



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat. De zaken Ladbrokes en Sporting Exchange (Betfair) over internetaanbod en kansspelmonopolies in perspectief: les jeux sont faits?

Adriaanse, P.C.; Barkhuysen, T.; Van den Bogaert, S.C.G.

Citation

Adriaanse, P. C., Barkhuysen, T., & Van den Bogaert, S. C. G. (2010). Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat. De zaken Ladbrokes en Sporting Exchange (Betfair) over internetaanbod en kansspelmonopolies in perspectief: les jeux sont faits? *Nederlands Juristenblad*, 85(29 / 1529), 1900-1907. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15969>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15969>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat

De zaken *Ladbroke's* en *Sporting Exchange (Betfair)* over internetaanbod en kansspelmonopolies in perspectief: *les jeux sont faits?*

Paul Adriaanse, Tom Barkhuysen en Stefaan Van den Bogaert¹

UIT DE ARRESTEN *LADBROKES* EN *BETFAIR* VAN HET HOF VAN JUSTITIE BLIJKT DUIDELIJK DAT DE DOOR DE NEDERLANDSE WETGEVER GECREËERDE SCHAARSTE VAN KANSSPELVERGUNNINGEN BIJ GEBREKE AAN HARMONISATIE OP EUROPEES NIVEAU TOELAATBAAR KAN ZIJN. HET HOF HEEFT HET AAN DE NATIONALE RECHTER OVERGELATEN OM HIEROVER EEN DEFINITIEF OORDEEL TE VELLEEN.

1. Inleiding

Vergunningen voor het aanbieden van kansspelen zijn schaarse goederen in Nederland.² Deze schaarste is bewust gecreëerd door de wetgever, primair om daarmee fraude, gokverslaving en illegale spelen tegen te gaan. Tegelijkertijd kan er veel geld verdiend worden met het aanbieden van kansspelen.³ Deze combinatie van factoren heeft ertoe geleid dat in de afgelopen jaren de Nederlandse kansspelregulering hevig onder vuur is komen te liggen. Over diverse onderdelen daarvan zijn procedures gevoerd, zowel voor nationale rechters als voor het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie). Zo oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven op 3 juni 2009 dat wanneer een vergunning voor een speelautomatenhal beschikbaar komt, deze niet onderhands kan worden verleend aan een reeds bij een gemeente bekende aanbieder, maar dat de zorgvuldigheid gebiedt dat potentiële aanvragers van een vergunning op de hoogte worden gesteld en een *faire kans* krijgen om een vergunning aan te vragen.⁴ Daarnaast is de Nederlandse kansspelregulering ook vanuit het perspectief van het Europees recht bestreden. Daarbij betreft het met name de beperkingen die de Nederlandse regelgeving inhoudt ten aanzien van buitenlandse (internet)aanbieders van kansspelen, alsmede het feit dat voor sommige kansspelen in Nederland slechts één vergunning wordt verleend (monopolies).

Op 3 juni 2010 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie hierover richtinggevende prejudiciële uitspraken gedaan in de zaken *Ladbroke's* en *Sporting Exchange (Betfair)*.⁵ Beide uitspraken vormen de focus van deze bijdrage. Eerst zal in paragraaf 2 een kort overzicht gegeven worden van eerdere uitspraken van het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van nationale kansspelreguleringen met de Europese verdragsregels inzake vrij verkeer van diensten. Vervolgens zal in paragraaf 3 worden ingegaan op de huidige Nederlandse regeling en de casus die de aanleiding vormden voor de recente arresten van het Hof van Justitie. Daarna zal in paragraaf 4 de inhoud van beide uitspraken worden besproken. In paragraaf 5 worden de gevolgen van de beide uitspraken voor de onderliggende nationale procedures besproken, gevolgd door een analyse van de implicaties voor de Nederlandse kansspelregulering in algemene zin in paragraaf 6. Deze bijdrage wordt afgesloten met een korte beschouwing over het eventuele nut of de wenselijkheid van Europese regelgeving hieromtrent.

2. Overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake kansspelen

De arresten *Ladbroke's* en *Betfair* zijn de meest recente uitspraken van het Hof van Justitie over de conformiteit van de nationale kansspelwetgevingen met het door het

Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU) gewaarborgde recht van vrij verkeer van diensten. Tot op de dag van vandaag bestaat er op het niveau van de EU geen regelgeving met betrekking tot de regulering van kansspelen. Eerdere pogingen daartoe zijn op niets uitgedraaid. Sterker nog, gokactiviteiten zijn vanwege hun specifieke karakter zelfs uitdrukkelijk van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn en de Richtlijn inzake de elektronische handel uitgesloten.⁶ Vooral nog wordt de sector van de kansspelen dus gereguleerd op het niveau van de lidstaten van de EU. Het Hof van Justitie heeft wel al herhaalde malen uitspraak gedaan in specifieke geschillen met betrekking tot het grensoverschrijdend aanbieden van kansspelen door economische operatoren.⁷ In de rechtspraak van het Hof over kansspelen kan een drietal fasen onderscheiden worden.

In het arrest *Schindler* bepaalde het Hof voor het eerst dat de invoer van reclamemateriaal en loterijbriefjes in het Verenigd Koninkrijk, teneinde de Britse onderdanen te laten deelnemen aan een loterij die in Duitsland werd georganiseerd, verband houdt met een dienstverrichting.⁸ Het Hof oordeelde dat nationale loterijwetgeving die het houden van loterijen op het grondgebied verbiedt, en het de organisatoren van loterijen van andere lidstaten op die manier volstrekt onmogelijk maakt om hun loterijen te bevorderen en hun loten te verkopen op het grondgebied van de eerste lidstaat, een belemmering voor het vrij verrichten van diensten vormt.⁹ Het Hof stelde evenwel ook meteen dat die beperking in bepaalde omstandigheden toegelaten kan zijn. Het merkte wel fijntjes op dat hoewel loterijen een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de financiering van maatschappelijk werk, liefdadigheidswerken, sport of cultuur, dit op zich echter geen objectieve rechtvaardiging kan vormen voor een beperking. Het erkende dat de nationale autoriteiten, gelet op het bijzondere karakter van loterijen, over voldoende beoordelingsvrijheid dienen te beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers

en voor de bescherming van de maatschappelijke orde, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere lidstaat.¹⁰ Dit betekent dat de nationale autoriteiten loterijactiviteiten zowel kunnen beperken als verbieden. Op basis van een nagenoeg identieke redenering besliste het Hof in *Läärä* dat de bepalingen van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van dienstverrichting niet in de weg staan aan een Finse regeling waarbij aan één enkel openbaar lichaam een uitsluitend recht tot exploitatie van speelautomaten wordt toegekend.¹¹ En in *Zenatti* gaf het Hof de zegen aan een Italiaanse regeling die het recht om weddenschappen af te sluiten op de uitslag van sportevenementen voorbehoudt aan bepaalde instellingen, op voorwaarde dat die regeling daadwerkelijk gerechtvaardigd wordt door sociale doelstellingen die ertoe strekken de schadelijke gevolgen van deze activiteiten te beperken, en de opgelegde beperkingen evenredig zijn aan de gestelde doelen.¹²

In de arresten *Gambelli*¹³ en *Placanica*,¹⁴ waarin wellicht niet geheel toevallig tweemaal de Italiaanse wetgeving inzake kansspelen centraal stond, is een subtiële doch onmiskenbare accentverschuiving waar te nemen in de houding die het Hof aanneemt ten aanzien van de nationale wetgeving.¹⁵ Zo ging het Hof in *Gambelli* plots over tot een striktere proportionaliteitstoets.¹⁶ Het preciseerde dat onder de test van geschiktheid begrepen dient te worden dat de gokactiviteiten op 'samenhangende en stelselmatige wijzen' worden beperkt.¹⁷ Zo liet het er geen twijfel over bestaan dat wanneer de nationale autoriteiten de consumenten actief aanmoedigen om deel te nemen aan kansspelen opdat de schatkist er financieel beter van zou worden, ze zich niet kunnen beroepen op het argument van de bescherming van maatschappelijke orde ter rechtvaardiging van beperkende nationale maatregelen.¹⁸ Dit wordt ook wel aangeduid als de hypocrisietoets.¹⁹ En daar waar het Hof in de eerdere arresten nog duidelijk aangaf dat de verschillende rechtvaardigingsgronden in hun onderlinge samenhang dienen te worden beschouwd, werd

Auteurs

1. Mr. P.C. Adriaanse is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat te Amsterdam bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. S.C.G. Van den Bogaert is hoogleraar Europees recht aan de Universiteit Leiden.

Noten

2. Zie over schaarse vergunningen F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004.
3. Gemiddeld waarschijnlijk veel meer dan met deelname aan dezelfde kansspelen.
4. CBB 3 juni 2009, AB 2009, 373 (m.nt. C.J. Wolswinkel). Vgl. ook CBB 28 april 2010, AB 2010, 186 (m.nt. C.J. Wolswinkel).
5. HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-258/08, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd en Ladbrokes International Ltd vs. Stichting de Nationale Sporttotalisator* (hierna: *Ladbrokes*); HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08, *Sporting Exchange (Betfair) Ltd vs. Minister van Justitie*, n.n.g. (hierna: *Betfair*).
6. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEG* 27 december 2006, L 376/36; Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('Richtlijn inzake elektronische handel'), *PbEG* 17 juli 2000, L 178/1.
7. A. Kaburakis, 'ECJ Jurisprudence and Recent Developments in EU Sports

- Betting', in: S. Gardiner, R. Parrish & R.C.R. Siekmann (eds.), *EU, Sport, Law and Policy: Regulation, Re-regulation and Representation*, Den Haag: TMC Asser Press 2009, p. 555-580.
8. HvJ EU 24 maart 1994, nr. C-275/92, *Customs and Excise vs. Schindler*, *Jur.* 1994, p. I-1039, r.o. 37 (hierna: *Schindler*).
9. *Schindler*, r.o. 43-45.
10. *Schindler*, r.o. 60.
11. HvJ EU 21 oktober 1999, nr. C-124/97, *Läärä vs. Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä)*, *Jur.* 1999, p. I-6067.
12. HvJ EU 21 oktober 1999, nr. C-67/98, *Questore di Verona vs. Zenatti*, *Jur.* 1999, p. I-7289.
13. HvJ EU 6 november 2003, nr. C-243/01, *Gambelli e.a.*, *Jur.* 2003, p. I-13031 (hierna: *Gambelli*).
14. HvJ EU 6 maart 2007, gevoegde

- zaken nr. C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica, Palazzese en Sorricchio*, *Jur.* 2007, p. I-1891 (hierna: *Placanica*).
15. A. Cuypers, 'Joined cases C-338/04, C-359/04 en C-360/04 *Placanica, Palazzese en Sorricchio* [2007] ECR I-1891' 2008, *CMLRev.* 45, p. 515-536.
16. V. Hatzopoulos & T.U. Do, 'The case law of the ECJ concerning the free movement of services: 2000-2005' 2006, *CMLRev.* 43, p. 923-991.
17. *Gambelli*, r.o. 67.
18. *Gambelli*, r.o. 69.
19. J.C.M. van der Beek & M. de Koning, 'De Goksaga: nieuwe grenzen aan de beperkingen van gokken over de grenzen', *NTer* 2004, p. 137-146. Vgl. ook J.C.M. van der Beek & M. de Koning, 'Volgende aflevering Goksaga: Rien ne va plus?', *NTer* 2007, p. 117-123.

In de uitspraak *Liga Portuguesa* lijkt het Hof de lidstaten *carte blanche* te geven om het grensoverschrijdend aanbieden van kansspelen via internet aan strenge beperkingen te onderwerpen

in *Placanica* een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de 'sociale' doelstelling om de consumenten te beschermen en dus de gelegenheden tot spelen daadwerkelijk te beperken, en anderzijds de doelstelling om de criminaliteit te bestrijden door controle van de actieve marktdeelnemers en door kanalisering van de gokactiviteiten in legale circuits.²⁰ Het tweede type doelstelling werd gezien als het werkelijke doel van de Italiaanse regeling. Het Hof was van oordeel dat een gecontroleerd expansiebeleid in de kansspelsector wel degelijk toegelaten kan worden tegen die specifieke achtergrond van de motivatie om spelers van verboden spelen en weddenschappen tot toegestane en gereguleerde gokactiviteiten te bewegen.²¹

De derde fase in de rechtspraak van het Hof is ingegaan met het arrest *Liga Portuguesa*,²² waarin de internetproblematiek centraal staat. Door de expansieve ontwikkeling van het internet de laatste jaren worden economische operatoren in staat gesteld hun kansspelen en weddenschappen grensoverschrijdend aan te bieden zonder dat zij zich in een andere lidstaat dienen te vestigen. Hierdoor heeft de goksector in korte tijd een hoge vlucht genomen. Deze ontwikkeling staat op gespannen voet met de doorgaans restrictieve nationale regelgeving en heeft de nationale autoriteiten dus voor een enorme uitdaging geplaatst. Het Hof werd de laatste jaren dan ook overstelpt met prejudiciële vragen omtrent de interpretatie van de fundamentele verdragsvrijheden in een dergelijke situatie.²³ In *Liga Portuguesa* heeft het Hof hierover voor het eerst uitspraak gedaan. Het Hof heeft er geen twijfel over laten bestaan dat het beginsel van wederzijdse erkenning, een van de basisbeginselen van de interne marktgedachte, hier niet van toepassing is. Het feit dat een marktdeelnemer rechtmatig diensten aanbiedt via internet in de lidstaat van vestiging en daar dus aan controles wordt onderworpen, kan volgens het Hof desalniettemin niet beschouwd worden als een voldoende waarborg dat de nationale consumenten worden beschermd tegen het risico van fraude en criminaliteit. Het Hof stelde dat het in een dergelijke context immers moeilijk kan zijn voor de autoriteiten van de lidstaat van vestiging om de professionele kwaliteiten en integriteit van de marktdeelnemers te beoordelen.²⁴ Het voegde er nog aan toe dat het risico op fraude bovendien groter is bij kansspelen via internet, gezien de afwezigheid van contact tussen de consument

en de marktdeelnemer (de aanbieder van het kansspel).²⁵ Het Hof liet de Portugese wetgeving, die het bedrijf Bwin verbiedt om via het internet kansspelen aan te bieden, uiteindelijk dan ook onverlet. Met deze uitspraak lijkt het Hof de lidstaten nagenoeg *carte blanche* te geven om het grensoverschrijdend aanbieden van kansspelen via internet aan strenge (weliswaar non-discriminatoire)²⁶ beperkingen te onderwerpen of zelfs te verbieden.²⁷ In de nasleep van *Liga Portuguesa* was het dus de vraag of het Hof deze benadering zou doortrekken in de zaken *Betfair* en *Ladbroke's* rond de Nederlandse kansspelregulering

3. De feitelijke en juridische achtergrond van *Ladbroke's* en *Betfair*

Dan nu de situatie in Nederland. Kern van de kansspelregulering in Nederland vormt de Wet op de kansspelen (WoK).²⁸ Nadere regulering heeft plaatsgevonden in diverse besluiten, zoals het Kansspelenbesluit,²⁹ het Besluit College van toezicht op de kansspelen,³⁰ gemeentelijke verordeningen, beschikkingen, beleid³¹ en zelfregulering.³² Onder een kansspel in de zin van de WoK wordt verstaan: een spel in het kader waarvan deelnemers kans maken op een prijs waarop zij in algemene zin geen invloed kunnen uitoefenen. Daarbij kan worden gedacht aan loterijen, de Staatsloterij, sportprijsvragen, Toto, Lotto, piramidespelen, casinospelen en speelautomaten. Niet onder deze definitie vallen bijvoorbeeld levensverzekeringen.³³

Via de WoK heeft de wetgever een bewuste keuze gemaakt voor een algemeen verbod tot het organiseren van en deelnemen aan kansspelen, met een mogelijkheid van een ontheffing via een vergunning, waaraan eventueel voorschriften kunnen worden verbonden. De ratio daarvan is het tegengaan van gokverslaving, de bescherming van de consument en het voorkomen van illegaliteit en criminaliteit.³⁴ Het Nederlandse beleid is erop gericht spelers vanuit het illegale gokcircuit naar een toegelaten, maar gereguleerd circuit te overhalen en tegelijkertijd ook het gokken aan banden te leggen. Dit wordt ook wel aangeduid als de kanalisatiegedachte. De uiteindelijk via dit systeem gecreëerde schaarste varieert per kansspel. Zo zijn er van gemeentewege veel speelautomatenvergunningen verleend en relatief veel vergunningen voor kleine loterijen. Het aantal vergunningen voor grote loterijen is daarentegen beperkt en er wordt in Nederland slechts één casinovergunning verleend. Deze schaarste is voor landelijke kansspelen via de wet gecreëerd en bij lokale kansspelen via gemeentelijke verordeningen. Dit impli-

Het Nederlandse beleid is erop gericht spelers vanuit het illegale gokcircuit naar een toegelaten, maar gereguleerd circuit te overhalen

ceert ook dat de vergunningverlening en het toezicht in handen is van verschillende autoriteiten. Zo is de Minister van Justitie bevoegd ten aanzien van landelijke kansspelen en zijn burgemeesters bevoegd waar het de lokale pendant betreft. In algemene zin wordt toezicht gehouden door het College van toezicht op de kansspelen. Rechtsbescherming wordt verleend door de bestuursrechter, zij het dat in sommige zaken ook de civiele rechter betrokken is, zoals blijkt uit de zaak *Ladbroke's tegen Stichting de Nationale Sporttotalisator*.

Aanleiding voor de in deze bijdrage – naast *Betfair* – centraal staande uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Ladbroke's* is voornoemd gesloten vergunningstelsel op basis waarvan voor de organisatie van sportprijsvragen, de Lotto en het cijferspel slechts één vergunning is verleend aan Stichting de Nationale Sporttotalisator (hierna: de Lotto). Verder is het op grond van de Nederlandse regeling niet toegestaan interactief kansspelen via internet aan te bieden. Het Engelse bedrijf *Ladbroke's* organiseert ook sportprijsvragen en staat bekend om zijn activiteiten op het terrein van *bookmaking*. Het bedrijf biedt via een website een aantal, hoofdzakelijk sportgerelateerde kansspelen aan alsmede de mogelijkheid om via een gratis telefoonnummer aan weddenschappen deel te nemen. Dit alles van buiten het Nederlandse grondgebied. Lotto, dat omzetverlies vreest, verzette zich daartegen en stelde voor de Nederlandse civiele rechter dat *Ladbroke's* onrechtmatig handelt door aan Nederlandse ingezetenen via internet kansspelen aan te bieden zonder over de daarvoor op grond van de WoK vereiste vergunning te beschikken. De lagere rechters gaven Lotto gelijk.³⁵ Uiteindelijk is de zaak bij de Hoge Raad beland die prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie heeft gesteld over de houdbaarheid van de Nederlandse regeling in het licht van het EU-recht.³⁶

De zaak *Betfair* betreft een vergelijkbare kwestie.

Noten

20. *Placanica*, r.o. 52.

21. *Placanica*, r.o. 55.

22. HvJ EU 8 september 2009,

nr. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol*

Professional and Bwin International

(hierna: *Liga Portuguesa*).

23. Voor een overzicht, zie A. Dawes & K. Struckmann, 'Rien ne va plus? Mutual recognition and the free movement of services in the gambling sector after the *Santa Casa* judgment' 2010, *ELRev.* 35, p. 246-251.

24. *Liga Portuguesa*, r.o. 69.

25. *Liga Portuguesa*, r.o. 70.

26. HvJ EU 8 juli 2010, gevoegde zaken nr. C-447/08 en C-448/08, *Sjöberg en Gerdin*.

27. Vgl. Dawes & Struckmann 2010.

28. Laatstelijk gewijzigd bij wet van 20 mei 2010, *Stb.* 2010, 205.

29. Laatstelijk gewijzigd bij besluit van 22 juli 2004, *Stb.* 2004, 375.

30. Laatstelijk gewijzigd bij besluit van 12 september 2007, *Stb.* 2007, 330.

31. Onder meer Beleidsregels incidentele

kansspelen en prijsvragen, *Stcrt.* 2007, 128.

32. Bijv. Gedragscode Promotionele kansspelen (www.nationaalkenniscentrum-kansspelen.nl/content/files/Wet-%20en%20regelgeving/Gedragscode_promotionele_kansspelen.pdf).

33. Art. 2 WoK. Over de vraag of poker een kans- of een behendigheids spel is, bestaat discussie. HR 3 maart 1998, *LJN* ZD0952, neemt aan dat sprake is van een kansspel, terwijl Rb. 's-Gravenhage 2 juli 2010, *LJN* BN0013, uitgaat van een

behendigheids spel.

34. Zie ook C.J. Wolsinkel, 'Dienst en tussen frequenties en kansspelen.

Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen', *SEW* 2009, p. 287-299.

35. Rb. Arnhem 31 augustus 2005, *LJN* AU1924; Hof Arnhem 17 oktober 2006, *LJN* AZ0222.

36. HR 13 juni 2008, *LJN* BC8970.

Sporting Exchange, handelend onder de naam Betfair, is ook actief in de kansspelsector en biedt haar diensten uitsluitend van buiten Nederland aan via internet en per telefoon. Betfair vroeg een vergunning aan onder de WoK, maar de Minister van Justitie weigerde deze, omdat er geen ruimte meer zou zijn voor het verlenen van nog een vergunning. Tegen de weigering van deze vergunning is Betfair opgekomen. Tevens werd bezwaar gemaakt tegen verlenging van de vergunning aan Lotto. Uiteindelijk heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) die bij uitspraak van 14 mei 2008 op haar beurt een aantal prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie.³⁷

4. De uitspraken van het Hof van Justitie in *Ladbroke's* en *Betfair*

In de arresten *Betfair* en *Ladbroke's* heeft het Hof van Justitie in wezen een antwoord gegeven op vier prejudiciële vragen. Ten eerste behandelde het Hof de vraag of art. 49 EG (sinds 1 december 2009 art. 56 VWEU) zich verzet tegen het feit dat de Nederlandse wettelijke regeling de organisatie en de bevordering van kansspelen onderwerpt aan een gesloten stelsel ten gunste van slechts één marktdeelnemer.³⁸ Deze regeling, waarbij elke andere marktdeelnemer, gevestigd in binnen- of buitenland, dus het recht ontzegt wordt om op Nederlands grondgebied kansspelen aan te bieden via internet, vormt een beperking van het door het verdrag gewaarborgde vrij verkeer van diensten. Zowel Betfair als Ladbroke's is de mening toegedaan dat zij geen in Nederland verleende vergunning nodig hebben om hun diensten in verband met sportwedenschappen via internet aan te bieden in Nederland. De Nederlandse autoriteiten dienen de hen in andere lidstaten toegekende vergunningen te erkennen. Het Hof deelt die opvatting evenwel niet. Het merkt op dat de sector van via internet aangeboden kansspelen binnen de EU niet is geharmoniseerd. Het bevestigt de eerdere uitspraak in *Liga Portuguesa* en oordeelt dat een lidstaat mag stellen dat het enkele feit dat marktdeelnemers als Betfair en Ladbroke's via internet rechtmatig kansspelen aanbieden in een andere lidstaat, waar zij gevestigd zijn en in beginsel reeds door de bevoegde autoriteiten van deze staat aan wettelijke voorwaarden en aan controles worden onderworpen, niet voldoende waarborgt dat de nationale consument wordt beschermd tegen het risico van fraude en criminaliteit. Het feit dat een marktdeelnemer die kansspelen aanbiedt via internet in een bepaalde lidstaat geen actief verkoopbeleid voert, met name doordat hij in die lidstaat geen reclame maakt, doet hieraan volgens het Hof ook niets af. Het Hof concludeert dan ook dat de in Nederland bestaande beperking op het vrij verrichten van diensten, gelet op de bijzonderheden die verbonden zijn aan het aanbieden van kansspelen via internet, gerechtvaardigd wordt geacht door de doelstelling om fraude en criminaliteit te bestrijden.

Ten tweede wenste de Hoge Raad in de zaak *Ladbroke's* te weten of de Nederlandse regeling de activiteiten met betrekking tot wedenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze beperkt, als het de houder van een exclusieve vergunning (de Lotto) toegestaan is zijn marktaanbod aantrekkelijker te maken door nieuwe

kansspelen te introduceren en reclame te maken.³⁹ De doelstelling de consument te beschermen tegen gokverslaving lijkt in beginsel immers moeilijk verenigbaar met een expansief kansspelbeleid. Het Hof wijst erop dat in deze context de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de aan kansspelen en wedenschappen verbonden moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving kunnen rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen wat nodig is teneinde de gestelde doelen te bereiken. Het bevestigt eerdere rechtspraak dat een gecontroleerd expansiebeleid in de kansspelsector wel degelijk logisch verbonden kan zijn met de doelstelling om gokkers uit het clandestiene circuit te halen en aan te trekken tot toegestane en gereguleerde activiteiten. Het Hof erkent dat een dergelijk beleid enkel kans op slagen heeft als de toegelaten kansspelen een aantrekkelijk alternatief vormen voor de verboden activiteiten. Daarom kunnen het aanbieden van een breed scala aan spelen, reclame van een zekere omvang en gebruikmaking van nieuwe distributietechnieken toegestaan zijn. Het Hof geeft aan

Het Hof heeft de indruk dat bij de Nederlandse autoriteiten de wil bestaat om strikte grenzen te stellen aan het expansiebeleid ten aanzien van kansspelen

dat het uiteindelijk de taak is van de nationale rechter om te beoordelen of de specifieke nationale regeling past binnen het kader van een gecontroleerd expansiebeleid in de kansspelsector dat erop gericht is de speelzucht te kanaliseren in het legale circuit. In dit verband gaf het Hof de verwijzende rechter nog een aantal specifieke richtlijnen mee. Mocht blijken dat het Nederlandse expansiebeleid de consument buitensporig stimuleert om deel te nemen aan kansspelen en er dus eigenlijk hoofdzakelijk op gericht is om gelden in te zamelen voor de financiering van allerlei sociale activiteiten, dan moet de conclusie getrokken worden dat een dergelijk beleid de gokactiviteiten niet op samenhangende en stelselmatige wijze beperkt en dus niet geschikt is om de gokverslaving bij de consument te beteugelen. Een expansiebeleid kan volgens het Hof slechts als samenhangend worden beschouwd als de illegale gokactiviteiten op aanzienlijke schaal plaatsvinden en dus echt een probleem vormen in Nederland en als de daartegen getroffen maatregelen daadwerkelijk tot doel hebben de goklust van de consument in goede banen te leiden. Het juiste evenwicht moet dus gevonden worden tussen het vereiste de toegelaten kansspelen gecontroleerd uit te breiden om ze

aantrekkelijk te maken voor het publiek, en de noodzaak om de gokverslaving zoveel mogelijk te beperken. Het Hof geeft ook nog aan wel de indruk te hebben dat bij de Nederlandse autoriteiten de wil bestaat om strikte grenzen te stellen aan het expansiebeleid ten aanzien van kansspelen.

Ten derde wenste de Hoge Raad in *Ladbroke's* te vernemen of de nationale rechter, met het oog op de toepassing van de Nederlandse Wet op de kansspelen die met art. 49 EG (art. 56 VWEU) verenigbaar is, in elk concreet geval moet onderzoeken of de uitvoeringsmaatregel van deze wet kan verzekeren dat het doel van de wet zal bereikt worden en tevens in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.⁴⁰ In onderhavige zaak had de voorzieningenrechter aan *Ladbroke's* het bevel opgelegd de toegang tot haar website te blokkeren voor Nederlandse ingezetenen en het hen onmogelijk te maken om per telefoon aan prijsvragen deel te nemen. Volgens het Hof verzekert deze uitvoeringsmaatregel enkel de nuttige werking van de Nederlandse regeling inzake kansspelen. Zonder een dergelijke maatregel zou het bij de WoK bepaalde verbod haar doeltreffendheid verliezen, aangezien marktdeelnemers zonder vergunning van de nationale autoriteiten kansspelen op de Nederlandse markt zouden kunnen aanbieden. De uitvoeringsmaatregel leidt op zichzelf dus niet tot bijkomende beperkingen op de markt. Onder deze omstandigheden hoeft volgens het Hof dan ook niet te worden onderzocht of de uitvoeringsmaatregel zelf verenigbaar is met het vrij verkeer van diensten. Het Hof voegt er nog aan toe dat het voor de oplossing van het concrete geschil irrelevant is of deze uitvoeringsmaatregel is vastgesteld in het kader van de handhaving van de nationale regeling door de overheid, dan wel naar aanleiding van een vordering van een particulier in het kader van een civiele procedure ter bescherming van de rechten die deze aan de regeling ontleent. Het Hof stelt immers ondubbelzinnig dat het de taak is van de nationale rechters om alle maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de uitoefening van het recht op het vrij verrichten van diensten door marktdeelnemers te verzekeren in situaties die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, onafhankelijk van de vraag in welke procedure zij daartoe zijn aangezocht.

Ten slotte vroeg de ABRvS in *Betfair* ook nog of de rechtspraak van het Hof inzake dienstenconcessies met betrekking tot de uitlegging van art. 49 EG (art. 56 VWEU), het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting, van toepassing is op de procedure voor de toekenning van een exclusieve vergunning voor het organiseren van kansspelen.⁴¹ Het Hof merkt op dat het enkele feit dat de afgifte van één vergunning niet hetzelfde is als een concessieovereenkomst voor diensten, niet wegneemt dat bij het verlenen van een dergelijke administratieve vergunning, de uit art. 49 EG voortvloeiende vereisten van gelijke behandeling en transparantie moeten worden nageleefd. Het Hof stelt duidelijk dat een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen,

dat een inbreuk uitmaakt op een fundamentele vrijheid, slechts gerechtvaardigd is als het gebaseerd is op objectieve criteria, die non-discriminatoir en vooraf kenbaar zijn, zodat de beoordelingsvrijheid van de bevoegde autoriteiten wordt beperkt. Overigens stipt het Hof aan dat voor de procedure voor verlenging van de op basis van de wet verleende exclusieve vergunningen dezelfde voorwaarden gelden. Het Hof besluit met de vaststelling dat de verdragsbeperkingen die specifiek voortvloeien uit een stelsel van exclusieve vergunningen hoe dan ook kunnen worden toegestaan 'indien de betrokken lidstaat zou besluiten de vergunning te verlenen aan of te verlengen voor een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen'.⁴²

5. Gevolgen voor de lopende nationale procedures

Ladbroke's tegen Stichting de Nationale Sporttotalisator (Lotto)

Het Hof van Justitie heeft de bal teruggekaatst naar de Hoge Raad. In het vervolg van de civiele bodemprocedure zal de Hoge Raad nu *in concreto* moeten beoordelen of de Nederlandse kansspelregulering daadwerkelijk geschikt is om de aangevoerde doelstellingen te bereiken. In het bijzonder zal de Hoge Raad effectief moeten nagaan of de illegale activiteiten met betrekking tot wedschappen in Nederland daadwerkelijk een probleem vormen en of een dergelijk probleem kan ondervangen worden door uitbreiding en aantrekkelijker maken van de toegestane en gereguleerde activiteiten.⁴³

De daadwerkelijke beoordeling heeft het Hof weliswaar uitdrukkelijk aan de Hoge Raad overgelaten, maar het moge duidelijk zijn dat de kaarten gunstig liggen voor het Nederlandse kansspelbeleid en dus ook voor de Lotto.⁴⁴ In dit verband dient wel nog opgemerkt te worden dat, gelet op het civiele karakter van het onderliggende geschil en de rol van de Hoge Raad als cassatierechter, het van de reeds vastgestelde feiten in de zaak zal afhangen of de Hoge Raad hierover direct uitspraak kan doen, dan wel de zaak dient terug te verwijzen naar het gerechtshof. Als de Lotto uiteindelijk in het gelijk wordt gesteld, en dat valt toch te verwachten, zal *Ladbroke's* het online aanbieden van kansspelen in Nederland daadwerkelijk moeten staken.

Sporting Exchange tegen de Minister van Justitie

Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Betfair* duidelijk gesteld dat bij de afgifte van één kansspelvergunning, zoals die is verleend aan de Lotto, in de regel moet worden voldaan aan de transparantieplichting. Het heeft ook geconstateerd dat bij de verlenging van de vergunning aan Lotto niet aan deze voorwaarde is voldaan.⁴⁵ Dit betekent concreet dat de ABRvS in beginsel zal moeten oordelen dat het hoger beroep van Sporting Exchange (deels) gegrond

Noten

37. ABRvS 14 mei 2008, LJN BD1483.

38. *Betfair*, r.o. 22-37; *Ladbroke's*, r.o.

51-58.

39. *Ladbroke's*, r.o. 14-38.

40. *Ladbroke's*, r.o. 39-50.

41. *Betfair*, r.o. 38-62.

42. *Betfair*, r.o. 59.

43. *Ladbroke's*, r.o. 29.

44. *Ladbroke's*, r.o. 36 en 37.

45. *Betfair*, r.o. 53.

is. De bestreden beschikking tot vergunningverlening zal dan geen standhouden.⁴⁶ Daarmee is uiteraard niet gezegd dat de vergunning niet aan de Lotto had kunnen worden verleend, maar slechts dat eerst een transparante gunningprocedure had moeten worden gevolgd.

Het Hof heeft echter een uitzondering op deze algemeen geldende transparantieplichting gecreëerd voor vergunningverlening of -verlenging aan een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen. Het is nu de taak van de ABRvS te beoordelen of de Lotto onder een van deze twee categorieën valt. Indien dat het geval is, zal het hoger beroep op dit punt toch ongegrond worden verklaard.⁴⁷ Over deze vraag kan gerede twijfel ontstaan. Niet zozeer over de eerste categorie, de Stichting de Nationale Sporttotalisator is immers geen openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat. Echter, mogelijk wel omtrent de vraag of de Lotto als particuliere stichting onder strenge controle van de overheid staat.⁴⁸ Het Hof van Justitie heeft het begrip strenge controle niet gepreciseerd. Het Hof verwijst slechts naar eerdere uitspraken waarin voor de desbetreffende entiteiten werd aangenomen dat zij onder overheidsinvloed stonden.⁴⁹ Op het eerste gezicht lijkt de positie van de Lotto niet vergelijkbaar met de positie van deze entiteiten. De ABRvS zal er dus niet zonder meer van kunnen uitgaan dat de bedoelde uitzondering op de transparantieplichting van toepassing is op de vergunningverlening aan de Lotto.

6. Gevolgen voor het wettelijke kader van kansspelregulering en beleid in Nederland

De huidige Nederlandse kansspelregulering lijkt voor wat betreft de bewust gecreëerde schaarste de compatibiliteitstoets met het in het Europees verdrag gewaarborgd recht op vrij verkeer van diensten te doorstaan. Uit de arresten *Ladbroke* en *Betfair* van het Hof van Justitie blijkt duidelijk dat de door de Nederlandse wetgever gecreëerde schaarste van kansspelvergunningen bij gebreke aan harmonisatie op Europees niveau toelaatbaar kan zijn. Het Hof heeft het aan de nationale rechter overgelaten om hierover een definitief oordeel te vellen. Het Hof laat de nationale beleidsmakers een zekere beoordelingsvrijheid. Het blijft wel zaak dat het Nederlandse beleid daadwerkelijk binnen die marges blijft. Politiek Den Haag lijkt zich daarvan terdege bewust.⁵⁰ De reclame voor legale kansspelgelegenheden blijft echter een heikel punt. Zoals hiervoor is aangegeven, acht het Hof van Justitie enige vorm van reclame toelaatbaar, maar de uitnodigende reclamespotjes en overdadige advertenties voor, bijvoorbeeld, Holland Casino zijn maar moeilijk te rijmen met het uitgedragen beleid gericht op beperking.⁵¹

Op het punt van de verdeling van schaarse kansspelvergunningen is het Nederlandse stelsel misschien niet helemaal Europaproof. De WoK, noch daarop gebaseerde regelgeving of beleid voorziet momenteel in transparante gunningprocedures, terwijl het Hof van Justitie in *Betfair* heeft geoordeeld dat de verdeling van schaarse

kansspelvergunningen in beginsel moet plaatsvinden 'op basis van objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, waardoor een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten opdat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt'.⁵² Zoals hiervoor is aangegeven, worden transparante gunningprocedures bij de verdeling van kansspelvergunningen inmiddels ook in nationale rechtspraak verondersteld.⁵³ Het is dus zaak dat in de Nederlandse kansspelregulering spoedig wordt voorzien in een regeling van dergelijke transparante gunningprocedures.⁵⁴ Relevant in dit verband is dat volgens een ahangig wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen de verdeling en verlenging van vergunningen voor de – meeste – landelijke kansspelen in Nederland in de nabije toekomst niet meer zal worden uitgevoerd door de Minister van Justitie, maar door een nieuw op te richten Kansspelautoriteit.⁵⁵ Ook het toezicht op en de handhaving van de Wet op de kansspelen wordt in het wetsvoorstel toebedeeld aan deze nieuwe autoriteit. Ook gelet op het Europeesrechtelijke kader is de oprichting van een onafhankelijke Kansspelautoriteit een goede zaak. De verdeling van en toezicht op kansspelvergunningen wordt daarmee op afstand geplaatst van de Staat, waarmee de schijn van belangenverstrengeling kan worden voorkomen.⁵⁶ In het wetsvoorstel tot oprichting van de autoriteit is echter nog geen aandacht besteed aan de wijze waarop de vergunningen door de Kansspelautoriteit zullen (moeten) worden verdeeld.⁵⁷

Om te voldoen aan de transparantieplichting zoals die in Europese en nationale rechtspraak wordt geïntroduceerd, zou de Nederlandse wetgever de inrichting van transparante gunningprocedures alsnog kunnen regelen in het ahangige wetsvoorstel. Vanaf het moment van oprichting van de Kansspelautoriteit zal dan voor eenieder duidelijk zijn volgens welke procedures de autoriteit uitvoering zal geven aan haar verdelingstaak.⁵⁸ Die procedures zouden van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard op verdeling van kleine kansspelvergunningen door burgemeesters. Zolang het wetsvoorstel nog niet in werking is getreden, kan de minister ministeriële beleidsregels opstellen met daarin een regeling voor transparante vergunningverlening.

7. Europese regelgeving in het verschiet?

De Nederlandse goksaga mag door het Hof van Justitie nu dan wel (voor even?) zijn beslecht, momenteel zijn er in Luxemburg nog verschillende andere zaken ahangig waarin dezelfde of een gelijkaardige vraag naar de verenigbaarheid van de nationale gokwetgeving van een EU-lidstaat met het vrij verkeer van diensten aan de orde gesteld wordt. Het Hof zal ook deze geschillen geval per geval dienen te beslechten. In het licht van de gespannen verhouding tussen de verschillende nationale kansspelreguleringen van de EU-lidstaten en de interne marktgedachte van de EU rijst onvermijdelijk de vraag of regulering van kansspelen en weddenschappen op Europees niveau wellicht wenselijk of zelfs noodzakelijk is. De duidelijke 'handen af' benadering van het Hof van Justitie in de recente gokarresten maakt duidelijk dat het Hof niet van plan is om de kastanjes uit het vuur te halen

voor de Europese wetgevers. Het Hof wenst zich in dezen nauwgezet aan zijn geschillenbeslechtende rol te houden. Het is echter onwaarschijnlijk dat er op wetgevend vlak in de EU op korte termijn veel vooruitgang wordt geboekt. Daarvoor lijkt het water tussen de lidstaten nog te diep. Toch is er de laatste tijd duidelijk enige activiteit van de Europese instellingen op dit terrein waar te nemen. Het Europees Parlement heeft in 2009 een resolutie aangenomen over de integriteit van online gokken waarin het onder meer oproept tot het opstellen van een

gedragscode over gokken.⁵⁹ Eurocommissaris Barnier, die verantwoordelijk is voor de interne markt, heeft aangegeven een constructieve dialoog te willen opzetten met de goksector, waarbij een Groenboek de eerste stap voorwaarts zou zijn.⁶⁰ Het huidige Belgisch voorzitterschap van de EU in de tweede helft van 2010 heeft het punt in ieder geval op de agenda van de Europese Raad gezet. Onze zuiderburen zijn dus aan zet om hierover een doorbraak te forceren. Benieuwd of hun hand goede kaarten bevat. •

Noten

46. Zo nodig zal de ABRvS dan zelf nog verder in de zaak kunnen voorzien. Overigens zal een dergelijke uitkomst ook voor nadien nog verleende beschikkingen consequenties hebben. Zie voor een eerdere gegrondverklaring van hoger beroep tegen de weigering van een kansspelvergunning ABRvS 18 juli 2007, *AB* 2007, 302 (m.nt. J.H. Jans).
47. *Betfair*, r.o. 60.
48. Deze beoordeling zal betrekking hebben op de hypothetische situatie dat aan de Lotto nog geen kansspelvergunning is verleend. Aan een kansspelvergunning worden sowieso nadere voorschriften verbonden. Zie bijv. de recente Beschikking van de Minister van Justitie aan de Stichting Sporttotalisator van 14 januari 2010, nr. 5637097/10/DSP.
49. HvJ 21 september 1999, nr. C-124/97, *Lañra e.a.*, *Jur.* 1999, p. I-6067, r.o. 40 en 42; HvJ 8 september 2009, nr. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin*

International, *Jur.* 2009, r.o. 66 en 67.

50. Zie bijv. de Brief van de Minister van Justitie van 19 april 2010, *Kamerstukken II* 2009/10, 24 557, nr. 118, p. 2. Het zal vast geen toeval zijn dat het Bureau van het College van Toezicht op de kansspelen binnen het Ministerie van Justitie beheersmatig is ondergebracht bij het DG 'Preventie, Jeugd en Sancties'.
51. Zie in dit verband N.J.H. Huls, *God dobbelt niet* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2004.
52. *Betfair*, r.o. 50.
53. Zie onder meer CBB 3 juni 2009, *AB* 2009, 373 (m.nt. C.J. Wolfswinkel). Zie voor een bespreking van de jurisprudentie over de Wet op de kansspelen A. Drahmman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Preadviezen Jonge VAR 2010, Den Haag: BJu 2010, p. 163-167.

54. Uit de meest recente officiële berichtgeving van de Minister van Justitie blijkt dat het onderzoek van ambtenaren van Financiën en Justitie nog in volle gang is. De minister verwacht dat definitieve besluitvorming pas in een volgende kabinetsperiode zal kunnen plaatsvinden. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 264, nr. 6 (NV II, d.d. 29 april 2010).
55. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 264, nr. 2.
56. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 264, nr. 6, p. 9. De Minister van Justitie behoudt nog slechts een stelselverantwoordelijkheid voor het (kansspel)beleid met een bevoegdheid om algemene beleidsregels op te stellen voor de taakuitoefening door de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit. Zie art. 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Zie in dit verband L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters: Markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: A. van Rossum, L.F.M. Verhey & N. Verheij, *Toezicht*, Handelingen NJV,

Deventer: Kluwer 2005, p. 213 e.v.

57. Het wetsvoorstel beoogt vooral het toezicht op en de handhaving van de Wet op de kansspelen te intensiveren. Volgens de memorie van toelichting is de nadere regeling van, onder meer, transparante gunningprocedures voorzien in een ander wetsvoorstel tot een algehele herziening van de Wet op de kansspelen. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 264, nr. 3, p. 1-2.
58. Overigens is ook denkbaar dat aan de onafhankelijke Kansspelautoriteit wordt opgedragen, zodra deze is opgericht, zelf criteria op te stellen voor transparante vergunningverlening.
59. Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2009 over de integriteit van online gokken (2008/2215(INI)).
60. 'Barnier te seek coherent EU rules on gambling', www.euractiv.com, 12 February 2010.