ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

9 september 2010 *

In zaak C-64/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Landesgericht Linz (Oostenrijk) bij beslissing van 23 januari 2008, ingekomen bij het Hof op 19 februari 2008, in de strafzaak tegen

Ernst Engelmann,

wijst HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: J.-C. Bonichot, kamerpresident, C. Toader, K. Schiemann (rapporteur), P. Kūris en L. Bay Larsen, rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,
griffier: K. Malacek, administrateur,

* Procestaal: Duits.

gezien de stukken en na de terechtzitting op 14 januari 2010,

gelet op de opmerkingen van:

— E. Engelmann, vertegenwoordigd door P. Ruth en T. Talos, Rechtsanwälte, en A. Stadler,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer als gemachtigde,

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

— de Griekse regering, vertegenwoordigd door A. Samoni-Rantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou en E.-M. Mamouna als gemachtigden,

— de Spaanse regering, vertegenwoordigd door F. Díez Moreno als gemachtigde,

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

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door P. Dejmek, vervolgens door E. Traversa en H. Krämer als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 23 februari 2010,

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 een strafrechtelijke procedure die tegen E. Engelmann is aangespannen wegens niet-inachtneming van de Oostenrijkse wettelijke regeling inzake het exploiteren van casino's.

Toepasselijke bepalingen

3 Kansspelen zijn in Oostenrijk geregeld bij het Glücksspielgesetz (federale wet op de kansspelen), in de in het *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 620/1989 gepubliceerde versie (hierna: „GSpG").

4 Uit de ontstaansgeschiedenis van het GSpG blijkt dat deze wet enerzijds ertoe strekt de kansspelen te regelen en anderzijds een fiscaal doel heeft.

5 Wat het regelgevende doel betreft, wordt in het algemene deel van de toelichting bij het GSpG uiteengezet dat een totaal verbod van kansspelen idealiter de verstandigste regeling zou zijn, maar dat het, gelet op het welbekende feit dat goklust eigen aan de mens is, veel verstandiger is om deze lust in het belang van het individu en van de samenleving in banen te leiden. Daarmee worden volgens de toelichting twee doelstellingen verwezenlijkt: een vlucht van de kansspelen in de illegaliteit zoals kan worden geconstateerd in de staten waar kansspelen volledig zijn verboden, wordt voorkomen, en de staat behoudt tegelijk de mogelijkheid om toezicht te houden op de legaal geëxploiteerde kansspelen, waarbij dit toezicht voornamelijk gericht moet zijn op de bescherming van de individuele speler.

6 Wat de fiscale kant van de zaak betreft, wordt in deze toelichting opgemerkt dat de federale staat er belang bij heeft om zo hoog mogelijke inkomsten uit het monopolie inzake kansspelen te kunnen halen. De federale regering moet derhalve bij de reglementering van kansspelen niet alleen het regelgevende doel in acht nemen en veiligstellen, maar tevens ervoor zorgen dat deze spelen zodanig worden geëxploiteerd dat dit monopolie haar zo hoog mogelijke inkomsten oplevert.

7 § 3 GSpG vestigt een „staatsmonopolie" inzake kansspelen, door te bepalen dat het recht om deze spelen te organiseren en te exploiteren in beginsel aan de staat is voorbehouden, behoudens andersluidende bepaling in deze wet.

8 Krachtens § 21, lid 1, GSpG kan de federale minister van Financiën het recht toekennen om kansspelen te organiseren en te exploiteren door een concessie voor de exploitatie van casino's te verlenen. Er kunnen in totaal slechts twaalf concessies worden verleend, één per gemeente.

9 De voorwaarden voor de verlening van een concessie voor de exploitatie van een casino zijn vastgesteld in § 21, lid 2, GSpG. Deze bepaling preciseert met name dat de concessiehouder een in Oostenrijk gevestigde naamloze vennootschap moet zijn met een basiskapitaal van ten minste 22 miljoen EUR, en dat deze concessiehouder de plaatselijke overheden naargelang van de omstandigheden de beste vooruitzichten op een optimaal fiscaal rendement moet bieden, met inachtneming van de regels van het GSpG ter bescherming van de spelers.

10 Volgens § 22 GSpG is de duur van een concessie beperkt tot vijftien jaar.

11 Krachtens § 31, lid 1, GSpG heeft het federale ministerie van Financiën een algemeen recht van toezicht op de concessiehouder. Het kan daartoe diens boeken inzien, en zijn ambtenaren hebben met het oog op de uitoefening van het recht van toezicht toegang tot de bedrijfsruimten van de concessiehouder. Voorts wordt dit ministerie volgens § 31, lid 2, door een overheidscommissaris vertegenwoordigd in de concessiehoudende vennootschap. Volgens § 31, lid 3, moet de gecontroleerde jaarrekening ten slotte binnen zes maanden na afloop van het boekjaar aan de federale minister van Financiën worden bezorgd.

12 De organisatie van kansspelen door een persoon die niet beschikt over een concessie voor de exploitatie van een casino, en de commerciële deelname aan spelen die in dergelijke omstandigheden worden georganiseerd, kunnen leiden tot strafrechtelijke

vervolging. Volgens § 168 van het Strafgesetzbuch (Oostenrijks wetboek van strafrecht; 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".

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

13 De twaalf concessies voor de exploitatie van casino's waarin § 21 GSpG voorziet, zijn thans in handen van Casinos Austria AG.

14 Deze concessies zijn aanvankelijk bij administratieve beschikking van 18 december 1991 aan deze onderneming verleend voor een maximale duur van vijftien jaar.

15 De concessies voor het exploiteren van de zes casino's van Bregenz, Graz, Innsbruck, Linz, Salzburg en Wenen zijn vervolgens vroegtijdig, met ingang van 1 januari 1998, met vijftien jaar verlengd, zodat zij op 31 december 2012 zullen verstrijken. De concessies voor de zes casino's van Baden, Bad Gastein, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Seefeld en Velden zijn eveneens, met ingang van 1 januari 2001, met vijftien jaar verlengd en zullen bijgevolg verstrijken op 31 december 2015.

16 De Oostenrijkse regering heeft in antwoord op een vraag van het Hof bevestigd dat al deze concessies zonder voorafgaande openbare aanbesteding zijn verleend.

17 Engelmann, een Duits staatsburger, heeft in Oostenrijk casino's geëxploiteerd, van begin 2004 tot 19 juli 2006 te Linz en van april 2004 tot 14 april 2005 te Schärding. In deze casino's bood hij zijn clientèle met name een spel, „observatieroulette" genaamd, en de kaartspelen „Poker" en „Two Aces" aan. Hij had niet om een concessie voor de organisatie van kansspelen verzocht, en hij was evenmin houder van een wettelijke vergunning in een andere lidstaat.

18 Bij vonnis van 5 maart 2007 heeft het Bezirksgericht Linz Engelmann schuldig bevonden aan het organiseren van kansspelen op Oostenrijks grondgebied teneinde daaruit een financieel voordeel te halen. Volgens het Bezirksgericht heeft hij zich aldus schuldig gemaakt aan het illegaal organiseren van kansspelen, een strafbaar feit in de zin van § 168, lid 1, StGB. Hij is hiervoor veroordeeld tot een geldboete van 2 000 EUR.

19 Engelmann heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het Landesgericht Linz, dat twijfelt aan de verenigbaarheid van de bepalingen van het StGB, gelezen in samenhang met de Oostenrijkse regels inzake kansspelen, met het recht van de Unie, meer bepaald de artikelen 43 EG en 49 EG.

20 Deze twijfels berusten ten eerste op het feit dat — voor zover de verwijzende rechter bekend is — vóór de vaststelling van de toepasselijke bepalingen van het GSpG geen onderzoek naar de gevaren van goklust en naar de juridische of feitelijke preventiemogelijkheden is verricht. Volgens het Landesgericht Linz zijn deze bepalingen in strijd met de rechtspraak van het Hof volgens welke de argumenten die door een lidstaat kunnen worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een beperking van het vrij

verrichten van diensten gepaard moeten gaan met een onderzoek naar de opportuniteit en de evenredigheid van de door deze staat vastgestelde beperkende maatregel.

21 Ten tweede twijfelt de verwijzende rechter aan het samenhangende en stelselmatige karakter van het Oostenrijkse beleid inzake geconcessioneerde kansspelen. Volgens hem is van een samenhangende en stelselmatige beperking van kansspelen en weddenschappen slechts sprake indien de wetgever alle kansspelsectoren evalueert en vervolgens maatregelen neemt die in verhouding staan tot het mogelijke gevaar of verslavingsrisico dat elk soort kansspel inhoudt. Volgens hem is dit in Oostenrijk niet het geval. Het Oostenrijkse kansspelmonopolie staat immers toe dat uitgebreid reclame voor deze sector wordt gemaakt, en in zoverre wordt zelfs aanvaard dat personen actief worden aangespoord om aan kansspelen of weddenschappen deel te nemen.

22 Ten derde betwijfelt het Landesgericht Linz of het met de vereisten van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid verenigbaar is dat concessies, ter bestrijding van economische criminaliteit, het witwassen van geld en gokverslaving, enkel worden verleend aan naamloze vennootschappen die op het nationale grondgebied zijn gevestigd.

23 Ten vierde wijst het Landesgericht Linz erop dat de nationale autoriteiten actief inkomsten uit casinobelasting najagen. Deze situatie is volgens het Landesgericht in strijd met de rechtspraak van het Hof volgens welke de beperkingen van de fundamentele vrijheden op het gebied van kansspelen daadwerkelijk erop gericht moeten zijn, de gelegenheden tot spelen te verminderen en niet een nieuwe bron van inkomsten aan te boren.

24 Volgens de verwijzende rechter zou Engelmann in beginsel naar een concessie kunnen dingen indien hem krachtens de bepalingen van het recht van de Unie een vergunning voor de exploitatie van een casino kon worden verleend zonder dat hij daarvoor

een op Oostenrijks grondgebied gevestigde naamloze vennootschap zou hoeven op te richten of over te nemen. Voor zover hem een dergelijke vergunning zou worden verleend, zou niet meer zijn voldaan aan de omschrijving van het strafbare feit van § 168 StGB, namelijk de illegale organisatie van kansspelen.

25 In deze omstandigheden heeft het Landesgericht Linz de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Dient artikel 43 EG aldus te worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een wettelijke bepaling van een lidstaat die de exploitatie van kansspelen in casino's bij uitsluiting voorbehoudt aan naamloze vennootschappen die hun zetel hebben op het grondgebied van deze lidstaat, en derhalve de oprichting of de verwerving van een dergelijke vennootschap in deze lidstaat noodzakelijk maakt?

2) Dienen de artikelen 43 EG en 49 EG aldus te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationaal monopolie op bepaalde kansspelen, zoals kansspelen in casino's, wanneer er in de betrokken lidstaat geen samenhangend en consistent beleid bestaat, gericht op de beperking van kansspelen, aangezien organisatoren met een door de lidstaat verleende concessie aanzetten tot deelname aan kansspelen — zoals nationale sportweddenschappen en loterijen — en hiervoor op televisie, in kranten of tijdschriften reclame maken, die zelfs zo ver gaat dat korte tijd voor de lottotrekking een contant geldbedrag voor een deelnameformulier wordt geboden [‚TOI TOI TOI — Glaub' ans Glück'] (‚Succes — Geloof in het geluk')?

3) Dienen de artikelen 43 EG en 49 EG aldus te worden uitgelegd, dat zij in de weg staan aan een nationale bepaling volgens welke alle door de nationale wettelijke regeling inzake kansspelen voorgeschreven concessies voor de exploitatie van kansspelen en casino's worden verleend voor een tijdvak van vijftien jaar op basis

van een regeling die kandidaten uit de Gemeenschap (die niet de nationaliteit van deze lidstaat bezitten) uitsluit van de aanbesteding?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

26 Engelmann, die niet betwist dat hij geen concessie voor de exploitatie van een casino in Oostenrijk heeft aangevraagd, kon er hoe dan ook geen krijgen, aangezien hij niet voldeed aan de voorwaarden die in de betrokken nationale wettelijke regeling zijn vastgesteld — hij had namelijk geen naamloze vennootschap opgericht die in deze lidstaat was gevestigd — en alle concessies waarin de nationale wettelijke regeling voorzag reeds aan een Oostenrijkse onderneming waren verleend. Volgens de verwijzende rechter hangt het antwoord op de vraag of Engelmann het hem ten laste gelegde strafbare feit heeft gepleegd af van de vraag of deze uitsluiting geoorloofd is. Bijgevolg dienen in de eerste plaats de eerste en de derde vraag te worden onderzocht.

De eerste vraag

27 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 43 EG zich verzet tegen twee van de voorwaarden die door de nationale wettelijke regeling worden opgelegd aan de houders van concessies voor de exploitatie van casino's, namelijk de verplichting om de rechtsvorm van een naamloze vennootschap aan te nemen en de verplichting om hun zetel op het nationale grondgebied te hebben.

Verplichting voor concessiehouders om de rechtsvorm van een naamloze vennootschap aan te nemen

28 De verplichting voor marktdeelnemers die casino's wensen te exploiteren om de rechtsvorm van een naamloze vennootschap aan te nemen vormt een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG. Deze voorwaarde verhindert met name marktdeelnemers die natuurlijke personen zijn, alsook ondernemingen die in hun land van vestiging voor een andere vennootschapsvorm hebben geopteerd, om in Oostenrijk een nevenvestiging op te richten (zie in die zin arresten van 12 juli 1984, Klopp, 107/83, Jurispr. blz. 2971, punt 19; 7 juli 1988, Stanton en L'Étoile 1905, 143/87, Jurispr. blz. 3877, punt 11, en 29 april 2004, Commissie/Portugal, C-171/02, Jurispr. blz. I-5645, punt 42).

29 Onderzocht moet worden in hoeverre deze beperking niettemin kan worden toegestaan op grond van de uitzonderingen waarin het EG-Verdrag uitdrukkelijk voorziet of overeenkomstig de rechtspraak van het Hof kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. Artikel 46, lid 1, EG voorziet in beperkingen die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. In de rechtspraak van het Hof zijn een aantal dwingende redenen van algemeen belang vastgelegd die eveneens deze beperkingen kunnen rechtvaardigen, zoals met name het doel de consument te beschermen, fraude te bestrijden, te voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, en maatschappelijke problemen in het algemeen te vermijden.

30 Zoals de Europese Commissie — in haar opmerkingen — en de advocaat-generaal — in punt 68 van zijn conclusie — hebben opgemerkt, kunnen bepaalde doelstellingen eventueel rechtvaardigen dat aan een marktdeelnemer een specifieke rechtsvorm wordt opgelegd. De verplichtingen die op naamloze vennootschappen rusten, met name op het vlak van hun interne organisatie, hun boekhouding, de controles waaraan zij kunnen worden onderworpen en hun betrekkingen met derden, zouden, gelet

op de specifieke kenmerken van de kansspelsector en de aan kansspelen verbonden gevaren, namelijk een dergelijke verplichting kunnen rechtvaardigen.

31 Het is zonder aanvullende gegevens onmogelijk om te beoordelen of dergelijke doelstellingen in casu daadwerkelijk worden nagestreefd door de verplichting voor de marktdeelnemer om de rechtsvorm van een naamloze vennootschap aan te nemen, en of zij een rechtvaardiging kunnen vormen op grond van het feit dat zij een uitzondering vormen waarin het Verdrag uitdrukkelijk voorziet, of een door de rechtspraak van het Hof erkende dwingende reden van algemeen belang, en of deze verplichting in voorkomend geval aan het evenredigheidsbeginsel voldoet. Het staat bijgevolg aan de nationale rechters om dit te beoordelen.

Verplichting voor de houders van een concessie voor de exploitatie van casino's om hun zetel op het nationale grondgebied te hebben

32 Zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in de punten 51 en 52 van zijn conclusie, vormt de verplichting voor de houders van een concessie voor de exploitatie van casino's om hun zetel op het nationale grondgebied te hebben een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG, doordat zij in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen discrimineert en deze vennootschappen verhindert om via een agentschap, een filiaal of een dochteronderneming casino's in Oostenrijk te exploiteren.

33 Aan deze vaststelling wordt geenszins afgedaan door de door de Oostenrijkse regering aangevoerde omstandigheid dat deze verplichting slechts op de marktdeelnemers rust vanaf het ogenblik dat zij zijn geselecteerd en dit voor de duur van de concessie. Zoals de advocaat-generaal in punt 62 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan een dergelijke verplichting immers in andere lidstaten gevestigde ondernemingen ervan

weerhouden zich kandidaat te stellen wegens de kosten van vestiging en installatie in Oostenrijk die zij zouden moeten dragen indien hun kandidatuur werd aanvaard. Voorts kan dit systeem niet voorkomen dat een vennootschap die haar zetel in een andere lidstaat heeft wordt verhinderd, op Oostenrijks grondgebied casino's te exploiteren door middel van een agentschap, een filiaal of een dochteronderneming.

34 Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat een beperking die, zoals in casu, discriminerend is, slechts strookt met het recht van de Unie indien zij onder een uitdrukkelijke afwijkende bepaling zoals artikel 46 EG valt, dat betrekking heeft op de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid (arresten van 16 januari 2003, Commissie/Italië, C-388/01, Jurispr. blz. I-721, punt 19, en 6 oktober 2009, Commissie/Spanje, C-153/08, Jurispr. blz. I-9735, punt 37).

35 Een dergelijke beperking dient voorts te voldoen aan de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde voorwaarden inzake evenredigheid, en is slechts geschikt om de verwezenlijking van het beoogde doel te waarborgen, wanneer de verwezenlijking daarvan daadwerkelijk op coherente en stelselmatige wijze wordt nagestreefd (zie in die zin arrest van 8 september 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International, C-42/07, Jurispr. blz. I-7633, punten 59-61).

36 De Oostenrijkse regering stelt dat de verplichting van de houders van een concessie voor de exploitatie van casino's om hun zetel op het nationale grondgebied te hebben tot doel heeft, een doeltreffende controle van de in de kansspelsector actieve marktdeelnemers mogelijk te maken, teneinde de exploitatie van deze activiteiten voor criminele of frauduleuze doeleinden te voorkomen. Deze verplichting biedt met name de mogelijkheid, een zekere controle op de beslissingen van de vennootschapsorganen uit te oefenen doordat de staat in de organen, zoals de raad van commissarissen, vertegenwoordigd is.

37 Zonder dat hoeft te worden nagegaan of dit doel onder de noemer „openbare orde" kan vallen, kan dienaangaande worden volstaan met de vaststelling dat de absolute uitsluiting van in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemers onevenredig is, omdat dit verder gaat dan noodzakelijk is ter bestrijding van criminaliteit. Er bestaan immers verschillende middelen om de activiteiten en de rekeningen van deze marktdeelnemers te controleren (zie in die zin arresten van 6 november 2003, Gambelli e.a., C-243/01, Jurispr. blz. I-13031, punt 74, en 6 maart 2007, Placanica e.a., C-338/04, C-359/04 en C-360/04, Jurispr. blz. I-1891, punt 62, alsook arrest Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 39).

38 Zo bestaat met name de mogelijkheid om voor elk casino van éénzelfde marktdeelnemer een afzonderlijke boekhouding te eisen die door een externe accountant wordt gecontroleerd, om zich stelselmatig op de hoogte te laten houden over de besluiten van de organen van de concessiehouders en om informatie over hun bestuurders of voornaamste aandeelhouders te verzamelen. Bovendien kunnen, zoals de advocaat-generaal in punt 60 van zijn conclusie heeft opgemerkt, alle in een lidstaat gevestigde ondernemingen worden gecontroleerd en kunnen hun sancties worden opgelegd, ongeacht de woonplaats van hun bestuurders.

39 Gelet op de betrokken activiteit, namelijk de exploitatie van casino's op Oostenrijks grondgebied, staat er voorts niets aan in de weg dat in deze casino's verificaties worden verricht teneinde met name elke fraude van deze marktdeelnemers ten nadele van de consument te voorkomen.

40 Bijgevolg dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 43 EG aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan de regeling van een lidstaat die de exploitatie van kansspelen in casino's bij uitsluiting voorbehoudt aan marktdeelnemers die hun zetel hebben op het grondgebied van deze lidstaat.

Derde vraag

41 Hoewel de derde vraag volgens de formulering ervan betrekking heeft op de discriminerende voorwaarden die krachtens de nationale wettelijke regeling van toepassing zijn op aanbestedingen met het oog op de gunning van concessies voor de exploitatie van casino's in Oostenrijk, blijkt uit de door de Oostenrijkse regering verschafte informatie dat geen aanbesteding is georganiseerd en dat de twaalf ten tijde van de feiten van het hoofdgeding bestaande concessies die met ingang van 1 januari 1998 en 1 januari 2001 aan Casinos Austria AG zijn gegund, niet op transparante wijze zijn verleend. Deze twaalf concessies waren overigens de enige concessies waarin de nationale wettelijke regeling voorzag.

42 Bijgevolg dient de derde vraag aldus te worden opgevat dat zij ertoe strekt te vernemen of de artikelen 43 EG en 49 EG eraan in de weg staan dat alle concessies voor de exploitatie van casino's op het grondgebied van een lidstaat zonder aanbesteding voor een duur van vijftien jaar worden verleend.

43 In dit verband kunnen drie verschillende beperkingen worden onderscheiden, namelijk, ten eerste, de beperking van het aantal concessies voor de exploitatie van casino's, ten tweede, de verlening van deze concessies voor een duur van vijftien jaar en, ten derde, het feit dat de concessies niet op transparante wijze zijn verleend. Voor elk van deze beperkingen moet met name afzonderlijk worden onderzocht of zij geschikt is om de verwezenlijking van de door de betrokken lidstaat aangevoerde doelstelling(en) te waarborgen en of zij niet verder gaat dan ter bereiking daarvan noodzakelijk is (arrest Placanica e.a., reeds aangehaald, punt 49, en arrest van 8 september 2010, Carmen Media Group, C-46/08, Jurispr. blz. I-8145, punt 60).

44 Wat in de eerste plaats de beperking van het aantal concessies voor de exploitatie van casino's betreft, staat vast dat een dergelijke beperking een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten (arrest Placanica e.a., reeds aangehaald, punten 50 en 51).

45 Onder voorbehoud van een door de verwijzende rechter te verrichten verificatie lijkt een beperking van het aantal concessies, en dus van het aantal casino's, in de betrokken sector tot twaalf — wat volgens de door de Oostenrijkse regering verstrekte gegevens neerkomt op één casino per 750 000 inwoners — evenwel naar haar aard de mogelijkheid te bieden om de gelegenheden tot gokken te beperken en aldus een door het recht van de Unie erkend doel van algemeen belang te verwezenlijken (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Gambelli e.a., punten 62 en 67; Placanica e.a., punt 53, en Carmen Media Group, punt 84). Aangezien de consument zich moet verplaatsen om in een casino aan de betrokken kansspelen te kunnen deelnemen, maakt een beperking van het aantal van deze casino's het moeilijker om aan dergelijke spelen deel te nemen.

46 Wat in de tweede plaats de duur van de concessies betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat de verlening van concessies voor een duur tot vijftien jaar de uitoefening van de door de artikelen 43 EG en 49 EG gewaarborgde vrijheden door marktdeelnemers uit andere lidstaten kan belemmeren en zelfs onmogelijk maken en derhalve een beperking van deze vrijheden vormt (zie in die zin arrest van 9 maart 2006, Commissie/Spanje, C-323/03, Jurispr. blz. I-2161, punt 44).

47 Voor de beoordeling van de verenigbaarheid van deze beperking met het recht van de Unie moet eraan worden herinnerd dat de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting als fundamentele beginselen van het Verdrag slechts kunnen worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing zijn op alle personen of ondernemingen die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst. Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder

gaan dan ter bereiking daarvan noodzakelijk is (arrest van 9 maart 2006, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48 Dat lijkt in casu het geval te zijn, aangezien de verlening van concessies voor een duur tot vijftien jaar, onder voorbehoud van een door de verwijzende rechter te verrichten verificatie, gerechtvaardigd lijkt, met name gelet op het feit dat de concessiehouder voldoende tijd nodig heeft om de noodzakelijke investeringen voor de oprichting van een casino af te schrijven.

49 Wat in de derde plaats de procedure voor de verlening van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde concessies betreft, zij er om te beginnen aan herinnerd dat dienstenconcessies weliswaar in de huidige stand van het recht van de Unie niet vallen onder een van de richtlijnen waarbij de wetgever van de Unie de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld, maar dat de openbare autoriteiten die dergelijke concessies verlenen niettemin de fundamentele regels van de Verdragen, met name de artikelen 43 EG en 49 EG, alsook de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht moeten nemen (zie in die zin arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punten 60 en 61; 21 juli 2005, Coname, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punten 16-19; 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punten 46-48; 13 april 2010, Wall, C-91/08, Jurispr. blz. I-2815, punt 33, en 3 juni 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Jurispr. blz. I-4695, punt 39).

50 Zonder noodzakelijkerwijs te vereisen dat een aanbesteding wordt uitgeschreven, houdt deze transparantieverplichting, die van toepassing is wanneer een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de betrokken dienstenconcessie wordt gegund, in deze concessie geïnteresseerd kan zijn, in dat de concessieverlenende instantie aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (arrest Sporting Exchange, reeds aangehaald, punten 40 en 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 De verlening van een concessie aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, levert immers een ongelijke behandeling op ten nadele van de in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die niet over een reële mogelijkheid beschikken om hun belangstelling voor de betrokken concessie te uiten. Een dergelijke ongelijke behandeling is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en vormt behoudens objectieve rechtvaardiging een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Coname, punt 19, en Parking Brixen, punt 50, alsook arrest van 17 juli 2008, ASM Brescia, C-347/06, Jurispr. blz. I-5641, punten 59 en 60).

52 Het feit dat de afgifte van een vergunning voor de exploitatie van casino's niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst voor diensten, kan op zich niet rechtvaardigen dat de vereisten van artikel 49 EG, met name het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, niet in acht worden genomen (zie in die zin arrest Sporting Exchange, reeds aangehaald, punt 46).

53 De transparantieverplichting is immers een dwingende voorwaarde waaraan een lidstaat moet voldoen alvorens vergunningen voor de exploitatie van casino's te kunnen verlenen, ongeacht de wijze waarop de marktdeelnemers worden geselecteerd, aangezien de gevolgen van de verlening van dergelijke vergunningen jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijkerwijs geïnteresseerd zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten.

54 Voorts zij eraan herinnerd dat wanneer in een lidstaat een vergunningstelsel wordt ingevoerd dat wettige doelstellingen nastreeft die door de rechtspraak worden erkend, een dergelijk stelsel geen rechtvaardiging kan vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de bepalingen van het recht van de Unie, met name die betreffende fundamentele vrijheden als die welke in het hoofdgeding

aan de orde zijn, hun nuttige werking verliezen (zie met name reeds aangehaalde arresten Sporting Exchange, punt 49, en Carmen Media Group, punt 86).

55 Wil een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen gerechtvaardigd zijn, niettegenstaande het feit dat het aan dergelijke fundamentele vrijheden derogeert, dan moet het volgens vaste rechtspraak immers zijn gebaseerd op objectieve criteria die niet-discriminerend en vooraf bekend zijn, zodat een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten, opdat deze niet op willekeurige wijze zou worden gebruikt. Bovendien moet elke persoon die wordt geraakt door een restrictieve maatregel die op een dergelijke derogatie is gebaseerd, een effectief beroep in rechte kunnen instellen (zie reeds aangehaalde arresten Sporting Exchange, punt 50, en Carmen Media Group, punt 87).

56 Het feit dat de concessies voor de exploitatie van casino's in het hoofdgeding zonder enige vorm van transparantie met ingang van 1 januari 1998 en 1 januari 2001 zijn verleend, is in strijd met de artikelen 43 EG en 49 EG.

57 De Oostenrijkse regering heeft dienaangaande enkel opgemerkt dat de procedure voor de verlening van de concessies in overeenstemming was met het destijds geldende nationale recht, en gesteld dat in die periode geen transparantieverplichting uit de rechtspraak van het Hof kon worden afgeleid. Zij stelt eveneens dat marktdeelnemers die aan de voorwaarden van de toepasselijke wettelijke regeling voldeden, uit eigen beweging naar een concessie konden dingen. Geen van deze omstandigheden vormt evenwel een uitdrukkelijk in het Verdrag genoemde uitzondering of een door de rechtspraak van het Hof erkende dwingende reden van algemeen belang die als zodanig een rechtvaardiging kan vormen voor het feit dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde concessies zonder enige vorm van transparantie zijn verleend.

58 Gelet op al deze overwegingen dient op de derde vraag te worden geantwoord dat de uit de artikelen 43 EG en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit voortvloeiende transparantieverplichting eraan in de weg staat dat alle concessies voor de exploitatie van casino's op het grondgebied van een lidstaat zonder aanbesteding worden verleend.

Tweede vraag

59 Gelet op de antwoorden op de eerste en de derde vraag en op het feit dat de verwijzende rechter, zoals in punt 26 van het onderhavige arrest is opgemerkt, de vraag of Engelmann het hem ten laste gelegde strafbare feit heeft gepleegd koppelt aan de vraag of hem op rechtmatige wijze de mogelijkheid is ontzegd om een concessie te verkrijgen, hoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

60 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) Artikel 43 EG moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan de regeling van een lidstaat die de exploitatie van kansspelen in casino's bij uitsluiting voorbehoudt aan marktdeelnemers die hun zetel hebben op het grondgebied van deze lidstaat.

2) De uit de artikelen 43 EG en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit voortvloeiende transparantieverplichting staat eraan in de weg dat alle concessies voor de exploitatie van casino's op het grondgebied van een lidstaat zonder aanbesteding worden verleend.

ondertekeningen