



Datum van inontvangstneming : 13/01/2017

Zaak C-593/16**Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

23 november 2016

Verwijzende rechter:

Landesgericht Korneuburg (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:


23 november 2016

Verzoekende partij:

Admiral Casinos & Entertainment AG

Verwerende partij:

[OMISSIS]

Het Landesgericht Korneuburg (rechter in eerste aanleg Korneuburg, handelsrechter), in het geding tussen verzoekster **ADMIRAL Casinos & Entertainment AG** [OMISSIS] en verweerder  betreffende een verbodsvordering (geldelijk belang 34 900 EUR) en een vordering tot publicatie van de uitspraak (100 EUR) [OMISSIS]

BESCHIKT ALS VOLGT:

A.) Overeenkomstig artikel 267 VWEU wordt het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht om een prejudiciële beslissing over de onderstaande vragen:

1. Verzet artikel 56 VWEU zich tegen een nationale regeling op grond waarvan de gegadigde voor een vergunning voor de organisatie van commercieel geëxploiteerde kansspelen door middel van speelautomaten, die deze vergunning op grond van een aanbestedingsprocedure van de overheid heeft verkregen maar aan wie deze vergunning door de rechter, na een door een concurrent ingesteld rechtsmiddel, weer is ontnomen wegens het ontbreken van transparantie van de verleningsprocedure, nog 18 maanden gerechtigd en verplicht is commercieel

geëxploiteerde kansspelen door middel van speelautomaten te organiseren ondanks de nietigverklaring van de vergunning? **[Or. 2]**

2. Moet artikel 11, lid 1, onder a), van richtlijn 2005/29/EG van het Europese Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt aldus worden uitgelegd dat de richtlijn van toepassing is op een aan het nationale recht ontleende verbodsvordering en vordering tot publicatie van de uitspraak van een ondernemer jegens een andere, wanneer beide ondernemers kansspelen organiseren?

3. Moet richtlijn 2005/29/EG van het Europese Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, in het bijzonder de overwegingen 6 en 8 daarvan, aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling die een verbodsvordering en vordering tot publicatie van de uitspraak ook toekent aan een ondernemer wiens vergunning voor de organisatie van kansspelen door de rechter nietig is verklaard wegens strijd met het uit artikel 56 VWEU voortvloeiende transparantievereiste?

4. Vereist de toepassing van artikel 56 VWEU bij de vraag of nationale bepalingen in de kansspelsector in een grensoverschrijdende situatie onverenigbaar zijn met het Unierecht, dat de ondernemer die met een beroep op de vrijheid van dienstverrichting kansspelen organiseert in een andere lidstaat, beschikt over een vergunning voor de organisatie van kansspelen in zijn eigen lidstaat?

5. Vereist het beroep van een ondernemer op artikel 56 VWEU dat hij beschikt over een vergunning voor de organisatie van kansspelen in zijn eigen lidstaat? **[Or. 3]**

6. Verzetten artikel 56 VWEU en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zich tegen nationale bepalingen op grond waarvan de feitelijke vraag of een nationale regeling inzake kansspelen op samenhangende en stelselmatige wijze de gelegenheden tot spelen vermindert of de aan deze spelen verbonden criminaliteit bestrijdt, niet door middel van een toetsing van de wet door een enkele rechter moet worden beantwoord, maar in iedere afzonderlijke civiele procedure waarin een verbod en de publicatie van de uitspraak op grond van oneerlijke mededinging worden gevorderd, alsmede in iedere afzonderlijke bestuursrechtelijke procedure, waardoor een verschillende juridische beoordeling van de vastgestelde feiten niet kan worden vermeden?

7. Verzet artikel 56 VWEU zich tegen nationale bepalingen waarbij er voor videoslotmachines, speelautomaten in casino's, speelautomatenhallen en weddenschapsterminals verschil is op het gebied van spelersbescherming, minimumkapitaalvereisten, bescherming van minderjarigen, bestrijding van

witwassen en terrorisme, en toelating van ondernemers uit andere lidstaten, in het bijzonder wanneer kansspelen door middel van speelautomaten in vier van de negen deelstaten verboden zijn en in vijf van de negen deelstaten zijn toegestaan?

8. Verzet artikel 56 VWEU zich tegen nationale bepalingen op grond waarvan de vergunning voor de organisatie van kansspelen door middel van speelautomaten slechts wordt verleend aan ondernemingen die als kapitaalvennootschap zijn opgericht en over een raad van commissarissen beschikken?

B.) [Het geding wordt geschorst] [**Or. 4**]

Gronden van de beslissing

I. Het hoofdgeding:

De hierna volgende feiten zijn niet in geschil, en zijn vergelijkbaar met de feiten die ten grondslag lagen aan het verzoek om een prejudiciële beslissing van het Landesgericht Wiener Neustadt (rechter in eerste aanleg Wiener Neustadt) van 26 augustus 2015, waarover het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) zich heeft uitgesproken bij arrest van 30 juni 2016 in de zaak Admiral Casinos & Entertainment AG, C-464/15.

Op het moment van instellen van de vordering bezat verzoekster op grond van het Spielautomatengesetz (wet op de speelautomaten) van Niederösterreich (NÖ) van 2011, als enige een vergunning voor de organisatie van commercieel geëxploiteerde kansspelen door middel van speelautomaten in de deelstaat Niederösterreich; zij beschikt over speelautomatenhallen in onder meer de standplaatsen Korneuburg en Stockerau.

Bij beslissing van 11 mei 2015 heeft het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter; hierna: „VwGH”) de aan verzoekster door de deelstaatautoriteiten van Niederösterreich verleende vergunning voor commercieel geëxploiteerde kansspelen door middel van speelautomaten nietig verklaard, omdat de bestuurlijke instantie, het deelstaatbestuur van Niederösterreich, bij de procedure in strijd zou hebben gehandeld met het transparantievereiste.

Verweerder exploiteert een ENI-tankstation met bijbehorend verkooppunt met standplaats Wiener Straße 5, 3400 Klosterneuburg. Bij overeenkomst van 7 mei 2014 heeft verweerder aan de vennootschap Unibet Int. s.r.o., gevestigd in Bratislava (Slowakije), een nevenruimte van het tankstation met een oppervlakte van circa 10 m² verhuurd, tegen een vergoeding van 2 400 EUR per maand. Verweerder is met Unibet Int. s.r.o. overeengekomen dat de ruimte uitsluitend voor professionele doeleinden, namelijk voor de opstelling van verkoopautomaten, mag worden gebruikt. De huurder is daarnaast verplicht [**Or. 5**] zelf en op eigen kosten te zorgen voor de eventueel voor het

overeengekomen doel benodigde vergunningen. Verweerder kan als verhuurder niet aansprakelijk worden gehouden voor deze vergunningen. In deze ruimte staan niet alleen drankautomaten maar ook twee speelautomaten. Het spelresultaat wordt uitsluitend of hoofdzakelijk door het toeval bepaald, waarbij het niet mogelijk is door behendigheid het spel en de beslissing aangaande winst of verlies te beïnvloeden. Het is niet duidelijk of het spelresultaat centraal wordt bepaald, of door een mechanische of elektronische instelling van de speelautomaat zelf. Verweerder beschikt niet over een concessie voor de organisatie van kansspelen of een vergunning voor de exploitatie van speelautomaten.

Verzoekster vordert dat verweerder wordt gelast het exploiteren of mogelijk maken van de exploitatie van automaten voor de organisatie van kansspelen in commercieel geëxploiteerde vorm te staken, alsook de publicatie van de uitspraak. Verzoekster stelt dat verweerder door middel van zijn onderneming verboden commercieel geëxploiteerde kansspelen toegankelijk maakt en hieraan als ondernemer deelneemt. Volgens verzoekster is er sprake van een oneerlijke handelspraktijk in de zin van § 1 van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (wet inzake de oneerlijke mededinging). Verweerder zou zich niet kunnen beroepen op de onverenigbaarheid van de nationale bepalingen met het Unierecht, aangezien de exploitant Unibet Int. s.r.o. in de lidstaat van vestiging niet over een vergunning beschikt en bovendien sprake is van een zuiver interne situatie.

Verweerder verzet zich tegen de vordering en stelt dat de nationale regelgeving inzake kansspelen **[Or. 6]** onverenigbaar is met het Unierecht, aangezien zij de vrijheid van beroepsuitoefening op onrechtmatige wijze beperkt. Verweerder stelt dat verzoekster door de opheffing ex tunc in feite nooit over een vergunning voor de organisatie van commercieel geëxploiteerde kansspelen heeft beschikt.

II. Toepasselijke bepalingen van nationaal recht:

Hieronder worden de door de verwijzende rechter in aanmerking te nemen nationaalrechtelijke bepalingen gedeeltelijk geciteerd:

A.) [OMISSIS]

B.) Bundesgesetz zur Regelung des Glücksspielwesens (federale wet op de kansspelen; hierna: „GSpG”) van 28 november 1989, Bundesgesetzblatt (hierna: „BGBl”) 620/1989, laatstelijk gewijzigd door BGBl I 118/2015 **[Or. 7]**:

[...]

§ 2 Commercieel geëxploiteerde kansspelen

[...]

Lid 3: Van commercieel geëxploiteerde speelautomaten is sprake

wanneer het spelresultaat niet centraal wordt bepaald, maar door een mechanische of elektronische instelling van de automaat zelf. [...]

§ 3 Kansspelmonopolie:

Het recht om kansspelen te organiseren is voorbehouden aan de federale staat (kansspelmonopolie), tenzij in deze wet anders is bepaald.

[...]

[OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 8]**

[OMISSIS] **[Or. 9]** [OMISSIS]

C.) Niederösterreichisches Spielautomatengesetz (wet op de speelautomaten van Niederösterreich; hierna: „NÖ Spielautomatengesetz”) 2011, Landesgesetzblatt (hierna: „LGBl”) 7071/3

[...]

§ 3 Commercieel geëxploiteerde deelstaatkansspelen door middel van speelautomaten:

Lid 1: Commercieel geëxploiteerde deelstaatkansspelen door middel van speelautomaten in de zin van deze wet, zijn kansspelen in de zin van § 2, lid 3, GSpG in vaste, openbaar toegankelijke speelautomatenhallen met ten minste 10 en ten hoogste 50 speelautomaten.

Lid 2: Van commercieel geëxploiteerde speelautomaten in de zin van § 2, lid 3, GSpG is sprake wanneer over het spelresultaat niet centraal wordt beslist, maar door een mechanische of elektronische instelling van de automaat zelf.

Lid 3: De verhouding van in totaal één speelautomaat per 1 200 inwoners van Niederösterreich mag niet worden overschreden.

[...]

§ 4 Vereisten voor de exploitatie van speelautomaten: **[Or. 10]**

Lid 2: Regelgevingsvereisten:

1. De exploitatie dient te geschieden door een kapitaalvennootschap met een raad van commissarissen die, ter verzekering van toezicht door de regelgevende

instanties op de besluiten van haar organen, is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie of in een staat van de Europese Economische Ruimte.

[...]

[OMISSIS]

§ 5 Vergunning voor commercieel geëxploiteerde deelstaatkansspelen door middel van speelautomaten

Lid 6: In het geval van afstand of verlies achteraf van de deelstaatvergunning voor commercieel geëxploiteerde kansspelen door middel van speelautomaten, heeft de houder of houdster van de vergunning de plicht hiervan nog gedurende 18 maanden gebruik te maken. Deze termijn kan op verzoek door het deelstaatbestuur worden verkort.

[...]

D.) [OMISSIS] [Or. 11]

[OMISSIS]

E.) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984, BGBl 448/1984, laatstelijk gewijzigd door BGBl I 49/2015:

§ 1 (1) Hij die in het handelsverkeer

1. een oneerlijke handelspraktijk voert of een anderszins oneerlijke handeling verricht die de concurrentie ten nadele van ondernemingen wezenlijk kan verstoren, of

2. een oneerlijke handelspraktijk voert die in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en die het economisch gedrag van de gemiddelde consument die door de praktijk wordt geraakt of op wie de praktijk is gericht, met betrekking tot het product wezenlijk kan verstoren,

kan een verbod opgelegd krijgen, en in voorkomend geval veroordeeld worden tot schadevergoeding.

[...] **[Or. 12]**

III. Beantwoording van de prejudiciële vragen:

Allereerst wordt opgemerkt dat er sprake is van een grensoverschrijdende situatie. Unibet Int. s.r.o. verricht ondernemingsactiviteiten buiten haar eigen lidstaat, en verweerder verhuurt verkoopruimte aan een huurder die zijn statutaire zetel in een andere lidstaat heeft. De bevoegdheid van het Hof staat hiermee vast.

Eerste vraag:

Verzoekster stelt dat zij het recht heeft om kansspelen te organiseren omdat de autoriteiten van de deelstaat Niederösterreich haar hiervoor een vergunning hebben verleend. Weliswaar is deze vergunning door het VwGH nietig verklaard, maar op grond van § 5, lid 6, GSpG was verzoekster gerechtigd en verplicht door te gaan met de organisatie van commercieel geëxploiteerde kansspelen door middel van speelautomaten. Verweerder meent dat dit ongrondwettig is.

Het Hof heeft in zijn arrest van 8 september 2010, Carmen Media Group, C-46/08, overwogen dat een procedure voor de administratieve vergunning van kansspelen slechts dan beantwoordt aan de vrijheid van dienstverrichting indien zij berust op objectieve criteria die niet-discriminerend en vooraf bekend zijn, zodat een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten, opdat deze niet op willekeurige wijze zou kunnen worden gebruikt (punt 90). In zijn arrest van 13 september 2007, Commissie/Italië, C-260/04, punt 24, heeft het Hof dit aangeduid als de transparantieplichting, hetgeen vervolgens nader is gepreciseerd in het arrest van 19 juli 2012, Garkalns, C-470/11, punt 48. Aangezien in een gerechtelijke procedure is vastgesteld dat de vergunningverlening aan verzoekster in strijd was met dit transparantievereiste, staat dit gelijk aan een vergunningverlening zonder aanbesteding, hetgeen in strijd is met het Unierecht [**Or. 13**] (Commissie/Italië, C-260/04, punt 34).

De verwijzende rechter gaat er derhalve vanuit dat § 5, lid 6, NÖ Spielautomatengesetz 2011 in strijd is met artikel 56 VWEU en niet mag worden toegepast.

Tweede vraag:

De richtlijn oneerlijke handelspraktijken werd vooral vastgesteld met als doel een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen (overweging 1). Zij beschermt op rechtstreekse wijze de economische belangen van de consument tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (overweging 8). Een passende maatregel volgens de richtlijn vormen wettelijke bepalingen op grond waarvan concurrenten in rechte kunnen optreden tegen die oneerlijke handelspraktijken [artikel 11, lid 1, onder a), van de richtlijn]. Bijgevolg vindt de richtlijn toepassing wanneer de vordering van de concurrent bijdraagt aan succesvolle consumentenbescherming. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat beperkingen van kansspelactiviteiten hun rechtvaardiging kunnen vinden in dwingende vereisten van algemeen belang, zoals de bescherming van de consument (arrest van 30 april 2014, Pfleger, C-390/12, punt 41).

De verwijzende rechter is derhalve van mening dat de door hem te beoordelen verbodsvordering tegen een beweerdelijk oneerlijke concurrent die de ter bescherming van de consument bestaande regelgeving op het gebied van

kansspelen zou hebben geschonden, binnen de werkingssfeer van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken valt.

Derde vraag:

In de Oostenrijkse rechtspraak wordt ervan uitgegaan dat de verbodsvordering en **[Or. 14]** het recht op publicatie van de uitspraak uit hoofde van oneerlijke mededinging, niet alleen toekomen aan een rechtmatig handelende concurrent, maar ook aan een ondernemer die zelf oneerlijk handelt. Het is de vraag of dit ook geldt in een geval als het onderhavige, waar sprake is van schending van het in het primaire recht besloten transparantievereiste. In de overwegingen 6 en 8 van de richtlijn wordt meerdere malen gesproken van de legitiem handelende concurrent. Onderzocht moet derhalve worden of een concurrent die onrechtmatig handelt, eveneens aanspraak kan maken op een verbod, of dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken hieraan in de weg staat, met name in de situatie dat de oneerlijke gedraging van de verzoeker bestaat uit schending van het in het primaire Unierecht besloten transparantievereiste. De volledige harmonisatie van de regelgeving betreffende de eerlijke mededinging op het gebied van consumentenbescherming door middel van rechtsvorderingen van concurrenten, verzet zich mogelijk tegen een nationale regeling die aan een onrechtmatig handelende concurrent een verbodsvordering toekent.

De verwijzende rechter is derhalve van mening dat wanneer in een vergunningverleningsprocedure het transparantievereiste is geschonden, de betrokken ondernemer niet als rechtmatig handelende concurrent kan worden beschouwd en aan de richtlijn oneerlijke handelspraktijken geen recht op een verbod kan ontleen. Gezien de volledige harmonisatie verzet de richtlijn zich tegen een nationale regeling die de verbodsvordering toekent zowel aan de rechtmatig als onrechtmatig handelende concurrent in de kansspelsector.

Mocht een van de partijen in het hoofdgeding gedurende de procedure een dergelijke vergunning (opnieuw) verkrijgen, is er nog steeds belang bij de beantwoording van de vraag, in de eerste plaats omdat de beantwoording noodzakelijk is voor de beoordeling **[Or. 15]** van een eventueel herhalingsgevaar vanuit het oogpunt van eerlijke mededinging naar nationaal recht, en in de tweede plaats voor een uitspraak over de proceskosten van het hoofdgeding.

Vierde en vijfde vraag:

Het is vaste rechtspraak van het Hof dat een dienstverrichter zich op de vrijheid van dienstverrichting mag beroepen indien hij in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig soortgelijke diensten verricht (arrest van 9 september 2009, Liga Portuguesa, C-42/07, punt 51). Bij zowel dit arrest als in de daarin aangehaalde arresten mag er evenwel van worden uitgegaan dat degene die een beroep heeft gedaan op de vrijheid van dienstverrichting, in zijn staat van vestiging de diensten rechtmatig verrichtte. Het probleem is tweeledig: op welke

wijze moet de procedure voor de nationale rechter worden vormgegeven (vierde vraag) en heeft verweerder de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de verbodsvordering en de vordering tot publicatie van de uitspraak (vijfde vraag).

Voor zover de verwijzende rechter bekend, is het geval dat een onderneming in haar staat van vestiging een dienst niet mag verrichten, bijvoorbeeld omdat haar de organisatie van kansspelen op samenhangende en stelselmatige wijze is verboden en zij derhalve met een beroep op de vrijheid van dienstverrichting, deze activiteit in een andere lidstaat uitoefent, waar ofwel een dergelijk verbod niet bestaat ofwel een nationaal verbod niet kan worden uitgevoerd wegens schending van het Unierecht, nog niet aan de orde geweest. Het is dan ook de vraag of een beroep op de vrijheid van dienstverrichting niet ook aan een dergelijke onderneming moet worden toegekend.

Vanuit het oogpunt van verweerder, die zich op de passieve [**Or. 16**] vrijheid van dienstverrichting kan beroepen (arrest van 29 april 1999, Ciola, C-224/97, punt 12), is het bovendien de vraag of hem het beroep daarop kan worden ontzegd indien de geadresseerde van zijn dienstverrichting in diens staat van herkomst niet gerechtigd is tot uitvoering van de ondernemingsactiviteiten die deze voortaan in de lidstaat waarin de passieve dienstverrichter gevestigd is, wenst te ontplooiën.

De verwijzende rechter is van mening dat de vragen mogelijk verschillend moeten worden beantwoord, aangezien er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de toetsingsmaatstaf voor het nationale recht enerzijds (vierde vraag) en het subjectieve recht van de onderneming anderzijds (vijfde vraag). Inhoudelijk gezien deelt de verwijzende rechter het standpunt van advocaat-generaal Mengozzi in zijn conclusie in de zaak Carmen Media Group, C-46/09 (punt 37). Dit heeft wellicht tot gevolg dat bij gebreke van een vergunning van Unibet Int. s.r.o. voor de organisatie van kansspelen in haar staat van vestiging, de verweerder zich niet met een beroep op artikel 56 VWEU kan verzetten tegen de vorderingen van verzoekster strekkende tot verbod en tot publicatie van de uitspraak.

Zesde vraag:

Het Hof heeft in zijn arrest van 30 juni 2016 in de zaak Admiral Casinos & Entertainment AG, C-464/15, verduidelijkt dat bij de evenredigheidstoetsing van een beperkende nationale regeling op het vlak van kansspelen niet enkel rekening moet worden gehouden met het doel van die regeling zoals dat bestond op het ogenblik van haar vaststelling, maar ook met de gevolgen van die regeling zoals beoordeeld na haar vaststelling (punt 37). De nationale rechters worden er dus toe aangezet ook feitelijke vragen te onderzoeken. Advocaat-generaal Bot heeft in zijn gemeenschappelijke [**Or. 17**] conclusie in de zaken Sporting Exchange, C-258/08, en Ladbrokes Betting & Gaming, C-258/08, de verwijzende rechter als feitenrechter aangeduid (punt 108). Op grond van deze rechtspraak trachten Oostenrijkse rechters en bestuursrechtelijke instanties in inmiddels talrijke procedures deze feitelijke vragen te beantwoorden. Dit leidt ertoe dat de hoogste

rechters, die – mogelijk met uitzondering van het Verfassungsgerichtshof (grondwettelijk hof; hierna: „VfGH”) – zijn aangewezen op en gebonden aan de feiten zoals vastgesteld door de voorgaande instanties, verschillende feitelijke uitgangssituaties moeten beoordelen. Dit is er onder meer de oorzaak van dat het VfGH, het VwGH en het Oberste Gerichtshof (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken) verschillende jurisprudentielijnen laten zien. Een voorbeeld uit de deelstaat Oberösterreich toont aan dat de rechters van het Landesverwaltungsgericht (bestuursrechter in eerste aanleg) de feitelijke vragen verschillend beoordelen; uiteindelijk bepaalt dus de werkverdeling binnen de gerechten, welke feiten komen vast te staan. Hiervan hangt echter wel de beantwoording af van de rechtsvraag of een nationale rechter de Oostenrijkse kansspelregelingen in overeenstemming acht met het Unierecht, of ze juist wegens strijd met het Unierecht buiten toepassing laat; of een organisator van kansspelen, die als gevolg van de monopoliebepalingen geen vergunning kan verkrijgen, een straf krijgt opgelegd en zijn speelautomaten in beslag genomen en verbeurdverklaard ziet, en of verbodsvorderingen gegrond op eerlijke mededinging, zoals in het onderhavige geval, wel of niet gerechtvaardigd zijn. Het nationale beroep in rechte is dus niet effectief (zie het arrest van 8 september 2010, in de zaak C-46/08, Carmen Media Group, punt 90). Beoordeeld moet derhalve worden of de organisatoren niet beperkt worden in hun door artikel 47 van het Handvest gewaarborgde recht op een eerlijk proces.

Derhalve rijst de vraag of uit het primaire recht, in het bijzonder artikel 56 VWEU en artikel 47 van het Handvest, niet volgt dat effectieve rechterlijk bescherming gebiedt dat een bepaalde feitelijke vraag door slechts een enkele instantie wordt beoordeeld. **[Or. 18]**

Zevende vraag:

Het Oostenrijkse recht kent op het gebied van kansspelen talrijke regelingen, die enerzijds onder de wetgevende bevoegdheid van de federale staat, anderzijds onder de wetgevende bevoegdheid van de deelstaten vallen. In het onderhavige geval zijn kansspelen door middel van speelautomaten op het niveau van de federale staat verschillend geregeld, en is er verschil of zij plaatsvinden in een videoslotmachinehal of in een casino. Op het niveau van de deelstaat is er verschil of het gaat om een speelautomaat waarbij het spelresultaat in de automaat wordt bepaald, of dat een weddenschapsterminal wordt geëxploiteerd. Met betrekking tot weddenschapsterminals wordt verwezen naar de rechtspraak van het Hof, waarin sinds het arrest van 21 oktober 1999 in de zaak Zenatti, C-67/98, weddenschappen als kansspelen worden beschouwd (punt 18), net als in het arrest van 8 september 2010 in de zaak Carmen Media Group, C-46/08 (punten 66 en 71). Sportweddenschappen worden aangeduid als „geliberaliseerde spelen” in Oostenrijk (conclusie van advocaat-generaal Mazák van 23 februari 2010 in de zaak Engelmann, C-64/08, punt 9). Wat betreft speelautomaten is het voor de speler niet kenbaar of het spelresultaat centraal of in de automaat zelf wordt bepaald; ook de rechter kan deze feitelijke vraag niet beantwoorden. Wat betreft

weddenschapsterminals geldt dat als gevolg van de beperking van speelautomaten, spelers steeds meer van weddenschapsterminals gebruik maken. Weliswaar is het onderscheid daarin gelegen, dat in het geval van weddenschappen het spelresultaat niet uitsluitend door het toeval wordt bepaald, maar dat daar ook behendigheid, **[Or. 19]** bekwaamheid en ervaring een rol spelen. Ontbreekt het een consument echter aan behendigheid, bekwaamheid en ervaring, dan is het resultaat van de weddenschap voor hem net zo toevallig als bij een speelautomaat. Technisch gezien vallen al deze automaten binnen het specialisatiegebied van dezelfde gerechtsdeskundige. Ook de Uniewetgever gaat in het secundaire recht uit van gelijkstelling. Zowel richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (dienstenrichtlijn) als richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 85/577/EEG en van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (richtlijn consumentenrechten) is niet van toepassing op „gokactiviteiten die erin bestaan dat een financiële waarde wordt ingezet bij kansspelen, met inbegrip van loterijen, gokken in casino's en weddenschappen” [artikel 2, lid 2, onder h), dienstenrichtlijn en artikel 3, lid 3, onder c), richtlijn consumentenrechten]. Al deze omstandigheden leiden tot de conclusie dat wil een nationale regeling van de kanspelsector kunnen worden beschouwd als een samenhangende en stelselmatige regeling in de zin van het Unierecht, zij videoslotmachines, speelautomaten in casino's, speelautomatenhallen en weddenschapsterminals moet omvatten.

Los van de te beoordelen feitelijke kwesties wordt gewezen op de volgende omstandigheden:

Op deelstaatniveau geldt dat in vier van de negen deelstaten de exploitatie van speelautomaten is verboden. De regelgeving voor weddenschappen verschilt sterk van deelstaat **[Or. 20]** tot deelstaat.

Er geldt in Oostenrijk geen maximum voor het totaal aantal videoslotmachinehallen, wel geldt een maximum van 50 machines per hal. Voor het aantal videoslotmachines in casino's geldt geen maximum, er worden slechts beperkingen gesteld aan het aantal in het land toegestane casino's. Op dit moment geldt een maximum van 15. Door de toepassing van een bevolkings sleutel is het aantal in deelstaatwetgeving geregelde speelautomaten beperkt. In vier van de negen deelstaten is de exploitatie van speelautomaten verboden. Speelautomaten zijn in die deelstaten dus geheel verboden, met uitzondering van automaten in videoslotmachinehallen en casino's. Wat betreft weddenschapsterminals geldt alleen in de deelstaat Vorarlberg een beperking, verder niet. Dit leidt dus ook tot verschillende regelgeving op het gebied van bescherming van minderjarigen.

Voor de bescherming van de spelers is een minimum geplaatst kapitaal dienstig. De hoogte daarvan verschilt al naargelang het gaat om videoslotmachines,

casino's, exploitanten van speelautomaten en weddenschapsterminals en ligt tussen de 0 en 109 miljoen EUR.

Een actief beroep op de vrijheid van dienstverrichting door ondernemingen in andere lidstaten is op het vlak van videoslotmachines in beginsel toegelaten, wat betreft de regeling van speelautomaten in Niederösterreich echter niet. Met betrekking tot weddenschapsterminals is er niets geregeld.

Wat betreft spelersbescherming door de oplegging van limieten gelden er voor videoslotmachines geen wettelijke vereisten; de (enige) concessiehouder heeft zichzelf een limiet van 800 EUR per week opgelegd. Hiermee worden, berekend per maand, de gemiddelde verdiensten van een werknemer reeds overschreden. Uitgaande van de maximale inzet en het maximum aan speeltijd per dag [Or. 21] is voor door de deelstaatwetgeving bestreken speelautomaten een daginzet van 108 000 EUR mogelijk. Voor weddenschapsterminals bestaan er helemaal geen limieten.

Bepalingen ter bestrijding van witwassen en terrorisme, die het Hof in zijn arrest van 15 september 2011, Dickinger en Ömer, C-347/09, heeft aanvaard als rechtvaardigingsgrond voor nationale beperkingen (punt 76), zijn er voor videoslotmachinehallen, casino's en speelautomaten, maar niet voor weddenschapsterminals. Slechts vier deelstaten kennen witwasbepalingen. De enige in Niederösterreich bestaande maatregelen van regulerende aard zien op de integriteitsbeoordeling en de bescherming van minderjarigen. De samenhangende bestrijding van witwassen en terrorisme laat hier dus een wezenlijke lacune zien. Artikel 33 van richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 ter voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (derde witwasrichtlijn) verplicht de lidstaten om een risicoanalyse uit te voeren. In het kader van de nationale risicoanalyse Oostenrijk 2015 heeft het Oostenrijkse ministerie van Financiën aan gokfraude een middelgroot tot hoog risico toegekend: enerzijds zijn online-sportweddenschappen een geschikt platform voor witwassen, anderzijds gaan in de sportweddenschappen enorme geldsommen om, die daarna ook moeten worden witgewassen. Doordat de sommen als „gokwinst” worden aangeduid, kan men zich beroepen op een gefingeerde legale herkomst. Hierdoor is de illegale herkomst volgens het ministerie moeilijk te bewijzen. Terwijl het risico van witwassen heel hoog is, is het bewustzijn dienaangaande relatief laag.

Al met al ontstaat het beeld dat kansspelen die vanuit het oogpunt van de consument vergelijkbaar zijn, volstrekt verschillend zijn vormgegeven als het gaat om de door de regelgeving [Or. 22] geboden mate van bescherming. Er kan derhalve worden getwijfeld aan een stelselmatige en samenhangende verwezenlijking van de doelstellingen van de regelgeving op het gebied van kansspelen. In ieder geval laat de vrije keuze van de deelstaten om kansspelen door middel van speelautomaten en weddenschapsterminals te verbieden of toe te staan, ruimte voor twijfel aan de stelselmatigheid en samenhang van de nationale

regelgeving. Dat de wetgevende bevoegdheid zowel bij de federale staat als bij de deelstaten berust, is bij de vraag van schending van primair Unierecht niet van belang (arrest Carmen Media Group, C-46/08, punt 70).

Achtste vraag:

De verplichting zoals neergelegd in het GSpG en het NÖ Spielautomatengesetz 2011 om een raad van commissarissen in te stellen, werkt ten nadele van kapitaalvennootschappen die zijn gevestigd in een lidstaat die geen dualistisch bestuursmodel met een raad van bestuur en een raad van commissarissen, maar een monistisch model, bijvoorbeeld met een one-tier board etc., kent. Het dualistische model bestaat behalve in Oostenrijk ook in Duitsland, Estland, Polen en Slowakije. Het monistische model bestaat bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk en Spanje. De meerderheid van de lidstaten kent een keuzemogelijkheid tussen deze beide bestuursmodellen. Hetzelfde geldt voor de door middel van verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) geregelde societas europea. Artikel 38 van die verordening voorziet in een keuzerecht tussen beide bestuursmodellen; ingevolge overweging 14 van de verordening gelden beide modellen als gelijkwaardig. Afgezien van de objectieve rechtvaardiging van een dergelijke beperking, belemmert een nationale regeling die verplicht tot het instellen van een raad van commissarissen, de dienstverrichting van kapitaalvennootschappen die hun statutaire zetel hebben in een staat waarin uitsluitend een monistisch model [Or. 23] is toegestaan.

De verwijzende rechter is van mening dat deze regeling onverenigbaar is met het Unierecht.

[OMISSIS]

Landesgericht Korneuburg, handelsrechter

[OMISSIS] Korneuburg, 23 november 2016

[OMISSIS]