



Datum van inontvangstneming : 19/07/2017

**Zaak C-79/17**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

14 februari 2017

**Verwijzende rechter:**

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

7 februari 2017

**Verzoekende partijen:**

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

**Betrokken instantie:**

Landespolizeidirektion Oberösterreich

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Opheffing van bestuursstrafrechtelijke maatregelen die zijn opgelegd wegens schending van het Oostenrijkse kansspelmonopolie

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzing**

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

## Prejudiciële vragen

1) Is een nationale regeling betreffende een kansspelmonopolie samenhangend in de zin van de artikelen 56 e.v. VWEU, wanneer met betrekking tot deze regeling

- waarbij er in dit verband van wordt uitgegaan dat
  - a) een vaststelling en beoordeling van de feiten op grond van door de autoriteiten en particuliere procespartijen overgelegd bewijs en algemeen bekende feiten volstaat (zie in dit verband zaak C-685/15) en
  - b) rechterlijke instanties niet gebonden zijn door het oordeel van andere nationale rechterlijke instanties die de samenhang niet zelfstandig hebben onderzocht (zie in dit verband zaak C-589/16) –

in een gerechtelijke procedure die voorbehoud a) en b) in acht neemt en dus waarschijnlijk in overeenstemming is met het beginsel van een eerlijk proces van artikel 6, lid 1, EVRM en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, is vastgesteld dat zij de volgende wezenlijke uitgangspunten heeft:

- gokverslaving is geen maatschappelijk probleem dat optreden van de overheid vereist;
  - verboden kansspelen worden niet beschouwd als een strafbaar feit, maar enkel (zij het vaak) als een administratieve overtreding;
  - de staatsinkomsten uit kansspelen bedragen jaarlijks meer dan 500 miljoen EUR (= 0,4 % van de gehele jaarbegroting), en
  - de reclame door de concessiehouders beoogt in belangrijke mate ook personen die niet aan kansspelen deelnemen, tot spelen aan te zetten?
- 2) Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord, is een dergelijk stelsel dan samenhangend in de zin van de artikelen 56 e.v. VWEU voor zover dat stelsel de daardoor nagestreefde doelstellingen en de bewijslast van de Staat wat betreft de daadwerkelijke verwezenlijking daarvan niet uitdrukkelijk wettelijk vastlegt, maar de uitwerking van de wezenlijke criteria van samenhang en de toetsing daarvan aan de nationale rechterlijke instanties overlaat, op een wijze die een eerlijk proces in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM en van artikel 47 VWEU uiteindelijk niet met zekerheid waarborgt?
- 3) Indien de eerste en/of de tweede vraag bevestigend moet(en) worden beantwoord, kan een dergelijk stelsel dan worden aangemerkt als evenredig in de zin van de artikelen 56 e.v. VWEU gelet op de wettelijk bepaalde,

ruime interventiebevoegdheden van instanties van de uitvoerende macht, waarvoor geen voorafgaande rechterlijke machtiging of toetsing geldt?

- 4) Indien de eerste, de tweede en de derde vraag bevestigend moeten worden beantwoord, kan een dergelijk stelsel dan worden aangemerkt als evenredig in de zin van de artikelen 56 e.v. VWEU gelet op de omstandigheid dat een loutere vaststelling van strenge toegangsvereisten zonder daarbij gelijktijdig het aantal van de toe te kennen concessies vast te stellen, de vrijheid van dienstverrichting in vergelijking minder zou beperken?
- 5) Indien een van de bovenstaande vragen ontkennend moet worden beantwoord, moet een nationale rechterlijke instantie die heeft vastgesteld dat het monopoliestelsel van het GSpG in strijd is met het Unierecht, dan op grond daarvan niet alleen de interventie maatregelen die aan de orde zijn in de bij haar aanhangige procedure onrechtmatig verklaren, maar ook in het kader van haar ambtshalve bevoegdheid (bijvoorbeeld door heropening van deze procedures) noodzakelijk accessoire, maar reeds definitieve straffen (zoals bijvoorbeeld administratieve sancties) ongedaan maken?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

VWEU, in het bijzonder de artikelen 56 e.v.

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), in het bijzonder artikel 47

### **Aangevoerde bepalingen van internationaal recht**

Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”), in het bijzonder artikel 6

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Glücksspielgesetz (kansspelwet; hierna: „GSpG”), in het bijzonder de §§ 52 en 54

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure**

- 1 De feiten in de hoofdgedingen komen overeen met die in de zaken die reeds aanleiding hebben gegeven tot twee verzoeken om een prejudiciële beslissing (zaken C-685/15 en C-589/16), betreffende de vraag in hoeverre de bestuursstrafrechtelijke handhaving van het Oostenrijkse kansspelmonopolie op procedureel vlak verenigbaar is met het Unierecht.
- 2 In Oostenrijkse lokalen zijn in het kader van inspecties speelautomaten in beslag genomen die zonder vergunning van de overheid werden geëxploiteerd. Tegen de

verantwoordelijke personen werden bestuursstrafrechtelijke procedures bij de overheid ingeleid. Nadat de strafbeschikkingen en de besluiten tot inbeslagname definitief waren geworden na de beroepsprocedure bij het Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (bestuursrechter in eerste aanleg van de deelstaat Oberösterreich, Oostenrijk; hierna: „LVwG OÖ”) gelastte de bestuurlijke instantie bij een besluit op grond van § 54 GSpG de verbeurdverklaring van de speelautomaten. Verzoekende partijen zijn tegen deze verbeurdverklaringsbesluiten opnieuw bij het LVwG OÖ opgekomen.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

- 3 Op het gebied van kansspelen is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een nationale monopolieregeling met het Unierecht, met name met de artikelen 56 e.v. VWEU, de „coherentie” moet worden getoetst. Uit die toetsing moet blijken dat zowel de concrete wettelijke regeling als de praktische uitvoering daarvan de met de monopolieregeling nagestreefde doelstellingen daadwerkelijk verwezenlijkt, c.q. dat de concrete handhaving van de met de monopolisering verbonden beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting werkelijk in overeenstemming is met de artikelen 56 e.v. VWEU (zie specifiek met betrekking tot het Oostenrijkse kansspelmonopolie het arrest van 30 april 2014, Pflieger, C-390/12, EU:C:2014:281, punten 43, 49 en 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 4 Deze coherentietoetsing moet elke rechter op eigen initiatief verrichten, zonder gebonden te zijn door de rechtsopvatting ter zake van andere rechterlijke instanties, waarbij hij de actuele feitelijke omstandigheden in aanmerking neemt (zie onder meer arrest van 15 oktober 2015, Naderhirn, C-581/14, EU:C:2015:707, punten 32 e.v.).
- 5 In de eerdere procedures bij het LVwG OÖ, die reeds tot een definitieve beslissing hebben geleid, werden in dit verband de volgende bewijzen overgelegd: i) een onderzoek van het Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg (instituut voor interdisciplinair onderzoek inzake verslaving en drugs) van 2015 over gokgedrag en –problemen in Oostenrijk, ii) een rapport over kansspelen van het Bundesministerium für Finanzen (federaal ministerie van Financiën; hierna: „BMF”) van 2013, iii) een evaluatieverslag van het BMF van 2014 en iv) verschillende door verzoekende partijen overgelegde documenten (terwijl talrijke andere verzoeken van deze partijen om overlegging van bewijzen werden afgewezen).
- 6 Volgens verzoekende partijen zijn deze bewijzen niet inhoudelijk behandeld tijdens de procedure. Het LVwG OÖ heeft volgens hen de juistheid van de bewijzen i) tot en met iii) niet ter discussie gesteld. De door verzoekende partijen gevraagde overlegging van bewijzen kon volgens de rechter niet afdoen aan de bewijskracht van het onderzoek van 2015.

- 7 Het LVwG OÖ heeft daaruit de conclusie rechtens getrokken dat de wettelijke bepalingen van het GSpG geschikt zijn om de doelstelling van bescherming van de speler te verwezenlijken en dat illegale kansspelen doeltreffend worden bestreden door de controleactiviteiten van de uitvoerende organen. Sinds 2009 is de kansspelverslaving in Oostenrijk niet toegestaan en voorts strekt de reclame van de legale kansspelaanbieders er enkel toe om de consument naar het gecontroleerde spelcircuit te leiden. Gelet op alle omstandigheden is de monopolieregeling van het GSpG dus coherent en bijgevolg in overeenstemming met het Unierecht.
- 8 De beroepen die daartegen bij het Verfassungsgerichtshof (grondwettelijk hof, Oostenrijk; hierna: „VfGH”) werden ingesteld, werden verworpen. Het VfGH heeft geoordeeld dat het bij het GSpG ingestelde monopolie in overeenstemming met het Unierecht is. Het heeft daarbij de coherentie niet zelf getoetst, maar in dit verband in wezen de bewijzen en de waardering daarvan door het LVwG OÖ overgenomen en zich gebaseerd op een arrest van het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk; hierna: „VwGH”) dat evenmin berustte op een eigen coherentietoetsing.
- 9 Het Hof eist echter in gevallen waarin de coherentie moet worden getoetst, dat elke rechterlijke instantie die toetsing zelfstandig verricht, en deze rechtspraak vereist bovendien duidelijk dat een dergelijke toetsing wordt verricht in een procedure die in alle opzichten aan de vereisten van artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest voldoet, zodat alles bij elkaar genomen het arrest van het VfGH en de beslissing van het VwGH mogelijk niet aan deze vereisten beantwoorden, en wel omdat beide rechterlijke instanties wat de coherentietoetsing betreft belemmerd worden om deze vereisten te vervullen, door het nationale recht (bijvoorbeeld beperkte bevoegdheid om kennis te nemen van de feiten; in de regel gebondenheid door de vaststelling van de feiten door de lagere rechter) en door hun functie als hoogste rechter (waardoor zij bijvoorbeeld niet elke individuele zaak van meet af aan op tegenspraak kunnen behandelen).
- 10 Naar nationaal recht zou de thans voor de beslissing in de hoofdgedingen bevoegde rechter gebonden zijn door de ondertussen definitief geworden eerdere beslissingen. Dit met name omdat de verbeurdverklaring van de speelautomaten op grond van de in casu bestreden besluiten het bestaan veronderstelt van een definitieve bestuurlijke sanctie wegens overtreding van § 52 GSpG. Daarnaast zou er ook sprake zijn van een weliswaar niet formele, maar de facto uit proceseconomische overwegingen voortvloeiende gebondenheid door de in hogere aanleg door het VfGH en het VwGH gewezen principiële beslissingen.
- 11 Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof mogen bij vragen over de verenigbaarheid van nationale regels met het Unierecht dergelijke formele en/of informele nationale regels over bindende werking echter geen rol spelen. In de hoofdgedingen moet de thans bevoegde rechter derhalve (opnieuw) (zelfstandig) de coherentie toetsen, ongeacht eerdere beslissingen ter zake, met dien verstande

dat deze beslissende instantie reeds eerder meermaals heeft vastgesteld dat de monopolieregeling van het GSpG incoherent is.

- 12 Deze beslissingen zijn geweest op grond van omvangrijker bewijs, waarover alle bij de procedure betrokken partijen een standpunt hebben kunnen innemen. De thans ook in casu bevoegde rechter was van oordeel dat de centrale aanname van het kansspelrapport van het BMF van 2013, namelijk dat er in Oostenrijk sprake was van ongeveer 64 000 gokverslaafden, niet plausibel leek. Daaruit werd afgeleid dat gokverslaving in Oostenrijk geen ernstig maatschappelijk probleem is dat een onverwijld overheidsoptreden vereist en dat speelautomaten in Oostenrijk geen echt criminaliteitsprobleem opleveren. De overheidsinkomsten uit kansspelen zijn daarentegen elk jaar aanzienlijk en de monopoliehouders voeren een agressieve expansie- en reclamestrategie, terwijl de overheidsdiensten de noodzaak van een monopolieregeling, met name in de vorm die in het GSpG is neergelegd, niet hebben aangetoond.
- 13 Daaruit werd rechtens afgeleid dat het monopoliestelsel dus in strijd met het Unierecht is omdat het incoherent is. Enerzijds berust de wettelijke regeling in werkelijkheid immers niet op een door de rechtspraak van het Hof erkend dwingend vereiste van algemeen belang, zoals consumentenbescherming (in de vorm van bescherming van de speler en verslavingspreventie), de bestrijding of het voorkomen van criminaliteit, of de daadwerkelijke en stelselmatige vermindering van de aansporingen tot gokken en de speelgelegenheden, maar strekt zij er in feite in de eerste plaats toe om een goed voorzienbaar deel van de staatsinkomsten (ten belope van 0,4 % van de jaarlijkse totale inkomsten van de federale staat) te waarborgen. Anderzijds is er ook sprake van onevenredigheid wat betreft de concrete tenuitvoerlegging van het monopoliestelsel (privatisering door overdracht van de uitoefeningsbevoegdheden aan een – in het licht van een analyse van de behoeften – zeer beperkt aantal concessiehouders en niet aan een onbeperkt aantal) en de bevoegdheden om in te grijpen die bij wet aan de bestuurlijke instanties en uitvoeringsorganen zijn toegekend om inbreuken op dit monopolie tegen te gaan (zoals voorlopige en/of definitieve inbeslagname, verbeurdverklaring en vervolgens vernietiging van de betrokken zaken; bestuurlijke sancties; sluiting van ondernemingen), in het bijzonder wegens de volledige afwezigheid van een voorafgaande rechterlijke machtiging die hen bindt.
- 14 Deze feitelijke grondslag en de daaruit voortvloeiende rechterlijke beoordeling zijn naar het oordeel van de in casu bevoegde rechter in tussentijd niet veranderd, zodat zij ook voor de onderhavige hoofdgedingen hun relevantie behouden.
- 15 Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet een nationale regeling die in strijd is met het Unierecht, in de praktijk buiten toepassing worden gelaten. Dit beginsel moet door elk overheidsorgaan, in elke stand van de procedure, rechtstreeks ambtshalve in acht worden genomen. Concreet betekent dit in het bijzonder dat „wanneer een beperkende regeling inzake kansspelen is ingevoerd die onverenigbaar is met artikel 56 VWEU, voor de schending ervan door een

marktaandeelner geen sancties kunnen worden opgelegd” (zie arrest van 30 april 2014, Pflieger, C-390/12, EU:C:2014:281, punt 64). Daaruit zou dus voor de hoofdgedingen niet alleen volgen dat de bestraffing van verzoekende partijen die is uitgesproken wegens een vermeende overtreding van § 52 GSpG en die ondertussen definitief is geworden, onrechtmatig is, maar ook dat een daarop gebaseerde verbeurdverklaring op grond van § 54 GSpG uitgesloten is.

- 16 Dat er in de rechtspraak van de nationale rechterlijke instanties met betrekking tot de beoordeling van de coherentie een divergentie bestaat die indruist tegen artikel 6, lid 1, EVRM, lijkt een onvermijdelijk gevolg van drie systeemfouten: 1) de met de monopolieregeling nagestreefde doelstellingen zijn niet uitdrukkelijk wettelijk vastgesteld in het nationale stelsel, 2) de nationale regeling bevat geen uitdrukkelijke wettelijke verplichting voor de overheid om het nodige bewijs van de coherentie van de verwezenlijking van de doelstellingen aan te voeren, en 3) het nationale stelsel biedt de hoogste rechters niet de mogelijkheid om een zelfstandige rechterlijke toetsing te verrichten.
- 17 Deze drie systeemfouten verhinderen dus als het ware reeds structureel eenheid van bewijsvoering en beoordeling met betrekking tot het coherentievraagstuk (1); bovendien zijn de door het Hof ontwikkelde coherentiecriteria achteraf door de nationale wetgever ingepast in een reeds bestaand kader van de rechterlijke bevoegdheid in publiekrechtelijke zaken, dat echter in het bijzonder met betrekking tot het vereiste van een autonome rechterlijke coherentietoetsing in elke aanleg niet betrouwbaar kan verzekeren dat er een procedure is die in haar geheel voldoet aan het beginsel van een eerlijk proces van artikel 6, lid 1, EVRM, en artikel 47 van het Handvest (2); tot slot is er in het bijzonder ook nog sprake van een (horizontale) incoherentie, in die zin dat speelautomaten in ongeveer de helft van de Oostenrijkse deelstaten en zodoende voor 40 % van de inwoners verboden zijn, terwijl zij in de rest van de deelstaten toegelaten zijn, wat aantoont dat zelfs een aanzienlijk deel van de deelstaten zelf kennelijk van mening is dat het in het GSpG geregelde stelsel van concessies ten voordele van specifieke exploitanten niet het enige of meeste geschikte middel is om de doelstellingen van daadwerkelijke bescherming van de speler en doeltreffende criminaliteitspreventie op een zowel coherente als evenredige wijze te bereiken (3).