



Datum van
inontvangstneming

:

13/12/2016

Zaak C-568/16

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:

10 november 2016

Verwijzende rechter:

Amtsgericht Nürtingen (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

2 november 2016

Verdachte:

██████████

Interveniënte:

██████████ Entertainment GmbH

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Strafprocedure wegens overtreding van het Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG)

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Moet artikel 3, onder o), van richtlijn 2007/64/EG betreffende betalingsdiensten in de interne markt in die zin worden uitgelegd dat het feit dat in een speelhal waaraan door de overheid een concessie is verleend, met een pinpascontant geld kan worden opgenomen uit een pinautomaat, die tegelijkertijd een geldwisselaar is, waarbij de bank- en rekening-technische afwikkeling wordt verricht door een externe dienstverlener („netwerkexploitant”) en de uitbetaling aan de klant pas plaatsvindt wanneer de netwerkexploitant, na controle van de banktegoeden, een autorisatiecode aan de pinautomaat zendt, terwijl de speelhalexploitant alleen de multifunctionele geldwisselaar met contant geld vult

en van de bank die de rekening houdt van de klanten die geld opnemen, een creditering ter hoogte van het opgenomen bedrag ontvangt, een activiteit in de zin van artikel 3, onder o), vormt, waarvoor dus geen toestemming hoeft te worden verkregen?

2. Indien de in de eerste vraag omschreven activiteit geen activiteit in de zin van artikel 3, onder o), is:

moet artikel 3, onder e), van richtlijn 2007/64/EG dan in die zin worden uitgelegd dat de in de eerste vraag omschreven mogelijkheid om met een pinpas contant geld op te nemen een activiteit in de zin van deze bepaling is, wanneer tegelijkertijd met het opnemen van het contante geld een speelgoed ter waarde van 20 EUR wordt gegenereerd dat bij de toezichthouder op de speelhal kan worden ingewisseld, waarna de toezichthouder van de hal een speelautomaat met munten vult?

Indien de in de eerste en de tweede vraag omschreven activiteit geen activiteit is die op grond van artikel 3, onder o) en/of e), van de werkingssfeer van de richtlijn is uitgesloten:

3a. moet punt 2 van de bijlage bij richtlijn 2007/64/EG dan in die zin worden uitgelegd dat de in de eerste en de tweede vraag omschreven activiteit van de speelhalexploitant een betalingsdienst vormt waarvoor toestemming moet worden verkregen, hoewel de speelhalexploitant geen rekening aanhoudt van de klant die geld opneemt?

3b. moet artikel 4, punt 3, van richtlijn 2007/64 dan in die zin worden uitgelegd dat de in de eerste en de tweede vraag omschreven activiteit van de speelhalexploitant een betalingsdienst in de zin van deze regeling vormt wanneer de speelhalexploitant de service gratis aanbiedt?

Voor het geval het Hof zou oordelen dat voor de beschreven activiteit toestemming vereist is:

4. moeten het Unierecht en de richtlijn betreffende betalingsdiensten in de interne markt in die zin worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat het exploiteren van een pinautomaat strafrechtelijk wordt bestraft in een geval met de bijzonderheden als in casu, wanneer in een groot aantal speelhallen met een door de overheid verleende concessie alsmede in casino's met een door de overheid verleende concessie die ten dele ook door de overheid worden geëxploiteerd, soortgelijke pinautomaten zonder toestemming worden of werden geëxploiteerd en de voor de toelatingen het toezichtbevoegde autoriteit geen bezwaren maakt?

Indien ook de vierde vraag ontkennend wordt beantwoord:

5. moeten de richtlijn betreffende betalingsdiensten en de Unierechtelijke beginselen van rechtszekerheid en rechtsduidelijkheid alsmede artikel 17 van het Handvest in die zin worden uitgelegd dat zij in een geval met de

■■■■■

bijzonderheden als in casu, in de weg staan aan een bestuurlijke en rechterlijke praktijk op grond waarvan de geldbedragen die de speelhalexploitant middels een dienstverlening van de netwerkexploitant heeft ontvangen van de bankklanten die met een pinpas het door hem in de pinautomaat gestopte contante geld en/of de speeltegoeden voor de speelautomaten hebben opgenomen, aan de staat vervallen (voordeelontneming), hoewel alle crediteringen enkel overeenkomen met de bedragen die de klanten aan contant geld en speeltegoeden via de pinautomaten hebben ontvangen?

Aangevoerde bepalingen van het Unierecht

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, met name artikel 17

Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van richtlijn 97/5/EG, met name artikelen 3, 4, 7, 10, 16, 21

Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG, 2013/36/EU en verordening (EU) nr. 1093/2010 en tot intrekking van richtlijn 2007/64/EG

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz – ZAG; wet inzake het toezicht op betalingsdiensten), met name §§ 1, 8

Gewerbeordnung (GewO) (wetboek tot regeling van ambacht, handel en industrie) met name § 33

Strafgesetzbuch (StGB), (wetboek van strafrecht), met name § 73

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure in het hoofdgeding

- 1 Aanleiding voor de prejudiciële vragen is een strafprocedure tegen ■■■■■ als bedrijfsleider van ■■■■■ Entertainment GmbH. Deze vennootschap exploiteert twee speelhallen met een door de overheid verleende concessie, met daarin speelautomaten waarmee geld kan worden gewonnen. In deze speelhallen beheerde de vennootschap tot eind 2012 een multifunctionele geldwisselaar, waarmee haar klanten bankbiljetten in munten konden wisselen en met een pinpas contant geld konden opnemen. De geldautomaten werden door ■■■■■ Entertainment GmbH bijgevuld met contant geld.

- 2 Deafwikkeling van alle financiële transacties was in handen van een externe dienstverlener (netwerkexploitant), die er ook voor zorgde dat de met een pinpas opgenomen bedragen telkens aan █████ Entertainment GmbH werden gecrediteerd. Voor deze service betaalde de vennootschap hem een vergoeding.
- 3 Vanaf mei 2011 functioneerde de exploitatie van de pinautomaat met geldwisselaar als volgt: de klant koos naast een speelgoed van 20 EUR een extra uit te betalen bedrag. Daarbij kon de klant kiezen tussen 30 EUR (=uitbetaling van 10 EUR in contanten), 50 EUR (=uitbetaling van 30 EUR in contanten) en 100 EUR (=uitbetaling van 80 EUR contanten). Na de keuze werd de klant verzocht het totaalbedrag met de pinpas en -code te bevestigen, waarna het speelgoed werd geprint en het restbedrag voor de klant uit de geldautomaat kwam. Het speelgoed gaf de klant die het geld had opgenomen, het recht om voor het bedrag gebruik te maken van een speelautomaat.
- 4 Voor het gebruik van de pinautomaat ontving █████ Entertainment GmbH geen vergoeding, noch van de klanten noch van hun banken. Dat bedrijf betaalde wel bovengenoemde vergoeding aan de netwerkexploitant.
- 5 In het tijdvak van mei 2011 tot december 2012 namen klanten van de beide speelhallen van █████ Entertainment GmbH 19 704 keer geld op voor in totaal 1 096 290 EUR, waarin zijn begrepen 394 080 EUR aan uitgegeven speelgoeden.
- 6 In het tijdvak van mei 2011 tot eind 2012 stelden een zeer groot aantal speelhallen in Duitsland aan hun klanten dezelfde of een vergelijkbare service ter beschikking. Ook in de casino's met een overheidsconcessie die voor een deel in handen van de staat zijn, werden dergelijke geldautomaten geëxploiteerd. Voor zover valt na te gaan heeft de voor het toezicht op betalingsinstellingen of betalingsdiensten bevoegde Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin; federale instantie voor toezicht op financiële dienstverlening) in heel Duitsland noch aan speelhallen met een overheidsconcessie noch aan casino's met een overheidsconcessie het exploiteren van dergelijke geldautomaten verboden.
- 7 In de dagvaarding van 2013 verweet het openbaar ministerie █████ als bedrijfsleider van █████ Entertainment GmbH dat hij volgens het ZAG – waarbij richtlijn 2007/64 in het Duitse recht is omgezet – een strafbaar feit had gepleegd door vanaf mei 2011 zonder toestemming van de BaFin betalingsdienstente hebben verricht waarvoor die toestemming vereist was. Jegens █████ Entertainment GmbH vorderde het openbaar ministerie bovendien voordeelsontneming overeenkomstig § 73 StGB ten bedrage van 1 096 290 EUR. Dit bedrag moest door de vennootschap aan de staatskas worden betaald.
- 8 De strafprocedure voor de verwijzende rechter eindigde met vrijspraak, omdat er geen sprake was van een in het ZAG geformuleerd strafbaar feit, waardoor ook de vordering tot voordeelsontneming verviel. De uitspraak werd door het

■■■■■

OLG(Oberlandesgericht) Stuttgart vernietigd en de zaak werd terugverwezen naar de verwijzende rechter.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 9 Volgens het OLG staat het feit dat de exploitatie van geldautomaten niet de hoofdactiviteit van ■■■■■ Entertainment GmbH was, niet in de weg aan de verplichting om toestemming te verkrijgen. Ook volgens de richtlijn betreffende betalingsdiensten, die ten grondslag ligt aan het Duitse ZAG, kunnen hybride ondernemingen als betalingsinstellingen worden aangemerkt. Dit volgt uit artikel 7, lid 2, tweede volzin, artikel 10, lid 5 en artikel 16, lid 1, onder a) en c), van richtlijn 2007/64.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

Eerste vraag

- 10 Over de uitlegging van de uitzonderingsbepaling van artikel 3, onder o), van richtlijn 2007/64 bestaan uiteenlopende opvattingen.
- 11 Volgens de rechter die kennis heeft genomen van de zaak, gaat het in casu om een dienst van een dienstverlener die geen raamcontract met de klanten heeft gesloten. De daarvoor benutte geldwisselaar met geldautomaat zijn multifunctionele bankautomaten. In de speelhallen werden ook geen andere betalingsdiensten verricht. Het is alleen de vraag of is voldaan aan het kenmerk „namens een of meer kaartuitgevers” in artikel 3, onder o), van richtlijn 2007/64.
- 12 Alleen tussen de kaarthouder en diens kredietinstelling die de kaart heeft verstrekt, bestaat er een contractuele band. De kredietinstelling van de kaarthouder valt dus zonder twijfel binnen de werkingssfeer van het ZAG. Ten aanzien van de netwerkexploitant wordt er geen betalingsdienst verleend, omdat de clearing rechtstreeks plaatsvindt tussen de kredietinstelling die de kaart uitgeeft, en de exploitant van de speelhallen. De daaraan ten grondslag liggende transactie in het kader van het Electronic-Cash-System is in het ZAG reeds aangemerkt als betalingsdienst, zodat de kaarthouder en zijn activa voldoende zijn beschermd door de toepasselijke bepalingen van het ZAG. Dit volgt uit de verhouding tussen de kaarthouder en de kredietinstelling die de kaarten uitgeeft en betalingsdiensten verricht waarvoor toestemming vereist is. Bovendien wordt de speelhallenexploitant middels de handelaarsvoorwaarden van het kredietwezen in Duitsland gebonden aan de voorschriften van de kredietinstellingen die kaarten uitgeven. Voor een bijkomende betrokkenheid, volgens het recht inzake betalingsdiensten, van de speelhal als huurder van een pinautomaat bestaat dus ook geen te beschermen belang.
- 13 Het OLG Stuttgart geeft daarentegen de voorkeur aan een zeer nauwe uitlegging en toepassing van deze bepaling. Het laat daarbij evenwel in het midden wat het

doel van deze uitlegging moet zijn en welk doel een plicht voor █████ Entertainment GmbH tot het verkrijgen van toestemming moet dienen, nu die vennootschap enkel de multifunctionele geldwisselaar vult. Het valt niet in te zien waarom de activiteit van █████ Entertainment GmbH toestemming zou moeten worden onderworpen. Voor de consument is het een welkome service wanneer hij in speelhallen of tankstations, supermarkten of nachtclubs contant geld kan opnemen. Daardoor ontstaat voor hem geen merkbaar risico dat een rechtvaardiging zou kunnen vormen voor een plicht voor de desbetreffende bedrijfseigenaar om toestemming te verkrijgen.

Tweede vraag

- 14 Uit de bewoordingen van artikel 3, onder e), van richtlijn 2007/64 lijkt te volgen dat de activiteit van █████ Entertainment GmbH sinds de omschakeling op de verstrekking van speelgoeden in verbinding met contanten voor het gebruik van de diensten in de speelhal, door de opsteller van de richtlijn wordt aangemerkt als een niet aan toestemming onderworpen betalingstransactie. Dit lijkt ook voort te vloeien uit het doel van de richtlijn. Op het eerste gezicht valt namelijk niet in te zien wat het doel zou zijn van een verplichting om toestemming te verkrijgen voor de door █████ Entertainment GmbH aangeboden klantenservice. Voor de harmonisering van de voorschriften van de lidstaten of om dwingende redenen in verband met de consumentenbescherming lijkt het niet nodig om te moeten voldoen aan de strenge toestemmingsvereisten van de richtlijn en van het Duitse ZAG om de door █████ Entertainment GmbH aangeboden service, met de mogelijkheid van het opnemen van contant geld in verbinding met een speelgoed voor de door de speelhal aangeboden dienstverrichtingen, uit te voeren. Ter bescherming van de consument volstaat het wanneer de rekeninghoudende bank van de klant die geld opneemt alsmede de netwerkexploitant onderworpen zijn aan de rechtstreekse controle door de BaFin en toestemming moeten verkrijgen. Zou voor alle serviceprestaties zoals die in het hoofdgeding, toestemming moeten worden verkregen, dan zou dit voor de consument eerder nadelig zijn.
- 15 Ook de totstandkomingsgeschiedenis van richtlijn 2007/64 pleit ervoor dat artikel 3, onder e), ervan, gelet op de sinds tientallen jaren in Denemarken ingestelde „Dankort”, een dienst zoals die van █████ Entertainment GmbH omvat. Hiervoor pleit niet in de laatste plaats de doelstelling van de op voorstel van de Commissie in 2015 gewijzigde betalingsdienstenrichtlijn. Blijkens het perscommuniqué van de Commissie van 8 oktober 2015 strekken de wijzigingen ertoe om verdere betalingstransacties en dienstverrichtingen op dit gebied uit te zonderen van de werkingssfeer van de richtlijn, wanneer de dienstverleners geen rekening aanhouden voor degene die gebruik maakt van de dienst. Of er nu een tegoedbon voor de aanschaf van een goed dan wel een tegoedbon voor het verkrijgen van een dienst wordt verstrekt, vormt geen grond voor onderscheid met betrekking tot de noodzaak om klanten te beschermen middels een toestemmingsplicht.

■■■■■

De derde vraag

- 16 a) De derde prejudiciële vraag wordt gesteld voor het geval de betrokken activiteit volgens het Hof niet reeds op grond van een bepaling van artikel 3 van richtlijn 2007/64 is uitgezonderd van de werkingssfeer ervan.
- 17 Allereerst rijst dan de vraag of de concrete dienstverrichting van ■■■■■ Entertainment GmbH wel een betalingsdienst in de zin van richtlijn 2007/64 is. Volgens punt 2 van de bijlage bij de richtlijn is een betalingsdienst in de zin van artikel 4, punt 3, een dienst waarbij de **mogelijkheid wordt geboden** contanten van een betaalrekening op te nemen. Op het eerste gezicht is er inderdaad enige grond om aan te nemen dat ■■■■■ Entertainment GmbHouders van een bankrekening met een pinpas in de zin van deze definitie „de mogelijkheid” heeft geboden om in de speelhal middels de pinpas contanten op te nemen van een betaalrekening.
- 18 Mogelijkerwijs dient het Unierechtelijke begrip „de mogelijkheid bieden” echter ook enger te worden uitgelegd. De bijdrage van ■■■■■ Entertainment GmbH bestaat immers louter in het ter beschikking stellen van de multifunctionele geldautomaat en in het vullen ervan met contant geld. Deze service alleen volstaat geenszins om contanten van een bankrekening op te nemen. Veeleer is het daarvoor noodzakelijk dat een bank de mogelijkheid biedt tot het aanhouden van de rekening, dat de rekeninghoudende bank de service van een pinpas aanbiedt en dat deze service wordt gekoppeld aan de pinautomaat in de speelhallen. Deze diensten verleent ■■■■■ Entertainment GmbH echter niet. De geldautomaat was nooit haar eigendom, maar werd door haar slechts gehuurd.
- 19 Een ruime uitlegging van het Unierechtelijke begrip „mogelijkheid bieden” in de zin van punt 2 van de bijlage bij richtlijn 2007/64 zou tot afbakeningsmoeilijkheden en tot een uiterst brede werkingssfeer van de toestemmingsplicht kunnen leiden. Of dit door de Gemeenschapswetgever was gewenst en om dwingende redenen van consumentenbescherming ofter harmonisering noodzakelijk is, valt echter te betwijfelen. Zo verricht bijvoorbeeld een taxichauffeur die een klant naar een speelhal rijdt waarin zich een multifunctionele geldwisselaar met een pinautomaat bevindt, een dienst die het „mogelijk” maakt om geld op te nemen van een betaalrekening. Een ruime uitlegging van de definitie van betalingsdienst in de zin van de bijlage bij de richtlijn zou dus tot absurde resultaten kunnen leiden.
- 20 Gelet op het bijzondere belang dat de definitie van „betalingsdienst” in de zin van richtlijn 2007/64 in alle lidstaten juist wordt uitgelegd en toegepast, lijkt het zinvol dat het Hof de derde vraag ook beantwoordt indien het tot de slotsom komt dat de activiteit van ■■■■■ Entertainment GmbH reeds onder een bepaling van artikel 3 van de richtlijn valt en van de werkingssfeer ervan is uitgesloten.
- 21 b) Tevens rijst de vraag of een aan toestemming onderworpen betalingsdienst in de zin van de bijlage bij de richtlijn kan ontstaan hoewel de service door ■■■■■

Entertainment GmbH gratis werd verleend en door de vennootschap zelfs een kostenfactor was. Volgensartikel 4, punt 3, van richtlijn 2007/64 is (alleen) elke *bedrijfswerkzaamheid* als vermeld in de bijlage een betalingsdienst. Dit pleit ervoor dat deze serviceverlening zonder meer geen aan toestemming onderworpen betalingsdienst in de zin van de richtlijn kan zijn.

- 22 Volgens overweging 6 van richtlijn 2007/64 moet de werkingssfeer ervan „worden beperkt tot betalingsdienstaanbieders wier hoofdactiviteit bestaat in het aanbieden van betalingsdiensten aan betalingsdienstgebruikers”. De exploitant van de speelhal verricht de betalingsdienst in zijn speelhal echter kennelijk niet in het kader van een hoofdactiviteit, maar hoogstens als nevenactiviteit bij het opstellen van de speelautomaten waarmee geld kan worden gewonnen, in de zin van § 33c, lid 1, GewO of als nevenactiviteit bij de exploitatie van de speelhal als zodanig.
- 23 Inderdaad is het moeilijk om de voor de klanten kosteloze exploitatie van een multifunctionele geldwisselaar met pinautomaat als bedrijfsmatige betalingsdienst in de zin van de richtlijn aan te merken, wanneer deze service voor █████ Entertainment GmbH kosten meebrengt. Derhalvelijkt het aannemelijk dat de klantenservice van █████ Entertainment GmbH, die niet haar hoofdactiviteit was in de zin van overweging 6 van richtlijn 2007/64, niet werd verleend als „bedrijfswerkzaamheid” in de zin van artikel 4, punt 3, van richtlijn.

Vierde vraag

- 24 Een selectieve handelwijze van het openbaar ministerie, die bovendien indruist tegen een praktijk volgens welke de bevoegde toestemming verlenende en toezichthoudende autoriteiten jarenlang identieke of soortgelijke gevallen hebben geduld, zou vanuit het Unierechtelijke oogpunt van de systematiek en de coherentie relevant kunnen zijn ten voordele van █████ Entertainment GmbH. Het Hof heeft in de afgelopen jaren in een groot aantal prejudiciële arresten het criterium van de coherentie als uitgangspunt genomen voor de juiste uitlegging en toepassing van het Unierecht.
- 25 Zo heeft het Hof sinds het arrest Gambelli (EU:C:2003:597) onder meer in de arresten Markus Stoß e.a. (EU:C:2010:504), Carmen Media Group (EU:C:2010:505), Ince (EU:C:2016:72) en Pflieger e.a. (EU:C:2014:281) meermaals duidelijk gemaakt dat overheidsingrepen op het gebied van kansspelen of sportwedenschappen niet a priori met een beroep op dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd kunnen worden, wanneer de lidstaat niet een systematisch en coherent beleid voert. Ook in de arresten Hartlauer (EU:C:2009:141), Petersen (EU:C:2010:4) en Pöpperl (EU:C:2016:550) heeft het Hof zijn overwegingen hoofdzakelijk op het coherentiecriterium gebaseerd. Zo wordt bijvoorbeeld in het arrest Petersen verduidelijkt dat een op zich legitieme maatregel toch niet verenigbaar is met het gebod van coherentie, wanneer die maatregelen een zeer ruime uitzondering toelaat die ertoe kan leiden dat de consument in het kader van die uitzondering niet wordt beschermd tegen de

■■■■■

gevaren waarop die maatregel kennelijk ziet (punt 61). Bij de beoordeling van de noodzaak van de maatregel in verhouding tot het nagestreefde doel moet voorts nog worden nagegaan of de uitzonderingen geen afbreuk doen aan de coherentie van de regelgeving doordat zij tot een met die doelstelling strijdig resultaat leiden. In punt 53 van het arrest Petersen heeft het Hof geoordeeld dat met een regeling immers slechts de verwezenlijking van het ingeroepen doel kan worden gewaarborgd wanneer zij daadwerkelijk ertoe strekt, dat doel coherent en stelselmatig te bereiken (zie arrest Hartlauer, punt 55).


- 26 Het lijkt niet uitgesloten dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde maatregel jegens verdachte en ■■■■■ Entertainment GmbH niet voldoet aan dit coherentiecriteria. Indien de tegen hen door het openbaar ministerie onder strafdreiging opgelegde verbod van de omschreven exploitatie van een pinautomaat, zonder dat sprake is van schending van de richtlijn, wordt gerechtvaardigd met het doel om consumenten te beschermen tegen mogelijke – tot nog toe echter niet nader uiteengezette – gevaren van een door de BaFin niet toegestane betalingsdienst, wordt deze maatregel feitelijk uitgehold, wanneer identieke of vergelijkbare pinautomaten in speelhallen of casino's – maar ook in supermarkten of tankstations – in het tijdvak tot eind 2012 gebruikt mochten worden omdat de BaFin dit duldde.
- 27 Indien de toezichthoudende autoriteit in honderden (of meer) vergelijkbare gevallen stilzit, dan zou het ingrijpen van het openbaar ministerie bovendien niet slechts als onsystematisch en incoherent, maar ook als in strijd met de gelijke behandeling – en dus als willekeurig – kunnen worden aangemerkt. Daar het gelijkheidsbeginsel tevens een algemeen beginsel van het Unierecht is (zie bijv. arrest Costa en Cifone, EU:C:2012:80) zou dit ertoe kunnen leiden dat verdachte en ■■■■■ Entertainment GmbH tegen een eventueel bevel tot nalaten van de bevoegde toezichthoudende autoriteit BaFin kunnen aanvoeren dat zij zonder planning en willekeurig te werk is gegaan met het gevolg dat een bevel tot nalaten in strijd met het Unierecht zou zijn. Dit zou ook in de weg staan aan strafbaarheid. Strafbaar is niet de activiteit van een betalingsdienst op zich, maar het ontbreken van de vereiste toestemming daarvoor. Wanneer echter de bevoegde overheidsinstantie het ontbreken van toestemming niet als grond voor een verbod kan gebruiken, omdat een systematische en coherente alsmede geplande en niet-arbitraire uitvoeringspraktijk van de bevoegde toezichthoudende autoriteit ontbreekt, mag het ontbreken van Duitse toestemming ook geen reden zijn voor strafrechtelijke vervolging (zie arresten Placanica, EU:C:2007:133, en Ince, EU:C:2016:72). De straf staat immers niet op de activiteit als zodanig maar op de activiteit, „voor zover daarvoor geen toestemming is verleend”.
- 28 Het Hof dient het coherentiebegrif in samenhang met de doelen van de richtlijn en de doelen van de maatregelen van de Duitse overheid in een hoofdgeding met de bovenomschreven kenmerkentegen deze achtergrond uit te leggen en toe te passen.

Vijfde vraag

- 29 De Unierechtelijke beginselen van rechtszekerheid en rechtsduidelijkheid zouden reeds in de weg kunnen staan aan de sanctie van voordeelsontneming in de zin van § 73 StGB. Het Duitse recht is immers niet eenduidig. Zoals de verwijzingsbeslissing verduidelijkt, is de Duitse wettelijke situatie ook in het licht van richtlijn 2007/64 met betrekking tot de toestemmingsplicht onduidelijk. Eerst is er een beslissing van het Hof nodig over de bindende uitlegging van de richtlijn en van de Unierechtelijke beginselen om voldoende duidelijkheid te verkrijgen over de toestemmingsplicht. Deze rechtsonzekerheid betreft ook de regelingen over de voordeelsontneming van hetgeen middels de zonder toestemming verrichte activiteit is „verworven”.
- 30 De voorschriften in § 73 StGB over de voordeelsontneming moeten de voordelen omvatten die de dader volgens het beschermingsdoel van strafbepalingen niet mag verwerven en behouden, omdat deze door de rechtsorde worden aangemerkt als resultaat van een onwettige vermogensverschuiving. Dit laat de autoriteiten een uiterst ruime marge. In gevallen van het type als het onderhavige zou deze ruime marge kunnen indruisen tegen de Unierechtelijke beginselen van rechtszekerheid en rechtsduidelijkheid, omdat de particulier niet, of althans niet met voldoende zekerheid, kan voorzien dat hetgeen hij uit het strafbare feit heeft „verworven”, de uitbetaalde bedragen zijn die hij van de banken van de klanten via de netwerkexploitant gecrediteerd heeft gekregen.
- 31 In zoverre zou ook de juiste uitlegging van artikel 21 van de richtlijn beslissend kunnen zijn. Volgens lid 1 daarvan moeten controles die door de bevoegde autoriteiten worden uitgevoerd om na te gaan of het bepaalde in deze titel doorlopend wordt nageleefd, „evenredig en passend zijn en aansluiten bij de risico's waaraan betalingsinstellingen zijn blootgesteld”. Volgens lid 2 bepalen de lidstaten dat hun respectieve bevoegde autoriteiten bij overtredingen „sancties kunnen uitspreken of maatregelen kunnen treffen welke beogen een eind te maken aan de geconstateerde overtredingen of de oorzaken daarvan weg te nemen”. Het vervallen van het voordeel aan de Duitse staatskas zou namelijk onevenredig en ongeschikt kunnen zijn als antwoord op de risico's van een betalingsdienst van het onderhavige soort. De klanten die geld opnemen hebben geen nadeel en lopen ook geen gevaar voor hun vermogen, alleen [REDACTED] Entertainment GmbH geen toestemming van de BaFin had. Door de dienstverrichting van verdachte was er noch voor de klanten die geld opnemen, noch voor de banken waarmee zij verbonden zijn ooit een risico ontstaan voor hun vermogenssituatie.
- 32 Daarbij komt dat vanuit het oogpunt van [REDACTED] Entertainment GmbH respectievelijk van haar bedrijfsleider de bedragen die door de banken van de klanten die geld opnemen worden gecrediteerd, enkel doorlopende posten zijn. Wat aan de geldautomaten wordt opgenomen en door de vennootschap wordt aangevuld, wordt door de banken van de klanten die geld opnemen aan de vennootschap gecrediteerd. Het ligt in het geheel niet voor de hand om in de



creditering een vermogensgroei te zien, die in de zin van de regelingen inzake voordeelsontneming als tot het „het verworvene” behorend kan worden opgevat.

- 33 De onevenredigheid van de sanctie van voordeelsontneming kan in casu eventueel ook worden afgemeten aan het feit dat verdachte een van de zeer weinigen is die strafrechtelijk is vervolgd wegens het exploiteren van een pinautomaat. Dit zou in strijd kunnen zijn met de gelijke behandeling en incoherent zijn in de zin van de uiteenzettingen hierboven over de vierde prejudiciële vraag.
- 34 De door het openbaar ministerie gevorderde voordeelsontneming zou bovendien kunnen indruisen tegen artikel 17 van het Handvest.  Entertainment GmbH heeft de eigendom verkregen van het geld dat de rekeninghoudende banken van de klanten van de vennootschap die geld opnemen, hebben gecrediteerd. Evenwel mag volgens artikel 17 van het Handvest niemand zijn eigendom door de Staat worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Noch het Duitse recht noch de vordering van het openbaar ministerie voorziet echter in een vergoeding.