CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
Y. BOT
van 26 januari 2010[1]

1. Mag een wettelijke regeling van een lidstaat die sportweddenschappen aan een aparte regeling onderwerpt teneinde de consument te beschermen tegen het gevaar voor gokzucht, maar waarmee dat doel niet kan worden bereikt, zodat zij in strijd is met het vrij verrichten van diensten, gedurende een overgangsperiode worden gehandhaafd en, zo ja, onder welke voorwaarden en voor hoe lang?

2. Met deze vragen wenst het Verwaltungsgericht Köln (Duitsland) te vernemen of en zo ja onder welke voorwaarden kan worden afgeweken van de in het arrest Simmenthal[2] geformuleerde en in vaste rechtspraak bevestigde verplichting op grond waarvan de nationale rechter in geval van een conflict tussen een bepaling van intern recht en een rechtstreeks toepasselijke norm van gemeenschapsrecht overeenkomstig het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht de toepassing van laatstgenoemde norm moet verzekeren en zijn interne recht buiten toepassing zal moeten laten.

3. In de onderhavige conclusie zal ik het Hof om te beginnen voorstellen, de verwijzende rechter een aantal aanwijzingen te verschaffen aan de hand waarvan deze zou moeten kunnen nagaan of zijn premisse dat de in geding zijnde regeling indruist tegen het vrij verrichten van diensten, gegrond is.

4. Vervolgens zal ik, aannemende dat die premisse gegrond is, uiteenzetten welke overwegingen zich in beginsel ertegen verzetten dat, zij het maar gedurende een overgangsperiode, een met een rechtstreeks toepasselijke norm van gemeenschapsrecht strijdige regel van intern recht wordt toegepast en gehandhaafd. Tot slot zal ik aangeven waarom de mogelijkheid af te wijken van de uit het arrest Simmenthal voortvloeiende verplichting, in de veronderstelling dat die mogelijkheid bestaat, met betrekking tot de in geding zijnde regeling moet worden uitgesloten.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Arrest van 9 maart 1978 (106/77, Jurispr. blz. 629).

I — Rechtskader

5. Artikel 12, lid 1, van het Duitse Grundgesetz bepaalt:

„Alle Duitsers hebben het recht, vrij hun beroep, de plaats waar zij werken en hun opleidingsplaats te kiezen. De beroepsuitoefening kan bij of krachtens de wet geregeld worden."

6. § 31 van het Bundesverfassungsgerichtsgesetz bepaalt het volgende:

„(1) De beslissingen van het Bundesverfassungsgericht zijn bindend voor de constitutionele organen van de federale regering en van de deelstaten en voor alle gerechten en autoriteiten.

(2) […] de beslissing van het Bundesverfassungsgericht [heeft] kracht van wet […] wanneer het Bundesverfassungsgericht een wet verenigbaar of onverenigbaar met het Grundgesetz of nietig verklaart. […] de beslissing [moet] in het Bundesgesetzblatt bekend worden gemaakt."

7. § 284, lid 1, van het Strafgesetzbuch luidt als volgt:

„Wie zonder vergunning van de bevoegde autoriteit openbaar een kansspel organiseert of daartoe de faciliteiten ter beschikking stelt, wordt gestraft met een vrijheidsstraf van maximaal twee jaar of met een geldboete."

8. Met het Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, in werking getreden op 1 juli 2004, hebben de Länder een uniform kader voor de organisatie van kansspelen en de bemiddeling daarbij gecreëerd. Uit § 5 van dit verdrag volgt dat de Länder voor een toereikend kansspelaanbod moeten zorgen en dat zij deze taak door een rechtspersoon van publiek recht of door privaatrechtelijke vennootschappen waarin publiekrechtelijke rechtspersonen een beslissende deelname hebben kunnen laten vervullen. Volgens dezelfde bepaling kan een Land slechts met instemming van een ander Land aldaar kansspelen organiseren.

9. § 1, lid 1, van het Sportwettengesetz Nordrhein-Westfalen van 3 mei 1955 bevat de volgende bepaling:

„De Landesregierung kan ondernemingen die sportweddenschappen organiseren toelaten. Die ondernemingen moeten

publiekrechtelijke rechtspersonen zijn of privaatrechtelijke rechtspersonen waarvan het merendeel der aandelen in handen is van publiekrechtelijke rechtspersonen. […]"

II — Hoofdgeding en prejudiciële verwijzing

10. Volgens de door de Europese Commissie in haar schriftelijke opmerkingen verstrekte gegevens bezat ten tijde van de feiten in het hoofdgeding alleen de Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG [3] een vergunning voor het organiseren van sportweddenschappen in het Land Nordrhein-Westfalen. [4]

11. § 14, lid 1, van het Ordnungsbehördengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen bevat de volgende bepaling:

„De bevoegde autoriteiten kunnen de maatregelen treffen die noodzakelijk zijn om een in een concreet geval bestaand gevaar voor de openbare veiligheid of orde […] af te wenden."

12. Winner Wetten GmbH [5], gevestigd in Duitsland, beschikt sinds 1 juni 2005 over een goklokaal te Bergheim, in het Land NRW, waarin zij onder meer bemiddelt voor zogenoemde „Oddset"weddenschappen (bookmakerweddenschappen) voor rekening van de vennootschap Tipico Co. Ltd. [6] Tipico is gevestigd en ingeschreven in Malta en beschikt daar over een vergunning voor het organiseren van sportweddenschappen.

13. Bij besluit van 28 juni 2005 heeft de Bürgermeisterin der Stadt Bergheim (burgemeester van de stad Bergheim) WW verboden, door te gaan met de exploitatie van sportweddenschappen waarvoor de organisator niet over een door het Land NRW afgegeven vergunning beschikte. Zij waarschuwde WW dat overtreding van dit verbod tot sluiting van haar goklokaal zou kunnen leiden.

14. WW heeft tegen dit besluit een bezwaarschrift ingediend, dat op 22 september 2005 door de Landrat des Rhein-Erft-Kreises is afgewezen. Daarop heeft zij bij het Verwaltungsgericht Köln beroep ingesteld tegen voormeld besluit en tegen de afwijzing van haar bezwaarschrift.

3 — Hierna: „WestLotto".
4 — Hierna: „Land NRW".
5 — Hierna: „WW".
6 — Hierna: „Tipico".

15. In het kader van dit beroep heeft WW te kennen gegeven dat het in het Land NRW geldende monopolie op sportweddenschappen in strijd was met het in artikel 49 EG verankerde vrij verrichten van diensten, zoals uitgelegd in het arrest van 6 november 2003, Gambelli e.a. [7] In dat arrest zou het Hof hebben bevestigd dat een op het nationale grondgebied gevestigde marktdeelnemer die weddenschappen aanbiedt als tussenpersoon van een in een andere lidstaat gevestigde aanbieder van weddenschappen zich op het vrij verrichten van diensten kon beroepen. Het zou tevens voor recht hebben verklaard dat een staatsmonopolie op weddenschappen slechts met het gemeenschapsrecht strookt indien het die activiteit coherent en stelselmatig beperkt. Dit is in Duitsland niet het geval gezien de door de nationale organisatoren van sportweddenschappen gemaakte reclame.

16. In zijn verwijzingsbeslissing zet het Verwaltungsgericht Köln om te beginnen uiteen dat WW de wettelijke regeling van het Land NRW wel degelijk heeft overtreden door sportweddenschappen als tussenpersoon van de vennootschap Tipico aan te bieden ofschoon deze twee vennootschappen daartoe geen vergunning hebben en deze niet kunnen verkrijgen.

17. Het verklaart vervolgens dat gezien de door het Hof in voormeld arrest Gambelli e.a. geformuleerde vereisten, het monopolie op sportweddenschappen van het Land NRW de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten schendt.

18. Het Verwaltungsgericht Köln beroept zich in dit verband op het arrest van 28 maart 2006 en de beschikking van 2 augustus 2006 van het Bundesverfassungsgericht, betreffende respectievelijk de wettelijke regeling van de Freistaat Bayern en het Land NRW. In die uitspraken heeft het Bundesverfassungsgericht geoordeeld dat de monopolies op sportweddenschappen in die twee Länder een onevenredige inbreuk maakten op de door artikel 12, lid 1, Grundgesetz gewaarborgde beroepsvrijheid, daar zij geen doeltreffende bestrijding van de gokzucht waarborgden. Het heeft tevens verklaard dat de voorschriften en doelstellingen van het Grundgesetz stroken met die van het gemeenschapsrecht zoals uiteengezet in het reeds aangehaalde arrest Gambelli e.a.

19. De verwijzende rechter beklemtoont vervolgens dat het Bundesverfassungsgericht de bestaande voorschriften tot 31 december 2007 heeft laten voortbestaan, onder de voorwaarde dat in de loop van die overgangsperiode de geldende bepalingen op het gebied van sportweddenschappen in overeenstemming met de grondwet zouden worden gebracht. Daarmee heeft deze rechterlijke instantie willen verzekeren dat de met de organisatie van sportweddenschappen belaste instantie onverwijld voor een minimum aan consistentie tussen de daadwerkelijke uitoefening van haar monopolie en het doel van bestrijding van de gokzucht zou zorgen.

7 — C-243/01, Jurispr. blz. I-13031.

20. De verwijzende rechter geeft evenwel te kennen dat de herziening van de materiële voorwaarden voor de uitoefening van het nationale monopolie op sportweddenschappen op basis van de door het Bundesverfassungsgericht geformuleerde eisen niet volstaat om de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht op te heffen. Die onverenigbaarheid kan slechts worden opgeheven door wijziging van de voorschriften die voor uitoefening van dat monopolie gelden. Deze rechter brengt voorts in herinnering dat de voorrang van een rechtstreeks toepasselijke bepaling van gemeenschapsrecht ertoe verplicht het daarmee strijdige nationale recht buiten toepassing te laten.

21. De verwijzende rechter merkt wel op dat het Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen in een beslissing van 28 juni 2006 heeft besloten dat de regelgeving inzake sportweddenschappen van dat Land moest worden gehandhaafd onder dezelfde voorwaarden temporis en ratione materiae als die door het Bundesverfassungsgericht vastgelegd voor de Beierse wet, teneinde geen „onaanvaardbare wettelijke leemte" te doen ontstaan.

22. Gelet op een en ander heeft het Verwaltunsgericht Köln bij beslissing van 21 september 2006 de behandeling van de zaak geschorst teneinde het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Moeten de artikelen 43 [EG] en 49 EG aldus worden uitgelegd dat nationale regelingen betreffende een staatsmonopolie inzake sportweddenschappen, die ongeoorloofde beperkingen van de in de artikelen 43 [EG] en 49 EG gegarandeerde vrijheid van vestiging en vrijheid van diensten bevatten omdat zij niet overeenkomstig de rechtspraak van het Hof [arrest Gambelli, reeds aangehaald] ertoe bijdragen dat de weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt, ondanks de principiële voorrang van rechtstreeks toepasselijk gemeenschapsrecht bij uitzondering gedurende een overgangsperiode verder mogen worden toegepast?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, onder welke voorwaarden kan een uitzondering op de voorrang worden toegestaan en hoe moet de overgangsperiode worden berekend?"

III — Briefwisseling met de verwijzende rechterlijke instantie

23. De verwijzende rechter heeft het Hof spontaan een brief gedateerd 11 mei 2007 gezonden waarin hij uiteenzet dat „volgens vaste rechtspraak […] voor de beoordeling van het beroep dat tot een verzoek om een prejudiciële beslissing heeft geleid bepalend

is de situatie rechtens en feitelijk op het moment waarop over de betwisting wordt beslist (in casu 22 september 2005)". Hij heeft aangegeven dat „zo later wijzigingen mochten zijn aangebracht in de praktijk op het gebied van sportweddenschappen — bij voorbeeld naar aanleiding van de beslissingen van het Bundesverfassungsgericht van 28 maart 2006 en 2 augustus 2006 — deze wijzigingen voor de beoordeling in het hoofdgeding van generlei belang zouden zijn".

24. In juli 2008 heeft het Hof de verwijzende rechter op basis van artikel 104, lid 5, van het Reglement voor de procesvoering om nadere verduidelijking gevraagd met het verzoek aan te geven of, gelet op de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht van 22 november 2007, beantwoording van de prejudiciële vragen nog noodzakelijk was voor de beslissing in de zaak.

25. In voormelde uitspraak heeft het Bundesverfassungsgericht verklaard dat de in zijn beslissing van 28 maart 2006 vastgelegde overgangsmaatregelen, waarmee de in het Land Bayern geldende regelgeving inzake sportweddenschappen voorwaardelijk mocht worden gehandhaafd, de onrechtmatigheid van de vóór genoemde beslissing gegeven verbodsbesluiten niet wegnam, zodat die besluiten moesten worden vernietigd.

26. In haar brief van 8 augustus 2008 heeft de verwijzende rechterlijke instantie uiteengezet dat beantwoording van de prejudiciële vragen nog steeds noodzakelijk was voor de oplossing van het geschil. Zij heeft te kennen gegeven dat het Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen in een beschikking van 18 april 2007 heeft geoordeeld dat de rechtmatigheid van verbodsbesluiten voor het aanbieden van sportweddenschappen moest worden beoordeeld op de datum van de te geven rechterlijke beslissing. De verwijzende rechterlijke instantie heeft tevens opgemerkt dat, aangezien de op 1 januari 2008 in werking getreden rechtssituatie zeer grote verschillen vertoonde met de vroegere situatie, zij voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit van 28 juni 2005 en van het besluit op bezwaar van 22 september 2005, die in het hoofdgeding aan de orde zijn, zou uitgaan van de datum 31 december 2007, dus een datum waarop de — met het gemeenschapsrecht strijdige — oude wettelijke regeling nog moest gelden.

IV — Analyse

27. Alvorens de door de verwijzende rechterlijke instantie gestelde prejudiciële vragen te onderzoeken dient het volgende te worden opgemerkt met betrekking tot in de eerste plaats de ontvankelijkheid van die vragen en in de tweede plaats de premisse waarop zij berusten.

A — *De ontvankelijkheid van die vragen*

28. De ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen zou kunnen worden betwijfeld gelet op de beslissing van het Bundesverfassungsgericht van 22 november 2007. Zij is ook bestreden door de Noorse regering, die betoogt dat de vragen hypothetisch zijn omdat niet is aangetoond dat de wettelijke regeling van het Land NRW indruist tegen het gemeenschapsrecht.

29. Wat het eerste punt betreft kon men zich inderdaad afvragen of de in het hoofdgeding bestreden besluiten op grond van de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht moesten worden vernietigd, zodat het verzoek om een prejudiciële beslissing zonder voorwerp zou zijn geraakt.

30. Dienaangaande moet echter worden vastgesteld dat de verwijzende rechterlijke instantie in haar antwoord van 8 augustus 2008 uiteen heeft gezet dat beantwoording van de door haar gestelde vragen nog steeds van belang was voor de beslissing in de zaak. Zij heeft te kennen gegeven dat zij voor het doen van haar uitspraak moest uitgaan van de datum 31 december 2007, dat wil zeggen een datum waarop krachtens de door het Bundesverfassungsgericht en het Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen vastgelegde overgangsmaatregelen de bepalingen op grond waarvan WW geen sportweddenschappen voor rekening van de vennootschap Tipico mocht aanbieden, nog toepasselijk waren.

31. De vraag welke datum het Verwaltungsgericht Köln als uitgangspunt moet nemen om uitspraak te doen op het bij hem aanhangige beroep en welke consequenties uit de beslissing van het Bundesverfassungsgericht van 22 november 2007 moeten worden getrokken voor de besluiten die in het hoofdgeding worden bestreden, moet worden beantwoord volgens de materiële en procedureregels van intern recht en valt derhalve onder de beoordelingsbevoegdheid van de verwijzende rechter.

32. Overeenkomstig de taakverdeling tussen de nationale rechter en het Hof in het kader van de prejudiciële procedure en de geest van samenwerking die deze procedure beheerst, moet akte worden genomen van het feit dat het Verwaltungsgericht Köln zich nog steeds aangezocht acht in de bij hem aanhangig gemaakte zaak en dat het zijn vragen handhaaft.

33. Aangezien die vragen betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, is het Hof mijns inziens gehouden uitspraak te doen. Volgens vaste rechtspraak is het in het kader van de procedure van artikel 234 EG immers uitsluitend een 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. [8]

34. Aangaande het tweede punt, betreffende het door de Noorse regering opgeworpen bezwaar, hebben de Commissie en de Duitse regering terecht beklemtoond dat de door de verwijzende rechter aan het Hof voorgelegde vragen slechts beantwoording behoeven indien de wettelijke regeling van het Land NRW inzake sportweddenschappen daadwerkelijk in strijd is met het gemeenschapsrecht. Ik ben het ook met de Commissie en de Duitse regering eens dat, gelet op de door de verwijzende rechter verstrekte verduidelijkingen, de gegrondheid van zijn beoordeling op dit punt kan worden betwijfeld.

35. Deze omstandigheid rechtvaardigt naar mijn oordeel dat het Hof de verwijzende rechterlijke instantie, overeenkomstig de geest van samenwerking die de prejudiciële procedure beheerst en teneinde deze rechterlijke instantie alle elementen met betrekking tot de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen die haar voor de oplossing van de zaak van nut kunnen zijn, aanwijzingen verschaft aan de hand waarvan zij de gegrondheid van haar premisse opnieuw zal kunnen onderzoeken.

36. Bovendien dient de kans dat de verwijzende rechterlijke instantie naar aanleiding van die aanwijzingen op die premisse terugkomt, voor het Hof nog geen reden te zijn de prejudiciële vragen van deze instantie niet-ontvankelijk te verklaren en te weigeren ze te beantwoorden. Ofschoon die premisse thans nog ter discussie staat, kan zij ook worden bevestigd door de nationale rechter, aangezien de beoordeling van de vraag of de regelgeving van het Land NRW zodanig is ontworpen en concreet ten uitvoer wordt gelegd dat de ermee beoogde bescherming coherent en stelselmatig gewaarborgd is, uiteindelijk tot zijn bevoegdheid behoort. [9]

37. Volgens vaste rechtspraak kan het Hof slechts weigeren uitspraak te doen op een prejudiciële vraag over de uitlegging van het gemeenschapsrecht, wanneer duidelijk blijkt dat deze niet relevant is voor de oplossing van het geschil, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen. [10]

38. In de onderhavige zaak zijn die redenen om te weigeren niet van toepassing.

8 — Zie, voor een recente toepassing, arrest van 19 november 2009, Filipiak (C-314/08, Jurispr. blz. I-11049, punt 40).

9 — Arrest van 21 oktober 1999, Zenatti (C-67/98, Jurispr. blz. I-7289, punt 37), en arrest Gambelli e.a., reeds aangehaald (punt 66).

10 — Arrest Filipiak, reeds aangehaald (punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39. De verwijzende rechterlijke instantie, die van oordeel is dat de voorschriften inzake sportweddenschappen op basis waarvan de voor haar bestreden besluiten tot stand zijn gekomen, in strijd zijn met de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, wenst in feite te vernemen of, en zo ja onder welke voorwaarden, kan worden afgeweken van de uit het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichting, die voorschriften buiten toepassing te laten en de besluiten te vernietigen. Zij legt deze vraag voor aan het Hof omdat het Bundesverfassungsgericht en het Oberverwaltungsgericht hebben geoordeeld dat de bedoelde voorschriften, hoewel in strijd met de grondwet, moesten worden gehandhaafd.

40. Het Hof beschikt mijns inziens over voldoende gegevens feitelijk en rechtens om hierop een antwoord te verschaffen. De omstandigheid dat de premisse waarop de vraagstelling berust ter beoordeling van de nationale rechter staat en door deze kan worden bevestigd, toont bovendien aan dat de voorlegging aan het Hof niet geschiedt in het kader van een zuiver hypothetisch probleem, noch klaarblijkelijk irrelevant is voor de beslissing in het hoofdgeding.

41. Het komt mij derhalve voor dat de door de verwijzende rechterlijke instantie gestelde prejudiciële vragen ontvankelijk zijn.

B — *De premisse van de verwijzende rechterlijke instantie dat de wettelijke regeling van het Land NRW indruist tegen het gemeenschapsrecht*

42. Volgens de verwijzende rechterlijke instantie is de wettelijke regeling van het Land NRW op het gebied van sportweddenschappen in strijd met het vrij verrichten van diensten zoals deze vrijheid is uitgelegd in het reeds aangehaalde arrest Gambelli e.a., op grond dat de deelneming aan die weddenschappen wordt aangemoedigd door erkende nationale organismen en de regelgeving derhalve geen doeltreffende bestrijding van de speelzucht waarborgt. Zij is voorts van oordeel dat de wijzigingen die WestLotto in de uitoefening van haar activiteiten heeft aangebracht om uitvoering te geven aan de instructies van het Bundesverfassungsgericht, de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht niet opheffen omdat daartoe tevens wijzigingen van de rechtsvoorschriften betreffende de uitoefening van het monopolie noodzakelijk zijn.

43. De stappen in de juridische redenering op grond waarvan de verwijzende rechterlijke instantie concludeert dat de aan de orde zijnde regelgeving niet conform is, kunnen mijns inziens niet worden betwist.

44. Uit het reeds aangehaalde arrest Gambelli e.a. volgt immers dat WW, die sportweddenschappen als tussenpersoon aanbiedt voor een in Malta gevestigde vennootschap,

zich op artikel 49 EG kan beroepen. [11] Bovendien ben ik het met de analyse van de Commissie eens dat WW zich enkel kan beroepen op de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten en niet op die inzake de vrijheid van vestiging, aangezien het gaat om een naar Duits recht opgerichte vennootschap die werkzaam is in Duitsland.

45. Voor het overige staat vast dat een nationale wettelijke regeling als de regelgeving van het Land NRW, op grond waarvan het verboden is in dit Land sportweddenschappen aan te bieden die worden georganiseerd door een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, een beperking op het vrij verrichten van diensten vormt.

46. En een dergelijke beperking kan slechts haar rechtvaardiging vinden in de bescherming van de openbare orde of in een dwingende reden van algemeen belang, zoals de bescherming van de consument tegen geldverkwisting door gokken, indien zij in verhouding tot dat doel evenredig is. Dat impliceert dat dit doel coherent en stelselmatig moet worden nagestreefd. [12] In het reeds aangehaalde arrest Gambelli heeft het Hof verklaard dat aan deze voorwaarde niet wordt voldaan wanneer een lidstaat een restrictieve regeling op het gebied van kansspelen heeft ingevoerd met het enkele doel de consument te beschermen tegen het gevaar voor buitensporige uitgaven, terwijl hij in werkelijkheid een beleid voert dat diezelfde consument sterk aanspoort om aan loterijen en dergelijke deel te nemen. [13]

47. Tot slot staat het zoals gezegd aan de nationale rechter om te beoordelen of aan de betrokken regelgeving in concreto overeenkomstig het nagestreefde doel uitvoering wordt gegeven.

48. Daarentegen kunnen tegen de conclusie waartoe de verwijzende rechterlijke instantie is gekomen de volgende twee overwegingen worden aangevoerd.

49. In de eerste plaats is het, zoals de Noorse regering heeft opgemerkt, niet uitgesloten dat de door de grondwet gestelde voorwaarden strenger zijn dan de vereisten op grond van het gemeenschapsrecht, althans gelet op de preciseringen die de rechtspraak na het reeds aangehaalde arrest Gambelli heeft geformuleerd.

50. Zo heeft het Hof in het arrest van 6 maart 2007, Placanica e.a. [14], voor recht verklaard dat wanneer de regelgeving van een lidstaat op het gebied van kansspelen erop is gericht de exploitatie van kansspelactiviteiten voor criminele doeleinden te voorkomen door deze in controleerbare circuits te kanaliseren,

11 — Arrest Gambelli e.a., reeds aangehaald (punt 58).
12 — Ibidem (punt 67).
13 — Ibidem (punt 69).
14 — C-338/04, C-359/04 en C-360/04, Jurispr. blz. I-1891.

de marktdeelnemers met een vergunning, teneinde deze doelstelling te verwezenlijken, een betrouwbaar, maar tegelijkertijd aantrekkelijk alternatief moeten bieden, hetgeen op zich een aanbod van een breed scala aan spelen, reclame van bepaalde omvang en gebruikmaking van nieuwe distributietechnieken kan impliceren. [15]

51. In de thans aanhangige zaken Sporting Exchange (C-203/08) en Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International (C-258/08) heeft het Hof te oordelen over de wettelijke regeling van een lidstaat die kansspelen aan een monopolie onderwerpt teneinde de consument te beschermen tegen gokzucht en tegelijkertijd de criminaliteit te bestrijden.

52. In die zaken heb ik het Hof in overweging gegeven te verklaren dat het feit dat het de houders van het exclusieve recht om kansspelen in een lidstaat aan te bieden is toegestaan om hun aanbod aantrekkelijk te maken door nieuwe kansspelen te introduceren en door reclame te maken, op zich niet incoherent is met de doelstellingen die deze lidstaat in hun geheel beschouwd nastreeft. In dat geval is het van belang dat de introductie van nieuwe spelen en de reclame nauwgezet door de lidstaat worden gecontroleerd en worden beperkt opdat zij eveneens verenigbaar zijn met het streven naar bescherming van de consument tegen speelzucht.

53. Daar het evenwichtspunt tussen die twee doelstellingen moeilijk concreet te vinden is, heb ik het Hof ook voorgesteld de lidstaten een ruime beoordelingsmarge in te ruimen. De nationale rechter zal aan de hand van een analyse van de concrete gevolgen van die regelgeving moeten bepalen of deze laatste, door de wijze waarop zij concreet wordt toegepast door de bevoegde autoriteiten en de houder of houders van het uitsluitende recht om kansspelen aan te bieden, die doelstellingen op coherente en stelselmatige wijze nastreeft.

54. Met andere woorden, het feit dat de houder of de houders van het recht om kansspelen aan te bieden, reclame maken in een lidstaat die aan de uitoefening van deze activiteit beperkingen heeft verbonden teneinde de consument te beschermen tegen het aanzetten tot buitensporige uitgaven en het gevaar voor verslaving, toont niet noodzakelijkerwijs aan dat niet is voldaan aan de voorwaarde dat de doelstellingen coherent en stelselmatig moeten worden nagestreefd, noch derhalve dat die regelgeving indruist tegen het gemeenschapsrecht. De nationale rechter dient alle doelstellingen van de betrokken regelgeving in de beschouwing te betrekken en de concrete gevolgen ervan voor de consument te beoordelen, rekening houdend met de ruime beoordelingsmarge van de lidstaten op dit gebied.

55. In de tweede plaats heeft de verwijzende rechter niet uiteengezet waarom de juridische voorwaarden die gelden voor de activiteit van de houder van het recht om sportweddenschappen aan te bieden, in strijd zouden zijn met het gemeenschapsrecht, zodat volgens deze rechterlijke instantie de wijzigingen die

15 — Punt 55.

WestLotto in de uitoefening van haar activiteiten heeft aangebracht ter uitvoering van de instructies van het Bundesverfassungsgericht die strijdigheid niet zouden kunnen opheffen.

56. Tot slot moet worden opgemerkt dat bij het Hof op dit moment meerdere prejudiciële vragen aanhangig zijn in de gevoegde zaken Stoß e.a. [16], die juist het probleem aan de orde stellen of de regelgeving op het gebied van sportweddenschappen in de Länder Baden-Württemberg en Hesse, die vele punten van overeenstemming met de regeling van het Land de NRW vertoont, verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

57. De verwijzende rechterlijke instantie zou derhalve ook redenen kunnen hebben om zijn premisse te herzien naar aanleiding van de uitspraken in deze zaken, die door het Hof parallel met de onderhavige procedure worden behandeld.

58. Bijgevolg acht ik het nuttig om, alvorens de prejudiciële vragen te analyseren, de verwijzende rechterlijke instantie de volgende aanwijzingen te verschaffen met betrekking tot de aan zijn vragen ten grondslag liggende premisse:

— Een regelgeving van een lidstaat die het aanbod van sportweddenschappen beperkt teneinde de door het Verdrag beoogde of door de rechtspraak als rechtmatig beschouwde belangen te beschermen, moet, wil zij stroken met het gemeenschapsrecht, haar doelstellingen coherent en stelselmatig nastreven.

— De nationale rechter dient te verifiëren of aan deze voorwaarde is voldaan, waarbij hij alle doelstellingen van de betrokken regelgeving in de beschouwing moet betrekken en bij de beoordeling van de concrete gevolgen van deze laatste voor de consument rekening moet houden met de ruime beoordelingsmarge van de lidstaten op dit gebied.

— De verwijzende rechterlijke instantie zal in voorkomend geval tevens de aanwijzingen in het in de reeds aangehaalde gevoegde zaken Stoß e.a. uit te spreken arrest in de beschouwing kunnen betrekken.

C — *Onderzoek ten gronde*

59. In het kader van het onderzoek van de door de verwijzende rechterlijke instantie gestelde prejudiciële vragen moet de premisse voorop staan dat de aan de orde zijnde

16 — C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 en C-410/07.

wettelijke regeling een niet-gerechtvaardigde beperking van het vrij verrichten van diensten vormt daar zij er niet toe bijdraagt, de activiteiten op het gebied van weddenschappen coherent en stelselmatig te beperken.

60. Deze rechterlijke instantie is terecht van oordeel dat zij haar nationale regeling, wegens het conflict tussen deze laatste en een rechtstreeks toepasselijke bepaling van gemeenschapsrecht [17], buiten toepassing dient te laten.

61. Volgens het door het Hof in het reeds aangehaalde arrest Simmenthal ingenomen standpunt, dat vervolgens in vaste rechtspraak is bevestigd, dient de nationale rechter in geval van een conflict tussen een bepaling van intern recht en een rechtstreeks toepasselijke bepaling van gemeenschapsrecht de volle werking van deze laatste bepaling te verzekeren door indien nodig op eigen gezag de bepaling van intern recht buiten toepassing te laten, ook al is zij van latere datum, en zonder dat hij erom hoeft te verzoeken of erop moet wachten dat deze eerst door de wetgever of via enige andere constitutionele procedure wordt ingetrokken. [18]

62. Met haar eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen of van deze verplichting mag worden afgeweken.

63. Daarmee vraagt zij in wezen of een rechterlijke instantie van een lidstaat bij wijze van uitzondering haar wettelijke regeling op het gebied van sportweddenschappen voorlopig mag blijven toepassen, ook al vormt die regeling een niet-gerechtvaardigde beperking van het vrij verrichten van diensten doordat zij er niet toe bijdraagt, de activiteiten op het gebied van weddenschappen coherent en stelselmatig te beperken.

64. De verwijzende rechter geeft te kennen dat hij deze vraag aan het Hof voorlegt daar het Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen in zijn beschikking van 28 juni 2006 de voorrang van het gemeenschapsrecht voorlopig heeft uitgesloten teneinde geen „onaanvaardbare wettelijke leemte" te doen ontstaan. Ingevolge die beschikking zouden de litigieuze bepalingen van de wet op sportweddenschappen dus voorlopig van toepassing blijven ondanks de schending van artikel 49 EG, onder dezelfde voorwaarden ratione temporis en ratione materiae als door het Bundesverfassungsgericht voor de Beierse wetgeving vastgelegd met het oog op de in artikel 12 van de grondwet verankerde beroepsvrijheid.

65. Uit zijn uiteenzetting blijkt voorts dat het Bundesverfassungsgericht in zijn beschikking van 2 augustus 2006 dezelfde overgangsmaatregelen heeft vastgelegd ten aanzien van de wettelijke regeling van het Land NRW.

17 — De rechtstreekse werking van de verdragsbepalingen die het vrij verrichten van diensten vastleggen is erkend in het arrest van 3 december 1974, van Binsbergen (33/74, Jurispr. blz. 1299).

18 — Reeds aangehaalde arresten Simmenthal (punt 24) en Filipiak (punt 81 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

66. Deze aanwijzingen kunnen aldus worden begrepen dat de verwijzende rechterlijke instantie wenst te vernemen of van de verplichting als voortvloeiend uit het reeds aangehaalde arrest Simmenthal kan worden afgeweken op twee afzonderlijke gronden, te weten in de eerste plaats de beslissing van het Bundesverfassungsgericht om de litigieuze regelgeving te handhaven tot 31 december 2007 en in de tweede plaats de noodzaak, een juridische leemte die schadelijk zou kunnen zijn voor de consument in het Land NRW, te voorkomen.

67. Het antwoord op de onderzochte prejudiciële vraag kan, met betrekking tot de gevolgen van de uitspraken van het Bundesverfassungsgericht, zeer duidelijk uit het hiervóór aangehaalde arrest Filipiak worden afgeleid.

68. In de zaak die tot dat arrest heeft geleid moest het Hof uitspraak doen in een situatie waarin een wettelijke regeling van een lidstaat inzake inkomstenbelasting, die in strijd was met de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, door het constitutioneel hof van die lidstaat in strijd met de grondwet was verklaard, maar het verlies van de bindende kracht van die wettelijke regeling door dat hof was uitgesteld.

69. De verwijzende rechterlijke instantie in die zaak, waarbij een geschil tussen de belastingdienst en een belastingplichtige die een van die vrijheden had uitgeoefend aanhangig was, vroeg het Hof of het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht hem gebood die wettelijke regeling buiten toepassing te laten ook al had het constitutioneel hof de gevolgen ervan in stand gelaten.

70. Het Hof heeft in herinnering gebracht hoe de nationale rechter een conflict tussen een bepaling van intern recht en een rechtstreeks toepasselijke bepaling van gemeenschapsrecht moet oplossen. Overeenkomstig het reeds aangehaalde arrest Simmenthal moet de nationale rechter in dat geval het gemeenschapsrecht toepassen en de daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing laten, en niet de nietigheid van die bepaling vaststellen. Dit laatste valt onder de bevoegdheid van de organen en rechterlijke instanties van de betrokken lidstaat. [19]

71. Het Hof heeft verklaard dat de omstandigheid dat het constitutionele hof heeft bepaald dat de litigieuze nationale bepalingen hun geldigheid op een later tijdstip zullen verliezen, niet eraan in de weg staat dat de nationale rechter, in overeenstemming met het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht, die bepalingen in het kader van het bij hem aanhangige geding buiten toepassing laat. [20]

72. Met andere woorden, het toezicht op de grondwettigheid en de toetsing aan het gemeenschapsrecht moeten hun gevolgen kunnen sorteren zonder met elkaar in botsing te

19 — Arrest Filipiak, reeds aangehaald (punt 82).
20 — Ibidem (punt 84).

komen. Terwijl derhalve de taken en bevoegdheden van de nationale rechter uit hoofde van het reeds aangehaalde arrest Simmenthal zich enkel uitstrekken tot situaties waarin een conflict bestaat tussen een bepaling van gemeenschapsrecht en een nationale bepaling, kan een beslissing van het constitutioneel hof waarin het intreden van de gevolgen van de ongrondwettigheid van een nationale wet wordt uitgesteld niet van invloed zijn op de verplichting van de nationale rechter, in alle gevallen waarin hij een dergelijk conflict constateert de voorrang van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

73. In de onderhavige zaak kan bijgevolg de omstandigheid dat de litigieuze regelgeving tevens indruist tegen de grondwet en dat het Bundesverfassungsgericht heeft besloten die regelgeving gedurende een overgangsperiode in stand te laten, geenszins afdoen aan de verplichting van de verwijzende rechterlijke instantie, de regelgeving in de bij haar aanhangige zaak buiten toepassing te laten indien zij van oordeel is dat zij in strijd is met artikel 49 EG.

74. Overeenkomstig het reeds aangehaalde arrest Simmenthal dient de verwijzende rechterlijke instantie de litigieuze bepalingen dus buiten toepassing te laten voor zover zij worden tegengeworpen aan een dienstverrichter als WW, die zich op artikel 49 EG kan beroepen. Daarentegen belet die uitspraak geenszins dat die regelgeving toepassing blijft vinden ten aanzien van in derde landen gevestigde aanbieders van sportweddenschappen, aangezien deze laatste geen beroep kunnen doen op het vrij verrichten van diensten of de vrijheid van vestiging.

75. Om de onderzochte vraag aan de tweede door de verwijzende rechter ingeroepen overweging te toetsen moet thans worden beoordeeld of de litigieuze regelgeving, hoewel zij zich niet verdraagt met het vrij verrichten van diensten, kan worden gehandhaafd zolang de nationale autoriteiten geen nieuwe regeling hebben ingevoerd die wel verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

76. Door die handhaving zou moeten worden voorkomen dat er gedurende die overgangsperiode een juridische leemte zou ontstaan waardoor alle in andere lidstaten gevestigde aanbieders van sportweddenschappen hun weddenschappen aan de in het Land NRW gevestigde consument zouden kunnen aanbieden zonder andere regulerende maatregelen dan de regels die in hun staat van herkomst gelden.

77. Bij handhaving van de litigieuze regeling zou derhalve niet alleen de nationale rechter ze kunnen toepassen in het kader van het bij hem aanhangig geding, maar zouden bovendien alle nationale autoriteiten, de rechterlijke autoriteiten daaronder begrepen, de toepassing ervan gedurende de volledige aldus vastgelegde overgangsperiode kunnen voortzetten.

78. Om een goed beeld te krijgen van het met de onderzochte problematiek gemoeide belang, moet tevens in herinnering worden gebracht dat volgens de premisse van de verwijzende rechterlijke instantie met de onderhavige regeling de gokzucht niet doeltreffend kan worden bestreden. Met andere woorden, volgens die premisse heeft de regeling tot gevolg dat in andere lidstaten gevestigde

aanbieders geen sportweddenschappen mogen aanbieden aan de consument in het land NRW, maar kan zij die consument niet beschermen tegen excessieve aansporingen door de erkende aanbieder om dergelijke weddenschappen aan te gaan.

79. Meerdere lidstaten die in deze zaak opmerkingen hebben ingediend hebben te kennen gegeven dat de in geding zijnde regeling van het Land NRW van toepassing moet kunnen blijven zolang geen met het gemeenschapsrecht strokende bepalingen zijn vastgesteld. Voor dat standpunt hebben zij een reeks argumenten aangevoerd die in het kort kunnen worden weergegeven als volgt.

80. In de eerste plaats kunnen de gevolgen van een gemeenschapshandeling die onrechtmatig is verklaard in het kader van een verzoek om een prejudiciële beslissing over de geldigheid dan wel een beroep tot nietigverklaring, op basis van artikel 231, tweede alinea, EG als gehandhaafd worden beschouwd in het belang van de rechtszekerheid en om te voorkomen dat een leemte in de wetgeving belet dat de doelstellingen van die handeling worden bereikt.

81. In de tweede plaats zou, indien de mogelijkheid van een overgangsperiode geheel uitgesloten was, dat in strijd zijn met de beoordelingsvrijheid die de lidstaten is ingeruimd in het kader van de bescherming van de maatschappelijke orde en hun burgers tegen de aan kansspelen verbonden risico's.

82. Tot slot zou de toelaatbaarheid van een overgangsperiode ook voortvloeien uit artikel 228, lid 2, EG. Daarin is bepaald dat aan de lidstaat die geen uitvoering heeft gegeven aan een arrest van het Hof waarin is vastgesteld dat hij niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan, een met redenen omkleed advies moet worden uitgebracht voordat een nieuwe procedure wegens niet-nakoming kan worden ingeleid, hetgeen tot gevolg heeft dat hem nog een ultieme termijn wordt toegekend.

83. Anders dan die lidstaten ben ik van oordeel dat de verwijzende rechterlijke instantie een dergelijke regeling niet mag toepassen na te hebben vastgesteld dat zij onverenigbaar is met artikel 49 EG.

84. De argumenten voor mijn standpunt luiden als volgt. In de eerste plaats zou handhaving van de regeling, al was het maar voorlopig, principieel in strijd zijn met de voorrang van het gemeenschapsrecht en met het recht op een doeltreffend beroep in rechte. In de tweede plaats is een uitzondering op de uit het reeds aangehaalde arrest Simmenthal voortvloeiende verplichting, zo deze in uitzonderlijke omstandigheden al mogelijk zou zijn, niet mogelijk wanneer, zoals in casu, de in geding zijnde regeling niet geschikt is ter bereiking van de ermee beoogde doelstellingen en bovendien de redenen waarom zij onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht voortvloeien uit een prejudicieel arrest dat is uitgesproken meer dan 18 maanden vóór de totstandkoming van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde handelingen.

1. Principiële hindernissen

85. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat tot op heden slechts met betrekking tot het verleden is erkend dat de gevolgen van het gemeenschapsrecht voor het recht van de lidstaten in de tijd kunnen worden beperkt.

86. Zo is het sinds het arrest Defrenne [21] rechtspraak van het Hof dat van het beginsel van terugwerkende kracht van een prejudicieel uitleggingsarrest kan worden afgeweken in uitzonderlijke omstandigheden, wanneer terugwerkende kracht ernstige economische gevolgen zou hebben voor rechtsbetrekkingen die wegens de onzekerheid over de daadwerkelijke strekking van het gemeenschapsrecht te goeder trouw tot stand zijn gekomen. [22]

87. Evenzo is het vaste rechtspraak dat het gemeenschapsrecht, uit hoofde van het rechtszekerheidsbeginsel, de lidstaten niet verplicht definitief geworden bestuurlijke of rechterlijke handelingen opnieuw in behandeling te nemen. [23]

88. De enige situatie, tot op heden, waarin de nationale rechter het intreden van de gevolgen van een bepaling van gemeenschapsrecht mag opschorten voor de toekomst, is de situatie waarin een handeling van afgeleid recht voor hem ernstig wordt bestreden en de geldigheid van die handeling voorwerp is van een onderzoek voor het Hof. Bovendien moet de verzoeker ernstige elementen tot staving van zijn exceptie van onwettigheid hebben aangevoerd en voor die nationale rechter hebben aangetoond dat de toepassing van de betrokken handeling moet worden opgeschort hangende de uitspraak van het Hof.

89. Dit voorbeeld is echter niet pertinent voor de vraag die in de onderhavige zaak wordt onderzocht, omdat het een bepaling van gemeenschapsrecht betreft waarvan de geldigheid ernstig wordt bestreden en het voorwerp van een onderzoek vormt.

90. De mogelijkheid om de gevolgen van een rechtsregel in de tijd te verlengen ofschoon de regel in strijd is met het gemeenschapsrecht, is uitdrukkelijk vastgelegd in artikel 231, tweede alinea, EG, wanneer een verordening in het kader van een rechtstreeks beroep ongeldig is verklaard.

91. Eveneens staat vast dat deze bepaling ingevolge de rechtspraak van de gemeenschapsrechter voor alle handelingen van afgeleid recht geldt en dat zij ook wordt toegepast in het kader van prejudiciële verzoeken om een geldigheidstoetsing. Wanneer de gemeenschapsrechter in het kader van een rechtstreeks beroep tot nietigverklaring of een prejudicieel verzoek om een geldigheidstoetsing vaststelt dat een handeling van afgeleid gemeenschapsrecht onrechtmatig is en

21 — Arrest van 8 april 1976 (43/75, Jurispr. blz. 455).

22 — Zie onder meer arrest van 11 augustus 1995, Roders e.a. (C-367/93–C-377/93, Jurispr. blz. I-2229, punt 43).

23 — Arresten van 16 maart 2006, Kapferer (C-234/04, Jurispr. blz. I-2585, punt 24), en 19 september 2006, i-21 Germany en Arcor (C-392/04 en C-422/04, Jurispr. blz. I-8559, punt 51).

moet worden nietig verklaard, kan hij derhalve bepalen dat bepaalde gevolgen van die handeling gehandhaafd zullen blijven, hetzij tot de inwerkingtreding van de vervangende handeling, hetzij gedurende de door die rechter te bepalen periode. [24]

92. De toepassing van bedoelde bepaling berust op redenen van bescherming van de rechtszekerheid. Voorkomen moet worden dat rechtssituaties die vóór de uitspraak van het arrest zijn ontstaan opnieuw aan de orde worden gesteld of dat door nietigverklaring van de betrokken handeling een juridische leemte ontstaat waardoor de verwezenlijking van de doelstellingen van die handeling in gevaar wordt gebracht.

93. Zo heeft het Hof recentelijk, in het arrest van 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie [25], na te hebben vastgesteld dat de verordening [26] die voorzag in bevriezing van de tegoeden van de verzoeker wat hem betreft was vastgesteld in strijd met een aantal grondrechten en moest worden nietig verklaard, bepaald dat de gevolgen ervan moesten worden gehandhaafd gedurende een periode van drie maanden te rekenen vanaf de uitspraak van het arrest, teneinde de Raad van de Europese Unie de tijd te gunnen om die schendingen op te heffen. [27]

94. Anders dan de lidstaten die in de onderhavige zaak opmerkingen hebben ingediend, ben ik van oordeel dat wanneer de in artikel 231, tweede alinea, EG bedoelde mogelijkheid ook geldt voor met een rechtstreeks toepasselijke bepaling van gemeenschapsrecht strijdige interne rechtsregels, zulks op moeilijk weg te nemen principiële belemmeringen stuit.

95. Bij onderzoek van de overwegingen op basis waarvan het Hof heeft bepaald wat de taken en bevoegdheden van de nationale rechter zijn wanneer deze te maken krijgt met een conflict tussen die twee categorieën normen, blijkt dat het de volgende punten heeft beklemtoond.

96. In de eerste plaats moet een rechtstreeks toepasselijke bepaling van gemeenschapsrecht vanaf de inwerkingtreding ervan gedurende haar volledige geldigheidsduur op eenvormige wijze in alle lidstaten haar volle werking ontplooien, daar zij een rechtstreekse bron van rechten en verplichtingen vormt voor alle betrokkenen, zowel lidstaten als particulieren. [28]

24 — Arresten van 15 oktober 1980, Providence agricole de la Champagne (4/79, Jurispr. blz. 2823, punten 45 en 46); 5 juli 1995, Parlement/Raad (C-21/94, Jurispr. blz. I-1827, punten 29-32), en 3 september 2009, Parlement/Raad (C-166/07, Jurispr. blz. I-7135, punten 72-75).

25 — C-402/05 P en C-415/05 P, Jurispr. blz. I-6351.

26 — Het betrof verordening (EG) nr. 881/2002 van de Raad van 27 mei 2002 tot vaststelling van bepaalde specifieke beperkende maatregelen tegen sommige personen en entiteiten die banden hebben met Usama bin Laden, het Al-Qa'ida-netwerk en de Taliban, en tot intrekking van verordening (EG) nr. 467/2001 van de Raad tot instelling van een verbod op de uitvoer van bepaalde goederen en diensten naar Afghanistan, tot versterking van het verbod op vluchten en verlenging van de bevriezing van tegoeden en andere financiële middelen ten aanzien van de Taliban van Afghanistan (PB L 139, blz. 9).

27 — Punten 373 e.v.

28 — Arrest Simmenthal, reeds aangehaald (punten 14 en 15).

97. In de tweede plaats impliceren rechtstreeks toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht ingevolge het voorrangsbeginsel, dat door de enkele omstandigheid dat zij in werking treden iedere andersluidende bepaling van nationaal recht buiten toepassing dient te blijven. [29]

98. In de derde plaats zou het nuttig effect van artikel 234 EG worden aangetast indien de nationale rechter het gemeenschapsrecht niet onmiddellijk overeenkomstig het prejudiciële arrest kon toepassen.

99. Het Hof heeft hieruit afgeleid dat met de vereisten die voortvloeien uit de aard van het gemeenschapsrecht onverenigbaar zou zijn iedere bepaling van een nationale rechtsorde of iedere wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht zou aantasten doordat de voor de toepassing van dat recht bevoegde rechter de bevoegdheid wordt ontzegd, bij die toepassing alles te doen wat noodzakelijk is om nationale wettelijke bepalingen die eventueel, al was het maar tijdelijk, aan de volle werking van de communautaire normen in de weg staan, terzijde te stellen. [30]

100. Bovendien heeft het Hof in het arrest Factortame e.a. [31] geoordeeld dat de vereisten in verband met de doeltreffendheid en uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht de nationale rechter de bevoegdheid verleenden, een bepaling van intern recht waarvan werd verondersteld dat zij onverenigbaar was met het gemeenschapsrecht buiten toepassing te laten teneinde de door het Verdrag gewaarborgde rechten voorlopig te verzekeren, ook al was dat op grond van zijn interne wetgeving niet mogelijk.

101. Het ligt voor de hand dat indien een met een rechtstreeks toepasselijke bepaling van gemeenschapsrecht strijdige interne regel kan blijven worden toegepast, daarmee afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffende en uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht en daarmee aan het voorrangsbeginsel zelf.

102. Dienaangaande heeft het Hof in het arrest Costa [32] verklaard dat „indien de werking van het gemeenschapsrecht van Staat tot Staat zou verschillen op grond van latere nationale wetten, dit de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag […] in gevaar zou brengen en een bij artikel [12 EG] verboden discriminatie in het leven zou roepen", welk artikel binnen de werkingssfeer van het Verdrag elke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt. [33]

103. Evenzo komt de toepassing door de nationale rechter van een regel van intern recht waarvan de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht door de verzoeker op goede gronden is bestreden, neer op de ontzegging van het recht op een doeltreffend beroep op de rechter en wordt daarmee het nuttig effect van artikel 234 EG aangetast.

29 — Ibidem (punt 17).
30 — Ibidem (punten 22 en 23).
31 — Arrest van 19 juni 1990 (C-213/89, Jurispr. blz. I-2433).
32 — Arrest van 15 juli 1964 (6/64, Jurispr. blz. 1203).
33 — Idem, blz. 1219.

104. Volgens vaste rechtspraak vormt het beginsel van een doeltreffende rechterlijke bescherming immers een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, dat is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en dat opnieuw is bevestigd in artikel 47 van het op 7 december 2000 te Nice vastgestelde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. [34]

105. Het nuttig effect van artikel 234 EG, gecombineerd met het onmiddellijk effect van de rechten die voortvloeien uit de verkeersvrijheden, moet een particulier juist in staat stellen de wetgeving van een lidstaat te betwisten en te bewerkstelligen dat deze op hem niet wordt toegepast wanneer zij indruist tegen een bepaling van gemeenschapsrecht zoals een fundamentele verkeersvrijheid.

106. Bij onderzoek van de rechtspraak betreffende de beperking van de terugwerkende kracht van een prejudicieel arrest in de tijd, blijkt dat het Hof de bescherming van de rechtszekerheid met betrekking tot te goeder trouw tot stand gekomen eerdere situaties heeft willen verzoenen met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, door te voorzien in een uitzondering op de non-retroactiviteit van het arrest ten behoeve van de personen die vóór de uitspraak van zijn arrest beroep in rechte hadden ingesteld of een gelijkwaardige stap hadden ondernomen.

107. Het Hof heeft deze rechtspraak zowel in zijn uitleggingsarresten [35] toegepast als in het kader van prejudiciële verwijzingen die tot ongeldigverklaring van een gemeenschapsrechtelijke norm hebben geleid. [36]

34 — (PB C 364, blz. 1). Zie arrest Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie, reeds aangehaald (punt 335 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 — Zie onder meer arrest van 4 mei 1999, Sürül (C-262/96, Jurispr. blz. I-2685), waarin het Hof voor recht heeft verklaard dat op de rechtstreekse werking van artikel 3, lid 1, van besluit nr. 3/80 van de Associatieraad van 19 september 1980 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen van de lidstaten op Turkse werknemers en hun gezinsleden (PB 1983, L 110, blz. 60), wegens de onzekerheden die bestonden met betrekking tot de draagwijdte van die bepaling en de gevaren voor verstoringen van de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten geen beroep kon worden gedaan tot staving van vorderingen ter zake van uitkeringen die betrekking hadden op tijdvakken vóór de datum van het arrest, behalve door personen die vóór die datum beroep in rechte hadden ingesteld of een daarmee vergelijkbare vordering hadden ingediend (punten 112 en 113).

36 — In de punten 25-27 van het arrest van 26 april 1994, Roquette Frères (C-228/92, Jurispr. blz. I-1445), verklaart het Hof:
„[…] het [staat] aan het Hof […] om, wanneer het gebruik maakt van de mogelijkheid om de gevolgen van een prejudiciële ongeldigverklaring van een gemeenschapsverordening voor het verleden te beperken, te beslissen of met betrekking tot deze beperking van de werking van zijn arrest in de tijd een uitzondering kan worden gemaakt ten gunste van de partij in het hoofdgeding die het beroep tegen de nationale uitvoeringshandeling van de verordening bij de nationale rechter heeft ingesteld, dan wel of, omgekeerd, ook ten aanzien van die partij een enkel voor de toekomst werkende ongeldigverklaring een passend rechtsherstel vormt (zie arrest [van 27 februari 1985, Produits de maïs, 112/83, Jurispr. blz. 719, punt 18]).
In het geval van een partij die, zoals verzoekster in het hoofdgeding, een op grond van een ongeldige gemeenschapsverordening vastgestelde […] aanslag [in monetair compenserende bedragen] voor de nationale rechter heeft bestreden, zou een dergelijke beperking van de gevolgen van een prejudiciële ongeldigverklaring voor het verleden ertoe leiden, dat de nationale rechter het tegen de litigieuze heffingsaanslag gerichte beroep verwerpt, ook al is de verordening op grond waarvan die aanslag is vastgesteld, door het Hof in het kader van hetzelfde geding ongeldig verklaard.
In dat geval zou een marktdeelnemer als verzoekster in het hoofdgeding bij schending van gemeenschapsrecht door de instellingen het recht op een effectieve rechtsbescherming ontberen en zou het nuttig effect van artikel [234 EG] worden aangetast."

108. Indien in het hoofdgeding de litigieuze regeling werd toegepast op WW en het beroep van deze laatste dus ongegrond zou worden verklaard, zou deze verzoekende partij het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming van de rechten die zij rechtstreeks aan de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten ontleent, worden ontzegd.

109. Het grondrecht op doeltreffende rechterlijke bescherming en het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht vormen mijns inziens dan ook moeilijk uit de weg te ruimen belemmeringen voor de mogelijkheid, een uitzondering te maken op de uit het reeds aangehaalde arrest Simmenthal voortvloeiende verplichting.

110. Subsidiair kan worden opgemerkt dat zo na afweging van het door de interne regel beschermde recht en de door de communautaire bepaling verleende rechten, die vergelijkbaar zou zijn met de vergelijking die het Hof in het reeds aangehaalde arrest Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie, heeft gemaakt tussen de bescherming van de grondrechten en de bestrijding van terrorisme, een dergelijke uitzondering al in overweging kan worden genomen, zij naar mijn oordeel in de omstandigheden van de onderhavige zaak ontoelaatbaar zou zijn, zulks om de volgende redenen.

2. De aanvullende belemmeringen in de onderhavige zaak

111. Er zijn naar mijn oordeel twee redenen waarom een nationale regeling als de litigieuze niet in stand kan blijven in geval van strijd met het gemeenschapsrecht.

112. De eerste reden is dat, volgens de premisse van de verwijzende rechter, die regeling er niet toe bijdraagt, weddenschapsactiviteiten coherent en stelselmatig te beperken. Met andere woorden, die regeling heeft tot gevolg dat in andere lidstaten gevestigde organisatoren van sportweddenschappen hun kansspelen niet mogen aanbieden aan de consument in het Land NRW, maar zij beschermt die consument niet tegen een excessieve aansporing tot gokken door de erkende organisator.

113. Het argument dat de betrokken regeling moet worden gehandhaafd ter voorkoming van een juridische leemte kan dus niet worden aanvaard, daar de regeling de consument op zich geen bescherming kan bieden. Volgens de premisse van de verwijzende rechter vormt zij in werkelijkheid slechts een discriminerende of op zijn minst protectionistische maatregel.

114. Het tweede obstakel houdt verband met het feit dat, volgens dezelfde premisse, de litigieuze regeling zich niet met het vrij verrichten van diensten verdraagt gelet op de criteria

die het Hof heeft geformuleerd in het reeds aangehaalde arrest Gambelli e.a., dat dateert van meer dan achttien maanden vóór de totstandkoming van de in het hoofdgeding aangevochten handelingen.

115. Wanneer het Hof de terugwerkende kracht van zijn arresten in de tijd beperkt, tracht het deze afwijking van de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht te concilieren met het vereiste, een uniforme uitlegging van dat recht in alle lidstaten te verzekeren. Volgens vaste rechtspraak kan dan ook in de eerste plaats alleen het Hof beslissen dat de terugwerkende kracht beperkt is. [37]

116. In de tweede plaats — en dit tweede punt is hier van belang — kan de beperking van de gevolgen in de tijd slechts worden vastgelegd in het arrest houdende uitlegging van de bepaling van gemeenschapsrecht. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is een dergelijke beperking slechts toelaatbaar in het arrest waarin uitspraak wordt gedaan over de gevraagde uitlegging. [38]

117. Deze voorwaarde vindt haar rechtvaardiging in het volgende. De werking in de tijd van de aan het Hof gevraagde uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht dient namelijk noodzakelijkerwijs op één enkel tijdstip te worden vastgesteld. In dit verband waarborgt het beginsel dat een beperking slechts kan worden aangebracht in het arrest waarin de gevraagde uitlegging wordt gegeven, de gelijke behandeling van de lidstaten en de andere justitiabelen ten aanzien van dat recht en voldoet het daarmee aan de uit het rechtszekerheidsbeginsel voortvloeiende vereisten. [39]

118. Wanneer het Hof dan ook in een prejudicieel arrest vaststelt dat de uitlegging die het aan het gemeenschapsrecht geeft voortvloeit uit een van zijn eerdere arresten, waarin het de werking in de tijd van de gevolgen van dat arrest niet heeft beperkt, geeft het aan dat de gevolgen in de tijd van het tweede arrest niet kunnen worden beperkt. [40]

119. Indien werd aanvaard dat in de onderhavige zaak kan worden afgeweken van het reeds aangehaalde arrest Simmenthal, zou zulks derhalve onverenigbaar zijn met bovenvermelde rechtspraak. Bovendien zouden de lidstaten zich in dat geval niet hoeven te houden aan de verplichting die ingevolge de in artikel 10 EG vastgelegde loyaliteitsplicht op hen rust, hun wetgeving voortdurend onverwijld aan te passen aan de communautaire rechtspraak, zonder af te wachten dat hun wetgeving aan de orde wordt gesteld in het kader van een prejudiciële verwijzing of een niet-nakomingsprocedure.

37 — Arrest van 8 februari 1996, FMC e.a. (C-212/94, Jurispr. blz. I-389, punt 56). Volgens het Hof impliceert het vereiste van uniforme en algemene toepassing van het gemeenschapsrecht dat alleen het Hof kan beslissen over beperkingen in de tijd die moeten worden aangebracht op de uitlegging die het verschaft [arrest van 27 maart 1980, Denkavit italiana (61/79, Jurispr. blz. 1205, punt 18)].

38 — Arrest van 6 maart 2007, Meilicke e.a. (C-292/04, Jurispr. blz. I-1835, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39 — Ibidem (punt 37).

40 — Ibidem (punten 38-41).

120. Gelet op het voorgaande stel ik dan ook voor, aan de verwijzende rechter te antwoorden dat een rechterlijke instantie van een lidstaat zijn nationale wetgeving op het gebied van sportweddenschappen niet bij wijze van uitzondering voorlopig kan blijven toepassen, indien die wetgeving een niet-gerechtvaardigde beperking op het vrij verrichten van diensten vormt en zij er niet toe bijdraagt dat weddenschapsactiviteiten coherent en stelselmatig worden beperkt.

121. Nu ik voorstel, de vraag of van de in het reeds aangehaalde arrest Simmenthal vastgelegde verplichting kan worden afgeweken, ontkennend te beantwoorden, hoeft de tweede prejudiciële vraag, betreffende de voorwaarden waaronder een dergelijke afwijking toelaatbaar is, geen onderzoek.

V — Conclusie

122. Gelet op bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van het Verwaltungsgericht Köln te beantwoorden als volgt:

„Een regeling van een lidstaat die het aanbieden van sportweddenschappen beperkt met het doel, in het EG-Verdrag vastgelegde of in de rechtspraak als rechtmatig aangemerkte belangen te beschermen, strookt slechts met het gemeenschapsrecht indien zij haar doelstellingen coherent en stelselmatig nastreeft.

De nationale rechter dient na te gaan of aan die voorwaarde is voldaan, waarbij hij alle doelstellingen van de betrokken regeling in de beschouwing moet betrekken en bij de beoordeling van de concrete gevolgen van de regeling voor de consument rekening moet houden met de ruime beoordelingsmarge van de lidstaten op dit gebied.

De verwijzende rechterlijke instantie zal in voorkomend geval tevens de aanwijzingen in aanmerking kunnen nemen die vervat zullen liggen in het in de gevoegde zaken Stoß e.a. (C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 en C-410/07) uit te spreken arrest.

Een rechterlijke instantie van een lidstaat kan haar nationale regeling op het gebied van sportweddenschappen niet bij wijze van uitzondering voorlopig blijven toepassen, indien die wetgeving een niet-gerechtvaardigde beperking op het vrij verrichten van diensten vormt en zij er niet toe bijdraagt dat weddenschapsactiviteiten coherent en stelselmatig worden beperkt."