ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

15 september 2011 *

In zaak C-347/09,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Bezirksgericht Linz (Oostenrijk) bij beslissing van 10 april 2009, ingekomen bij het Hof op 31 augustus 2009, in de strafzaak tegen

Jochen Dickinger,

Franz Ömer,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: J.-C. Bonichot, kamerpresident, K. Schiemann (rapporteur), L. Bay Larsen, A. Prechal en E. Jarašiūnas, rechters,

advocaat-generaal: Y. Bot,
griffier: K. Malacek, administrateur,

* Procestaal: Duits.

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 januari 2011,

gelet op de opmerkingen van:

— J. Dickinger en F. Ömer, vertegenwoordigd door W. Denkmair en O. Plöckinger, Rechtsanwälte,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer en J. Bauer als gemachtigden,

— de Belgische regering, vertegenwoordigd door L. Van den Broeck en M. Jacobs als gemachtigden, bijgestaan door A. Hubert en P. Vlaemminck, advocaten,

— de Griekse regering, vertegenwoordigd door E.-M. Mamouna, M. Tassopoulou en G. Papadaki als gemachtigden,

— de Maltese regering, vertegenwoordigd door A. Buhagiar en J. Borg als gemachtigden,

— de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes en A. Barros als gemachtigden,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door E. Traversa en B.-R. Killmann als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 31 maart 2011,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 43 EG en 49 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van strafzaken tegen J. Dickinger en F. Ömer wegens schending door bet-at-home.com Entertainment GmbH (hierna: „bet-at-home.com Entertainment"), de vennootschap naar Oostenrijks recht waarvan zij de zaakvoerders zijn, van de Oostenrijkse wettelijke regeling betreffende de exploitatie van kansspelen, meer in het bijzonder wat het aanbieden van kansspelen via het internet betreft.

Rechtskader

3 De federale wet betreffende kansspelen (Glücksspielgesetz, BGBl 620/1989), in de versie die op het hoofdgeding van toepassing is (hierna: „GSpG"), bepaalt in § 3, met het opschrift „Monopolie van kansspelen", dat enkel de bondsstaat het recht heeft om kansspelen te organiseren. Daarnaast bepalen §§ 14 en 21 GSpG dat de federale minister van Financiën concessies kan verlenen voor enerzijds het organiseren van

loterijen en anderzijds het exploiteren van casino's. Behalve op een bepaald type totalisator, „Toto" genaamd, is de regeling van de GSpG niet van toepassing op sportweddenschappen, aangezien deze niet als kansspelen in de enge zin van het woord worden beschouwd.

4 Krachtens § 12a GSpG worden onlinecasinospelen met loterijen gelijkgesteld, zodat niet de concessieregeling inzake casino's, maar wel deze inzake loterijen hierop van toepassing is. Deze § 12a, die in 1997 in de GSpG is ingevoegd (BGBl I, 69/1997), definieert het begrip „elektronische loterijen" in dit verband als volgt:

„loterijen waarbij de spelovereenkomst langs elektronische weg tot stand komt, de uitslag over winst of verlies centraal wordt genomen of ter beschikking gesteld en de deelnemer onmiddellijk na deelname aan het spel kennis kan nemen van het resultaat".

5 Op grond van § 14, lid 2, GSpG kan een concessie voor het organiseren van loterijen slechts worden verleend aan een marktdeelnemer die:

„1. een op het nationaal grondgebied gevestigde kapitaalvennootschap is,

2. geen eigenaars (vennoten) heeft die een beslissende invloed hebben en door wier invloed de naleving van de regelgeving niet kan worden gewaarborgd,

3. over een raad van toezicht en een gestort aandelenkapitaal van ten minste 109 miljoen EUR beschikt, waarvan de rechtmatige herkomst op passende wijze moet worden bewezen,

4. directeuren aanstelt die op grond van hun opleiding vakbekwaam zijn, de voor de goede uitvoering van de werkzaamheden benodigde eigenschappen en ervaring bezitten, en tegen wie geen uitsluitingsgrond uit hoofde van § 13 van het wetboek tot regeling van ambacht, handel en industrie van 1973 bestaat (Gewerbeordnung 1973) [...]

5. gelet op de omstandigheden (in het bijzonder ervaring, kennis en eigen middelen) waarschijnlijk de hoogste opbrengst (heffing over de concessie en kansspelbelasting) voor de staat kan behalen, en

6. waarbij de structuur van het concern waartoe de eigenaars met een gekwalificeerd belang in de onderneming kunnen behoren, geen hinderpaal vormt voor een doeltreffend toezicht op de concessiehouder."

6 § 14, lid 3, punt 1, GSpG bepaalt dat een concessie voor maximaal vijftien jaar kan worden verleend.

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

8 Indien verschillende kandidaten die aan de voorwaarden van § 14, lid 2, GSpG voldoen, om een concessie verzoeken, moet de federale minister van Financiën op grond van lid 5, tweede volzin, van diezelfde paragraaf een beslissing nemen op basis van

het in punt 5 van voornoemd lid 2 neergelegde criterium en de concessie dus verlenen aan de marktdeelnemer waarvan kan worden verwacht dat hij de hoogste opbrengst voor de federale regering zal behalen.

9 Krachtens § 15, lid 1, GSpG mag de concessiehouder geen filialen buiten Oostenrijk oprichten. Bovendien heeft de concessiehouder voor de verkrijging van een gekwalificeerde deelneming in een andere onderneming de toestemming van de federale minister van Financiën nodig. Krachtens § 15a GSpG is die toestemming ook vereist wanneer de concessiehouder zijn handelsactiviteiten wil uitbreiden, en wordt zij slechts verleend indien er geen verlaging te verwachten is van de opbrengsten die de federale regering uit de heffing over de concessie en de kansspelbelasting haalt.

10 Op grond van § 16 GSpG is de concessiehouder verplicht om de spelvoorwaarden vast te stellen van de kansspelen die hij op grond van de concessie mag organiseren. Deze voorwaarden, die door de federale minister van Financiën moeten worden goedgekeurd, worden in het Amtsblatt zur Wiener Zeitung gepubliceerd en worden voor raadpleging ter beschikking gesteld in de bedrijfsruimten en de verkooppunten van de concessiehouder.

11 Krachtens § 18, lid 1, GSpG moet de concessiehouder aan de federale minister van Financiën jaarlijks meedelen wie een deelneming in zijn maatschappelijk kapitaal houdt. Op grond van § 19, lid 1, GSpG is hij overigens aan het toezicht van de federale minister van Financiën onderworpen. Laatstbedoelde is in dat kader met name bevoegd om de rekeningen en andere documenten van de concessiehouder te raadplegen, bij de concessiehouder controles uit te voeren of aan boekhouders of andere deskundigen te vragen om controles uit te voeren. De concessiehouder moet de kosten voor dit toezicht dragen. Zij worden hem jaarlijks door de federale minister van Financiën gefactureerd.

12 § 19, lid 2, GSpG bepaalt bovendien dat de federale minister van Financiën een regeringscommissaris („Staatskommissär") benoemt, die op grond van § 26 van de wet op het krediet (Kreditwesengesetz, BGBl 63/1979) het recht heeft om de aandeelhoudersvergaderingen en de vergadering van de raad van toezicht van de concessiehouder bij te wonen. De regeringscommissaris moet ofwel in loondienst zijn van een lokale overheid, ofwel advocaat of accountant zijn. Hij staat onder gezag van de federale minister van Financiën en kan te allen tijde van zijn functie worden ontheven. De regeringscommissaris heeft onder meer als taak zich tegen elke door de organen van de vennootschap genomen beslissing waarvan hij meent dat ze onwettig is, te verzetten. Wanneer hij van deze verzetsmogelijkheid gebruikmaakt, worden de gevolgen van de betrokken beslissing geschorst tot wanneer de bevoegde autoriteiten hieromtrent een beslissing hebben genomen.

13 Krachtens § 19, lid 3, GSpG mogen de federale minister van Financiën en de federale sportorganisatie elk één lid van de raad van toezicht van de concessiehouder voordragen.

14 Op grond van § 19, lid 4, GSpG moet de concessiehouder aan de federale minister van Financiën uiterlijk zes maanden na het einde van het betrokken boekjaar de jaarbalans, het jaarverslag en de geconsolideerde balans van de groep, evenals de verslagen van de accountants betreffende deze documenten, meedelen.

15 §§ 17 en 20 GSpG betreffen de bestemming van de inkomsten uit kansspelen. § 17, lid 3, punt 6, stelt de heffing over de concessie voor elektronische loterijen vast op 24 % van de jaarlijkse bruto-inkomsten na aftrek van de uitgekeerde winsten. Krachtens § 20 wordt drie procent van de opbrengst van de loterijen (en in ieder geval minstens 40 miljoen EUR) besteed aan de ontwikkeling van de sport.

16 De §§ 21 tot en met 31 GSpG bevatten soortgelijke bepalingen die de toekenning van twaalf concessies voor de exploitatie van casino's, het toezicht op de concessiehouders en het verloop van de casinospelen regelen.

17 Wie om het gewin kansspelen organiseert zonder daarvoor over een concessie te beschikken, kan in Oostenrijk strafrechtelijk worden vervolgd. Volgens § 168, lid 1, van het Oostenrijkse strafwetboek (Strafgesetzbuch; hierna: „StGB") is strafbaar „hij die een kansspel dat uitdrukkelijk is verboden of waarbij winst of verlies uitsluitend of overwegend van het toeval afhangt, organiseert of een bijeenkomst die met het oog op de organisatie van een dergelijk spel wordt gehouden, steunt, teneinde uit deze organisatie of deze bijeenkomst een financieel voordeel voor zichzelf of een derde te halen". Dit feit wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal zes maanden of een geldboete van maximaal 360 maal het dagtarief.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

18 Österreichische Lotterien GmbH (hierna: „Österreichische Lotterien") is een privaatrechtelijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Bij beslissing van de federale minister van Financiën van 16 maart 1995 heeft zij als enige een concessie verkregen voor de organisatie van loterijen in Oostenrijk voor de periode van 1 december 1994 tot en met 31 december 2004. Nadat in 1997 een regeling was getroffen voor „elektronische loterijen" door de invoeging van een § 12a in de GSpG, is de concessie van voornoemde onderneming uitgebreid tot dit type van loterijen. Bij beslissing van de federale minister van Financiën van 2 oktober 1997 is zij daarenboven verlengd tot in 2012. Gelet op de wettelijk voorgeschreven maximale duur van vijftien jaar, betekent dit dat de concessie geldt voor de periode van 1 oktober 1997 tot en met 30 september 2012.

19 De meerderheidsaandeelhouder van Österreichische Lotterien is Casinos Austria AG (hierna: „Casinos Austria"), een privaatrechtelijke naamloze vennootschap die

de twaalf concessies voor de exploitatie van casino's waarin het GSpG voorziet, in handen heeft (zie in dit verband arrest van 9 september 2010, Engelmann, C-64/08, Jurispr. blz. I-8219, punten 13-15). Ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, had de staat indirect een derde van de aandelen in handen die samen het maatschappelijk kapitaal van Casinos Austria uitmaakten. De overige aandelen waren in handen van private beleggers.

20 Dickinger en Ömer, beiden Oostenrijkse staatsburgers, hebben „bet-at-home.com" opgericht, een multinationaal concern van onlinekansspelen. De moederonderneming van dit concern is bet-at-home.com AG, een vennootschap naar Duits recht die in Düsseldorf (Duitsland) is gevestigd.

21 De Oostenrijkse onderneming bet-at-home.com Entertainment, die in Linz (Oostenrijk) is gevestigd en werkzaam is op het gebied van „diensten van automatische gegevensverwerking en informatietechnologie", is een dochteronderneming van bet-at-home.com AG. Dickinger en Ömer zijn de zaakvoerders van bet-at-home.com Entertainment. Deze vennootschap beschikt over een Oostenrijkse vergunning voor het aanbieden van sportweddenschappen.

22 Bet-at-home.com Entertainment heeft een dochteronderneming, de vennootschap naar Maltees recht bet-at-home.com Holding Ltd, die op haar beurt drie dochterondernemingen in handen heeft, namelijk de vennootschappen naar Maltees recht bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd en bet-at-home.com Internationale Ltd (hierna gezamenlijk: „Maltese dochterondernemingen").

23 Twee van deze Maltese vennootschappen bieden kansspelen en sportweddenschappen aan via het internet, op de website www.bet-at-home.com. In dit verband beschikken zij over een Maltese vergunning („Class One Remote Gaming License") voor onlinekansspelen en over een andere Maltese vergunning („Class Two Remote Gaming License") voor onlinesportweddenschappen. De website is beschikbaar in het

Spaans, het Duits, het Grieks, het Engels, het Italiaans, het Hongaars, het Nederlands, het Pools, het Sloveens, het Russisch en het Turks, maar niet in het Maltees. Op deze website worden onder meer casinospelen zoals poker, blackjack, baccarat en roulette aangeboden, evenals spelen op virtuele gokautomaten. De inzet is bij elk van deze spelen onbegrensd.

24 De exploitatie van de website www.bet-at-home.com geschiedt uitsluitend door de Maltese dochterondernemingen, die de spelen organiseren en in het bezit zijn van de vergunningen voor de software die voor de exploitatie van het spelplatform noodzakelijk is.

25 De Maltese dochterondernemingen maakten, op zijn minst tot in december 2007, gebruik van een in Linz geïnstalleerde server, die hun door bet-at-home.com Entertainment ter beschikking werd gesteld. Laatstbedoelde onderneming zorgde eveneens voor het onderhoud van de website, de voor de spelen benodigde software en de klantenondersteuning.

26 Tegen Dickinger en Ömer is een strafzaak ingeleid omdat zij zich als zaakvoerders van bet-at-home.com Entertainment schuldig maakten aan handelingen die een inbreuk op § 168, lid 1, StGB uitmaakten. Het inleidend verzoekschrift bepaalt het volgende:

„[...] Dickinger en [...] Ömer hebben als leidinggevenden van [bet-at-home.com Entertainment] vanaf 1 januari 2006 tot op heden § 168, lid 1, [StGB] overtreden door kansspelen te organiseren ten gunste van [bet-at-home.com Entertainment], aangezien zij via het internet spelen aanbieden waarbij winst en verlies uitsluitend of overwegend van het toeval afhangen of die uitdrukkelijk zijn verboden, onder meer diverse soorten poker (‚Texas Hold'em, ‚Seven Card Stud', enz.), blackjack, baccarat, tafelspelen zoals roulette en virtuele ‚eenarmige bandieten' met onbegrensde inzetten, en zij dit doen om hieruit een financieel voordeel voor zichzelf of een derde, in het bijzonder [bet-at-home.com Entertainment], te halen."

27 Dickinger en Ömer hebben aangevoerd dat de nationale wettelijke regeling inzake kansspelen, in strijd is met de artikelen 43 EG en 49 EG.

28 De verwijzende rechter betwijfelt of de bepalingen van het StGB, gelezen in samenhang met de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Oostenrijkse regels inzake kansspelen, verenigbaar zijn met het Unierecht, in het bijzonder gelet op de zogenaamd „agressieve reclame" die Casinos Austria voor de door haar aangeboden kansspelen maakt.

29 In die omstandigheden heeft het Bezirksgericht Linz de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

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

— een concessie voor loterijtrekkingen (bijvoorbeeld loterijen, elektronische loterijen enzovoort) met een maximumlooptijd van 15 jaar mag worden verleend aan slechts één concessieaanvrager, die onder meer een in het binnenland gevestigde kapitaalvennootschap moet zijn, geen filialen buiten Oostenrijk mag oprichten, over een gestort aandelenkapitaal van ten minste 109 000 000 EUR dient te beschikken en waarvan op grond van de omstandigheden kan worden verwacht dat hij voor de bondsstaat de hoogste belastingopbrengst zal behalen;

— een casinoconcessie met een maximumlooptijd van 15 jaar mag worden verleend aan slechts twaalf concessieaanvragers, die onder meer in het binnenland gevestigde kapitaalvennootschappen moeten zijn, geen filialen buiten Oostenrijk mogen oprichten, over een gestort aandelenkapitaal van minstens 22 000 000 EUR dienen te beschikken en waarvan op grond van de omstandigheden kan worden verwacht dat zij voor de lagere overheden de hoogste belastingopbrengst zullen behalen?

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

b) Zo ja, kan een dergelijke regeling dan worden gerechtvaardigd door redenen verband houdend met het algemene belang bij een beperking van wedactiviteiten, wanneer de concessiehouders in een quasi-monopolistische structuur van hun kant door intensieve investeringen in reclame een expansionistisch beleid voeren op het gebied van kansspelen?

c) Zo ja, dient de verwijzende rechter bij de toetsing van de evenredigheid van een dergelijke regeling, die beoogt strafbare feiten te voorkomen door de op dit gebied actieve marktdeelnemers aan een controle te onderwerpen en kansspelactiviteiten zodanig te sturen dat zij onder deze controles vallen, rekening te houden met het feit dat deze regeling eveneens van toepassing is op grensoverschrijdende dienstaanbieders, die in de lidstaat van vestiging toch al zijn onderworpen aan de aan hun concessie verbonden strenge verplichtingen en controles?

2) Moeten de fundamentele vrijheden van het EG-Verdrag, inzonderheid het door artikel 49 EG gewaarborgde vrij verrichten van diensten, aldus worden uitgelegd dat, ongeacht de in beginsel nog steeds aan de lidstaten toekomende bevoegdheid tot regeling van het strafrechtelijk bestel, een strafbepaling van een lidstaat niettemin moet worden getoetst aan het gemeenschapsrecht wanneer zij de uitoefening van een van de fundamentele vrijheden kan verbieden of verhinderen?

3) a) Moet artikel 49 EG juncto artikel 10 EG aldus worden uitgelegd dat — op basis van het beginsel van wederzijds vertrouwen — in de staat waar de dienst wordt verricht, rekening moet worden gehouden met de controles die zijn uitgevoerd in de staat waar een dienstverrichter is gevestigd, en met de aldaar gestelde zekerheden?

b) Zo ja, moet artikel 49 EG voorts aldus worden uitgelegd dat wanneer het vrij verrichten van diensten wordt beperkt om redenen van algemeen belang, nagegaan dient te worden of de voorschriften, controles en onderzoeken waaraan de dienstverrichter is onderworpen in zijn staat van vestiging, niet reeds voldoende rekening houden met dit algemene belang?

c) Zo ja, moet bij de toetsing van de evenredigheid van een bepaling van een lidstaat die sancties stelt op het zonder binnenlandse vergunning grensoverschrijdend aanbieden van kansspeldiensten, in aanmerking worden genomen dat met de belangen van regulering waarop de staat waar de dienst wordt verricht zich beroept ter rechtvaardiging van de beperking van de fundamentele vrijheid, reeds in de staat van vestiging door een strenge toelatings- en toezichtprocedure voldoende rekening is gehouden?

d) Zo ja, moet de verwijzende rechter er — binnen het kader van zijn toetsing van de evenredigheid van een dergelijke beperking — dan rekening mee houden dat de betrokken voorschriften in de staat waar de dienstverrichter is gevestigd, qua controledichtheid zelfs verder gaan dan de voorschriften van de staat waar de dienst wordt verricht?

e) Vereist het beginsel van evenredigheid in het geval waarin om redenen van regulering, zoals bescherming van de spelers en bestrijding van criminaliteit, een met strafsancties bedreigd verbod is gesteld op kansspelen, voorts dat de verwijzende rechter onderscheid maakt tussen, enerzijds aanbieders die zonder enigerlei vergunning kansspelen aanbieden, en anderzijds aanbieders die, met een concessie, in andere lidstaten van de [Unie] zijn gevestigd en activiteiten verrichten in de uitoefening van hun vrijheid van dienstverrichting?

f) Moet, ten slotte, bij de toetsing van de evenredigheid van een bepaling van een lidstaat waarbij het zonder binnenlandse concessie of vergunning grensoverschrijdend aanbieden van kansspeldiensten onder dreiging met strafsancties wordt verboden, in aanmerking worden genomen dat het voor een aanbieder van kansspeldiensten aan wie in een andere lidstaat naar behoren een concessie is verleend, op grond van objectieve, indirect discriminerende toegangsbeperkingen niet mogelijk was om in de eerste lidstaat een vergunning te verkrijgen, en de procedure van vergunningverlening en toezicht in de staat van vestiging een niveau van bescherming biedt dat minstens vergelijkbaar is met dat van de eerste lidstaat?

4) a) Moet artikel 49 EG aldus worden uitgelegd dat het tijdelijke karakter van de dienstverrichting voor de dienstverrichter uitsluit dat hij zich in de ontvangende lidstaat van een bepaalde infrastructuur (zoals een server) voorziet zonder te worden geacht in deze lidstaat te zijn gevestigd?

b) Moet artikel 49 EG voorts aldus worden uitgelegd dat een tot binnenlandse verrichters van ondersteunende diensten gericht verbod om de dienstverrichting door een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter te vergemakkelijken, ook dan een beperking van de vrijheid van dienstverrichting van deze dienstverrichter betekent, wanneer de verrichter van de ondersteunende diensten is gevestigd in dezelfde lidstaat als een deel van de ontvangers van de dienst?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Tweede vraag

30 Met zijn tweede vraag, die eerst moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een regeling van een lidstaat die strafsancties stelt op inbreuken op een monopolie voor de exploitatie van kansspelen, zoals het monopolie ingevoerd bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling, in overeenstemming moet zijn met de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden en in het bijzonder met artikel 49 EG.

31 Zoals de advocaat-generaal in de punten 45 tot en met 50 van zijn conclusie heeft opgemerkt, volgt in dit verband uit vaste rechtspraak van het Hof dat het Unierecht grenzen stelt aan de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van het strafrecht. Het strafrecht mag met name de door het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheden niet beperken (zie in die zin arresten van 2 februari 1989, Cowan, 186/87, Jurispr. blz. 195, punt 19, en 19 januari 1999, Calfa, C-348/96, Jurispr. blz. I-11, punt 17).

32 Bijgevolg moet op de tweede vraag worden geantwoord dat het Unierecht, en in het bijzonder artikel 49 EG, zich ertegen verzet dat een inbreuk op een monopolie voor de exploitatie van kansspelen, zoals het monopolie voor de exploitatie van onlinekansspelen waarin de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling voorziet, strafrechtelijk wordt bestraft indien een dergelijke regeling met dit recht in strijd is.

Vierde vraag

33 Met zijn vierde vraag, die in de tweede plaats moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter te vernemen welke fundamentele vrijheden van toepassing zijn op de beperkingen die de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling aan de Maltese dochterondernemingen oplegt. Hij wenst in wezen te vernemen of artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op onlinekansspelen die in de lidstaat van ontvangst door een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer worden aangeboden, hoewel deze marktdeelnemer:

— in de lidstaat van ontvangst bepaalde informatica-infrastructuur, zoals een server, heeft geïnstalleerd, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging van toepassing zijn, en

— een beroep doet op ondersteunende diensten van een in de lidstaat van ontvangst gevestigde dienstverrichter, teneinde voor in deze lidstaat gevestigde consumenten diensten te verrichten, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat artikel 49 EG niet van toepassing is.

34 Zoals de advocaat-generaal in de punten 57 tot en met 62 van zijn conclusie heeft opgemerkt, bewijst het loutere feit dat een aanbieder van onlinekansspelen een beroep

doet op materiële communicatiemiddelen die door een in de lidstaat van ontvangst gevestigde derde onderneming zijn geleverd, op zich niet dat deze aanbieder in die staat over een duurzame vestiging beschikt die vergelijkbaar is met een agentschap, waardoor de bepalingen van het Verdrag inzake vrijheid van vestiging van toepassing zouden zijn.

35 Uit de rechtspraak van het Hof vloeit immers voort dat er slechts sprake is van een vestiging in de zin van het Verdrag, wanneer een in een lidstaat gevestigde marktdeelnemer op grond van de handelsrelatie die hij met in de lidstaat van ontvangst gevestigde marktdeelnemers of tussenpersonen is aangegaan, duurzaam aan het economisch leven in deze lidstaat van ontvangst kan deelnemen, zodat klanten gebruik kunnen maken van de diensten die worden aangeboden door middel van een duurzame aanwezigheid in die lidstaat van ontvangst, die de vorm kan aannemen van een eenvoudig kantoor, dat in voorkomend geval wordt beheerd door een zelfstandig persoon die evenwel gemachtigd is duurzaam voor deze marktdeelnemer op te treden zoals een agentschap zou doen (zie in die zin arrest van 8 september 2010, Stoß e.a., C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 en C-410/07, Jurispr. blz. I-8069, punten 59 en 60).

36 Het staat evenwel vast dat bet-at-home.com Entertainment helemaal niet gemachtigd is om op de Oostenrijkse kansspelmarkt voor de Maltese dochterondernemingen op te treden en in de verhouding tussen deze dochterondernemingen en hun klanten zelfs niet tussenkomt. De exploitatie van het internetplatform www.bet-at-home.com gebeurt uitsluitend door de Maltese dochterondernemingen, die voor de organisatie van de spelen verantwoordelijk zijn en waarmee de klanten de desbetreffende contracten afsluiten. In die omstandigheden kan de door bet-at-home.com Entertainment verrichte informatica-ondersteuning aan een andere, in een andere lidstaat gevestigde, marktdeelnemer worden toevertrouwd, zonder dat de Oostenrijkse klanten daar zelfs iets van merken.

37 Overigens volgt uit de rechtspraak van het Hof dat artikel 49 EG van toepassing is op een in een lidstaat gevestigde organisator van kansspelen die zijn diensten in een

andere lidstaat aanbiedt, zelfs indien hij daarvoor een beroep doet op tussenpersonen die zijn gevestigd in dezelfde lidstaat als de ontvangers van deze diensten (arrest van 6 november 2003, Gambelli e.a., C-243/01, Jurispr. blz. I-13031, punt 58). Dit artikel is dus zeker van toepassing wanneer de aanbieder van de kansspelen geen beroep doet op tussenpersonen, maar louter op een aanbieder van informatica-ondersteuning in de lidstaat van ontvangst.

38 Bijgevolg moet op de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op onlinekansspelen die in de lidstaat van ontvangst door een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer worden aangeboden, hoewel deze marktdeelnemer:

— in de lidstaat van ontvangst bepaalde informatica-infrastructuur, zoals een server, heeft geïnstalleerd, en

— een beroep doet op ondersteunende informaticadiensten van een in de lidstaat van ontvangst gevestigde dienstverrichter, teneinde voor eveneens in deze lidstaat gevestigde consumenten diensten te verrichten.

Eerste en derde vraag

39 De eerste en de derde vraag, die samen moeten worden onderzocht, betreffen de voorwaarden waaronder artikel 49 EG toestaat dat ten gunste van één bepaalde marktdeelnemer, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde marktdeelnemer, een monopolie voor de organisatie van onlinecasinospelen wordt ingesteld.

40 Om een nuttig antwoord op deze vragen te kunnen geven, moeten in de eerste plaats de voorwaarden in herinnering worden gebracht waaronder artikel 49 EG toestaat dat een monopolie op het gebied van kansspelen, zoals in het hoofdgeding aan de orde, wordt ingesteld. In de tweede plaats is het noodzakelijk om na te gaan in hoeverre het voeren van een expansionistisch handelsbeleid door de entiteit die over een monopolie inzake kansspelen beschikt, kan stroken met de door de monopolieregeling nagestreefde doelstellingen. In de derde plaats is het van belang de verwijzende rechter aanwijzingen te verschaffen over de verenigbaarheid met artikel 49 EG van een reeks specifieke beperkingen die de nationale regeling aan de monopolist oplegt en die verband houden met zijn rechtsvorm, het bedrag van zijn maatschappelijk kapitaal, de plaats van zijn zetel en de mogelijkheid om in andere lidstaten filialen op te richten. Tot slot moet worden onderzocht of in andere lidstaten uitgevoerde controles van kansspelaanbieders en de waarborgen die daaraan zijn verbonden, relevant zijn bij het onderzoek van de evenredigheid van restrictieve maatregelen, opgelegd door een lidstaat die ter verwezenlijking van één of meer in de rechtspraak van het Hof erkende doelstellingen kansspelen wil reglementeren.

41 Vaststaat dat een wettelijke regeling van een lidstaat, zoals deze aan de orde in het hoofdgeding, die de organisatie en de bevordering van kansspelen onderwerpt aan een gesloten stelsel ten gunste van één marktdeelnemer en alle andere marktdeelnemers, met inbegrip van in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemers, verbiedt om op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat via het internet onder dit stelsel vallende diensten aan te bieden, een beperking inhoudt van de in artikel 49 EG gewaarborgde vrijheid van dienstverrichting (zie in die zin arrest van 3 juni 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Jurispr. blz. I-4695, punten 22 en 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 Een dergelijke beperking van de vrijheid van dienstverrichting kan evenwel worden toegestaan wanneer zij een bij de artikelen 45 EG en 46 EG uitdrukkelijk voorgeschreven afwijkende bepaling vormt, die op deze materie krachtens artikel 55 EG van toepassing is, of overeenkomstig de rechtspraak van het Hof kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang (arresten van 8 september 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International, C-42/07, Jurispr.

blz. I-7633, punten 55 en 56, en 30 juni 2011, Zeturf, C-212/08, Jurispr. blz. I-5633, punt 37).

43 In de context van het hoofdgeding moet meteen worden benadrukt dat wanneer in een lidstaat een monopolieregeling inzake kansspelen is ingevoerd die onverenigbaar is met artikel 49 EG, voor de schending ervan door een marktdeelnemer geen strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd (arrest van 6 maart 2007, Placanica e.a., C-338/04, C-359/04 en C-360/04, Jurispr. blz. I-1891, punten 63 en 69).

Voorwaarden voor de instelling van een monopolie inzake kansspelen

44 Wat de toelaatbare rechtvaardigingsgronden betreft, heeft het Hof vastgesteld dat de doelstellingen die door de nationale wettelijke regelingen inzake kansspelen en weddenschappen worden nagestreefd, in hun geheel beschouwd, meestal verband houden met de bescherming van de afnemers van deze diensten en meer in het algemeen van de consument, en met de bescherming van de maatschappelijke orde. Het heeft tevens benadrukt dat dergelijke doelstellingen behoren tot de dwingende redenen van algemeen belang die inbreuken op de vrijheid van dienstverrichting kunnen rechtvaardigen (arrest Stoß e.a., reeds aangehaald, punt 74 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Het Hof heeft overigens herhaaldelijk geoordeeld dat de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de aan kansspelen en weddenschappen verbonden negatieve morele en financiële gevolgen voor het individu en de samenleving kunnen rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over een toereikende beoordelingsmarge beschikken om volgens hun eigen waardenschaal te bepalen wat noodzakelijk is ter bescherming van de consument en de maatschappelijke orde (arrest Stoß e.a., reeds aangehaald, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan geen invloed hebben op de beoordeling van de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen (arrest Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International, reeds aangehaald, punt 58).

47 De lidstaten zijn dus in beginsel vrij om hun beleidsdoelstellingen op het gebied van kansspelen te bepalen en om in voorkomend geval het gewenste beschermingsniveau nauwkeurig te omlijnen (zie in die zin arrest Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International, reeds aangehaald, punt 59).

48 Een lidstaat die een bijzonder hoog beschermingsniveau wil garanderen, kan dus, zoals het Hof in zijn rechtspraak aanvaardde, op goede gronden van mening zijn dat alleen de verlening van een uitsluitend recht aan een enkele organisatie die onder nauw overheidstoezicht staat, een doeltreffend middel is om de gevaren van kansspelen te beheersen, aansporing tot geldverkwisting door gokken te voorkomen en gokverslaving afdoende te bestrijden (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Stoß e.a., punten 81 en 83, en Zeturf, punt 41).

49 De overheidsinstanties van een lidstaat mogen er immers van uitgaan dat zij, doordat zij als toezichthouder van de monopolist naast de wettelijke regelgevende en controlemechanismen aanvullende middelen ter beschikking hebben om het gedrag van deze monopolist te beïnvloeden, het aanbod van kansspelen beter kunnen beheersen en betere garanties hebben dat hun beleid doeltreffend wordt uitgevoerd dan wanneer deze activiteiten worden uitgeoefend door particuliere marktdeelnemers die met elkaar in concurrentie staan, ook al zouden deze laatsten dan een vergunning nodig hebben en aan een controle- en sanctieregeling zijn onderworpen (arrest Stoß e.a., reeds aangehaald, punt 82).

50 De door de lidstaten opgelegde beperkingen moeten evenwel steeds voldoen aan de voorwaarden die met betrekking tot de evenredigheid ervan in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd, hetgeen de nationale rechter moet nagaan (reeds aangehaalde arresten Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International, punten 59 en 60, en Stoß e.a., punten 77 en 78).

51 Benadrukt moet worden dat de verwijzende rechter, in het kader van een geding dat bij het Hof krachtens artikel 267 VWEU aanhangig is gemaakt, bevoegd is om te oordelen welke doelstellingen door de nationale wettelijke regeling daadwerkelijk worden nagestreefd.

52 Volgens de Oostenrijkse regering beoogt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling ten eerste de criminaliteit te bestrijden, in het bijzonder door consumenten van kansspelen tegen fraude en andere strafbare feiten te beschermen, en ten tweede aansporing tot geldverkwisting door gokken te voorkomen, door te zorgen voor passende maatregelen ter bescherming van de spelers, zoals onder meer het dwingend vaststellen van grenzen voor de persoonlijke inleg, zodat deze regeling de maatschappelijke orde in het algemeen helpt te beschermen.

53 Dickinger, Ömer en de Maltese regering betogen daarentegen dat uit de formulering van de GSpG uitdrukkelijk voortvloeit dat de voornaamste doelstelling ervan ligt in het verhogen van de door kansspelen gegenereerde fiscale opbrengsten. Zij merken specifiek op dat de concessie krachtens § 14, lid 5, GSpG stelselmatig wordt verleend aan de marktdeelnemer waarvan kan worden verwacht dat hij de hoogste opbrengst voor de federale regering zal behalen. Bovendien heeft de concessiehouder voor elke territoriale of materiële uitbreiding van zijn bedrijfsactiviteiten de voorafgaande toestemming van de federale minister van Financiën nodig, die slechts wordt verleend indien er geen verlaging van de opbrengsten van de federale regering te verwachten is.

54 Het staat dus aan de verwijzende rechter om na te gaan of de nationale autoriteiten, gelet op de aangevoerde doelstellingen, ten tijde van de feiten in het hoofdgeding daadwerkelijk een bijzonder hoog beschermingsniveau wilden waarborgen en of, in het licht van dit nagestreefde beschermingsniveau, de invoering van een monopolie daadwerkelijk als noodzakelijk kon worden beschouwd (arrest Zeturf, reeds aangehaald, punt 47). In die context moet een lidstaat die zich wil beroepen op een doel dat een belemmering van de vrijheid van dienstverrichting kan rechtvaardigen, de rechterlijke instantie die zich hierover dient uit te spreken alle gegevens verstrekken aan de hand waarvan deze zich ervan kan vergewissen dat deze maatregel voldoet aan de vereisten van het evenredigheidsbeginsel (arrest Stoß e.a., reeds aangehaald, punt 71).

55 De loutere doelstelling de inkomsten voor de schatkist te maximaliseren kan in dit verband een dergelijke beperking van de vrijheid van dienstverrichting niet rechtvaardigen.

56 In deze context moet er in het bijzonder aan worden herinnerd dat een nationale wettelijke regeling slechts geschikt is om de aangevoerde doelstelling te verwezenlijken, wanneer deze verwezenlijking coherent en stelselmatig wordt nagestreefd. De verwijzende rechter dient zich er dus van te vergewissen dat de betrokken beperkende regeling, met name gelet op de concrete wijze waarop zij wordt toegepast, daadwerkelijk beantwoordt aan de bekommernis de gelegenheden tot gokken te verminderen en de activiteiten op dit gebied op samenhangende en stelselmatige wijze te beperken (zie in die zin arrest Stoß e.a., reeds aangehaald, punten 88, 97 en 98).

57 De verwijzende rechter moet dus, rekening houdend met onder meer de ontwikkeling van de kansspelmarkt in Oostenrijk, nagaan of het overheidstoezicht waaraan de activiteiten van de monopolist zijn onderworpen, kan garanderen dat laatstbedoelde de aangevoerde doelstellingen daadwerkelijk op samenhangende en stelselmatige wijze zal kunnen nastreven door middel van een aanbod dat kwantitatief is afgestemd

op en kwalitatief is samengesteld op basis van deze doelstellingen (zie in die zin arrest van 3 juni 2010, Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International, C-258/08, Jurispr. blz. I-4757, punt 37, en arrest Stoß e.a., reeds aangehaald, punt 83).

58 Het handelsbeleid van de monopolist is overigens een belangrijk element bij de beoordeling van de wijze waarop deze doelstellingen worden nagestreefd.

Het voeren van een expansionistisch handelsbeleid door de houder van een monopolie inzake kansspelen

59 De verwijzende rechter betwijfelt of het monopolie, ingesteld bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling, kan worden beschouwd als geschikt om aansporing tot geldverkwisting door gokken te voorkomen en gokverslaving te bestrijden, aangezien de monopolist een expansionistisch handelsbeleid voert door middel van intensieve investeringen in reclame.

60 Dickinger, Ömer en de Maltese regering betogen in dit verband dat de Oostenrijkse regeling de mogelijkheid schiep voor een constante uitbreiding van het aanbod van kansspelen en een voortdurende stijging van de reclame-uitgaven waarmee steeds nieuwe doelgroepen werden geviseerd, voornamelijk jongeren, in het bijzonder in het kader van het door Österreichische Lotterien gelanceerde onlinespelplatform www.win2day.at, waarvan de inkomsten veel hoger liggen dan deze van alle traditionele casino's samen.

61 In dit verband moet worden vastgesteld dat bij de beoordeling of de betrokken wettelijke regeling op samenhangende en stelselmatige wijze, en dus op passende wijze, de in de rechtspraak van het Hof erkende doelstellingen kan verwezenlijken, bijzondere aandacht moet worden besteed aan een uitbreiding van de commerciële activiteiten van een marktdeelnemer aan wie exclusieve rechten op het gebied van kansspelen zijn verleend en aan een aanzienlijke stijging van de daaruit voortvloeiende opbrengsten. Uit deze rechtspraak van het Hof volgt immers dat de financiering van activiteiten van openbaar nut met opbrengsten van kansspelen niet de werkelijke doelstelling van een in deze sector gevoerd restrictief beleid kan zijn, maar slechts kan worden beschouwd als een gunstig neveneffect (zie met name arresten van 24 maart 1994, Schindler, C-275/92, Jurispr. blz. I-1039, punten 57 en 60; 21 september 1999, Läärä e.a., C-124/97, Jurispr. blz. I-6067, punten 32 en 37, en 21 oktober 1999, Zenatti, C-67/98, Jurispr. blz. I-7289, punten 35 en 36, en arrest Gambelli e.a., reeds aangehaald, punten 61 en 62).

62 Een lidstaat kan zich derhalve niet met succes op de met de beperking van de gelegenheden tot gokken gediende maatschappelijke orde beroepen, voor zover de autoriteiten van die lidstaat de consumenten aansporen en aanmoedigen om deel te nemen aan kansspelen waar met name de schatkist financieel beter van wordt (zie in die zin arrest Gambelli e.a., reeds aangehaald, punt 69).

63 Het Hof heeft nochtans ook geoordeeld dat een beleid dat gericht is op een gecontroleerde uitbreiding van de kansspelactiviteiten in logisch verband kan staan met het doel deze activiteiten in controleerbare banen te leiden door spelers van verboden clandestiene spelen en weddenschappen aan te trekken tot toegestane en gereglementeerde activiteiten. Een dergelijk beleid kan namelijk tegelijk stroken met het doel de exploitatie van kansspelactiviteiten voor criminele of frauduleuze doeleinden te voorkomen en met het doel aansporing tot geldverkwisting door gokken te voorkomen en gokverslaving te bestrijden door de consumenten te richten op het aanbod van de houder van het openbare monopolie, dat vrij van criminele factoren wordt geacht en ontworpen is om de consumenten beter tegen geldverkwisting en gokverslaving te beschermen (arrest Stoß e.a., reeds aangehaald, punten 101 en 102).

64 Om ervoor te zorgen dat de kansspelactiviteiten in controleerbare banen worden geleid, moeten de marktdeelnemers met een vergunning een betrouwbaar, maar tegelijkertijd aantrekkelijk, alternatief bieden voor de niet-gereglementeerde activiteiten, hetgeen op zich een aanbod van een breed scala aan spelen, reclame van een bepaalde omvang en gebruikmaking van nieuwe distributietechnieken kan impliceren (zie reeds aangehaalde arresten Placanica e.a., punt 55, en Stoß e.a., punt 101).

65 Het staat aan de verwijzende rechter om, gelet op de omstandigheden van het bij hem aanhangige geding, te beoordelen of het handelsbeleid van de monopolist, zowel wat de omvang van de gevoerde reclame als de ontwikkeling van nieuwe spelen betreft, past binnen het kader van een dergelijk gecontroleerd expansiebeleid in de kansspelsector, dat er daadwerkelijk op is gericht de goklust in gecontroleerde banen te leiden (zie reeds aangehaalde arresten Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International, punt 37, en Zeturf, punt 69).

66 Bij deze beoordeling kan de verwijzende rechter onder meer nagaan of enerzijds de aan kansspelen verbonden criminele en frauduleuze activiteiten en anderzijds de gokverslaving, ten tijde van de feiten van het hoofdgeding in Oostenrijk een probleem konden vormen en of een uitbreiding van de legale en gereglementeerde activiteiten dit probleem kon oplossen (zie in die zin arrest Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International, reeds aangehaald, punt 29).

67 Aangezien de doelstelling de consument tegen gokverslaving te beschermen, in beginsel moeilijk verenigbaar is met een expansief kansspelbeleid, dat met name wordt gekenmerkt door de ontwikkeling van nieuwe spelen en de reclame hiervoor, kan een dergelijk beleid slechts als samenhangend worden beschouwd indien de illegale activiteiten op aanzienlijke schaal plaatsvonden en de getroffen maatregelen ertoe strekten de goklust van de consument in legale circuits te leiden (arrest Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International, reeds aangehaald, punt 30).

68 De eventueel door de houder van een openbaar monopolie gemaakte reclame moet hoe dan ook gematigd blijven en strikt beperkt zijn tot wat nodig is om de consument aldus in de richting van gecontroleerde kansspelcircuits te leiden. Deze reclame mag daarentegen niet tot doel hebben de natuurlijke goklust van de consument aan te wakkeren door hem ertoe aan te zetten actief aan kansspelen deel te nemen, met name door deze spelen te banaliseren of er een positief beeld van te scheppen dat verband houdt met het feit dat de ingezamelde inkomsten bestemd zijn voor activiteiten van algemeen belang, of nog door de aantrekkingskracht van kansspelen te vergroten door middel van indringende reclameboodschappen die aanzienlijke winsten voorspiegelen (zie arrest Stoß e.a., reeds aangehaald, punt 103).

69 In het bijzonder moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de strategieën van de monopolist die louter bedoeld zijn om de potentiële klanten van het bestaan van producten op de hoogte te stellen en een regelmatige toegang tot kansspelen te waarborgen door spelers in de richting van gecontroleerde circuits te leiden, en anderzijds de strategieën die tot actieve deelname aan dergelijke spelen uitnodigen en deze deelname bevorderen. Derhalve dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds een beperkt handelsbeleid, dat slechts de bestaande consumenten probeert op te vangen of te behouden ten gunste van de monopolist, en anderzijds een expansionistisch handelsbeleid, dat de globale kansspelmarkt beoogt te vergroten.

Verenigbaarheid van de aan de monopolist opgelegde specifieke beperkingen met artikel 49 EG

70 De verwijzende rechter wenst van het Hof te vernemen of een reeks specifieke beperkingen, die de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling aan de monopolist oplegt en die verband houden met zijn rechtsvorm, het bedrag van zijn maatschappelijk kapitaal, de plaats van zijn maatschappelijke zetel en de mogelijkheid om filialen op te richten in andere lidstaten dan zijn lidstaat van vestiging, verenigbaar zijn met artikel 49 EG.

71 In dit verband zij er vooraf aan herinnerd dat, zoals de advocaat-generaal in punt 97 van zijn conclusie heeft opgemerkt, aangezien een monopolie een erg beperkende maatregel is, deze ertoe moet strekken om een bijzonder hoog niveau van bescherming van de consument te verzekeren, zodat deze maatregel gepaard moet gaan met de vaststelling van een regelgevingskader dat kan garanderen dat deze monopolist daadwerkelijk de aldus vastgestelde doelstellingen op samenhangende en stelselmatige wijze zal kunnen nastreven door middel van een aanbod dat kwantitatief is afgestemd op en kwalitatief is samengesteld op basis van deze doelstellingen en dat aan een strenge controle door de publiekrechtelijke autoriteiten is onderworpen (zie reeds aangehaalde arresten Stoß e.a., punt 83, en Zeturf, punt 58).

72 Dat bepaalde beperkingen worden opgelegd aan de houder van een monopolie inzake kansspelen is dus in beginsel niet enkel verenigbaar met, maar zelfs vereist door het Unierecht. Weliswaar moeten deze beperkingen stroken met de uit het Unierecht voortvloeiende vereisten inzake evenredigheid en dienen zij in het bijzonder geschikt te zijn om ervoor te zorgen dat de door de invoering van een monopoliestelsel nagestreefde doelstellingen worden bereikt en niet verder te gaan dan daarvoor noodzakelijk is. Hoewel het in beginsel aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan, kunnen de hiernavolgende aanwijzingen hem in dat verband van nut zijn.

— De rechtsvorm en het bedrag van het maatschappelijk kapitaal van de monopolist

73 Uit § 14, lid 2, punten 1 en 3, GSpG volgt dat de houder van het monopolie voor de exploitatie van elektronische loterijen enerzijds een kapitaalvennootschap moet zijn en anderzijds over een gestort aandelenkapitaal van ten minste 109 miljoen EUR moet beschikken.

74 Volgens de Oostenrijkse regering is de voorwaarde inzake de rechtsvorm bedoeld om de monopolist te verplichten tot een transparante ondernemingsstructuur, ter voorkoming van fraude en het witwassen van geld. Zij benadrukt dat het Unierecht hetzelfde rechtsvormvereiste stelt op het gebied van verzekeringen. Wat het bedrag van het maatschappelijk kapitaal betreft, voert zij aan dat dit evenredig is met de winstbedragen die de monopolist mogelijkerwijs zal moeten uitbetalen in het kader van de verschillende kansspelen die hij via het internet mag aanbieden, nu hieronder een miljoenenjackpot kan zijn begrepen.

75 Dickinger en Ömer betogen daarentegen dat het vereiste bedrag van het maatschappelijk kapitaal (109 miljoen EUR) onevenredig is, gelet op het feit dat het vereiste kapitaal voor een kredietinstelling in Oostenrijk slechts 5 miljoen EUR bedraagt.

76 Zoals het Hof in punt 30 van het reeds aangehaalde arrest Engelmann heeft geoordeeld, kan het vereiste van een bijzondere rechtsvorm voor marktdeelnemers op het gebied van kansspelen, op grond van de verplichtingen die op bepaalde soorten van vennootschappen rusten, met name wat hun interne organisatie, hun boekhouding, de controles waaraan zij kunnen worden onderworpen en hun verhoudingen met derden betreft, worden gerechtvaardigd door de in casu door de Oostenrijkse regering aangevoerde doelstelling fraude en witwassen van geld te voorkomen.

77 Evenzo kan het vereiste over een maatschappelijk kapitaal van een bepaalde omvang te beschikken, nuttig zijn om te verzekeren dat de marktdeelnemer over een bepaalde financiële capaciteit beschikt en te waarborgen dat hij in staat is om de verbintenissen na te komen die hij ten aanzien van de winnende spelers is aangegaan. Niettemin dient in herinnering te worden gebracht dat de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel met name vereist dat de opgelegde beperking niet verder gaat dan wat noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken. Het staat dus aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met de andere mogelijkheden om te waarborgen dat de schuldvorderingen van de winnende spelers door de marktdeelnemer worden voldaan, na te gaan of het betrokken vereiste evenredig is.

— De plaats van de zetel van de monopolist

78 § 14, lid 2, punt 1, GSpG bepaalt dat de houder van het monopolie voor de exploitatie van loterijen zijn maatschappelijke zetel op het nationale grondgebied moet hebben.

79 Zoals de advocaat-generaal in punt 120 van zijn conclusie heeft opgemerkt, vormt dit vereiste een discriminerende beperking die bijgevolg enkel gerechtvaardigd kan zijn uit hoofde van een van de redenen vervat in artikel 46 EG, namelijk de bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid.

80 De Oostenrijkse regering betoogt dat de aanwezigheid van de maatschappelijke zetel op het nationale grondgebied noodzakelijk is voor een doeltreffende controle op de onlinekansspelen en dat de Oostenrijkse autoriteiten niet over dezelfde controlemogelijkheden beschikken jegens in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers. Zij voert ook aan dat de aanwezigheid van een regeringscommissaris in de toezichtsorganen van de monopolist, overeenkomstig §19, lid 2, GSpG, de bevoegde nationale autoriteiten de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk toezicht te houden op de beslissingen en het beheer van de monopolist. Aldus kunnen deze autoriteiten van deze beslissingen kennisnemen voordat zij worden uitgevoerd en zich ertegen verzetten indien zij in strijd zijn met de doelstellingen van het nationale beleid inzake kansspelen. Volgens de Oostenrijkse regering beschikken deze autoriteiten niet over dezelfde mogelijkheden jegens in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers.

81 Zoals in punt 53 van het onderhavige arrest is opgemerkt, voeren Dickinger, Ömer en de Maltese regering, die zich in het bijzonder op § 14, lid 5, GSpG baseren, daarentegen aan dat de betreffende wettelijke regeling er in de eerste plaats toe strekt de fiscale opbrengsten van de kansspelen te verhogen. De verwijzende rechter is weliswaar bevoegd om deze bepaling van nationaal recht uit te leggen, maar hoe dan ook moet worden vastgesteld dat een stelsel van concessieverlening dat is gebaseerd op het criterium van maximalisatie van de opbrengsten voor de schatkist en dat in andere lidstaten dan de Republiek Oostenrijk gevestigde marktdeelnemers stelselmatig

benadeelt, louter omdat een marktdeelnemer met maatschappelijke zetel op het Oostenrijkse grondgebied de Oostenrijkse schatkist meer kan opbrengen dan een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer, niet verenigbaar is met het Unierecht.

82 Betreffende meer in het bijzonder de doelstelling controle en toezicht op de monopolist uit te oefenen en het door de Oostenrijkse regering aangevoerde argument dat een doeltreffende controle van de marktdeelnemers moet worden gewaarborgd, met name door de aanwezigheid van regeringscommissarissen, zij eraan herinnerd dat uit vaste rechtspraak volgt dat het begrip openbare orde enerzijds een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang impliceert, en anderzijds als rechtvaardiging van een afwijking van een fundamenteel verdragsbeginsel restrictief moet worden uitgelegd (zie in die zin arrest van 18 mei 1982, Adoui en Cornuaille, 115/81 en 116/81, Jurispr. blz. 1665, punt 8; reeds aangehaald arrest Calfa, punten 21 en 23; arrest van 20 november 2001, Jany e.a., C-268/99, Jurispr. blz. I-8615, punt 59, en 22 december 2008, Commissie/Oostenrijk, C-161/07, Jurispr. blz. I-10671, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

83 Bijgevolg staat het aan de verwijzende rechter om in de eerste plaats vast te stellen of de door de Oostenrijkse regering aangevoerde rechtvaardigingsgronden onder dit begrip kunnen vallen en om, in voorkomend geval, in de tweede plaats na te gaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde verplichting inzake de maatschappelijke zetel voldoet aan de in de rechtspraak van het Hof erkende criteria van noodzakelijkheid en evenredigheid.

84 De verwijzende rechter moet met name onderzoeken of er andere, minder beperkende, middelen bestaan die kunnen waarborgen dat de activiteiten van in andere lidstaten dan de Republiek Oostenrijk gevestigde marktdeelnemers even streng worden gecontroleerd als deze van marktdeelnemers waarvan de maatschappelijke zetel wel op het Oostenrijkse grondgebied ligt.

— Het verbod om in andere lidstaten filialen op te richten

85 Op grond van § 15, lid 1, GSpG is het de concessiehouder niet toegestaan buiten het Oostenrijkse grondgebied filialen op te richten.

86 Volgens de Oostenrijkse regering vormt dit verbod slechts de concrete invulling van de gedachte dat elke lidstaat bevoegd is om de exploitatie van kansspelen op zijn grondgebied te reglementeren.

87 De vrijheid van elke lidstaat om de exploitatie van kansspelen op zijn grondgebied te reglementeren vormt op zich evenwel geen legitieme doelstelling van algemeen belang die een beperking van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen.

88 Derhalve moet worden vastgesteld dat voor het Hof geen geldige rechtvaardiging is aangevoerd voor het verbod om buiten het Oostenrijkse grondgebied filialen op te richten, dat is opgelegd aan de houder van het in casu aan de orde zijnde monopolie.

Het in aanmerking nemen van in andere lidstaten uitgevoerde controles van kansspelaanbieders

89 In de context van het hoofdgeding wenst de verwijzende rechter te vernemen of in andere lidstaten uitgevoerde controles van kansspelaanbieders relevant zijn bij de beoordeling van de evenredigheid van de keuze van de nationale wetgever om een monopolie voor onlinecasinospelen in te stellen.

90 Uit de formulering van de derde vraag volgt dat de verwijzende rechter ervan lijkt uit te gaan dat de beleidsmatige belangen die de lidstaat van ontvangst (de Republiek Oostenrijk) heeft aangevoerd om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beperking van het vrij verrichten van diensten te rechtvaardigen reeds afdoende in aanmerking zijn genomen in de lidstaat van vestiging (in casu de Republiek Malta), en dat de in laatstbedoelde lidstaat geldende bepalingen zelfs strenger zijn dan deze die in de lidstaat van ontvangst gelden.

91 De Maltese regering bevestigt in deze context dat de Maltese Staat als eerste een regelgevingskader had ontwikkeld dat specifiek was bedoeld om onlinekansspelen te controleren en dat was gebaseerd op dezelfde beginselen en doelstellingen die ook de regeling van de traditionele verkoopkanalen van deze diensten kenmerken. Dit regelgevingskader werd ontwikkeld om een antwoord te bieden op de risico's die intrinsiek aan deze moderne exploitatiesystemen zijn verbonden. De op het Maltese grondgebied uitgevoerde controles gaan met name verder dan het oppervlakkige onderzoek dat op het grondgebied van Gibraltar werd uitgevoerd in de zaak die aanleiding gaf tot het reeds aangehaalde arrest Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International.

92 Dickinger, Ömer en de Maltese regering voeren overigens aan dat onlinekansspelen doeltreffender kunnen worden gecontroleerd dan via traditionele kanalen aangeboden kansspelen, aangezien alle met de computer uitgevoerde transacties traceerbaar zijn, waardoor met name problematische of verdachte transacties gemakkelijk kunnen worden ontdekt. Bovendien kan voor meer transparantie worden gezorgd dan bij de traditionele spelkanalen, aangezien de consumenten over een bankrekening moeten beschikken waarop de winsten kunnen worden uitbetaald.

93 De Maltese marktdeelnemers van de groep bet-at-home.com zijn onderworpen aan strenge toetredingscontroles, met onder meer een onderzoek van hun professionele kwaliteiten en hun integriteit. Deze marktdeelnemers blijven onderworpen aan controles en toezicht, die de bevoegde Maltese autoriteiten, met name de Lotteries and Gaming Authority, permanent uitvoeren om deze sector te reguleren. Deze laatste instantie heeft steeds vooruitstrevende en evenwichtige systemen van regulering

gehanteerd, die onder meer de betrokken personen en de door de marktdeelnemer gebruikte systemen en procedures aan toezicht onderwerpen.

94 Dickinger, Ömer en de Maltese regering verwijzen naar de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke het in strijd is met de vrijheid van dienstverrichting om een dienstverrichter te onderwerpen aan beperkingen ter bescherming van het algemeen belang, voor zover dit belang reeds wordt beschermd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd (zie met name arresten van 17 december 1981, Webb, 279/80, Jurispr. blz. 3305, punt 17; 23 november 1999, Arblade e.a., C-369/96 en C-376/96, Jurispr. blz. I-8453, punten 34 en 35, en 22 januari 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 38).

95 Zij betogen bijgevolg dat de Oostenrijkse autoriteiten artikel 49 EG schenden door de Maltese dochterondernemingen van de Oostenrijkse markt uit te sluiten op grond van de vermeende doelstelling de spelers tegen fraude door kansspelaanbieders te beschermen, aangezien de professionele kwaliteiten en integriteit van deze dochterondernemingen reeds zijn gewaarborgd door de controles waaraan zij in Malta zijn onderworpen.

96 In dit verband zij er vooraf aan herinnerd dat er in de huidige stand van het Unierecht geen verplichting tot wederzijdse erkenning van de door de verschillende lidstaten verleende vergunningen bestaat (zie arrest Stoß e.a., reeds aangehaald, punt 112). Aangezien er op het niveau van de Unie geen harmonisatie van de regelgeving inzake kansspelen heeft plaatsgevonden en er aanzienlijke verschillen bestaan tussen de nagestreefde doelstellingen en de door de regelingen van de diverse lidstaten beoogde beschermingsniveaus, kan het loutere feit dat een marktdeelnemer rechtmatig diensten aanbiedt in de lidstaat waar hij is gevestigd en waar hij in beginsel door de bevoegde autoriteiten van die staat reeds aan wettelijke voorwaarden en controles wordt onderworpen, niet afdoende waarborgen dat de nationale consument tegen het risico van fraude en criminaliteit wordt beschermd, omdat het in een dergelijke context voor de autoriteiten van de lidstaat van vestiging moeilijk kan zijn om de

professionele kwaliteiten en integriteit van de marktdeelnemers te beoordelen (zie reeds aangehaald arrest Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International, punt 69).

97 Zoals in punt 46 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, kan de enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander beschermingsstelsel gekozen heeft dan een andere lidstaat, geen invloed hebben op de beoordeling van de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen immers enkel te worden getoetst aan de door de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen.

98 De verschillende lidstaten beschikken immers niet noodzakelijk over dezelfde technische middelen om onlinekansspelen te controleren en maken in dit verband niet noodzakelijk dezelfde keuzes. De Maltese regering heeft weliswaar zelf verklaard dat de Republiek Malta als eerste lidstaat een regelgevingskader heeft ontwikkeld dat specifiek was bedoeld om onlinekansspelen te controleren, maar het feit dat een bepaalde lidstaat de consument met behulp van geavanceerde controle- en toezichtstechnieken uitstekend tegen fraude door marktdeelnemers kan beschermen, betekent nog niet dat andere lidstaten die niet over deze technische middelen beschikken of niet dezelfde keuze hebben gemaakt, hetzelfde beschermingsniveau kunnen bieden. Een lidstaat heeft overigens het recht om de economische activiteiten te controleren die zich op zijn grondgebied afspelen, hetgeen hij niet zou kunnen doen indien hij zou moeten vertrouwen op controles die een andere lidstaat heeft uitgevoerd door middel van een regelgevingskader waar hij geen vat op heeft.

99 De door Dickinger, Ömer en de Maltese regering aangevoerde rechtspraak, volgens welke het in strijd is met artikel 49 EG om een dienstverrichter te onderwerpen aan beperkingen ter bescherming van het algemeen belang, voor zover dit belang reeds wordt beschermd door de regels waaraan hij is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd, is in de huidige stand van het Unierecht dus niet van toepassing op een gebied als dat van de kansspelen, waarop op het niveau van de Unie geen harmonisatie heeft plaatsgevonden en waarop de lidstaten, inzake de doelstellingen die zij willen

nastreven en het beschermingsniveau dat zij willen waarborgen, over een ruime beoordelingsmarge beschikken.

100 Bijgevolg moet op de eerste en de derde vraag worden geantwoord dat artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd dat:

a) een lidstaat die in de kansspelsector een bijzonder hoog niveau van consumentenbescherming wil garanderen, op goede gronden van mening kan zijn dat alleen de verlening van een monopolie aan een enkele organisatie die onder nauw overheidstoezicht staat, een doeltreffend middel is om de aan deze sector verbonden criminaliteit te beheersen, aansporing tot geldverkwisting door gokken te voorkomen en gokverslaving afdoende te bestrijden;

b) een nationale regeling die op het gebied van kansspelen een monopolie instelt, op grond waarvan de monopolist een expansionistisch beleid kan voeren, slechts coherent is met de doelstelling de criminaliteit te bestrijden en de gelegenheden tot gokken te beperken indien:

— zij is gesteund op de vaststelling dat de aan kansspelen verbonden criminele en frauduleuze activiteiten en de gokverslaving in de betrokken lidstaat een probleem vormen, dat door een uitbreiding van de legale en gereglementeerde activiteiten kan worden opgelost, en

— zij enkel gematigde reclame toestaat, die strikt beperkt is tot hetgeen nodig is om de consument in de richting van gecontroleerde kansspelcircuits te leiden;

c) het feit dat de ene lidstaat voor een ander beschermingsstelsel heeft gekozen dan een andere lidstaat, geen invloed kan hebben op de beoordeling van de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen immers

enkel te worden getoetst aan de door de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen.

Kosten

101 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) Het Unierecht, en in het bijzonder artikel 49 EG, verzet zich ertegen dat een inbreuk op een monopolie voor de exploitatie van kansspelen, zoals het monopolie voor de exploitatie van onlinekansspelen waarin de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling voorziet, strafrechtelijk wordt bestraft indien een dergelijke regeling met dit recht in strijd is.

2) Artikel 49 EG moet aldus worden uitgelegd dat het van toepassing is op onlinekansspelen die in de lidstaat van ontvangst door een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer worden aangeboden, hoewel deze marktdeelnemer:

— in de lidstaat van ontvangst bepaalde informatica-infrastructuur, zoals een server, heeft geïnstalleerd, en

— **een beroep doet op ondersteunende informaticadiensten van een in de lidstaat van ontvangst gevestigde dienstverrichter, teneinde voor eveneens in deze lidstaat gevestigde consumenten diensten te verrichten.**

3) Artikel 49 EG moet aldus worden uitgelegd dat:

a) een lidstaat die in de kansspelsector een bijzonder hoog niveau van consumentenbescherming wil garanderen, op goede gronden van mening kan zijn dat alleen de verlening van een monopolie aan een enkele organisatie die onder nauw overheidstoezicht staat, een doeltreffend middel is om de aan deze sector verbonden criminaliteit te beheersen, aansporing tot geldverkwisting door gokken te voorkomen en gokverslaving afdoende te bestrijden;

b) een nationale regeling die op het gebied van kansspelen een monopolie instelt, op grond waarvan de monopolist een expansionistisch beleid kan voeren, slechts coherent is met de doelstelling de criminaliteit te bestrijden en de gelegenheden tot gokken te beperken indien:

— **zij is gesteund op de vaststelling dat de aan kansspelen verbonden criminele en frauduleuze activiteiten en de gokverslaving in de betrokken lidstaat een probleem vormen, dat door een uitbreiding van de legale en gereglementeerde activiteiten kan worden opgelost, en**

— **zij enkel gematigde reclame toestaat, die strikt beperkt is tot hetgeen nodig is om de consument in de richting van gecontroleerde kansspelcircuits te leiden;**

c) het feit dat de ene lidstaat voor een ander beschermingsstelsel heeft gekozen dan een andere lidstaat, geen invloed kan hebben op de beoordeling van de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen immers enkel te worden getoetst aan de door de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen.

ondertekeningen