CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER van 16 mei 2006 [1]

I — Inleiding

1. „Rien ne va plus". Het Hof kan niet langer een grondig onderzoek van de gevolgen van de fundamentele vrijheden van het EG-Verdrag voor kansspelen uit de weg gaan.

2. Voor de derde maal dient het Hof zich op dit gebied over de Italiaanse wetgeving uit te spreken. De eerste maal was dit, op verzoek van de Consiglio di Stato, bij arrest van 21 oktober 1999, Zenatti [2], waarin het Hof heeft verklaard dat de bepalingen van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van dienstverrichting niet in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling als de Italiaanse, die het recht weddenschappen op de uitslag van sportevenementen aan te gaan aan bepaalde instellingen voorbehoudt, indien die regeling daadwerkelijk gerechtvaardigd wordt door doelstellingen van sociaal beleid die ertoe strekken de schadelijke gevolgen van deze activiteiten te beperken, en de opgelegde beperkingen niet onevenredig zijn aan deze doelstellingen.

3. Deze uitspraak heeft de twijfels omtrent de Italiaanse wettelijke regeling niet weggenomen en aanleiding gegeven tot een tweede prejudiciële verwijzing, van het Tribunale di Ascoli Piceno, dat naast de vrijheid van dienstverrichting ook de vrijheid van vestiging ter sprake bracht. In het arrest van 6 november 2003, Gambelli e.a. [3], heeft het Hof zijn eerdere uitspraak nader gepreciseerd door te verklaren „dat een nationale regeling op grond waarvan het onder bedreiging met strafsancties verboden is om zonder een door de betrokken lidstaat verleende concessie of vergunning activiteiten te verrichten op het gebied van het inzamelen, het aannemen, het registreren en het verzenden van voorgestelde weddenschappen op met name sportevenementen, een beperking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten van respectievelijk de artikelen 43 EG en 49 EG vormt", met de toevoeging dat de nationale rechter moet nagaan of een dergelijke regeling, gelet op haar concrete toepassing, gerechtvaardigd is en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen niet onevenredig aan deze doelstellingen zijn.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — C-67/98, Jurispr. blz. I-7289.

3 — C-243/01, Jurispr. blz. I-13031.

4. De prejudiciële vragen van het Tribunale di Larino en het Tribunale di Teramo bieden het Hof de gelegenheid, zijn rechtspraak nader te preciseren en daarbij in de beschouwing te betrekken het feit dat de Corte suprema di cassazione de betrokken regeling verenigbaar met het gemeenschapsrecht heeft verklaard alsmede de omstandigheden waarin in Italië concessies voor het aannemen van weddenschappen zijn verleend.

5. In deze context kan ik, gelet op de inhoud van voormelde arresten en de conclusies van de advocaten-generaal, behoudens enkele citaten hier en daar, bepaalde details achterwege laten en mijn bespreking toespitsen op de nog hangende en de sindsdien gerezen specifieke problemen.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

6. Volgens artikel 3, lid 1, sub c, EG omvat het optreden van de Gemeenschap ter bereiking van de gestelde doelstellingen „een interne markt, gekenmerkt door de afschaffing tussen de lidstaten van hinderpalen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal". Deze laatste drie gebieden worden geregeld in titel III van het derde deel van het Verdrag, waarvan hoofdstuk 2 „het recht van vestiging" en hoofdstuk 3 „de diensten" betreft.

1. Het recht van vestiging

7. De inhoud van dit beginsel wordt in artikel 43 EG omschreven:

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

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede

alinea van artikel 48, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."

8. Artikel 46, lid 1, EG bevat een aantal voorbehouden:

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

[...]"

9. Artikel 48 EG stelt rechtspersonen voor de uitoefening van dit recht gelijk met natuurlijke personen:

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

Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen."

2. Het vrij verrichten van diensten

10. Het algemene beginsel is verankerd in artikel 49, eerste alinea, EG:

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

[...]"

11. Voorts dient te worden gewezen op artikel 50 EG:

„In de zin van dit Verdrag worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn.

De diensten omvatten met name werkzaamheden:

a) van industriële aard,

b) van commerciële aard,

c) van het ambacht,

d) van de vrije beroepen.

Onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt."

12. Artikel 55 EG verwijst naar een aantal bepalingen betreffende het recht van vestiging:

„De bepalingen van de artikelen 45 tot en met 48 zijn van toepassing op het onderwerp dat in dit hoofdstuk is geregeld."

B — *De Italiaanse wettelijke regeling*

13. Het betreft hier grotendeels dezelfde nationale wetgeving als in de zaak Gambelli;

het beste is ons geheugen even op te frissen en de laatste ontwikkelingen aan te geven.

1. De concessies en de vergunningen voor de uitoefening van de betrokken activiteit

14. Volgens artikel 88 van de Testo Unico delle Leggi di Publica Sicurezza (gecoördineerde tekst van de wetten inzake openbare veiligheid; hierna: „TULPS") [4], in de versie van artikel 37, lid 4, van de Legge financiaria (financiewet) voor 2001 [5], wordt een vergunning om weddenschappen te exploiteren uitsluitend verleend aan concessiehouders of aan degenen die daartoe zijn gemachtigd door een ministerie of een andere instelling waaraan bij wet de bevoegdheid is voorbehouden weddenschappen te organiseren. Wie op het gebied van openbare weddenschappen actief wil zijn, moet dus beschikken over een concessie en een vergunning, „di polizía" in de bewoordingen van de TULPS.

a) De concessies

15. Het toezicht op kansspelen berust bij de staat, via het Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministerie van Economie en Financiën), die daartoe een beroep doet op de Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (autonoom bestuur voor staatsmonopolies; hierna: „AAMS"). [6]

16. Op dit staatsmonopolie bestaan evenwel twee uitzonderingen, ten gunste van het Comitato olimpico nazionale italiano (Italiaans nationaal olympisch comité; hierna: „CONI"), en de Unione italiana per l'incremento delle razze equine (Nationale vereniging voor de verbetering van paardenrassen; hierna: „UNIRE") [7], die weddenschappen mogen organiseren [8] en binnen hun respectieve gebieden de exploitatie ervan aan derden mogen opdragen. [9]

17. Voor de verlening van concessies door deze organisaties gelden specifieke regels, die

4 — Goedgekeurd bij koninklijk decreet nr. 773 van 18 juni 1931 (GURI nr. 146 van 26 juni 1931).

5 — Wet nr. 388 van 23 december 2000 (GURI nr. 302 van 29 december 2000, gewone bijlage nr. 219). In punt 7 van het arrest Gambelli wordt niet de wijziging overgenomen die in punt 8 wordt vermeld alsof het om een andere bepaling ging.

6 — Artikel 1 van decreet nr. 33 van de president van de Republiek van 24 januari 2002 (GURI nr. 63 van 15 maart 2002) en artikel 4 van wetsdecreet nr. 138 van 8 juli 2002 (GURI nr. 158 van 8 juli 2002), thans wet nr. 178 van 8 augustus 2002 (GURI nr. 187 van 10 augustus 2002).

7 — Rossi, G., „Il mercato unico europeo e il monopolio dei CONI sui giuochi e concorsi pronostici connessi alle manifestazioni sportive", Rivista di diritto sportivo, 1992, blz. 229 e.v.

8 — Artikel 6 van wetsdecreet nr. 496 van 14 april 1948 (GURI nr. 118 van 22 mei 1948).

9 — Artikel 3, lid 229, van de wet nr. 549 van 28 december 1995 (GURI nr. 302 van 2 november 1995) voor CONI en artikel 3, lid 78, van wet nr. 662 van 23 december 1996 (GURI nr. 303 van 28 december 1996) voor UNIRE.

met de tijd zijn veranderd. Aanvankelijk hing de keuze van de begunstigden af van de transparantie van de eigendomsstructuur van de betrokkenen; daarom golden bepaalde restricties voor kapitaalvennootschappen, aangezien de aandelen met stemrecht moesten zijn uitgegeven op naam van natuurlijke personen, vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen en niet door gewoon endossement mochten worden overgedragen [10]; beursgenoteerde vennootschappen waren dus van deze sector uitgesloten.

18. Ingevolge artikel 22, lid 11, van de Legge financiaria voor 2003 [11] kan thans elke rechtspersoon, zonder beperking wat zijn vorm betreft, deelnemen aan de aanbestedingen.

b) De vergunningen

19. Om in de sector van de weddenschappen actief te zijn, is naast de concessie een herroepbare vergunning (artikel 88 TULPS) vereist, die wordt geweigerd indien de aanvrager is veroordeeld tot bepaalde straffen of wegens bepaalde strafbare feiten, zoals zedendelicten of overtredingen van de regeling inzake kansspelen (artikelen 11 en 14 TULPS).

20. Na afgifte van de vergunning moet de vergunninghouder de sterke arm steeds toegang verlenen tot de lokalen waar de toegelaten activiteit wordt uitgeoefend (artikel 16 TULPS).

2. De sancties

21. Wet nr. 401 van 13 december 1989 betreffende optreden inzake clandestiene kansspelen en weddenschappen en bescherming van het goede verloop van de sportcompetities (hierna: „wet nr. 401/89") [12] stelt een aantal feiten strafbaar.

22. Artikel 4 ervan stelt een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar op de illegale

10 — Artikel 2, lid 1, sub a, en lid 6, van decreet nr. 174 van het Ministero delle Finanze van 2 juni 1998 (GURI nr. 129 van 5 juni 1998) voor CONI en artikel 2, lid 1, sub a, en lid 8, van decreet nr. 169 van de president van de Republiek van 8 april 1998 (GURI nr. 125 van 1 juni 1998) voor UNIRE.

11 — Wet nr. 289 van 27 december 2002 (GURI nr. 305 van 31 december 2002, gewone bijlage nr. 240).

12 — GURI nr. 294 van 18 december 1989.

organisatie van loterijen of weddenschappen die aan de staat of aan concessiehouders zijn voorbehouden of die betrekking hebben op sportcompetities die door het CONI of door de UNIRE worden beheerd. De organisatie daarvan met betrekking tot andere competities wordt bestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot één jaar en een geldboete (lid 1). Reclame voor voormelde spelen wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal drie maanden en een geldboete (lid 2); ten slotte geldt voor eenvoudige deelneming aan deze activiteiten een van deze twee laatste sancties (lid 3).

23. Volgens dit artikel 4, leden 4 bis en 4 ter [13] gelden deze sancties ook voor eenieder die zonder vergunning in de zin van artikel 88 TULPS in Italië of in het buitenland gesloten weddenschappen aanneemt of inzamelt, ook per telefoon of via computer, of zulks vergemakkelijkt (lid 4 bis), of lottoformulieren of andere weddenschappen via dezelfde middelen aanneemt zonder een vergunning daartoe te hebben (lid 4 ter).

13 — Ingevoegd bij artikel 37, lid 5, van voormelde wet nr. 388/00. In punt 9 van het arrest Gambelli is sprake van „artikel 4 bis" en „artikel 4 ter", terwijl het in feite om de twee leden van hetzelfde artikel 4 gaat.

III — Voorgeschiedenis: het arrest Gambelli en het antwoord van de Corte suprema di cassazione

24. Zoals ik al zei aan het begin van deze conclusie, zijn het Hof reeds vragen over de grensoverschrijdende dimensie van kansspelen gesteld. Naast voormelde arresten Gambelli en Zenatti zijn er de arresten Schindler [14] en Läärä e.a. [15], ook al hadden deze arresten, behalve het eerste, vooral betrekking op het vrij verrichten van diensten. [16]

25. De zaak Schindler betrof het totale verbod op loterijen in het Verenigd Koninkrijk, de zaak Läärä e.a. een Finse regeling voor geldmachines, en de zaak Zenatti ten slotte het beheer van weddenschappen door Italiaanse agentschappen voor rekening van

14 — Van 24 maart 1994 (C-275/92, Jurispr. blz. I-1039).

15 — Van 21 september 1999 (C-124/97, Jurispr. blz. I-6067).

16 — Het Hof heeft ook andere gebieden onderzocht: in het arrest van 11 september 2003, Anomar e.a. (C-6/01, Jurispr. blz. I-8621), dat van de speelautomaten, en in het arrest van 13 november 2003, Lindman (C-42/02, Jurispr. blz. I-13519), dat van de belasting op prijzen in Finland. In zaak C-89/05, United Utilities, die thans aanhangig is, wenst het House of Lords te vernemen of „de vrijstelling voor weddenschappen in artikel 13, B, sub f, van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977, [geldt] indien een persoon (de ‚vertegenwoordiger') namens een ander (de ‚principaal') diensten verricht [...]."

een in een andere lidstaat gevestigde onderneming. Deze laatste zaak vertoonde heel wat gelijkenissen met de zaak die heeft geleid tot het arrest Gambelli, die op een groot aantal punten overeenkomt met de onderhavige zaak, met name wat de feiten en het communautaire en nationale rechtskader betreft.

26. Derhalve dient te worden nagegaan waarom de verwijzende rechters deze prejudiciële vragen hebben gesteld. Daartoe moeten het arrest Gambelli en de toepassing door de Corte suprema di cassazione van de door het Hof aangelegde criteria nader worden bekeken.

A — *Het arrest Gambelli*

27. Gambelli en 137 anderen werden strafrechtelijk vervolgd wegens de organisatie van illegale kansspelen en de exploitatie van lokalen waarin zonder vergunning weddenschappen voor een Britse bookmaker werden aangenomen.

28. Wegens twijfel aan de verenigbaarheid van de door hem toe te passen Italiaanse strafbepalingen met de artikelen 43 en 49 EG heeft het Tribunale di Ascoli Piceno zich tot het Hof gewend. [17]

29. In het arrest Gambelli is de gestelde vraag na weergave van de ingediende opmerkingen (punten 25-43) onder twee aspecten behandeld: de vrijheid van vestiging (punten 44-49) en de vrijheid van dienstverrichting (punten 50-58). [18]

30. Onder het eerste aspect is uitgegaan van de situatie van een onderneming in het Verenigd Koninkrijk, die in Italië actief is via Italiaanse agentschappen (punt 46), daar zij niet rechtstreeks actief kon zijn, omdat de nationale bepalingen de in andere lidstaten op de beurs genoteerde kapitaalvennootschappen — wat met haar het geval was — uitsloten van de mogelijkheid concessies te

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

18 — In zijn conclusie is advocaat-generaal Alber van mening dat het bij de centra voor datatransmissie niet gaat om secundaire vestigingen van de Britse onderneming, maar dat deze centra optreden als dienstverrichters (punt 87) en geeft hij derhalve in overweging het antwoord tot de vrijheid van dienstverrichting te beperken.

krijgen, hetgeen neerkwam op een belemmering van de vrijheid van vestiging (punt 48).

31. Onder het tweede aspect heeft het Hof zijn onderzoek nader uitgewerkt en vastgesteld dat de Italiaanse bepalingen de vrijheid van dienstverrichting in drie opzichten beperkten: a) dat van de Britse onderneming, die de weddenschappen uit Italië aannam, welke activiteit een „dienst" in de zin van artikel 50 EG (punt 52) vormde, ook al werden zij via internet aangeboden (punten 53 en 54); b) dat van de Italiaanse onderdanen die hun inzet stortten, en dus een strafbaar feit pleegden (punten 55-57); en c) dat van de tussenpersonen, die eveneens onder de strafwet vielen (punt 58).

32. Derhalve heeft het Hof verklaard dat artikel 4 van wet nr. 401/89 de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting beperkte (punt 59), en dat diende te worden nagegaan of deze beperkingen toelaatbaar waren op basis van de in de artikelen 45 EG en 46 EG uitdrukkelijk genoemde uitzonderingen of konden worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang (punt 60).

33. Vermindering van de belastinginkomsten behoort niet tot een van deze twee uitzonderingen (punt 61), noch de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten, die „slechts een gunstig neveneffect" mag zijn (punt 62).

34. De beperkingen moeten voldoen aan de in de rechtspraak gestelde voorwaarden (punt 64). Na ze te hebben opgesomd (punt 65), heeft het arrest Gambelli het aan de nationale rechter gelaten te beoordelen of daaraan is voldaan [19], en hem een aantal aanwijzingen gegeven (punt 66). De beperkingen:

— moeten gebaseerd zijn op dwingende redenen van algemeen belang, zoals „de bescherming van de consument", „fraudebestrijding", het voorkomen dat „tot geldverkwisting door gokken" wordt aangespoord, of het bestrijden van „maatschappelijke problemen", mits de genomen maatregelen ertoe „bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt"

19 — In soortgelijke bewoordingen wordt in punt 37 van het arrest Zenatti verklaard dat de verwijzende rechter dient na te gaan, of de nationale wetgeving gerechtvaardigd was en of de opgelegde beperkingen niet onevenredig waren. In zijn conclusie in de zaak Gambelli heeft advocaat-generaal Alber bevestigd dat dit onderzoek aan de nationale rechters staat die, merkte hij op, daarmee „kennelijk problemen hebben" (punt 116).

(punt 67); wanneer een lidstaat derhalve, om geldmiddelen te verwerven, op nationaal vlak een beleid van sterke uitbreiding van de weddenschappen voert, kan hij zich niet „op de met de beperking van de gelegenheden tot spelen gediende maatschappelijke orde beroepen" (punten 68 en 69) [20];

— moeten op dezelfde wijze en aan de hand van dezelfde criteria worden toegepast op alle marktdeelnemers van de Gemeenschap (punt 70), met dien verstande dat het in strijd is met het nondiscriminatiebeginsel indien de Italiaanse marktdeelnemers er makkelijker aan kunnen voldoen (punt 71);

— mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is ter bereiking van het nagestreefde doel. Dit evenredigheidsvereiste geldt voor de sancties tegen personen die weddenschappen aangaan (punt 72) en tussenpersonen die de dienstverrichting door een in een andere lidstaat gevestigde bookmaker vergemakkelijken (punt 73), alsook voor de mogelijkheden voor op de gereglementeerde markten van andere lidstaten genoteerde kapitaalvennootschappen om concessies voor het beheer van sportweddenschappen te verkrijgen (punt 74).

20 — Het arrest laat het weliswaar aan de nationale rechter om in het hoofdgeding na te gaan of is voldaan aan de criteria van de rechtspraak, maar op dit punt heeft het Hof zelf een standpunt ingenomen.

B — *Het antwoord van de Corte suprema di cassazione*

35. Enkele maanden na de uitspraak van het arrest Gambelli kreeg de Corte suprema di cassazione de gelegenheid, de beginselen ervan toe te passen in het kader van een beroep van het openbaar ministerie tegen de beschikking van het Tribunale di Prato van 15 juli 2003, dat in een strafzaak tegen Gesualdi e.a. wegens overtreding van artikel 4, lid 4 bis, van wet nr. 401/89, het beslag op de door verdachten beheerde centra had opgeheven op grond dat voormelde bepaling in strijd was met het gemeenschapsrecht. [21]

36. De Corte suprema di cassazione had reeds geoordeeld dat de nationale bepalingen verenigbaar waren met de gemeenschapsregels. [22] Het arrest Gambelli heeft ertoe geleid dat het beroep op verzoek van de Derde kamer waaraan het was toegewezen, aan de Sezioni unite penali (voltallige vergadering van strafkamers) werd voorgelegd en leidde tot de uitspraak van arrest

21 — Blijkens het arrest van de Corte suprema di cassazione heeft het Tribunale di Prato zich in die zin uitgesproken omdat de nationale wetgeving niet gerechtvaardigd was: enerzijds bood zij geen enkele waarborg voor bescherming van de openbare orde aangezien zij, in plaats van de speelmogelijkheden te verminderen, het aantal weddenschappen en de voor deze activiteit toegelaten personen verhoogde; anderzijds strekte zij niet tot versterking van de openbare veiligheid, aangezien niet was voorzien in middelen om infiltratie door misdaadorganisaties te voorkomen. Volgens het Tribunale di Prato bepaalde alleen het financiële belang van de staat deze beperkingen van de communautaire vrijheden.

22 — Arresten van Sezioni III nr. 124 van 27 maart 2000, Foglia, rv. 216223; nr. 7764 van 4 juli 2000, Vicentini, rv. 216986; en nr. 36206 van 6 oktober 2001, Publiese, rv. 220112.

nr. 111/04 van 26 april 2004 (hierna: „arrest Gesualdi"). [23]

37. In het arrest Gesualdi uitte de Corte suprema di cassazione geen verwondering over de overwegingen in het arrest Gambelli, die in de lijn lagen van uniforme rechtspraak (punt 11.1), maar het stelde twee vernieuwingen vast: het onderzoek van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting op het gebied van kansspelen en de uitdrukkelijke vaststelling dat artikel 4 van wet nr. 401/89 deze vrijheden beperkte (punt 11.2.3).

38. Vervolgens werd deze handelwijze, met de overweging dat de Italiaanse wetgever reeds verschillende jaren een expansief beleid in deze sector voert om de staatsinkomsten te verhogen, in overeenstemming verklaard met redenen van openbare orde en veiligheid, die belemmeringen van de communautaire vrijheden rechtvaardigen, aangezien de bepalingen inzake kansspelen er niet toe strekken vraag en aanbod te beperken, maar ter voorkoming van strafbare feiten in controleerbare banen te leiden (punt 11.2.3).

39. In deze context heeft de Corte suprema di cassazione het argument dat de Britse bookmaker reeds aan het toezicht van een lidstaat was onderworpen, afgewezen op grond dat de door dit land afgegeven vergunning territoriaal gebonden was en het gebruik van een concessieregeling voor weddenschappen op gemeenschapsniveau ongemoeid was gelaten (punt 11.2.4).

40. Deze rechterlijke instantie heeft er ook op gewezen dat het Italiaanse systeem op twee pijlers berust: de concessie en de vergunning. De aan de concessie verbonden beperkingen om redenen van algemeen belang zijn, althans gedeeltelijk, duidelijk. De vergunning is beperkt omdat moet worden voldaan aan verschillende subjectieve voorwaarden in de zin van preventieve controle en permanent toezicht ter bestrijding van criminaliteit, zoals fraude, witwassen van geld of woeker (punt 11.2.5).

41. Ter beoordeling of de betrokken belemmeringen geschikt en evenredig zijn, is in het arrest Gesualdi onderscheid gemaakt tussen de exploitatievoorwaarden en de strafsancties, waarbij in herinnering is gebracht dat de rechters onbevoegd waren om uitspraak te doen over de gegrondheid of evenredigheid van deze laatste (punt 12).

23 — Dit arrest is overgelegd als bijlage 6 bij de opmerkingen van Placanica en is te lezen op http://www.ictlex.net/index.php/2004/04/26/cass-su-sent-11104.

42. De Corte suprema di cassazione heeft ook weerlegd dat de nationale bepalingen discriminerend zouden zijn, op grond dat de bepalingen die de transparantie van de eigendomsstructuur van de concessiehouders waarborgen op dezelfde wijze gelden voor eigen onderdanen en vreemdelingen. Voorts kunnen sinds 1 januari 2004 alle kapitaalvennootschappen aan de aanbestedingen deelnemen, daar de belemmeringen op dat gebied zijn opgeheven (punt 13).

43. Ten slotte is volgens de Corte het argument betreffende de onderlinge erkenning van diploma's, certificaten en andere titels in de zin van artikel 47 EG irrelevant (punt 14).

44. Op basis van een en ander heeft de Corte verklaard dat artikel 4 van wet nr. 401/89, meer bepaald artikel 4, lid 4 bis van deze wet juncto artikel 88 TULPS, verenigbaar waren met de gemeenschapsbeginselen inzake vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting (punt 15). [24]

24 — De Consiglio di Stato heeft zich in zijn uitspraken van 1 maart 2005 (N. 5203/2005, beroep NRG. 4587 van 2004) en 14 juni 2005 (N. 5898/2005, beroep NRG. 2715 van 1998) in dezelfde zin uitgesproken.

IV — De feiten in de hoofdzaken

45. Aangezien de feiten in de zaken Zenatti en Gambelli overeenstemming vertonen met die in de strafzaken die tot de onderhavige prejudiciële vragen hebben geleid, zijn de feiten gemakkelijk te schetsen en kan met korte opmerkingen worden volstaan.

46. De „centra voor datatransmissie" functioneren in lokalen die openstaan voor het publiek, en bieden verschillende mogelijkheden van toegang tot de server van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen die weddenschappen aannemen. In deze lokalen geeft de betrokkene zijn weddenschappen af, ontvangt hij bevestiging ervan, betaalt hij en ontvangt hij zijn prijs wanneer hij wint.

47. De beheerders van deze ondernemingen zijn zelfstandig en geven alleen als tussenpersoon tussen de klant en de bookmaker, aan wie zij contractueel gebonden zijn, de weddenschappen door. [25]

25 — Volgens het Tribunale di Teramo ontving de verdachte „in zijn kiosk van de Engelse exploitant lijsten met sportevenementen en de bijbehorende koersen, publiceerde hij deze, nam hij vervolgens weddenschappen van particulieren aan en zond hij de desbetreffende gegevens door aan [voormelde] onderneming".

48. Placanica, Palazzese en Sorricchio beheren dergelijke kantoren voor rekening van Stanley International Betting Ltd., gevestigd te Liverpool. Deze onderneming heeft voor deze activiteit van de stad Liverpool een vergunning voor het Verenigd Koninkrijk en het buitenland gekregen [26], maar heeft niet de zes jaar geldige en met zes jaar verlengbare vergunning in Italië. Zij had geprobeerd die vergunning te verkrijgen in het kader van de aanbestedingen in dit land in 1999, maar als beursgenoteerde kapitaalvennootschap kon zij die niet krijgen.

49. Het openbaar ministerie heeft Placanica voor het Tribunale di Larino gedaagd wegens overtreding van artikel 4, lid 4 bis, van wet nr. 401/89 op grond dat hij als enig beheerder van de vennootschap Neo Service Srl. voor rekening van Stanley International Betting Ltd via internet zonder vergunning weddenschappen op sportwedstrijden en andere weddenschappen heeft ingezameld.

50. Bij het Tribunale di Teramo dient een soortgelijke strafzaak tegen Palazzese en Sorricchio, die ook weddenschappen voor rekening van de Engelse vennootschap beheerden; alvorens daarmee te beginnen, hadden zij evenwel bij de Questura (politiekantoor) te Atri een vergunning aangevraagd, maar hierop geen antwoord ontvangen.

V — De prejudiciële vragen en het procesverloop voor het Hof

51. Wegens twijfel aan de vraag of het concessiesysteem zijn rechtvaardiging vindt in het streven kansspelen binnen controleerbare banen te leiden, heeft het Tribunale di Larino de behandeling van de zaak geschorst. In zijn beslissing van 8 juli 2004, die aanleiding heeft gegeven tot zaak C-338/04, heeft het het Hof de volgende vragen gesteld:

„Is artikel 4, lid 4 bis, van wet nr. 401/89 verenigbaar met de in de artikelen 43 EG en volgende en 49 EG neergelegde beginselen betreffende de vrije vestiging en het vrij verrichten van grensoverschrijdende diensten, mede gelet op de verschillende uitleggingen die blijken uit de arresten van het Hof [...] (met name het [reeds aangehaalde] arrest Gambelli e.a.) en uit het arrest [...] van de Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite [in de zaak Gesualdi]? Meer in het bijzonder,

26 — De punten 10 en 11 van de conclusie van advocaat-generaal Alber en de punten 12 tot en met 14 van het arrest Gambelli gaan in detail in op de kenmerken van voormelde vennootschap en op haar werkwijze op de Italiaanse markt.

is de in de tenlastelegging tegen Placanica aangevoerde sanctieregeling in Italië toepasbaar?"

52. In twee overeenkomstige beslissingen van 23 juli 2004, die aanleiding hebben gegeven tot de zaken C-359/04 en C-360/04, heeft het Tribunale di Teramo de behandeling van de voor hem aanhangige zaken eveneens geschorst en het Hof vanuit het oogpunt van de voorwaarden voor deelneming aan de aanbestedingen voor het verlenen van concessies, de volgende vraag gesteld:

„Kunnen [de artikelen 43, eerste alinea, EG en 49, eerste alinea, EG] aldus worden uitgelegd, dat de lidstaten tijdelijk (voor een periode van 6-12 jaar) van het binnen de Europese Unie vigerende stelsel van vrijheid van vestiging en vrij verrichten van diensten mogen afwijken door, zonder daardoor inbreuk te maken op de hiervoor genoemde gemeenschapsrechtelijke beginselen, de volgende wettelijke regelingen vast te stellen:

— aan sommige rechtssubjecten worden concessies met een geldigheidsduur van 6-12 jaar verleend voor de uitoefening van bepaalde dienstverleningsactiviteiten, op basis van een regeling die ertoe had geleid dat sommige (niet-Italiaanse) categorieën concurrenten waren uitgesloten van de aanbestedingsprocedure;

— nadat de wetgever kennis had genomen van het feit dat deze rechtsregeling niet strookt met de in de artikelen 43 EG en 49 EG neergelegde beginselen, is de regeling gewijzigd in dier voege dat voortaan ook de voorheen uitgesloten rechtssubjecten mogen deelnemen aan de aanbestedingsprocedure;

— de concessies die waren verleend op basis van de voormalige regeling, welke regeling, zoals vermeld, in strijd wordt geacht met de beginselen van de vrijheid van vestiging en vrije dienstverrichting, zijn niet ingetrokken en er is geen nieuwe aanbestedingsprocedure georganiseerd volgens de nieuwe regeling, die wel in overeenstemming met deze beginselen is;

— integendeel, eenieder die samenwerkt met rechtssubjecten die in de lidstaat van oorsprong weliswaar bevoegd zijn deze activiteit uit te oefenen, doch die nu juist op grond van deze, nadien opgeheven, belemmeringen in de vorige regeling waren uitgesloten van de aanbestedingsprocedure, wordt nog steeds strafrechtelijk vervolgd?"

53. Bij beschikking van 14 oktober 2004 heeft de president van het Hof de zaken C-359/04 en C-360/04 gevoegd, en daarbij bij beschikking van 27 januari 2006 zaak C-338/04 gevoegd. [27]

54. In zaak C-338/04 hebben Placanica, de Belgische, de Duitse, de Spaanse, de Franse, de Italiaanse, de Oostenrijkse, de Portugese en de Finse regering alsook de Commissie binnen de termijn van artikel 23 van het Statuut van het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend; in de zaken C-359/04 en C-360/04 hebben Palazzese, Sorricchio, de Spaanse, de Italiaanse, de Oostenrijkse en de Portugese regering alsook de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend.

55. Ter terechtzitting van 7 maart 2006 hebben de vertegenwoordigers van Placanica, Palazzese en Sorricchio, de Belgische, de Spaanse, de Franse, Italiaanse en de Portugese regering alsook de Commissie mondelinge opmerkingen gemaakt.

56. Ten slotte dient erop te worden gewezen dat bij het Hof op basis van een niet-nakomingsberoep van de Commissie tegen de Italiaanse Republiek ook zaak C-260/04 aanhangig is betreffende de concessies voor het aannemen van weddenschappen op paardenwedrennen. [28]

VI — De ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

A — *De zin van de prejudiciële vragen*

57. De voor de twee verwijzende rechters aanhangige zaken hebben gemeen dat het daarbij gaat om strafvervolging wegens het zonder concessie of vergunning optreden als tussenpersoon voor weddenschappen, en dat daarbij twijfel is ontstaan omtrent de verenigbaarheid van de nationale bepalingen met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting; zij volgen evenwel verschillende wegen.

58. Het Tribunale di Larino is het niet eens met de toepassing van het arrest Gambelli door de Corte suprema di cassazione, want

27 — In soortgelijke prejudiciële verwijzingen die ook van Italiaanse rechters afkomstig zijn, wordt gewacht op de uitkomst van de onderhavige zaken (D'Antonio, C-395/05, Di Maggio en Buecola, C-397/05, en Damonte, C-466/05).

28 — PB 2004, C 217, blz. 14.

zijns inziens strekt de nationale regeling niet tot controle van de openbare orde en voorkomt zij geen discriminatie van marktdeelnemers uit andere lidstaten.

59. Het Tribunale di Teramo beklemtoont de omstandigheden waardoor de bookmaker voor wiens rekening de verdachten werkten, tot het verstrijken van de in 1999 verleende vergunningen geen toelating heeft kunnen krijgen. Voor zover deze periode een „tijdelijke afwijking" van de fundamentele communautaire vrijheden meebrengt, betwijfelt het de juridische houdbaarheid ervan.

60. Deze preciseringen zijn nuttig voor het onderzoek van de belemmeringen die met betrekking tot de niet wezenlijke aspecten van de prejudiciële verwijzingen zijn ontstaan.

B — *Probleemstelling*

61. Volgens de regeringen die in zaak C-338/04 schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, behalve de Belgische regering, is de prejudiciële vraag om uiteenlopende redenen niet ontvankelijk. Volgens de gemachtigden van de Portugese en de Finse regering bevat de vraag onvoldoende gegevens voor beantwoording. Volgens de vertegenwoordigers van de Duitse, de Spaanse, de Franse en de Italiaanse regering strekt de vraag tot de uitlegging van nationaal en niet van gemeenschapsrecht. De Oostenrijkse regering geeft te kennen dat de vraag overeenkomt met die in de zaak Gambelli, en geeft het Hof in overweging te beslissen bij beschikking krachtens artikel 104, lid 3, van zijn Reglement voor de procesvoering. Subsidiair doen de Duitse, de Italiaanse en de Finse regering hetzelfde voorstel.

62. In de zaken C-359/04 en C-360/04 herhalen de Spaanse en de Italiaanse regering hun argument in de andere zaak, dat de zaak niet-ontvankelijk is; de Italiaanse regering geeft het Hof subsidiair in overweging te beslissen bij beschikking krachtens artikel 104, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering.

63. In deze omstandigheden dient te worden onderzocht of het Hof het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk moet verklaren.

C — *De middelen van niet-ontvankelijkheid*

1. De formele regelmatigheid van de verwijzingsbeschikking

64. Het Hof heeft herhaaldelijk verklaard dat het prejudiciële vragen dient te beantwoorden, behalve wanneer de gevraagde uitlegging of beslissing over de geldigheid van een bepaling van gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, 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 een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen. [29]

65. Om een bruikbare analyse mogelijk te maken, moet de nationale rechter een omschrijving geven van het feitelijke kader en rechtskader waarin de gestelde vraag moet worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzetten waarop die vraag is gebaseerd [30], en de redenen aangeven die hem ertoe hebben gebracht een prejudiciële vraag te stellen met een beknopte uiteenzetting waarom hij om uitlegging van bepaalde communautaire voorschriften verzoekt, en het verband ervan met de nationale wettelijke regeling. [31]

66. Deze vereisten beogen het Hof in staat te stellen een nuttig antwoord te geven [32], en de regeringen van de lidstaten en de belanghebbenden de gelegenheid te geven opmerkingen overeenkomstig artikel 23 van het Statuut in te dienen. [33]

67. In de onderhavige zaak voldoen de verwijzingsbeslissingen genoegzaam aan voormelde voorwaarden, aangezien zij de oorsprong van de vragen, feitelijk en rechtens, analyseren. Zij bevatten weliswaar niet de toepasselijke Italiaanse bepalingen, maar dit verzuim kan worden verholpen door verwijzing naar het arrest Gambelli. Bovendien geven zij de kern van het probleem aan

29 — Arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punten 59-61); 5 juni 1997, Celestini (C-105/94, Jurispr. blz. I-2971, punt 22); 7 september 1999, Beck en Bergdorf (C-355/97, Jurispr. blz. I-4977, punt 22); 13 juli 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Jurispr. blz. I-6049, punt 20); 19 februari 2002, Arduino (C-35/99, Jurispr. blz. I-1529, punten 24 en 25); 22 mei 2003, Korhonen e.a. (C-18/01, Jurispr. blz. I-5321, punten 19 en 20); 9 september 2003, Milk Marque en National Farmers' Union (C-137/00, Jurispr. blz. I-7975, punt 37); 25 maart 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi e.a. (C-480/00–C-482/00, C-484/00, C-489/00–C-491/00 en C-497/00–C-499/00, Jurispr. blz. I-2943, punt 72); of 10 november 2005, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-316/04, Jurispr. blz. I-9759, punten 29 en 30).

30 — Beschikking van 8 oktober 2002, Viacom (C-190/02, Jurispr. blz. I-8287, punt 15); en arresten van 17 februari 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Jurispr. blz. I-1167, punt 22); 12 april 2005, Keller (C-145/03, Jurispr. blz. I-2529, punt 29); en 6 december 2005, ABNA e.a. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, Jurispr. blz. I-10423, punt 45).

31 — Beschikking Viacom (reeds aangehaald, punt 16), arresten van 16 december 1981, Foglia (244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 17); 12 juni 1986, Bertini e.a. (98/85, 162/85 en 258/85, Jurispr. blz. 1885, punt 6); 17 mei 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Jurispr. blz. I-1783, punt 14); 8 juni 2000, Carra e.a. (C-258/98, Jurispr. blz. I-4217, punt 19); en 21 januari 2003, Bacardi-Martini en Cellier des Dauphins (C-318/00, Jurispr. blz. I-905, punt 43).

32 — Arrest van 26 januari 1993, Telemarsicabruzzo e.a. (C-320/90–C-322/90, Jurispr. blz. I-393, punt 6).

33 — Beschikkingen van 30 april 1998, Testa en Modesti (C-128/97 en C-137/97, Jurispr. blz. I-2181, punt 6); 2 maart 1999, Colonia Versicherung e.a. (C-422/98, Jurispr. blz. I-1279, punt 5); 11 mei 1999, Anssens (C-325/98, Jurispr. blz. I-2969, punt 8); 28 juni 2000, Laguillaumie (C-116/00, Jurispr. blz. I-4979, punt 15); en 8 oktober 2002, Viacom (reeds aangehaald, punt 14), arresten van 21 september 1999, Albany (C-67/96, Jurispr. blz. I-5751, punt 40); 11 september 2003, Altair Chimica (C-207/01, Jurispr. blz. I-8875, punt 25); en 12 april 2005, Keller (reeds aangehaald, punt 30).

door de discrepantie tussen dit arrest van het Hof en de argumenten van de Corte suprema di cassazione te belichten en aldus de relevantie van de gevraagde uitlegging voor het aanhangige geschil aan te geven.

69. Ik denk niet dat de in de onderhavige zaak gestelde vragen niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, ook al lijkt het betoog van voormelde lidstaten wat betreft de formulering van de beslissing van het Tribunale di Larino te kloppen.

2. De toepassing van de nationale bepalingen

70. Het volstaat namelijk de formulering te herschikken om de vraag vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt te herformuleren, zodat niet langer de verenigbaarheid van artikel 4, lid 4 bis, van wet nr. 401/89 met de artikelen 43 EG en 49 EG — naar de letter van de beslissing — dient te worden onderzocht, maar de betekenis van deze verdragsbepalingen voor de nationale voorschriften en de aan de strafvervolging ten grondslag liggende omstandigheden, ofschoon het probleem dat hierna wordt onderzocht, in feite voortvloeit uit de onenigheid van een Italiaanse rechter met de Corte suprema di cassazione.

68. Het is vaste rechtspraak dat, in het kader van de taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechters, laatstgenoemden het nationale recht uitleggen en toepassen en de draagwijdte en de verenigbaarheid ervan met het gemeenschapsrecht beoordelen [34], onverminderd het bijzondere geval waarin de nationale wetgever zuiver nationale materies door verwijzing naar gemeenschapsbepalingen regelt. [35]

71. Het Tribunale di Teramo wijst erop dat het geldende nationale systeem inzake concessieverlening voor het beheer van weddenschappen in dier voege is gewijzigd dat elke kapitaalvennootschap kan deelnemen aan de toekomstige aanbestedingen, zodra de geldigheid van de concessies die zijn verleend na procedures waaraan zij niet hebben kunnen deelnemen, is verstreken. Deze punten knopen aan bij de communautaire vrijheden en zijn in het arrest Gambelli niet behandeld.

34 — Arresten van 13 maart 1986, Sinatra (296/84, Jurispr. blz. 1047, punt 11); 21 januari 1993, Deutsche Shell (C-188/91, Jurispr. blz. I-363, punt 27); 7 december 1995, Ayuntamiento de Ceuta (C-45/94, Jurispr. blz. I-4385, punt 26); 26 september 1996, Allain (C-341/94, Jurispr. blz. I-4631, punt 11); 24 oktober 1996, Dietz (C-435/93, Jurispr. blz. I-5223, punt 39); 30 april 1998, Thibault (C-136/95, Jurispr. blz. I-2011, punt 2); of 19 januari 2006, Bouanich (C-265/04, Jurispr. blz. I-923, punt 51).

35 — Arresten van 26 september 1985, Thomasdünger (166/84, Jurispr. blz. 3001); 8 november 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Jurispr. blz. I-4003); 24 januari 1991, Tomatis en Fulchiron (C-384/89, Jurispr. blz. I-127); 28 maart 1995, Kleinwort Benson (C-346/93, Jurispr. blz. I-615); 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161); alsook 17 mei 2005, Feron (C-170/03, Jurispr. blz. I-2299). Bartoloni, M. E., „La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale ‚modellato' sulla normativa comunitaria", Il diritto dell'Unione europea, Zesde jaargang, nr. 2-3, 2001, blz. 311-349.

72. Bovendien heeft de gemeenschapsrechter tot taak, alle nuttige uitleggingsgegevens betreffende het gemeenschapsrecht te verschaffen om de beoordeling ervan in de litigieuze zaak te vergemakkelijken. [36]

3. Beslissing op de prejudiciële vraag bij beschikking

73. Krachtens artikel 104, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof om redenen van proceseconomie beslissen bij met redenen omklede beschikking, wanneer een prejudiciële vraag identiek is met een vraag waarover het Hof zich reeds heeft uitgesproken, of wanneer het antwoord duidelijk uit de rechtspraak kan worden afgeleid of daarover redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan.

74. Het Hof gebruikt deze mogelijkheid bedachtzaam [37], want daarbij gelden procedures die de rechten van de verdediging beperken. Daarom wordt ervan afgezien zodra er twijfel is dat is voldaan aan de genoemde voorwaarden.

75. In de onderhavige conclusie heb ik gewezen op bepaalde analogieën met de zaak Gambelli, maar dat vormt onvoldoende rechtvaardiging om de prejudiciële procedure af te doen met een beschikking waarin wordt verwezen naar vorige beslissingen. De verwijzende rechters wensen niet iets te vernemen dat zij al weten, maar wensen nadere preciseringen over het arrest Gambelli, dat — en dit moet niet worden vergeten — de lijn van het arrest Zenatti voortzet. De punten waarop de Italiaanse rechters moeilijkheden ondervinden, zouden onbeantwoord blijven indien het Hof alleen aan zijn rechtspraak herinnerde. [38]

D — *De bevoegdheid van het Hof*

76. Echt ter zake doet mijns inziens de vraag of het Hof bevoegd is om prejudiciële vragen

36 — Arresten van 30 april 1998, Sodiprem e.a. (C-37/96 en C-38/96, Jurispr. blz. I-2039, punt 22); en 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a. (C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 48).

37 — Er zijn voorbeelden van toepassing van artikel 104, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering in de beschikkingen van 26 mei 2005, Sozialhilfeverband Rohrbach (C-297/03, Jurispr. blz. I-4305), en 13 december 2005, Guerrero Pecino (C-177/05, Jurispr. blz. I-10887), die zijn gebaseerd op het feit dat het antwoord duidelijk uit vorige beslissingen kan worden afgeleid, en in die van 14 juli 2005, Personalrat der Feuerwehr Hamburg (C-52/04, Jurispr. blz. I-7111), en 1 december 2005, Ostermann (C-447/04, Jurispr. blz. I-10407), die zijn gebaseerd op de omstandigheid dat over het antwoord redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan. Het andere criterium van deze bepaling — identieke vragen — is zelden aan de orde; het is evenwel te vinden in de beschikking van 7 juli 1998, Beton Express e.a. (C-405/96–C-408/96, Jurispr. blz. I-4253).

38 — Deel 6 van de opmerkingen van Placanica en Palazzese en deel 2, hoofdstuk 9, van die van Sorricchio illustreren de verschillen in uitlegging tussen de Italiaanse rechters. In voetnoot 27 heb ik soortgelijke prejudiciële verwijzingen van Italiaanse rechters vermeld waarin de uitkomst van de onderhavige zaak wordt verwacht.

te beantwoorden die zijn gegrond op onenigheid van lagere rechters met de wijze waarop de Corte suprema di cassazione de criteria van het arrest Gambelli heeft toegepast.[39] Met andere woorden, bepaald moet worden of het tot de bevoegdheden van het Hof behoort, een oplossing te geven voor meningsverschillen tussen nationale rechters die het gemeenschapsrecht uitleggen om nationale voorschriften daaraan te toetsen, terwijl het daarvoor reeds regels heeft vastgesteld.

77. Er is veel voor te zeggen om deze vraag ontkennend te beantwoorden. In de eerste plaats is bij een prejudiciële verwijzing de uitlegging van de nationale bepaling een taak van de nationale rechter, die daarvoor in het kader van een aanhangige procedure beter geplaatst is, met inachtneming van de door het Hof verschafte uitleggingsregels.

78. Overeenkomstig dit beginsel heeft het arrest Gambelli de Italiaanse rechters uitdrukkelijk uitgenodigd te beoordelen of de door hen toegepaste rechtsbepalingen verenigbaar waren met de communautaire vrijheden.[40]

79. Wanneer rechters tot verschillende of strijdige uitspraken komen, moet voorts hun eigen rechtsorde zorgen voor eenvormigheid. In die zin bindt de beslissing van een hoogste rechterlijke instantie de lagere rechters, die zich niet zelf tot de Europese rechter kunnen wenden, aangezien het Verdrag niet voorziet in een rechtstreeks beroep tegen beslissingen van nationale rechters ook al passen zij, in laatste aanleg, het recht van de Unie onjuist toe.[41]

80. Ondanks haar relatieve eenvoud stuit voormelde oplossing evenwel op belangrijke bezwaren.

81. Wanneer het Hof de rechters van de lidstaten opdraagt de nationale bepalingen aan de gemeenschapsbepalingen te toetsen, ziet het niet af van zijn bevoegdheden op dit gebied[42], maar past het de beginselen toe die

39 — Het Tribunale di Teramo heeft deze onenigheid genuanceerd door, zoals gezegd, nieuwe aspecten aan te halen. De rechtsleer heeft op dit soort controverse gewezen; Botella, A. S., „La responsabilité du juge national", Revue trimestrielle de droit européen, nr. 2, 2004, blz. 307, noemt onder verwijzing naar een Frans voorbeeld mogelijke verschillen tussen verschillende rechtsordes of tussen rechters van dezelfde rechtsorde.

40 — Zie in het bijzonder de punten 66, 71, 73 en 75.

41 — Advocaat-generaal Léger herinnerde er in zijn conclusie bij het arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, Jurispr. blz. I-10239) aan dat het Hof in 1975 in zijn suggesties inzake de Europese Unie stelde dat het wenselijk was om in het Verdrag een passende waarborg op te nemen voor de bescherming van de rechten van particulieren bij schending van artikel 234 EG door hogere rechters. (voetnoot 126).

42 — Ossenbühl, F., „Der Entwurf eines Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland — Verfassungs- und europarechtliche Fragen", Deutsches Verwaltungsblatt, juli, 2003, blz. 892, stelt dat de nationale rechters weliswaar moeten nagaan of de door de lidstaten aangevoerde rechtvaardiging voor nationale beperkingen steek houden en of het evenredigheidsbeginsel in acht is genomen, maar het Hof heeft deze controle niet volledig uit handen gegeven: hij acht het onjuist te denken dat het Hof deze bevoegdheid heeft gedelegeerd.

gelden voor de prejudiciële procedure door de voordelen te erkennen van de nabijheid van de behandeling van het geding, terwijl het zich de eindbeslissing voorbehoudt. Zo heeft het Hof nieuwe vragen van nationale rechters toegelaten, wanneer de nationale rechter bij de uitlegging of toepassing van een van zijn arresten op moeilijkheden stuit, wanneer hij het Hof een nieuwe rechtsvraag stelt of wanneer hij het Hof nieuwe feiten ter beoordeling voorlegt die ertoe kunnen leiden dat het Hof een eerder gestelde vraag anders beantwoordt. [43]

82. Hetzelfde dient te gelden wanneer de moeilijkheden voortvloeien uit een arrest van een hogere nationale rechter die door het Hof geformuleerde beginselen toepast.

83. Wanneer de Italiaanse rechters zich in gevallen als het onderhavige niet tot het Hof zouden kunnen wenden, zou alleen een beroep wegens niet-nakoming, zoals in het arrest van 9 oktober 2003, Commissie/Italië [44], eventuele misvattingen kunnen ondervangen.

84. Het volgen van die weg levert een aantal problemen op: 1) de beoordeling van de inbreuk en de keuze van het moment waarop de inbreuk voor het Hof wordt gebracht, wordt overgelaten aan de instantie die beroep kan instellen [45], terwijl de nationale rechters zich zowel voor de ene als voor de andere beslissing in een ideale positie bevinden; 2) in de precontentieuze fase van het beroep wegens niet-nakoming, wanneer de Commissie aanmaningsbrieven zendt, beïnvloedt de wetgevende en de uitvoerende macht van de lidstaat de rechterlijke macht, met gevaar voor afbreuk aan de onafhankelijkheid van deze laatste, en 3) er zullen bedenkingen rijzen over de inhoud en de gevolgen van de vaststelling van de niet-nakoming, want voormeld arrest Commissie/Italië is gedeeltelijk gebaseerd op de aanwezigheid in de interne rechtsorde van een norm die een met het gemeenschapsrecht strijdige uitlegging toeliet.

85. Evenmin mag worden vergeten dat particulieren kunnen aandringen op verwijzing naar het Hof, ook al moet de betrokken rechter daarover beslissen. [46] Indien verwij-

43 — Beschikking van 5 maart 1986, Wünsche (69/85, Jurispr. blz. 947, punt 15); arresten van 11 juni 1987, Pretore di Salò (14/86, Jurispr. blz. 2545, punt 12); en 6 maart 2003, Kaba II (C-466/00, Jurispr. blz. I-2219, punt 39), waarin de Immigration Adjudicator een vraag stelde die identiek was met een vraag in het arrest van 11 april 2000, Kaba I (C-356/98, Jurispr. blz. I-2623), waarmee hij het gedeeltelijk oneens was.

44 — C-129/00, Jurispr. blz. I-14637.

45 — De Commissie is niet snel geneigd beroepen tegen lidstaten wegens verdragsschendingen door hun rechtsprekende organen in te stellen, Cobreros Mendazona, E., „La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario", Revista Española de Derecho Europeo, nr. 10, 2004, in het bijzonder blz. 291-299; over de voorgeschiedenis, Ortúzar Andéchaga, L., La aplicación judicial del derecho comunitario, Trivium, Madrid, 1992, blz. 184 en 185.

46 — Onverminderd het feit dat het Hof in voorkomend geval, om zijn eigen bevoegdheid te toetsen, nagaat in welke omstandigheden de nationale rechter een vraag stelt (arresten van 16 december 1981, Foglia, reeds aangehaald, punten 21 en 27; 26 september 2000, Kachelmann, C-322/98, Jurispr. blz. I-7505, punt 17; 13 maart 2001, PreussenElektra, C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 39; 17 mei 2001, TNT Traco, C-340/99, Jurispr. blz. I-4109, punt 31; en 16 december 2004, My, C-293/03, Jurispr. blz. I-12013, punt 25).

zing bij voorbaat uitgesloten is, rest hun nog slechts de mogelijkheid van een schadevordering zoals vastgesteld in voormeld arrest Köbler. [47]

86. Het gebruik van dit laatste instrument is voorts weinig bevredigend. Aangezien het is ontwikkeld om de naleving van het gemeenschapsrecht in bijzonder ernstige gevallen te waarborgen [48], is het onderworpen aan zeer strenge voorwaarden [49] — zo moet het gaan om een „kennelijke" schending — terwijl het voorts een ingewikkelde beroepsweg vormt die vaak leidt tot een prejudiciële vraag in de trant van de te vermijden vraag.

87. Er moet rekening worden gehouden met een ander argument, dat meer gewicht in de schaal legt. Het Hof heeft allereerst tot taak, een eenvormige uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Overeenkomstig het arrest van 24 mei 1977, Hoffmann-La Roche, dient de prejudiciële verwijzing „om te voorkomen dat zich in een lidstaat een nationale rechtspraak ontwikkelt die niet met de normen van het gemeenschapsrecht in overeenstemming is". [50] Een direct middel daartoe kan erin bestaan in te grijpen in de juridische controverse tussen de rechters van een bepaald land over de uitlegging van de rechtsorde van de Unie door een hogere rechter.

88. In de lijn hiervan is in het arrest van 16 januari 1974, Rheimühlen Düsseldorf [51], erkend dat de wezenlijke functie van de prejudiciële verwijzing is, te waarborgen dat het door het Verdrag ingevoerde recht over het gehele grondgebied van de Gemeenschap dezelfde werking heeft en eenvormig wordt toegepast „door de nationale rechter een middel te bieden ter oplossing van moeilijkheden, waarop de vereiste volledige werking van het gemeenschapsrecht in de rechtsstelsels der lidstaten zou kunnen afstuiten"

47 — Martín Rodríguez, P., „La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario", Revista de Derecho Comunitario Europeo, nr. 19, 2004, blz. 859, wijst op de moeilijkheden om in die zaak na te gaan wie verantwoordelijk was voor de communautaire niet-nakoming, aangezien zij kon worden toegeschreven aan de wetgevende macht die de bepaling had vastgesteld waarbij de discriminerende vergoeding werd ingevoerd, aan de uitvoerende macht, daar de Oostenrijkse administratie de gemeenschapsbepalingen had moeten laten voorgaan, of, zoals het geval is geweest, aan de rechterlijke macht op grond dat zij de door het gemeenschapsrecht aan de burger verleende rechten niet daadwerkelijk had gewaarborgd.

48 — Simon, D., „The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law", in O'Keeffe, uitg., Judicial Review in European Law. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley, Kluwer, Den Haag, 2000, blz. 275 e.v.

49 — Het arrest Köbler zelf kwalificeert deze gevallen als „uitzonderlijk" (punt 53).

50 — 107/76, Jurispr. blz. 957, punt 5.

51 — 166/73, Jurispr. blz. 33. Aan deze zaak lagen verzoeken om uitvoerrestituties ten grondslag die door het Duitse interventiebureau voor graan en voedermiddelen waren afgewezen en in de contentieuze fase door het Hessische Finanzgericht werden toegewezen. In hoger beroep heeft het Bundesfinanzhof het Hof verschillende prejudiciële vragen voorgelegd; na antwoord op deze vragen te hebben gekregen (arrest van 27 oktober 1971, Rheinmühlen Düsseldorf, 6/71, Jurispr. blz. 823), heeft deze instantie het beroep gedeeltelijk toegewezen en de zaak terugverwezen naar de rechter in eerste aanleg om opnieuw te beslissen; alvorens zich uit te spreken heeft het Hessische Finanzgericht het Hof evenwel enkele vragen gesteld bij beschikking waartegen beroep is ingesteld bij het Bundesfinanzhof, dat zich opnieuw tot het Hof heeft gewend, hetgeen heeft geleid tot het door mij genoemde arrest — de vragen van het Hessische Finanzgericht zijn onderzocht in het arrest van 12 februari 1974, Rheinmühlen Düsseldorf (146/73, Jurispr. blz. 139).

(punt 2). De nationale rechters hebben een zeer ruime beoordelingsvrijheid om zich tot het Hof de wenden (punt 3), zodat „de niet in hoogste ressort rechtsprekende instantie vrij moet zijn zich met haar vragen tot het Hof van justitie te wenden, indien zij meent dat het rechtsoordeel van de hoogste rechter haar tot een met het gemeenschapsrecht strijdig vonnis zou kunnen brengen", aangezien, indien zij gebonden was zonder zich tot het Hof te kunnen wenden, dit aan de bevoegdheid van het Hof en de toepassing van het gemeenschapsrecht op alle niveaus van de nationale rechterlijke organisaties „in de weg zou staan", tenzij de vragen „materieel identiek" zijn aan die van de rechter in laatste aanleg (punt 4). [52]

89. Ongetwijfeld heeft deze benadering nadelen, zoals een veel groter aantal prejudiciële verwijzingen of de ogenschijnlijke afbreuk aan de hiërarchie van de rechterlijke organisatie van de lidstaten. Het eerste nadeel is irrelevant, aangezien de werklast niet de geschikte rechtsweg kan bepalen. [53] Het tweede gaat eraan voorbij dat het Hof als hoogste uitleggende instantie van het gemeenschapsrecht fungeert; deze functie is de sluitsteen van het bestaan van een echte rechtsgemeenschap. Iedere andere keuze heeft hoe dan ook meer nadelen.

90. Ik ben mij ervan bewust dat, gelet op de onduidelijke contouren van de rechterlijke macht in de Unie, het Hof zelf voor enige verwarring zorgt. Hoewel het in het recht immers vooral van belang is, grenzen te trekken, is het niet eenvoudig daarbij in elke situatie de passende mate van nauwkeurigheid te betrachten.

VII — Onderzoek van de prejudiciële vragen

91. Zo het Hof de prejudiciële vragen van het Tribunale di Larino en het Tribunale di Teramo ontvankelijk mocht verklaren, kan een beschouwing over recht, spel en weddenschappen niet uit de weg worden gegaan.

A — *Recht, spel en weddenschappen*

92. Thans zijn de begrippen „recht" en „kans" of „toeval" tegenpolen, want toeval

52 — Het Hof heeft verklaard dat „[h]et bestaan in het nationale recht van een regel die de rechterlijke instanties bindt aan het rechtsoordeel van een rechter in hoogste ressort, hun op zichzelf niet de in artikel [234 EG] voorziene bevoegdheid kan ontnemen om zich tot het Hof van justitie te wenden".

53 — Hoewel deze keuze voor betwisting vatbaar is, zou de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen via een institutionele hervorming alleen aan rechters in laatste aanleg kunnen worden verleend, zoals het geval is op een aantal andere gebieden (artikel 68 EG).

wordt niet bepaald door de wil van de mens of door algemene overtuigingen; voorts werkt toeval niet doelbewust, maar onvoorspelbaar en willekeurig. [54] In andere tijden was er evenwel een nauwe interdependentie tussen de twee begrippen, daar voor de handhaving van de sociale vrede de rechterlijke beslissingen moesten worden nageleefd en degene die ze uitsprak, een „magische" of „priesterlijke" macht uitoefende. [55]

93. De archaïsche ordaliën of godsoordelen [56] illustreren deze symbiose, omdat daarbij de beslissing afhankelijk werd gesteld van het toeval. Later werden rechterlijke beslissingen steeds meer op rationele criteria gebaseerd totdat de moderne rechtsordes deze toevalligheden van het lot, behalve in bepaalde gevallen [57], hebben verbannen.

94. Er zijn andere aspecten die deze paradoxale band weerspiegelen, zoals de natuurlijke verbintenis, waarvan de weddenschap een goed voorbeeld is, de overeenkomst onder opschortende voorwaarde, waarbij het intreden van het onzekere toekomstige feit van het toeval afhangt, of zoals in de onderhavige zaak de kansovereenkomst.

95. Het spel als ludieke activiteit heeft de hele geschiedenis door in alle maatschappijen bestaan; vier niveaus met een verschillende juridische draagwijdte zijn te onderscheiden. Op het eerste niveau is de meest spontane en elementaire uiting te vinden: gewoon vermaak en ontspanning. [58] Op het tweede niveau is er de competitie die de winnaar naast het genoegen met anderen te wedijveren, zelfwaardering en sociaal aanzien geeft. Op het derde niveau volstaat het vermaak en het aantonen van kwaliteiten niet; er is een financieel belang. [59] Ten slotte, op het vierde niveau zijn er de wedden-

54 — Rivas Torralba, R. A., Juegos de azar, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 1996, blz. 11.

55 — Díez Picazzo, L., Experiencia jurídica y teoría del derecho, Ariel, Barcelona, 1987, blz. 18 en 21.

56 — In de codex van Hamoerabi, op het hoogtepunt van het Babylonische Rijk in de XVIIIe eeuw vóór Christus, gold vaak de waterproef als ordalie. De verdachte werd in de rivier gegooid en onschuldig verklaard indien hij overleefde.

57 — Juryleden of gerechtelijke deskundigen worden gewoonlijk door loting aangewezen. Soms wordt gekozen voor extreme oplossingen zoals in de zaak U.S./William Holmes, waarin de bemanning na een schipbreuk veertien passagiers in een overladen reddingsbootje over boord had gegooid; volgens de rechter hadden zowel bemanningsleden als passagiers moeten deelnemen aan een dramatische loting om de slachtoffers te kiezen.

58 — Vaak bestaat de uitdaging er alleen in zijn partner het hoofd te bieden of hem belachelijk te maken, zoals wanneer Don Quichot tegen zijn schildknaap zegt: „Ik zou wel een goede weddenschap met jou kunnen aangaan, Sancho, dat nu je erop los kan gaan en spreken zonder dat iemand je tegenhoudt, niets aan je lijf nog pijn doet" (Cervantes Saavedra, M., De vernuftige edelman Don Quichot van La Mancha, deel 2, hoofdstuk XXVIII, vrije vertaling).

59 — I. Kant wijst op deze facetten waar hij zegt dat kinderspelen — balspel, vechten, wedlopen, soldaten — tot ontspanning strekken en de persoonlijke ontwikkeling bevorderen; later richt het spel van de mens, het schaakspel, de kaarten, zich tegelijk ook op gewone winst; ten slotte worden alle spelen van de burger ten bewijze van zijn goed geluk bij roulette en dobbelen onbewust door de menselijke natuur aangedreven (Antropologie uit pragmatisch oogpunt, vrije vertaling).

schappen waarbij niet alleen geldsommen worden ingezet, maar die ook verslaving veroorzaken. [60]

96. Van deze vier niveaus vallen het eerste volledig en het tweede nagenoeg volledig buiten het recht. Daarentegen, wanneer in het spel een vermogen wordt geriskeerd, treedt de wetgever op om twee redenen: enerzijds ziet hij toe op de gevolgen van het spel voor het vermogen [61] en voor de gezondheid van de deelnemer [62] alsook voor de stabiliteit van zijn gezin; anderzijds houdt hij rekening met het handelskarakter van de inrichtingen waar wordt gespeeld.

97. Deze redenen verklaren de aandacht die kansspelen vanuit het recht krijgen, en hun weerslag op het gemeenschapsrecht. Het Hof heeft loterijen „als een ‚economische activiteit' in de zin van het Verdrag" [63] aangemerkt, aangezien zij „het verrichten van diensten tegen beloning" zijn [64], en ze dus als dienst gekwalificeerd. [65] Evenmin kan de weerslag van het spel op andere gebieden, zoals, in dezelfde economische sector, de vrijheid van vestiging of, buiten de vermogensrechtelijke sfeer, de reeds genoemde menselijke aspecten, buiten beschouwing worden gelaten.

B — *De beperkingen van de fundamentele vrijheden*

98. In de zaak Gambelli was advocaat-generaal Alber van mening dat de vraag van de verenigbaarheid van de nationale regeling met de vrijheid van vestiging vóór die inzake de vrijheid van dienstverrichting moest worden onderzocht, daar de eerste

60 — F. Dostojevski, die bekend stond als gokverslaafd, beschrijft meesterlijk degenen die bezeten zijn door het spel: „Een speler weet maar al te goed dat hij vierentwintig uur lang aan een tafel vastgekluisterd kan zitten zonder zijn blik van de kaarten af te wenden." (De speler, vrije vertaling) en voegt daaraan toe: „Op een bepaald moment merkte ik dat ik niet door het geld, maar tegen alle logica in door het risico, het avontuur werd gelokt. Wellicht wordt de geest niet oververzadigd door al die gewaarwordingen, maar wil hij nieuwe, fellere, tot volledige uitputting" (vrije vertaling). Hetzelfde is te vinden in de tekst van Gabriel y Galán, J. A., „[...] ik dacht de hele dag aan niets anders dan aan geld, ik was ervan afhankelijk, ik leefde in het tempo ervan; maar zoals alle spelers interesseerde mij niet het geld, maar de jetons [...]" (Muchos años después, Alfaguara, Madrid, 1992, vrije vertaling, blz. 324). Chateaubriand bekent een soortgelijke emotie na het grootste deel te hebben verloren van een bedrag dat hij net had geleend: „Ik had nooit gespeeld: het spel bracht mij in een soort pijnlijke roes; indien die passie mij had meegesleurd, zou zij mijn geestelijke vermogens hebben aangetast." [Mémoires d'Outre-Tombe (boek I-XXIV), vrije vertaling].

61 — Een van de helden van de roman van Dostojevski zegt het volgende: „Waarom zou het spel slechter zijn dan andere middelen om geld te verdienen, zoals de handel bijvoorbeeld? Op honderd spelers is er weliswaar maar één die wint, maar wat voor belang heeft die bijkomstigheid wanneer ik weet dat ik voorbestemd ben om te winnen?" (op. cit., vrije vertaling).

62 — Het fameuze personage van José Zorrilla, Don Juan Tenorio, uit deze bezorgdheid wanneer hij, na te hebben gewonnen, wordt uitgedaagd door de verliezer aan wie hij antwoordt: „Betekent dat het feest is afgelopen omdat ik heb gewonnen, en dat wij buiten gaan vechten?" (Don Juan Tenorio, eerste deel, vierde bedrijf, scène VI, vrije vertaling).

63 — Voormelde arresten Schindler (punt 19), en Anomar e.a. (punt 46).

64 — Arrest Anomar e.a. (reeds aangehaald, punt 47); in dezelfde zin arrest Zenatti (reeds aangehaald, punt 24).

65 — Voormelde arresten Schindler (punten 25 en 34); Läärä e.a. (punt 27) en Anomar e.a. (punt 52).

aan het Verdrag een hogere rang ontleende (punt 76) [66], hoewel het bij de centra voor datatransmissie niet om secundaire vestigingen ging (punt 87); in dat geval zou de regeling namelijk een inbreuk op de vrijheid van vestiging (punt 104), naast een inbreuk op de vrijheid van dienstverrichting (punt 132) zijn.

99. Het Hof heeft met inachtneming van de belangen van de spelers, de op dit gebied actieve ondernemingen en de tussenpersonen, deze twee vrijheden samen onderzocht en na ze tegen elkaar te hebben afgewogen vastgesteld dat „een nationale regeling als de Italiaanse wettelijke regeling inzake weddenschappen, met name artikel 4 van wet nr. 401/89, een beperking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten vormt" (punt 59); vervolgens heeft het onderzocht of sprake was van uitdrukkelijk in het Verdrag genoemde uitzonderingen of van een rechtvaardiging om dwingende redenen van algemeen belang (punt 60).

100. Er is geen reden tot betwisting van deze overwegingen, die ook in het arrest Zenatti inzake met betrekking tot de vrijheid van dienstverrichting te vinden zijn; het is evenwel nuttig in te gaan op de aspecten van de betrokken belemmeringen en op de personen die daardoor worden getroffen.

101. Volgens het arrest Gambelli belemmerden de eisen die het Italiaanse recht de deelnemers aan aanbestedingen voor concessies van agentschappen voor weddenschappen oplegde, de vrijheid van vestiging, aangezien bepaalde vennootschapsvormen waren uitgesloten (punten 46-48); voorts, aldus het arrest, werd de vrijheid van dienstverrichting beperkt door de eisen die aan een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter voor de uitoefening van zijn activiteit werden opgelegd (punt 54), alsook door die welke onder bedreiging van een strafsanctie werden opgelegd aan burgers die aan in andere lidstaten van de Gemeenschap georganiseerde weddenschappen wensten deel te nemen (punt 57) en aan degenen die de activiteit van de op deze grondgebieden gevestigde dienstverrichters vergemakkelijkten (punt 58). [67]

102. Het verrast dat het onderzoek van het Hof, hoewel de prejudiciële vraag haar oorsprong vond in strafzaken tegen de vertegenwoordigers van de bookmaker, voormelde drie groepen personen betrof. [68] De functie van het Hof of de gelding *erga omnes* van zijn prejudiciële uitspraken mag evenwel niet uit het oog worden verloren, aangezien de gewone wedders zouden kunnen worden vervolgd; bovendien kan de buitenlandse onderneming zich niet vestigen, zodat zij actief is via andere handelaars die wegens de uitvoering van hun overeenkomst strafrechtelijk kunnen worden vervolgd.

66 — Hij baseert zich op het arrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 22).

67 — Korte, S., „Das Gambelli-Urteil des EuGH", „Neue Zeitschrift für Veraltungsrecht", 2004, blz. 1449, schrijft dat deze bedreigingen wegens medewerking aan het beheer van weddenschappen de dienstenmarkt belemmeren.

68 — Korte, S., op. cit., blz. 1451.

C — *Het bestaan van een rechtvaardiging*

1. Probleemstelling

103. Anders dan advocaat-generaal Alber in zijn conclusie had voorgesteld, heeft het Hof in het arrest Gambelli de uit de Italiaanse wetgeving voortvloeiende belemmeringen samen onderzocht en gepreciseerd dat, ongeacht de vrijheid die geschonden wordt geacht, aan bepaalde voorwaarden moet worden voldaan: de beperkingen moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en zij mogen niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is; ten slotte dienen zij in elk geval zonder discriminatie te worden toegepast (punt 65). [69]

104. Met meer preciseringen dan het arrest Zenatti heeft het arrest Gambelli het aan de nationale rechter overgelaten, concreet te beoordelen of de Italiaanse wetgeving aan deze voorwaarden voldoet, en daarvoor een kader geschetst.

105. Het Hof had nauwkeuriger moeten zijn en zich overeenkomstig het voorstel van de advocaat-generaal, die op de moeilijkheden van deze taak voor de nationale rechters had gewezen, moeten uitspreken over de invloed van de communautaire vrijheden op de nationale bepalingen. [70]

106. Ongetwijfeld heeft het Hof in het arrest Gambelli mijns inziens zorgvuldig afgewogen hoever het kon gaan zonder zijn bevoegdheden te buiten te gaan; na het arrest Zenatti, dat een nieuwe verwijzing niet heeft verhinderd, is het Hof evenwel te omzichtig te werk gegaan, aangezien het over voldoende gegevens beschikte voor een grondigere analyse, waardoor de onderhavige verwijzing had kunnen worden vermeden. [71]

107. Thans moet derhalve een stap verder worden gezet en het antwoord worden genuanceerd om de ontstane onzekerheden weg te nemen, ook al lijkt zulks complexer; daarom moet worden nagegaan of er een mogelijke rechtvaardiging is voor de gewraakte belemmeringen van de commu-

69 — Arrest van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32); en arrest Gebhard (reeds aangehaald, punt 37).

70 — Punt 116 van de conclusie van advocaat-generaal Alber in de zaak Gambelli; in punt 120 wordt benadrukt dat wanneer de feiten voldoende bekend zijn, zodat het Hof in staat is ze te beoordelen, niets hem belet daartoe over te gaan.

71 — Volgens het commentaar op het arrest Gambelli van Brouwer, L., en Docquir, B., in Revue de droit comercial belge, nr. 3, 2004, blz. 314, punt 7, heeft het Hof geen enkele twijfel gelaten: al wordt de verenigbaarheid in beginsel door de verwijzende rechter beoordeeld, was het Hof duidelijk van oordeel dat de Italiaanse wetgeving niet voldeed aan de voorwaarden om verenigbaar met de gemeenschapsrecht te zijn.

nautaire vrijheden en of deze niet-discriminerend, geschikt en evenredig zijn.

2. Dwingende redenen van algemeen belang

108. In het arrest Gambelli zijn de redenen ter rechtvaardiging van de belemmeringen van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting negatief en positief gedefinieerd. Zo zijn „de afname of de vermindering van de belastinginkomsten" en „de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit toegelaten spelen" (punten 61 en 62) [72] verworpen, maar zijn „de bescherming van de consumenten", „fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord" alsook „het noodzakelijke voorkomen van maatschappelijke problemen" aanvaard (punt 67).

109. De Italiaanse wetgeving berust volgens de Corte suprema di cassazione op het feit dat toezicht op weddenschappen misdaadbestrijding mogelijk maakt. [73]

110. Volgens de Italiaanse regering ligt deze grondslag in de bescherming van de openbare orde [74] en van de consument alsook in de fraudebestrijding. [75]

111. Het Hof heeft het inconsistent geacht, de schade als gevolg van handelingen die in de hand worden gewerkt, te voorkomen [76], zoals het geval is wanneer een staat een beleid van sterke expansie van de kansspelen en weddenschappen voert [77]; bijgevolg lijkt

72 — Als redenen van openbare orde in de zin van artikel 46 EG heeft het Hof economische doelstellingen van de hand gewezen (onder meer arresten van 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda, C-288/89, Jurispr. blz. I-4007, punt 11, en 29 april 1999, Ciola, C-224/97, Jurispr. blz. I-2517, punt 16).

73 — Arrest Gesualdi (reeds aangehaald, punt 11.2.3). In de rechtsleer stelt Beltrani, S., La disciplina penale dei giochi e delle scommesse, Giuffrè, Milaan, 1999, blz. 313, dat het systeem allereerst gericht is op bescherming van de financiële en fiscale belangen van de staat; in dezelfde zin Coccia, M., „Rien ne va plus': la corte di giustizia pone un freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo", Foro italiano, 1994, blz. 521.

74 — Punt D, sub a, van de schriftelijke opmerkingen in de zaak Placanica en de zaken Palazzese en Sorricchio.

75 — Punt D, sub b, van dezelfde opmerkingen.

76 — Arrest Gambelli, punten 68 en 69.

77 — In het arrest Gesualdi, punt 11.2.3, heeft de Corte suprema di cassazione de in 1994 door AAMS ingevoerde loterijen „Gratta e Vinci", de ook in 1994 door CONI ingevoerde loterij „Totogol", de in oktober 1997 aan Sisal geconcedeerde „SuperEnalotto", de in 1998 door CONI gelanceerde „Totosei", de bij decreet van augustus 1999 en in april 2000 door het Ministero dell'Economia op de markt gebrachte „Formula 101", de vanaf januari 2001 door CONI beheerde „Totobingol" en de in 2000 door het Ministero dell'Economia toegelaten „Bingo" vermeld.

fraudebestrijding de enige rechtvaardiging van de litigieuze beperkingen.

112. In dit opzicht zijn geen nadere preciseringen gegeven voor een beter begrip van de invloed van criminaliteit, bijvoorbeeld oplichting of witwassen van geld, op kansspelen. [78]

113. Volgens voormeld arrest Läärä e.a. heeft „een beperkte vergunning" voor weddenschappen in het kader van een uitsluitend recht het voordeel dat de goklust en de exploitatie ervan in beheersbare banen wordt geleid, dat de risico's van exploitatie met bedrieglijk en crimineel oogmerk worden vermeden, en dat de opbrengst voor doelen van algemeen nut wordt gebruikt (punt 37). [79]

114. Voor de naleving van de gemeenschapsregels volstaat het evenwel niet sterke redenen te hebben om het spel te regelen op een wijze die, zonder het te verbieden, het op een bepaalde wijze beperkt, aangezien de genomen maatregelen ook niet-discriminerend, geschikt en evenredig moeten zijn.

3. De mogelijke discriminatie

115. In het arrest Gambelli heeft het Hof zich niet uitgesproken over de schending van het non-discriminatiebeginsel door de Italiaanse regeling [80], maar de beoordeling daarvan aan de nationale rechter overgelaten. [81]

116. Het Tribunale di Teramo heeft thans de gegevens waarover het Hof ten tijde van de uitspraak over deze zaak beschikte vervolledigd, zodat het Hof de vraag gemakkelijk zelf zal kunnen beantwoorden, en verbergt zich niet achter het excuus dat de wetswijzigingen van 2003 de situatie in Italië hebben gewijzigd; de gevolgen van deze wijzigingen zijn volgens het Tribunale namelijk vermoedelijk uitgesteld tot 2011, zodat de nasleep van de oude regeling voelbaar blijft met alle gevolgen van dien voor de strafzaken die tot de prejudiciële verwijzingen hebben geleid. Bovendien hebben deze wetswijzigingen slechts gevolgen gehad voor één van de onderdelen van het stelsel, de concessie, en niet voor de andere, de vergunning en de sanctie.

78 — Volgens Buschle, D., „Der Spieler' — Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts", European Law Reporter, nr. 12, 2003, blz. 471, is misdaadbestrijding een reden van openbare orde en tegelijk een dwingende reden van algemeen belang.

79 — Voormelde arresten Zenatti (punt 35) en Anomar e.a. (punt 74) hebben dit idee overgenomen.

80 — Advocaat-generaal Alber ontwikkelt in de punten 95 tot en met 97 van zijn conclusie verschillende argumenten die een dergelijke inbreuk aantonen.

81 — Punten 70 en 71.

117. Gelet op de gegevens in de dossiers en in voormelde arresten moet worden geconstateerd dat in het kader van de concessies en de vergunningen sprake is van ongelijke behandeling.

a) De concessies

118. Op de gereglementeerde markten in de Gemeenschap genoteerde kapitaalvennootschappen, konden aan de aanbestedingen voor het verlenen van concessies niet deelnemen. De vereisten golden voor alle belanghebbenden, ook Italiaanse [82]; in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen werden evenwel zwaarder getroffen door de belemmeringen van de Italiaanse wettelijke regeling [83], daar zij, indien zij wilden inschrijven, hun interne structuur moesten aanpassen en zij zich derhalve moeilijk in Italië konden vestigen. [84]

119. Deze conclusie wordt versterkt doordat de concessies mondjesmaat worden verleend. [85] Dit houdt echter geen verband met de eisen van misdaadbestrijding [86], aangezien er voor de vergunningen weliswaar vooraf wordt gecontroleerd, maar alleen voor de toelating tot de aanbestedingsprocedures een zekerheid dient te worden gesteld tot waarborg van de betaling aan de schatkist van de toepasselijke rechten. [87]

120. De ongelijkheid treft ook de tussenpersonen die onder bedreiging van een strafsanctie geen diensten mogen verrichten voor in andere lidstaten gevestigde bookmakers, die zich niet in Italië kunnen vestigen en er evenmin een vergunning voor hun activiteit kunnen krijgen.

b) De vergunningen

121. Volgens het Hof kan een regeling van voorafgaande vergunning geen rechtvaardi-

82 — Arrest Zenatti, punt 26.

83 — In voormelde arresten Schindler (punt 43) en Anomar e.a. (punt 65) wordt eraan herinnerd dat het gemeenschapsrecht zich ook verzet tegen een nationale regeling die ongeacht de nationaliteit de activiteiten van ondernemers uit andere lidstaten, waar zij soortgelijke diensten verrichtten, verbiedt of belemmert. In punt 27 van het arrest Zenatti wordt verklaard dat de Italiaanse wetgeving „ondernemers uit andere lidstaten al dan niet rechtstreeks [belette] zelf weddenschappen in Italië af te sluiten".

84 — Korte, S., op. cit., blz. 1450. Dienaangaande antwoordde de vertegenwoordiger van de Italiaanse regering op een van mijn vragen ter terechtzitting dat de meerderheid van de acht buitenlandse ondernemingen die een concessie hadden verkregen, ze van de opdrachtnemer hadden gekocht.

85 — CONI heeft in 1998 1 000 concessies aangeboden; de ministro delle Finanze en de ministro per le Politiche Agricole hebben elk in het kader van hun bevoegdheden 671 aanbestedingen voor nieuwe vergunningen uitgeschreven en 329 bestaande vergunningen automatisch verlengd. Dit laatste ligt aan de oorsprong van een beroep wegens nietnakoming van de Commissie tegen de Italiaanse Republiek — thans aanhangige zaak C-260/04, — waarnaar ik reeds heb verwezen.

86 — Naar blijkt uit de offerteaanvragen voor de concessies op paardenwedrennen bij ministerieel decreet van 7 april 1999, Approvazione del piano di potenziamento della rete di raccolta ed accettazione delle scommesse ippiche (GURI nr. 86, van 14 april 1999) wordt dit aantal op basis van andere parameters vastgesteld.

87 — Deze vaststelling is te vinden in de verwijzingsbeschikking van het Tribunale di Teramo in zaak C-359/04.

ging vormen voor discretionair optreden van de nationale autoriteiten dat de communautaire voorschriften hun nuttig effect berooft. [88] Zij moet enerzijds gebaseerd zijn op objectieve criteria, die niet-discriminerend zijn en vooraf kenbaar zijn, opdat een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid van deze autoriteiten en willekeur wordt voorkomen; anderzijds moet zij berusten op gemakkelijk toegankelijke procedureregels, die de betrokkenen waarborgen dat hun aanvraag binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig zal worden behandeld. [89]

122. Op het eerste gezicht lijkt de vergunning van artikel 88 TULPS aan deze voorwaarden te voldoen, maar bij nadere analyse van de artikelen 8 tot en met 14 ervan blijkt dat er een beoordelingsvrijheid bestaat die onverenigbaar is met een objectief onderzoek, bijvoorbeeld waar artikel 10 „in geval van misbruik door de bevoegde persoon" zonder nadere precisering de intrekking voorschrijft. [90] Voorts is het zo dat de criteria om deze vergunningen te weigeren, kennelijk niet uitputtend zijn geregeld.

123. Bovendien veronderstelt de vergunning dat er een concessie is, zodat zij dezelfde gebreken heeft als de concessie, juist omdat die eerst wordt afgegeven.

4. De geschiktheid en de evenredigheid

124. De Italiaanse bepalingen beperken de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting ter bereiking van een rechtmatig doel, maar zij zijn discriminerend, hetgeen zou volstaan om ze buiten toepassing te laten. Voorts zijn zij niet geschikt voor het doel dat zij nastreven, noch evenredig aan het beoogde rechtsbelang.

a) De belemmeringen van de vrijheid van vestiging

125. Voor de uitsluiting van bepaalde vennootschapsvormen van de aanbestedingen voor de verlening van concessies wordt een beroep gedaan op de transparantie van de ondernemingen; er zijn evenwel andere oplossingen, die minder restrictief zijn en beter met het Verdrag stroken. [91] Zoals

88 — Arresten van 23 februari 1995, Bordessa e.a. (C-358/93 en C-416/93, Jurispr. blz. I-361, punt 25); 14 december 1995, Sanz de Lera e.a. (C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Jurispr. blz. I-4821, punten 23-28), 20 februari 2001, Analir e.a. (C-205/99, Jurispr. blz. I-1271, punt 37), en 12 juli 2001, Smits en Peerbooms (C-157/99, Jurispr. blz. I-5473, punt 90).

89 — Arrest Smits en Peerbooms (reeds aangehaald, punt 90).

90 — De Commissie vermeldt artikel 11, tweede alinea, TULPS, krachtens hetwelk de vergunning kan worden geweigerd, wanneer de belanghebbende geen goed gedrag bewijst; de Corte constituzionale heeft in zijn arrest nr. 440 van 16 december 1994 dit evenwel ongrondwettig verklaard op grond dat de bewijslast op de belanghebbende wordt gelegd.

91 — Hoeller, B., en Bodemann, R., „Das ‚Gambelli'-Urteil des EuGH und seinen Auswirkungen auf Deutschland", Neue Juristische Wochenschrift, 2004, blz. 125, stellen met betrekking tot de Duitse regeling — die bepaalde overeenkomsten met de Italiaanse regeling vertoont — dat een wetgeving die niet alle ondernemingen ongeacht hun rechtsvorm toegang tot de weddenschappenmarkt geeft, de vrijheid van vestiging onevenredig beperkt.

gesteld in het arrest Gambelli, zijn er „andere middelen [...] om de rekeningen en de activiteiten van dergelijke vennootschappen te controleren" [92]; het Hof heeft aldus de overweging in de conclusie van advocaat-generaal Alber bevestigd dat om een oordeel over de integriteit van vennootschappen te kunnen vellen, inlichtingen over haar vertegenwoordigers of voornaamste aandeelhouders kunnen worden ingewonnen. [93]

126. Ondanks deze argumenten heeft Italië de gewraakte maatregelen niet afgewogen tegen andere mogelijkheden en niet aangetoond dat zij de beste keuze waren om het gestelde doel te bereiken.

b) De beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting

127. De feitelijke onmogelijkheid voor een in een lidstaat gevestigde onderneming om haar handelsactiviteit in een andere lidstaat uit te oefenen alsook het verbod via tussenpersonen op te treden en aangeboden diensten te gebruiken, gaan verder dan nodig om de door de nationale wetgeving gestelde doelstellingen te bereiken. [94]

128. Door de in andere landen van de Unie uitgevoerde controles en de aldaar gestelde zekerheden te negeren of buiten beschouwing te laten en zich, zoals de Corte Suprema di cassazione, op het territoriale karakter van de vergunning te beroepen, wordt de Europese eenmaking belemmerd en worden de grondvesten ervan aangetast, in strijd met het bepaalde in artikel 10 EG, volgens hetwelk de lidstaten „zich dienen te onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen", en met het in de intracommunautaire betrekkingen geldende vertrouwensbeginsel.

129. Dienaangaande heeft het Hof in het arrest van 4 december 1986, Commissie/Duitsland [95], verklaard dat de autoriteit van de lidstaat waar de dienst wordt verricht, „rekening [moet] houden met de controles en verificaties die al in de vestigingsstaat zijn verricht" (punt 47), waarbij het het gelijkwaardigheidsbeginsel heeft erkend [96]; voorts wordt in het arrest van 10 mei 1995, Alpine Investments [97], over telefoniediensten aan mogelijke klanten die in andere lidstaten

92 — Punt 74.

93 — Punt 99.

94 — Brouwer, L., en Docquir, B., op. cit., blz. 314, punt 8.

95 — 205/84, Jurispr. blz. 3755.

96 — Advocaat-generaal La Pergola heeft in punt 36 van zijn conclusie bij het arrest Läärä e.a. de aandacht gevestigd op dit criterium, dat het Hof evenwel niet heeft overgenomen.

97 — C-384/93, Jurispr. blz. I-1141, punten 46-49.

zijn gevestigd, stilzwijgend verwezen naar het doeltreffendheidsbeginsel.

130. Deze twee beginselen brengen mij ertoe het standpunt van advocaat-generaal Alber in punt 118 van zijn conclusie in de zaak Gambelli te delen dat kansspelen in nagenoeg alle lidstaten wettelijk zijn geregeld en dat de voor de regeling aangevoerde redenen grotendeels met elkaar overeenstemmen. [98] Wanneer derhalve een organisator uit een andere lidstaat voldoet aan de aldaar geldende voorwaarden, moet dit voor de autoriteiten van de lidstaat waar de dienst wordt verricht, volstaan als een afdoende waarborg voor de integriteit van de organisator. [99]

131. De Corte suprema di cassazione heeft zelf vastgesteld dat de Britse onderneming voor rekening waarvan de Italiaanse verdachten handelden, van het Betting Licensing Committee in Liverpool toelating voor haar activiteiten had gekregen op basis van de Betting Gaming and Lotteries Act (wet op de weddenschappen, kansspelen en loterijen) van 1963, belastingen over de weddenschappen (General Betting Duty) betaalde en onderworpen was aan het toezicht van de Engelse belastingdienst en douane (Inland Revenues and Custom & Excise), van particuliere accountants en van de instanties die toezicht houden op beursgenoteerde vennootschappen.

132. In deze omstandigheden, waarover de lidstaten die opmerkingen in de onderhavige prejudiciële zaak hebben ingediend, niet hebben uitgeweid, zijn de Britse autoriteiten beslist beter geplaatst dan de Italiaanse autoriteiten om de legaliteit van de betrokken activiteiten te controleren, en zijn er geen argumenten voor dubbele controle. [100] In het arrest van 25 juli 1991, Säger [101], heeft het Hof belemmeringen van de vrijheid van diensten geduld om redenen van algemeen belang voor zover „dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd" (punt 15).

133. De tussenpersonen hebben van het Ministero dei Comunicazioni (ministerie van Telecommunicatie) de nodige vergunningen gekregen voor de elektronische datatransmissie; daartoe moeten zij zich inschrijven bij de kamer van koophandel, het „nulla osta antimafia"-certificaat verkrijgen en geen strafregister hebben; ten slotte zijn zij onderworpen aan de controle van de

98 — Advocaat-generaal Gulmann gaat in bijzonderheden in op dit punt in het begin van zijn conclusie bij voormeld arrest Schindler.

99 — Meer in het algemeen zie het verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement — De toestand van de interne markt voor diensten — (COM(2002) 441 def.), verslag in het kader van de eerste fase van de strategie voor een interne markt van diensten, meer bepaald punten 36 e. v.

100 — Volgens Schütz, H.-J., Bruha, T., en König, D., Europarecht Casebook, München, 2004, blz. 752, vereist de invoering door een lidstaat van strengere voorwaarden een nauwgezet onderzoek van de evenredigheid, met name ten bewijze dat er geen minder restrictieve maatregelen zijn.

101 — C-76/90, Jurispr. blz. I-4221.

bevoegde nationale instanties. Desondanks mogen zij geen diensten voor rekening van een in een andere lidstaat rechtmatig gevestigde vennootschap verrichten.

5. De strafbepalingen

134. De bij artikel 4, leden 4bis en 4ter, van wet nr. 401/89 strafbaar gestelde handelingen worden verricht in het kader van de uitoefening zonder vergunning van activiteiten in verband met weddenschappen. Zij zijn het gevolg van het door de Italiaanse wetgever ontwikkelde systeem waarin deze vrij beslist over toelating of verbod [102], zodat er, gelet op de geanalyseerde aspecten, het beschermingsniveau dat hij geschikt acht en de nationale bijzonderheden, uiteindelijk een bepaald beschermingsniveau is. De gemaakte keuze moet evenwel stroken met het gemeenschapsrecht. [103]

135. Buiten schot blijft dus de strafwet van de betrokken staat, die het best geplaatst is om de toepassing, de geschiktheid en de werking van een repressief optreden te beoordelen [104], maar wanneer de regeling in het kader waarvan een straf is gesteld, in strijd is met het gemeenschapsrecht, is deze straf zeker eveneens ongeoorloofd [105] aangezien de eerste en de tweede regel niet op zichzelf staan, maar deel uitmaken van een raderwerk dat in een groter systeem moet worden ingepast. De keuze staat niet aan het Hof [106], dat evenwel moet nagaan of de gemaakte keuze verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

136. In het algemeen valt op te merken dat artikel 4 van wet nr. 401/89 een zwaardere straf stelt op overtredingen met betrekking tot aan de staat, CONI, UNIRE of hun concessiehouders voorbehouden weddenschappen; dit kan nauwelijks zijn ingegeven door misdaadbestrijding, maar dient veeleer het economisch belang van het spel voor de staatsfinanciën.

137. In elk geval dient ook te worden ingegaan op de evenredigheid van de straffen tegen de achtergrond van met name de

102 — Voormelde arresten Schindler (punt 61); Läärä e.a. (punt 35), Zenatti (punt 33); en Anomar e.a. (punten 79 en 87).

103 — Advocaat-generaal La Pergola verklaart in punt 34 van zijn conclusie bij het arrest Läärä e.a., „[o]fschoon van discretionaire aard, blijven de genomen beperkende maatregelen aan rechterlijk toezicht onderworpen; of zij zich kwalificeren als vereisten van algemeen belang, kan immers worden gecontroleerd door de nationale rechter die ze moet toepassen en die bij dat onderzoek rekening zal moeten houden met de rechtvaardigingsregels — daaronder begrepen het evenredigheidsbeginsel — die in de communautaire rechtspraak zijn opgesteld met betrekking tot de grenzen die op legale wijze aan de uitoefening van de uit het Verdrag voortvloeiende rechten en vrijheden kunnen worden gesteld", hetgeen, zoals gezegd, toezicht door het Hof niet uitsluit.

104 — Zoals ik heb uiteengezet in punt 48 van de conclusie bij het arrest van 13 september 2005, Commissie/Raad (C-176/03, Jurispr. blz. I-7879).

105 — Ik neem de termen van advocaat-generaal Alber in de punten 97 en 99 van zijn conclusie bij het arrest Gambelli over.

106 — Arrest Schindler (reeds aangehaald, punt 32).

punten 72 en 73 van het arrest Gambelli, die onderscheid maken tussen de gokker en de tussenpersoon.

138. Voor de gokker heeft het Hof de nationale rechter aanbevolen, voor de strafsanctie die wordt opgelegd aan eenieder die vanuit zijn woning in Italië via internet weddenschappen aangaat met een in een andere lidstaat gevestigde bookmaker, rekening te houden met de aanmoediging tot deelneming aan weddenschappen in het kader van door nationale organisaties met een vergunning georganiseerde kansspelen; dienaangaande heeft het Hof verschillende arresten aangehaald. [107]

139. Wat de tussenpersoon betreft, heeft het Hof het ook aan de verwijzende rechter gelaten na te gaan of de sancties verder gaan dan ter bestrijding van fraude noodzakelijk is, daar de dienstverrichter in de lidstaat waar hij gevestigd was, onder een stelsel van toezicht en sancties viel.

140. De Corte suprema di cassazione heeft zich niet gekweten van de haar opgedragen taak op grond dat zij zich daartoe niet bevoegd achtte. Vreemd genoeg heeft zij zich, ondanks haar vaststelling van de drie wezenlijke bestanddelen van de Italiaanse rechtsregeling inzake het beheer van weddenschappen, bij haar beslissing alleen met de vergunning beziggehouden en de sanctie volledig en de concessie gedeeltelijk buiten beschouwing gelaten.

141. Thans moet het Hof, nu het over alle daartoe benodigde gegevens beschikt, zich uitspreken en zonder omhaal vaststellen dat een sanctie waarbij tot drie jaar gevangenisstraf kan worden opgelegd, onevenredig is gelet op de in de onderhavige conclusie beschreven omstandigheden, in het bijzonder het door middel van de betrokken strafvervolging beschermde rechtsbelang en het gedrag van de staat zelf, dat het spelen aanmoedigt. [108]

142. Bovendien heeft een veroordeling voor de veroordeelde gevolgen waardoor hem ingevolge de artikelen 11 en 14 TULPS geen vergunning meer kan worden verleend, zodat hem iedere activiteit in verband met weddenschappen verboden is.

107 — Arresten van 29 februari 1996, Skanavi en Chryssanthakopoulos (C-193/94, Jurispr. blz. I-929, punten 34-39), en 25 juli 2002, MRAX (C-459/99, Jurispr. blz. I-6591, punten 89-91).

108 — Korte, S., op. cit., blz. 1451, uit ernstige twijfel aan het nut van strafsancties gelet op het expansieve Italiaanse beleid inzake ontwikkeling van kansspelen; Mignone, C. I., „La Corte di giustizia si pronuncia sul gioco d'azzarso nell'era di Internet", Diritto pubblico comparato ed europeo, 2004, blz. 401, vraagt zich af of de beschermde belangen evenredig zijn aan de opgeofferde persoonlijke vrijheid; volgens Hoeller, B., en Bodemann, R., op. cit., blz. 125, blijkt de onevenredigheid in Duits recht doordat de staat zijn eigen doelstellingen ondermijnt.

143. Evenmin mag worden vergeten dat het om fundamentele communautaire vrijheden gaat, zodat elke afwijking eng moet worden uitgelegd [109], en dat een gevangenisstraf het vrije verkeer van personen belemmert. [110]

D — *Slotopmerkingen*

144. Daar er geen bepalingen van afgeleid recht inzake kansspelen zijn, dienen de prejudiciële vragen te worden beantwoord op basis van het primaire recht, hoewel gelet op de betrokken gebieden harmonisatie ter zake in het kader van de bevoegdheden van de Gemeenschap aangewezen zou zijn; daartoe zijn al voldoende gelegenheden geweest.

145. Een eerste poging is gedaan in 1991, toen de Commissie op basis van het onderzoek „Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation" [111], kansspelen onder de regeling van de gemeenschappelijke markt heeft willen brengen. Wegens de aarzeling van een aantal lidstaten is de Commissie evenwel niet verder gegaan. [112]

146. Bij de vaststelling van richtlijn 2000/31 betreffende de elektronische handel [113] was er andermaal een gelegenheid, maar van deze richtlijn werden „gokactiviteiten waarbij een geldbedrag wordt ingezet, zoals loterijen en weddenschappen" uitdrukkelijk uitgesloten (artikel 1, lid 5, sub d, derde streepje).

147. Op dit moment wordt van gedachten gewisseld over een belangrijke richtlijn inzake diensten [114], die ertoe strekt een rechtskader tot stand te brengen „om de

109 — Zie onder meer arrest van 19 januari 1999, Calfa (C-348/96, Jurispr. blz. I-11, punt 23), dat concreet verwijst naar het voorbehoud van „openbare orde".

110 — Arresten van 3 juli 1980, Pieck (157/79, Jurispr. blz. 2171, punt 19), en 12 december 1989, Messner (C-265/88, Jurispr. blz. 4209, punt 14), en arrest Skanavi en Chryssanthakopoulos, reeds aangehaald, punt 36.

111 — Publicatiebureau van de Europese Gemeenschappen, Luxemburg, 1991. Dit onderzoek is door advocaat-generaal Gulmann besproken in diens conclusie bij voormeld arrest Schindler.

112 — Coccia, M., op. cit., blz. 524. De Commissie heeft gelet op het subsidiariteitsbeginsel besloten geen voorstellen voor een communautaire regeling in te dienen (Conclusies van het Voorzitterschap van de Europese Raad te Edinburgh op 11 en 12 december 1992, bijlage 2 bij deel A: Subsidiariteit — Voorbeelden van hernieuwd onderzoek van hangende voorstellen en geldende wetgeving, bekendgemaakt in Bulletin van de Europese Gemeenschappen nr. 2, 1992).

113 — Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („Richtlijn inzake elektronische handel") (PB L 178, blz. 1).

114 — Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt (COM(2004) 2 def.).

vrijheid van vestiging van dienstverrichters alsook het vrije verkeer van diensten te kunnen vergemakkelijken" (artikel 1); deze betreft kansspelen (artikel 2, a contrario), ook al is daarin sprake van een overgangsperiode waarin het „beginsel van het land van oorsprong" [115] niet van toepassing is op „gokactiviteiten die erin bestaan dat een geldbedrag wordt ingezet bij kansspelen, met inbegrip van loterijen en weddenschappen" (artikel 18, lid 1, sub a), waarvoor wordt voorzien in een eventuele aanvullende harmonisatie „in het licht van een verslag van de Commissie en een uitvoerige raadpleging van de belanghebbenden" (artikel 40) [116], gelet op het belang van het besproken onderwerp. [117]

148. Indien deze raadpleging binnen de Gemeenschap slaagt, zullen vele problemen over weddenschappen via internet zijn opgelost. Inmiddels moeten de eenzijdig genomen maatregelen worden getoetst aan het Verdrag. [118]

149. De grensoverschrijdende dimensie van kansspelen reikt overigens verder dan de grenzen van de Europese Unie, zoals blijkt uit de spanningen binnen de wereldhandelsorganisatie [119], waarvan de overeenkomsten, met name de algemene overeenkomst betreffende de handel in diensten, het gemeenschapsrecht beïnvloeden wanneer een derde land erbij betrokken is, hetgeen in casu niet het geval is.

115 — Overeenkomstig dit beginsel is de dienstverrichter alleen onderworpen aan de wet van zijn lidstaat van vestiging, die ook met de controle is belast, wanneer de dienst in een ander land van de Gemeenschap wordt verricht (artikel 16).

116 — Ik weet dat de liberalisering van deze sector verre van probleemloos verloopt. Volgens Ohlmann, W., „Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli", Wettbewerb in Recht. Und Praxis, nr. 1, 2005, blz. 55 en 58, bijvoorbeeld mag er geen mededinging zijn; Walz, S., „Gambling um Gambelli? — Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol", Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2004, blz. 524, maakt voorbehoud tegen de geldigheid van buitenlandse vergunningen; en Campegiani, C., en Pati, C., „Il sistema di monopolio statale delle scommesse e la sua compatibilità con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (arts. 43 e 49 CE)", Giustizia civile, 2004-I, blz. 2532, rechtvaardigen het beheer van kansspelen binnen een overheidskader. Geeroms, S., „Cross-Border Gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC Rules Compared: A Justified Restriction on the Freedom to Provide Services?", Cross-Border Gambling on the Internet — Challenging National ant International Law, Zurich/Basel/Genève, 2004, blz. 180, is voorstander van een geliberaliseerde markt onder toezicht van een supranationale of internationale wetgeving met strikte regels ter bestrijding van de misdaad.

117 — Buschle, D., op. cit., blz. 471, wijst erop dat in Duitsland tussen 90 000 en 500 000 personen verslaafd zijn aan kansspelen. Voor twee derde gaat het daarbij om mannen met een laag inkomen. Volgens het dagblad El País, dat gegevens van het advieskantoor Christiansen Capital Advisors overneemt, zijn er tussen 1 800 en 2 500 internetsites voor kansspelen met een omzet van 8 200 miljoen dollar wereldwijd, welk cijfer in 2009 tot 23 500 miljoen zou moeten oplopen (Ciberpaís, 13 oktober 2005).

118 — Het debat is thans geopend. De Franse rechters kregen onlangs met soortgelijke moeilijkheden als hun Italiaanse collega's te maken met betrekking tot weddenschappen op paardenwedrennen op internet, die worden beheerd door Zeturf, een op Malta ingeschreven vennootschap; de Cour d'appel van Parijs heeft in een arrest van 4 januari 2006 het vonnis van het Tribunal de grande instance te Parijs bevestigd en, zonder het Hof een prejudiciële vraag te stellen, de nationale wetgeving verenigbaar met het gemeenschapsrecht verklaard, waarop reeds een eerste kritiek is gekomen (Verbiest, T., „Paris hippiques en ligne: la Cour d'appel de Paris confirme la condamnation de Zeturf", Droit et Nouvelles Technologies, http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1150).

119 — Bijvoorbeeld het conflict tussen de Verenigde Staten en Antigua, dat is beëindigd met het verslag van de beroepsinstantie van de WHO, United States — Measures affecting cross-border supply of gambling and betting services, WT/DS285/AB/R, van 7 april 2005.

VIII — Conclusie

150. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van het Tribunale di Teramo en het Tribunale di Larino te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 43 EG en 49 EG verzetten zich tegen een nationale regeling die, onder bedreiging met strafsancties die tot drie jaar gevangenisstraf kunnen oplopen, verbiedt om zonder de daarvoor vereiste concessie of vergunning van de betrokken lidstaat voorstellen voor weddenschappen in te zamelen, aan te nemen, te registreren en te verzenden voor rekening van een onderneming die deze concessie of vergunning voor dergelijke diensten in die lidstaat niet kan verkrijgen, maar daarvoor in een andere lidstaat, waar zij gevestigd is, toelating heeft verkregen."