die een beperking van de vrijheid van dienstverrichting kan rechtvaardigen, hoewel het een bijkomend voordeel voor de betrokken regering kan opleveren.<sup>22</sup>

54. Dit is een feitelijke kwestie, en de nationale rechter moet vaststellen welke doelstellingen de betrokken nationale wettelijke regeling daadwerkelijk nastreeft.<sup>23</sup> Indien de rechter vaststelt dat de feitelijke doelstelling hoofdzakelijk is gelegen in een hogere opbrengst, is de beperking onverenigbaar met artikel 56 VWEU.

55. Indien de nationale rechter evenwel vaststelt dat met de beperking daadwerkelijk de geldige doelstellingen van consumentenbescherming en misdaadbestrijding worden nagestreefd, moet hij vervolgens beoordelen of de beperking ook evenredig is. De rechter moet ervan overtuigd zijn dat zij geschikt is om de door de betrokken regeling nagestreefde doelstellingen te waarborgen op het gewenste niveau van bescherming, en niet verder gaat dan ter bereiking van die doelstellingen noodzakelijk is.

56. Net als een lidstaat die een bijzonder hoog beschermingsniveau wil waarborgen, zoals het Hof in zijn rechtspraak heeft aanvaardt, op goede gronden van oordeel kan zijn dat het alleen door de verlening van een uitsluitend recht aan één enkele instelling onder nauw toezicht mogelijk is de aan gokken verbonden gevaren te beheersen<sup>24</sup>, kan een lidstaat ook van mening zijn dat een stelsel van vergunningen die aan een klein aantal aanbieders worden verleend een geschikte methode is om die gevaren te beheersen. Zoals het Hof in het arrest Engemann heeft opgemerkt<sup>25</sup>, lijkt een beperking van het aantal vergunningen voor de exploitatie van casino's „naar haar aard de mogelijkheid te bieden om de gelegenheden tot gokken te beperken. [...] Aangezien de consument zich moet verplaatsen om in een casino aan de betrokken kansspelen te kunnen deelnemen, maakt een beperking van het aantal van deze casino's het moeilijker om aan dergelijke spelen deel te nemen”.

57. De beperking van het aantal gokgelegenheden lijkt dus een evenredige maatregel om de doelstellingen van consumentenbescherming en misdaadbestrijding te verwezenlijken. Een groter aantal gelegenheden toestaan dergelijke diensten aan te bieden zal die doelstellingen minder goed verwezenlijken, omdat meer mogelijkheden om te gokken worden geboden. Dat beleid zal minder snel tot een hoog beschermingsniveau leiden. Dit moet evenwel worden geverifieerd door de nationale rechter, die bij zijn analyse van de feiten en bewijzen tevens rekening zal moeten houden met de aard, frequentie en intensiteit van de controles die voor ondernemingen met een vergunning gelden.<sup>26</sup>

58. De bewijslast dat de beperking evenredig is, rust op de Oostenrijkse autoriteiten, die gehouden zijn de nationale rechterlijke instantie die zich hierover dient uit te spreken alle noodzakelijke gegevens te verstrekken aan de hand waarvan deze kan nagaan of de maatregel wel is bedoeld om de aangegeven doelstelling na te streven, en die ook kan verwezenlijken.<sup>27</sup> In het arrest Dickinger en Ömer<sup>28</sup> heeft

20 — Arrest van 8 september 2010, Stoß e.a. (C-316/07, C-358/07-C-360/07, C-409/07 en C-410/07, Jurispr. blz. I-8069, punten 74 en 75 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

21 — Arrest van 11 september 2003, Anomar e.a. (C-6/01, Jurispr. blz. I-8621, punten 61-75).

22 — Arrest van 30 juni 2011, Zeturf (C-212/08, Jurispr. blz. I-5633, punt 52 en de daarin aangehaalde rechtspraak), en arrest Dickinger en Ömer, aangehaald in voetnoot 17, punt 55.

23 — Arrest Stanleybet e.a., aangehaald in voetnoot 17, punt 26 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

24 — Arrest Stanleybet e.a., aangehaald in voetnoot 17, punt 29.

25 — Arrest Engemann, aangehaald in voetnoot 17, punt 45.

26 — Die analyse kan de nationale rechter ook helpen bij de vaststelling van de werkelijke doelstelling van vergunningvereiste: zie hierboven, punten 54 en 55.

27 — Zie arrest Stoß e.a., aangehaald in voetnoot 20, punt 71.

28 — Aangehaald in voetnoot 17, punt 66.

het Hof gepreciseerd dat de nationale rechter moet nagaan of criminele en frauduleuze activiteiten en ook gokverslaving ten tijde van de feiten een probleem konden vormen, en of een uitbreiding van de legale en gereguleerde activiteiten dit probleem kon oplossen. In het onderhavige geval moet de nationale rechter dit onderzoek verrichten.

59. De nationale rechter moet daarnaast bezien of de nationale wettelijke regeling daadwerkelijk ertoe strekt het doel op een samenhangende en stelselmatige wijze te bereiken.<sup>29</sup> Aangezien de praktijken van het beperkte aantal vergunninghouders bepalend kunnen zijn voor het al dan niet kunnen verwezenlijken van de doelstellingen, is het handelsbeleid van die vergunninghouders een belangrijk element bij die beoordeling.<sup>30</sup>

60. De verwijzende rechter merkt in de verwijzingsbeslissing op dat het handelsbeleid van de vergunninghouders zich niet heeft beperkt tot een gecontroleerde expansie met gematigde reclame. De vergunninghouders hebben integendeel uitgaven gedaan die „kolossaal” kunnen worden genoemd, in het kader van een „agressieve” reclamecampagne, die een positief beeld schept van kansspelen en tot actieve deelname aanzet. Hoewel het Hof heeft aanvaard dat gematigde reclame bij een beleid dat is gericht op de bescherming van de consument kan passen, is dat enkel het geval wanneer de reclame strikt is beperkt tot wat nodig is om de consument in de richting van gecontroleerde kansspelcircuits te leiden.<sup>31</sup> Reclame die tot kansspelen aanzet door deze spelen te banaliseren, een positief beeld ervan te scheppen, of de aantrekkingskracht ervan te vergroten, beoogt de globale kansspelmarkt te vergroten in plaats van de bestaande consumenten in de richting van bepaalde aanbieders te leiden. Een dergelijk expansionistisch handelsbeleid strookt duidelijk niet met het doel van een hoog niveau van bescherming voor de consument. Zoals het Hof in het arrest Dickinger en Ömer heeft overwogen, kan „[e]en lidstaat [...] zich [...] niet met succes op de met de beperking van de gelegenheden tot gokken gediende maatschappelijke orde beroepen, voor zover de autoriteiten van die lidstaat de consumenten aansporen en aanmoedigen om deel te nemen aan kansspelen waar met name de schatkist financieel beter van wordt”.<sup>32</sup>

61. Het staat aan de nationale rechter het werkelijke doel van de litigieuze wettelijke regeling te bepalen en vast te stellen, indien het een geoorloofd doel is, of de regeling ook evenredig is, en samenhangend en in overeenstemming met dat doel.

62. Is in het licht van de artikelen 15, 16 en 17 van het Handvest verder onderzoek van de litigieuze wettelijke regeling vereist?

Artikelen 15, 16 en 17 van het Handvest

63. Artikel 15, lid 2, van het Handvest<sup>33</sup> erkent het recht van iedere burger van de Unie om zich te vestigen of diensten te verrichten in iedere lidstaat. In de toelichtingen bij het Handvest<sup>34</sup> is bevestigd dat artikel 15, lid 2, ziet op het in de artikelen 26 VWEU, 45, 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten. Nu deze vrijheid in de verdragen is voorzien, is artikel 52, lid 2, van het Handvest bepalend voor de reikwijdte en uitlegging ervan. Volgens artikel 52, lid 2, worden die vrijheden „uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen welke bij die verdragen zijn gesteld”. Ook de toelichting bij

29 — Arrest Stanleybet e.a., aangehaald in voetnoot 17, punt 27, en arrest van 8 september 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International (C-42/07, Jurispr. blz. I-7633, punten 49-61 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

30 — Arrest Dickinger en Ömer, aangehaald in voetnoot 17, punt 58.

31 — Arrest Dickinger en Ömer, aangehaald in voetnoot 17, punt 68.

32 — Ibidem, punt 62.

33 — Alleen artikel 15, lid 2, is in casu relevant. Artikel 15, lid 1, betreft het recht om te werken en om een vrijelijk gekozen of aanvaard beroep uit te oefenen, terwijl volgens artikel 15, lid 3, onderdanen van derde landen die op het grondgebied van de lidstaten mogen werken recht hebben op arbeidsvoorwaarden die gelijkwaardig zijn aan die welke burgers van de Unie genieten.

34 — Aangehaald in voetnoot 8.

artikel 52, lid 2, bevestigt dat „het Handvest [...] geen wijziging aan[brengt] in de regeling van de rechten die bij het EG-Verdrag werden verleend en die zijn overgenomen in de Verdragen”. Wat de onderhavige procedure betreft, valt derhalve de naleving van artikel 15, lid 2, van het Handvest samen met die van artikel 56 VWEU.

64. Artikel 16 van het Handvest waarborgt de vrijheid van ondernemerschap, zij het onder de uitdrukkelijke bepaling dat deze „overeenkomstig het Unierecht en de nationale wetgevingen en praktijken” wordt erkend. De toelichtingen bij het Handvest bevestigen eveneens dat deze vrijheid kan worden onderworpen aan de beperkingen van artikel 52, lid 1, van het Handvest. Volgens dat artikel moeten alle beperkingen op de uitoefening van de in het Handvest erkende rechten en vrijheden bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen; en moeten zij, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.

65. In het arrest *Sky Österreich*<sup>35</sup> heeft het Hof opgemerkt dat „door de overheid op een groot aantal wijzen in de vrijheid van ondernemerschap [kan] worden ingegrepen. Met dit overheidsingrijpen kunnen, in het algemeen belang, beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit worden gesteld. [...] Deze omstandigheid vindt haar weerslag met name in de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel overeenkomstig artikel 52, lid 1, van het Handvest moet worden toegepast”.

66. In mijn optiek wordt deze vrijheid geëerbiedigd wanneer aan de relevante verdragsbepalingen is voldaan, en met name aan het vereiste van naleving van het evenredigheidsbeginsel bij een beperking van de vrijheid van dienstverrichting.

67. In artikel 17 van het Handvest is het recht op eigendom erkend. Het gebruik ervan „kan worden geregeld bij de wet voor zover het algemeen belang dit vereist”. Volgens de toelichting bij dit artikel stemt het overeen met artikel 1 van Protocol nr. 1 bij het EVRM. Overeenkomstig artikel 52, lid 3, van het Handvest heeft dit recht dezelfde inhoud en reikwijdte als het door het EVRM gewaarborgde recht en zijn beperkingen weliswaar geoorloofd, maar mogen deze niet de door het EVRM toegestane beperkingen overschrijden.

68. Het is voorts vaste rechtspraak van het Hof dat het eigendomsrecht kan worden onderworpen aan evenredige beperkingen. In het arrest *Križan e.a.*, overwoog de Grote Kamer: „[h]et eigendomsrecht heeft [...] geen absolute gelding, doch moet in relatie tot zijn sociale functie worden beschouwd. Het gebruik van dat recht kan dus aan beperkingen worden onderworpen, voor zover dergelijke beperkingen werkelijk beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidbare inbreuk, waardoor het gewaarborgde recht in zijn kern wordt aangetast”.<sup>36</sup> Een evenredige beperking van het gebruik van kansspelautomaten in het algemeen belang is dan ook niet in strijd met artikel 17 van het Handvest.

69. Een beperking van het gebruik van kansspelautomaten die toelaatbaar is op grond van artikel 56 VWEU, volgens hetwelk aan het evenredigheidsbeginsel moet zijn voldaan, is mijns inziens ook verenigbaar met artikel 17 van het Handvest. Een dergelijke beperking van het gebruik van eigendom overschrijdt niet die voorzien in artikel 1 van Protocol nr. 1 bij het EVRM, dat het recht op eigendom onderwerpt aan het „recht [...] dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang”.

35 — Aangehaald in voetnoot 9, punten 46 en 47.

36 — Arrest van 15 januari 2013 (C-416/10, punt 113 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

70. De artikelen 15 tot en met 17 van het Handvest stellen daarom volgens mij geen zwaardere eisen aan een beperking van de vrijheid van dienstverrichting om geoorloofd te zijn dan die welke reeds in de rechtspraak van het Hof met betrekking tot artikel 56 VWEU zijn voorzien.

71. Ik ben op grond hiervan van mening dat het antwoord op de eerste vraag moet luiden, dat artikel 56 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling als die in het hoofdgeding, volgens welke slechts een beperkt aantal vergunninghouders kansspelen mag organiseren, tenzij die beperking gerechtvaardigd is op grond van een dwingende doelstelling van algemeen belang, zoals de consumentenbescherming en/of de misdaadbestrijding, die doelstelling gelet op het handelsbeleid van de bestaande vergunninghouders op een consequente en samenhangende wijze wordt nagestreefd, en ook evenredig is. Of aan deze criteria is voldaan, staat ter beoordeling van de nationale rechter. Wanneer een beperking aan deze criteria voldoet, is zij niet in strijd met de artikelen 15, 16 of 17 van het Handvest.

#### *Tweede vraag*

72. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het in artikel 56 VWEU en de artikelen 15 tot en met 17 van het Handvest tot uitdrukking gebrachte evenredigheidsbeginsel zich verzet tegen een nationale regeling als die in §§ 52 tot en met 54 en 56a GSpG en § 168 StGB, die als gevolg van open wettelijke begrippen leidt tot strafbaarstelling van personen die slechts in ver verwijderd verband staan tot de exploitatie van kansspelautomaten (zoals distributeurs, verpachters of verhuurders).

73. Deze vraag is net als de derde en de vierde vraag alleen relevant indien de nationale rechter tot de conclusie komt dat artikel 56 VWEU niet in de weg staat aan de litigieuze beperking. Sluit artikel 56 VWEU die beperking uit, dan sluit het Unierecht ook uit dat strafrechtelijke sancties wegens schending ervan worden opgelegd.<sup>37</sup>

74. Voor zover de lidstaten krachtens Unierecht van artikel 56 VWEU mogen afwijken en het aanbieden van gokdiensten mogen beperken, mogen zij eveneens strafrechtelijke sancties opleggen om die beperkingen af te dwingen, mits die sancties evenredig zijn en niet tornen aan fundamentele rechten.

75. Het komt mij voor dat, om evenredig te zijn, de personele werkingssfeer van de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens overtreding van de nationale wetgeving waarbij de beperking is opgelegd, niet verder mag gaan dan de personen die direct of indirect verantwoordelijk zijn voor de overtreding, en die wisten of hadden moeten weten dat hun handelen aan de overtreding zou bijdragen.

76. In de context van het vrije goederenverkeer heeft het Hof aanvaard dat ook degenen die medeplichtig zijn aan een strafbaar feit, strafbaar kunnen zijn.<sup>38</sup> Dergelijke personen zijn niet direct verantwoordelijk voor de overtreding van het strafrecht – zij stellen de kansspelautomaat niet zelf zonder vergunning ter beschikking aan het publiek – maar maken die overtreding wel mogelijk.

77. Uitbreiding van de strafbaarheid tot personen die indirect verantwoordelijk zijn voor de schending van de beperking, en die wisten of hadden moeten weten dat hun handelen zou bijdragen aan de overtreding, draagt mijns inziens bij aan de handhaving van de beperking en derhalve aan het gewenste hoge niveau van bescherming. Uitbreiding van de strafbaarheid tot personen die niet bekend waren of konden zijn met de overtreding, acht ik evenwel onevenredig, daar deze personen er niet voor kunnen kiezen om geen medewerking aan de overtreding te verlenen.

37 — Arrest Dickinger en Ömer, aangehaald in voetnoot 17, punten 32 en 43 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

38 — Arrest van 21 juni 2012, Donner (C-5/11).

78. De nationale rechter is verplicht het nationale recht conform het Unierecht uit te leggen, voor zover dat mogelijk is met inachtneming van het gehele interne recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, om de werking van het recht van de Unie te verzekeren.<sup>39</sup>

79. Ik meen bijgevolg dat artikel 56 VWEU en de artikelen 15, 16 en 17 van het Handvest zich niet verzetten tegen een bepaling die de strafrechtelijke aansprakelijkheid uitbreidt tot de personen die direct of indirect verantwoordelijk zijn voor de schending van een beperking op het aanbieden van gokdiensten, mits de personele werkingssfeer van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zich beperkt tot de personen die wisten of hadden moeten weten dat zij met hun handelen aan de overtreding zouden bijdragen.

#### *Derde vraag*

80. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 56 VWEU en/of de artikelen 16, 47 en 50 van het Handvest en/of algemene unierechtelijke beginselen zich verzetten tegen bepalingen van nationaal recht die voor wetsovertredingen strafrechtelijke dan wel administratieve sancties opleggen, maar de betrokken persoon in het ongewisse laten op grond van welke bepaling precies hij zal worden vervolgd.

81. Artikel 50 van het Handvest sluit volgens mij dergelijke bepalingen niet uit. Uit de aan het Hof overgelegde stukken valt niet af te leiden dat het vermeende risico van dubbele vervolging gegrond is. De overtreding wordt afgedaan door de bestuursrechter, of door de strafrechter. Het StGB is kennelijk van toepassing op kansspelen met een inzet van 10 EUR of hoger en op „seriespelen” met kleinere afzonderlijke inzetten die tezamen meer dan 10 EUR bedragen. In alle andere gevallen wordt de overtreding overeenkomstig het bepaalde in het GSpG afgedaan als administratieve overtreding.

82. Eerst nadat de feiten van een concreet geval bekend zijn, kan worden vastgesteld of sprake is van een administratieve overtreding (illegale kansspelen met een inzet van minder dan 10 EUR, niet zijnde een seriespel), dan wel een strafbaar feit (illegale kansspelen met een inzet van meer dan 10 EUR of kleinere inzetten als onderdeel van een seriespel). Van een eventuele rechtsonzekerheid is derhalve enkel sprake voor zover verschillende bepalingen gelden in verschillende feitelijke omstandigheden.

83. Schending van artikel 47 van het Handvest, waarin het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en een onpartijdig gerecht is neergelegd, is niet aan de orde in omstandigheden waarin de persoon die wegens een overtreding wordt vervolgd toegang heeft tot een gerecht, of dat nu een bestuursrechter of een strafrechter is.

84. Noch artikel 56 VWEU, noch de artikelen 16, 47 of 50 van het Handvest verzetten zich derhalve tegen een nationale regeling als die in het hoofdgeding, volgens welke in het geval van illegale gokdiensten met een inzet van 10 EUR en seriespelen met kleinere afzonderlijke inzetten die tezamen meer dan 10 EUR bedragen, strafrechtelijke sancties worden opgelegd, terwijl in het geval van illegale gokdiensten met een inzet van minder dan 10 EUR, administratieve sancties van toepassing zijn.

#### *Vierde vraag*

85. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 56 VWEU en/of de artikelen 15 tot en met 17 en 50 van het Handvest zich verzetten tegen sancties als die welke zijn voorzien in de artikelen 53, 54 en 56a GSpG, waaronder de confiscatie en de vernietiging van de kansspelautomaten, en de sluiting van de onderneming.

39 — Arrest van 5 september 2012, Lopes Da Silva Jorge (C-42/11, punten 54-56 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

86. Zoals gezegd<sup>40</sup> kan een lidstaat, wanneer hij een beperking oplegt die haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang en derhalve niet in strijd is met artikel 56 VWEU, die beperking ook afdwingen door sancties te stellen op schending ervan. Die sancties moeten natuurlijk in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en de fundamentele rechten.

87. Afgaande op de in de verwijzingsbeslissing geschetste feiten en wetgeving is het kennelijk zo dat ingeval de organisatie van kansspelen door middel van kansspelautomaten zonder vergunning plaatsvindt, de kansspelautomaat automatisch wordt geconfisqueerd en nadien vernietigd. De bepalingen op grond waarvan die stappen worden genomen, lijken geen ruimte te bieden voor alternatief handelen in functie van de mate van schuld van de eigenaar van de automaat of een ander persoon die een belang heeft in de automaat, of de ernst van de wetsovertreding. Een eventueel verweer met betrekking tot het begaan van de overtreding of verzachtende omstandigheden waarop de persoon met een belang in de automaat een beroep doet, kan klaarblijkelijk niet tot een andere uitkomst leiden.

88. Als het inderdaad zo is dat bij de bepaling van de sanctie geen rekening kan worden gehouden met aspecten als de mate van schuld, is er sprake van een onevenredige sanctie waartegen zich zowel artikel 56 VWEU zelf als de artikelen 15, 16 en 17 van het Handvest verzetten. Het staat evenwel aan de nationale rechter om zulks vast te stellen. (Artikel 50 van het Handvest is in mijn optiek niet relevant voor deze vraag.)

89. Volgens artikel 56a GSpG is daarentegen de beslissing om een onderneming te sluiten een discretionaire. Gezien de flexibiliteit bij de uitoefening van die bevoegdheid, kan een beslissing om een onderneming te sluiten worden genomen in omstandigheden waarin dat een evenredige sanctie is. Ik acht artikel 56 GSpG daarom als zodanig niet in strijd met artikel 56 VWEU. De nationale rechter moet nagaan of de bevoegdheid in de praktijk inderdaad wordt uitgeoefend met behoorlijke inachtneming van de concrete omstandigheden en derhalve met de nodige flexibiliteit om aan het evenredigheids criterium te voldoen.

## Conclusie

90. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de vragen van de Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Oostenrijk) te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 56 VWEU verzet zich tegen een nationale regeling als die in het hoofdgeding, volgens welke slechts een beperkt aantal vergunninghouders kansspelen mag organiseren, tenzij die beperking gerechtvaardigd is op grond van een dwingende doelstelling van algemeen belang, zoals de consumentenbescherming en/of de misdaadbestrijding, die doelstelling gelet op het handelsbeleid van de bestaande vergunninghouders op een consequente en samenhangende wijze wordt nagestreefd, en ook evenredig is. Of aan deze criteria is voldaan, staat ter beoordeling van de nationale rechter. Wanneer een beperking aan deze criteria voldoet, is zij niet in strijd met de artikelen 15, 16 of 17 van het Handvest.
- 2) Artikel 56 VWEU en de artikelen 15, 16 en 17 van het Handvest verzetten zich niet tegen een bepaling die de strafrechtelijke aansprakelijkheid uitbreidt tot de personen die direct of indirect verantwoordelijk zijn voor de schending van een beperking van het aanbieden van gokdiensten, mits de personele werkingssfeer van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zich beperkt tot de personen die wisten of hadden moeten weten dat zij met hun handelen een bijdrage aan de overtreding zouden leveren.

40 — Zie hierboven, punt 74.

- 3) Noch artikel 56 VWEU, noch de artikelen 16, 47 of 50 van het Handvest verzetten zich tegen een nationale regeling als die in het hoofdgeding, volgens welke in het geval van illegale gokdiensten met een inzet van 10 EUR en seriespelen met kleinere afzonderlijke inzetten die tezamen meer dan 10 EUR bedragen, strafrechtelijke sancties worden opgelegd, terwijl in het geval van illegale gokdiensten met een inzet van minder dan 10 EUR administratieve sancties van toepassing zijn.
  
- 4) Artikel 56 VWEU en de artikelen 15, 16 en 17 van het Handvest verzetten zich tegen een nationale regeling volgens welke automaten die bij illegale kansspelen worden gebruikt, automatisch worden verbeurdverklaard en vernietigd zonder dat daarbij rekening kan worden gehouden met de mate van schuld van de eigenaar van de automaat en/of de ernst van de overtreding. Artikel 56 VWEU en de artikelen 15, 16 en 17 van het Handvest verzetten zich echter niet tegen een nationale regeling volgens welke een lidstaat een discretionaire bevoegdheid heeft om een onderneming te sluiten in het geval dat illegale kansspelautomaten aan het publiek ter beschikking zijn gesteld.”