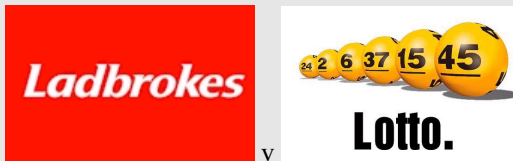


Hoge Raad, 13 juni 2008, Ladbrokes v De Lotto**WET OP DE KANSSPELEN
ONGEORLOOFDE CONCURRENTIE****Strijd met Wet op de Kansspelen**

[Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld voorzover het erop is gericht de Hoge Raad te doen terugkomen van de uitleg van art. 1, aanhef en onder a, Wok die is aanvaard in het arrest van 18 februari 2005, en die door het hof in de onderhavige procedure is gevolgd.](#)

Er is geen grond dienaangaande thans anders te oordelen. Het onderdeel klaagt niet dat het hof, gegeven de feitelijke vaststellingen waarvan het hof had uit te gaan, niet heeft kunnen oordelen dat Ladbrokes gelegenheid geeft tot deelneming aan kansspelen als bedoeld in art. 1, aanhef en onder a, Wok, noch dat het oordeel van het hof dienaangaande ontoereikend is gemotiveerd. Daarbij heeft het hof onderkend dat de toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok op het aanbieden door Ladbrokes van kansspelen in Nederland via internet, leidt tot een beperking van het vrije dienstenverkeer die ingevolge art. 49 EG een rechtvaardiging behoeft. Het hof heeft dit echter als een afzonderlijk te beoordelen kwestie beschouwd, zoals blijkt uit de verschillende aan het slot van 3.3 hiervoor vermelde vragen. Voorzover het onderdeel klachten inhoudt dat het hof bij zijn uitleg van de Wok het bepaalde in art. 49 EG heeft miskend, missen deze klachten zelfstandige betekenis naast de klachten betreffende de beantwoording door het hof van de tweede in 3.3 bedoelde vraag. Het onderdeel faalt ten slotte ook voorzover het een beroep doet op 35 omstandigheden in het licht waarvan een en ander te meer zou klemmen, nu een toelichting waarom dat het geval zou zijn ontbreekt.

PREJUDICIELE VRAGEN**Procesecconomische overwegingen**

- [kwesties waarvan niet kan worden gezegd dat zij eerder voorwerp zijn geweest van prejudiciële vraagstelling of dat uit eerdere arresten van het Hof van Justitie buiten gerede twijfel kan worden afgeleid hoe het gemeenschapsrecht moet worden uitgelegd - rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de Europese Commissie tegen Nederland en andere lidstaten een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie aanhangig zal maken, waarin ten dele dezelfde vragen zullen kunnen rijzen als die in de onderhavige procedure moeten worden beantwoord](#)

De hiertegen gerichte onderdelen van het middel stellen in enkele opzichten vragen van uitleg van het gemeenschapsrecht aan de orde die zich ertoe lenen op de voet van art. 234 EG aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te worden voorgelegd. Daarbij gaat het ten dele om kwesties waarvan niet kan worden gezegd dat zij eerder voorwerp zijn geweest van prejudiciële vraagstelling of dat uit eerdere arresten van het Hof van Justitie buiten gerede twijfel kan worden afgeleid hoe het gemeenschapsrecht moet worden uitgelegd. Voorts is van belang dat uit de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.6 blijkt dat verschillende rechters in andere lidstaten aanleiding hebben gezien tot het stellen van prejudiciële vragen, en dat inmiddels de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op 14 mei 2008 prejudiciële vragen heeft gesteld in de zaak die in de conclusie onder 2.10 is vermeld (uitspraak van 14 mei 2008, nr. 200700622/1, LJN BD 1483). Ten slotte is van belang dat uit de in de conclusie onder 2.17 vermelde gegevens blijkt dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de Europese Commissie tegen Nederland en andere lidstaten een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie aanhangig zal maken, waarin ten dele dezelfde vragen zullen kunnen rijzen als die in de onderhavige procedure moeten worden beantwoord. Op grond van dit een en ander komt het wenselijk voor dat de aan het Hof van Justitie te stellen prejudiciële vragen het Hof in staat stellen tot een beantwoording in samenhang met de door andere rechters van de lidstaten gestelde vragen en, eventueel, in samenhang met een of meer inbreukprocedures.

• **[Vragen van uitleg](#)**

1. Voldoet een op kanalisatie van de speellust gericht, restrictief nationaal kansspelbeleid dat daadwerkelijk eraan bijdraagt dat de met de betrokken nationale regeling nagestreefde doelstellingen, te weten de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude, worden bereikt doordat dankzij het gereguleerde aanbod van kansspelen het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan zonder het nationale stelsel van regulering het geval zou zijn, aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, in het bijzonder in het [arrest van 6 november 2003, zaak C-243/01 \(Gambelli\)](#), Jurispr. 2003, p. I-13031, geformuleerde voorwaarde dat het de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen beperkt, óók als aan de vergunninghouder(s) is toegestaan zijn (hun) kansspelaanbod aantrekkelijk te maken door nieuwe kansspelen te introduceren, zijn (hun) kansspelaanbod door reclame onder de aandacht van een breed publiek te brengen en aldus (potentiële) spelers van het illegale aanbod van kansspelen af te houden ([vergelijk HvJEG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 \(Placanica\)](#), Jurispr. 2007, p. I-1891, punt 55, slot)?

2a. Dient de nationale rechter, aangenomen dat een nationale regeling van het kansspelbeleid met art. 49 EG verenigbaar is, bij de toepassing daarvan in een concreet geval telkens te onderzoeken of de te treffen

maatregel, zoals een gebod tot het door middel van daarvoor beschikbare software ontoegankelijk maken van een website voor deelname aan de daarop aangeboden kansspelen door ingezetenen van de betrokken lidstaat, in de concrete omstandigheden van het geval als zodanig en op zichzelf voldoet aan de voorwaarde dat hij daadwerkelijk aan de ter rechtvaardiging van de nationale regeling aangevoerde doelstellingen beantwoordt en of de uit die regeling en toepassing daarvan voortvloeiende beperking van het vrij verkeer van diensten, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig is?

2b. Maakt het bij de beantwoording van vraag 2a verschil of de te treffen maatregel niet wordt gevorderd en opgelegd in het kader van de handhaving van de nationale regeling door de overheid, maar in het kader van een civiele procedure waarin een met de vereiste vergunning handelende organisator van kansspelen het treffen van de maatregel vordert op de grondslag van een naar burgerlijk recht jegens haar gepleegde onrechtmatige daad, hierin bestaande dat de wederpartij de betrokken nationale regeling overtreedt en zich aldus een oneerlijke voorsprong op de met de vereiste vergunning handelende partij verwerft?

3. Dient art. 49 EG aldus te worden uitgelegd dat de toepassing van dit artikel tot gevolg heeft dat de bevoegde autoriteit van een lidstaat niet, op grond van het in die lidstaat geldende gesloten vergunningstelsel voor het aanbieden van diensten inzake kansspelen, kan verbieden dat een dienstaanbieder aan wie reeds een vergunning is verleend in een andere lidstaat voor het verrichten van die diensten via internet, deze diensten via internet ook aanbiedt in eerstgenoemde lidstaat?

Vindplaatsen: LJN: [BC8970](#)

Hoge Raad, 13 juni 2008

(...)

Uitspraak

13 juni 2008

Eerste Kamer

Nr. C07/035HR

RM/AG

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

1. de vennootschap naar buitenlands recht LADBROKES BETTING & GAMING LTD., voorheen geheten Ladbrokes Ltd,

gevestigd in het Verenigd Koninkrijk,

2. de vennootschap naar buitenlands recht LADBROKES INTERNATIONAL LTD.,

gevestigd te Gibraltar, Verenigd Koninkrijk,

EISERESSEN tot cassatie,

advocaat: mr. C.J.A. Stevens,

t e g e n

de stichting STICHTING DE NATIONALE SPORT-TOTALISATOR,

gevestigd te 's-Gravenhage,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaat: mr. E.H. Pijnacker Hordijk.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Ladbrokes en de Lotto.

1. Het geding in feitelijke instanties

De Lotto heeft bij exploitatie van 21 februari 2003 Ladbrokes gedagvaard voor de rechtbank Arnhem. Na wijziging van eis heeft de Lotto gevorderd, kort gezegd, dat de rechtbank Ladbrokes gebiedt het aan Nederlandse ingezetenen onmogelijk te maken deel te nemen aan kansspelen via internet, telefoon of anderszins, voor zover deze kansspelen zonder vergunning worden aangeboden door Ladbrokes, rechtstreeks of door middel van een met Ladbrokes verbonden tussenpersoon. Voorts heeft de Lotto gevorderd dat de rechtbank Ladbrokes verbiedt enige van haar kansspelen aan te bieden via een website met een Nederlands adres, waaronder www.ladbrokes.nl. Subsidiair heeft de Lotto gevorderd dat de rechtbank Ladbrokes gelast de bevordering van deelname aan kansspelen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, voor zover deze kansspelen door (een met) Ladbrokes (verbonden (rechts)persoon) worden aangeboden. Een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom.

Ladbrokes heeft de vorderingen bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 2 juni 2004 de Lotto in de gelegenheid gesteld te bewerkstelligen dat de minister van Justitie reageert op de vragen die de rechtbank heeft gesteld over de uitvoering van het kansspelbeleid (rov. 4.30 tot en met 4.39).

De minister van Justitie heeft bij brief van 21 oktober 2004 aan de Lotto gereageerd. Hierna hebben partijen zich nader uitgelaten.

Bij eindvonnis van 31 augustus 2005 heeft de rechtbank de vordering van de Lotto toegewezen, in die zin dat zij Ladbrokes heeft gelast de op grond van de uitspraken in kort geding van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem van 27 januari 2003, LJN AF3374, IER 2003, 3, en van het hof Arnhem van 2 september 2003, LJN AJ9996, NJF 2003, 60, IER 2003, 77, ingevoerde blokkeringsmaatregelen (die op de toegang via internet en het 0800-telefoonnummer betrekking hebben) in stand te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Het meer of anders gevorderde heeft de rechtbank afgewezen.

Tegen beide vonnissen van de rechtbank heeft Ladbrokes hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem.

Bij [arrest van 17 oktober 2006 heeft het hof](#) het de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Ladbrokes beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Lotto heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

Ter terechtzitting van 9 november 2007 hebben partijen de zaak doen bepleiten, waarbij namens Ladbrokes het woord is gevoerd door mr. W.A. Hoyng, advocaat te Amsterdam, en namens de Lotto door mr. J.C.H. van Manen, advocaat te Amsterdam, en mr. E.H. Pijnacker Hordijk, advocaat bij de Hoge Raad.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus](#) strekt tot verwerping van het cassatieberoep van

Ladbrokes, geheel of gedeeltelijk, voor zoveel als thans mogelijk, en, voor het geval van een gedeeltelijke verwerping van het beroep, tot het stellen van prejudiciële vragen, zoals in de conclusie onder 4.7 is voorgesteld. Namens Ladbrokes heeft mr. Hoyng voornoemd op de conclusie gereageerd bij brief van 18 april 2008.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De Lotto is een stichting die als doelstelling heeft gelden te verwerven door het organiseren van kansspelen, in overeenstemming met haar vergunningen en wettelijke regels, en het verdelen van deze gelden onder instellingen van algemeen belang. Aan de Lotto zijn, als enige in Nederland, op grond van de Wet op de kansspelen (hierna: Wok) door de ministers van Justitie en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport vergunningen verleend voor het organiseren van lotto's, sportprijsvragen en instantloterijen.

(ii) Ladbrokes is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Zij houdt zich bezig met het organiseren van sportieve weddenschappen en is met name bekend door haar activiteiten op het gebied van bookmaking, dat wil zeggen het afsluiten van weddenschappen door middel van noteringen. Bookmaking wordt vooral toegepast bij sportwedstrijden. Op de website www.ladbrokes.com biedt Ladbrokes een aantal, hoofdzakelijk sportgerelateerde, kansspelen aan. Verder biedt Ladbrokes de mogelijkheid via een telefoonnummer aan de door haar georganiseerde weddenschappen deel te nemen.

3.2 Tussen partijen is naast de onderhavige bodemprocedure ook een kort geding gevoerd, dat heeft geleid tot het arrest van de [Hoge Raad van 18 februari 2005, nr. C03/306, NJ 2005, 404](#). In dat arrest is het cassatieberoep van Ladbrokes verworpen tegen voorlopige voorzieningen die kort gezegd ertoe strekten dat Ladbrokes het voor Nederlandse ingezetenen in Nederland onmogelijk moest maken deel te nemen aan de door haar op internet aangeboden lotto's, instantloterijen en sportwedstrijden, op dezelfde wijze als waarop dat is geschied ten aanzien van ingezetenen van de Verenigde Staten van Amerika.

In de onderhavige bodemprocedure heeft de rechtbank Ladbrokes op straffe van een dwangsom bevolen de ter uitvoering van die voorlopige voorzieningen getroffen blokkeringsmaatregelen in stand te laten. Het [hof heeft die beslissing bekrachtigd](#).

3.3 Het hof heeft in rov. 4.2 allereerst de grondslag van de vordering van de Lotto weergegeven. Deze houdt samengevat in dat Ladbrokes jegens de Lotto onrechtmatig handelt door in strijd met de Wok in Nederland kansspelen te organiseren dan wel deelname daaraan te bevorderen, zonder dat Ladbrokes over een Nederlandse vergunning beschikt. Volgens de Lotto geeft Ladbrokes door het organiseren en aanbieden van sportprijsvragen en andere kansspelen, mede aan deelnemers in Nederland, hier te lande gelegenheid mee te dingen naar prijzen, en handelt zij, nu zij geen vergunning heeft voor het organiseren van die kansspelen in Nederland, in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok, subsidiair met art. 1, aanhef en onder b, Wok. Voorts heeft de Lotto aangevoerd dat zij zich bij het organise-

ren en aanbieden van sportprijsvragen, lotto's en instantloterijen dient te houden aan vele voorschriften, vervat in de Wok en daarop gebaseerde regelgeving en vergunningen, dat zij slechts die spelen mag aanbieden die vallen onder de aan haar verstrekte vergunningen en dit slechts mag doen volgens de daarin genoemde voorschriften, en dat Ladbrokes, door in strijd met de Wok kansspelen te organiseren en aan te bieden, jegens de Lotto onrechtmatig handelt, mede omdat zij zich aldus een oneerlijke en onrechtmatige voorsprong verschafft op haar concurrente de Lotto, waarbij van belang is dat de strenge Nederlandse voorschriften in sterke mate verschillen van de minimale Engelse (Britse) voorschriften waaraan Ladbrokes is onderworpen. Volgens het hof roepen deze stellingen en het daartegen gevoerde verweer, binnen het kader van de rechtsstrijd in appel, in het bijzonder de volgende drie hoofdvragen op:

1) handelt Ladbrokes in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok?

2) is toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok in strijd met art. 49 EG?

3) handelt Ladbrokes onrechtmatig jegens de Lotto?

3.4 Het hof heeft (in rov. 4.3-4.5) vraag 1 bevestigend beantwoord, (in rov. 4.6-4.21) vraag 2 ontkennend, en vervolgens (rov. 4.22-4.25) vraag 3 bevestigend. Bij de beoordeling van enkele cassatieklachten betreffende de tweede vraag rijzen vragen van uitleg van gemeenschapsrecht die de Hoge Raad zal voorleggen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Het stellen van die vragen is echter slechts zinvol indien ervan moet worden uitgegaan dat Ladbrokes in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok handelt. Daarom zal eerst het daarop betrekking hebbende tegen rov. 4.3 gerichte onderdeel I van het middel worden behandeld.

3.5.1 Het hof heeft in rov. 4.3 met verwijzing naar het hiervoor vermelde [arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2005](#) vooropgesteld dat doel en strekking van art. 1, aanhef en onder a, Wok nopen tot een ruime uitleg van het begrip "gelegenheid geven", en dat de verwezenlijking van de aan deze bepaling ten grondslag liggende doelstellingen ernstig zou worden bemoeilijkt wanneer de vanuit Nederland geopende mogelijkheid tot deelneming aan kansspelen via internet wel en de vanuit het buitenland geopende, mede op potentiële deelnemers in Nederland gerichte mogelijkheid tot deelneming aan kansspelen via internet niet zou kunnen worden gekwalificeerd als gelegenheid geven in de zin van art. 1, aanhef en onder a, Wok. Het hof heeft verder in aanmerking genomen dat - naar (ook) in de onderhavige procedure is komen vast te staan - software is ontwikkeld die de aanbieder van kansspelen via internet in staat stelt deelneming aan kansspelen vanuit bepaalde landen onmogelijk te maken. Gelet op dit een en ander moet worden aanvaard dat van hier te lande gelegenheid geven in evenbedoelde zin sprake is wanneer via internet door middel van een mede op Nederland gerichte website de toegang tot kansspelen wordt geboden aan potentiële deelnemers in Nederland en dezen via hun computer rechtstreeks aan

het spel kunnen deelnemen, dat wil zeggen zonder dat andere handelingen zijn vereist dan die op de computer kunnen worden verricht. In dit verband is voldoende dat de website waarop de gelegenheid tot deelneming wordt geboden niet met gebruikmaking van de hiervóór bedoelde software de deelneming aan kansspelen onmogelijk maakt en blijkens haar inrichting mede is gericht op potentiële deelnemers in Nederland, hetgeen reeds het geval is indien Nederland is vermeld in een op de website voorkomende lijst van landen vanwaaruit aan de aangeboden kansspelen kan worden deelgenomen. Bij het voorgaande is zonder belang vanuit welk land de kansspelen worden georganiseerd, waar de kansspelovereenkomst tot stand komt en welk recht op de kansspelovereenkomst van toepassing is, aldus nog steeds het hof met verwijzing naar het vermelde arrest van de Hoge Raad.

3.5.2 Het hof heeft vervolgens in rov. 4.4 geconstateerd dat (volgens de vaststelling van de rechtbank) Nederland voorkomt in de landenlijst op de betrokken website van Ladbrokes en dat een Nederlandse ingezetene die de website van Ladbrokes bezoekt voor het deelnemen aan kansspelen dit in het algemeen doet vanaf zijn computer in Nederland en daarom aldus in Nederland kan meespelen aan de door Ladbrokes aangeboden kansspelen, waarbij de gang van zaken hierop neerkomt dat de deelnemer het deelnameformulier ontvangt op zijn eigen computer(scherm) in Nederland, dit vanuit zijn computer in Nederland verzendt naar (de server van) Ladbrokes, met zijn Nederlandse creditcard in euro's kan betalen en ten slotte gewonnen bedragen op zijn Nederlandse bankrekening kan ontvangen. Deze vaststelling betreffende de feitelijke gang van zaken, waarin ligt besloten dat Nederlandse ingezetenen via hun computer rechtstreeks in Nederland aan de kansspelen van Ladbrokes kunnen deelnemen en dat daartoe geen andere handelingen zijn vereist dan die welke op de computer kunnen worden verricht, is in hoger beroep niet bestreden, evenmin als de vaststelling dat Nederland in de bedoelde landenlijst is vermeld. Hieruit heeft het hof, gelet op het in rov. 4.3 overwegene, de conclusie getrokken dat Ladbrokes aldus, nu haar - naar vaststaat - daarvoor niet een vergunning ingevolge de Wok is verleend, artikel 1, aanhef en onder a, Wok overtreedt.

3.5.3 Onderdeel I voert (onder 1) aan dat de beslissing van het hof aldus rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd is, omdat de door het hof gegeven uitleg van de Wok (en het op die uitleg gebaseerde bevel van de rechtbank) aan een ingezetene van Nederland de mogelijkheid onthoudt door middel van internet in het Verenigd Koninkrijk ter zake van een daar georganiseerd kansspel een kansspelovereenkomst aan te gaan en zulks in strijd is met art. 49 EG. Volgens het onderdeel (onder 2) dient de nationale rechter zich te onthouden van een uitleg van nationale wetgeving die met het gemeenschapsrecht (en meer in het bijzonder met art. 49 EG) in strijd is, en is dit slechts dan anders, als zulk een uitleg (absoluut) noodzakelijk is om dwingende redenen van algemeen belang. Voor het geval het hof heeft geoordeeld dat zijn (ruime) uitleg niet in

strijd is met art. 49 EG, dan is (volgens onderdeel I onder 3) de beslissing van het hof niet of onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, hetgeen te meer klemmt in het licht van 35 in het onderdeel opgesomde feiten en omstandigheden.

3.5.4 Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld voorzover het erop is gericht de Hoge Raad te doen terugkomen van de uitleg van art. 1, aanhef en onder a, Wok die is aanvaard in het **arrest van 18 februari 2005**, en die door het hof in de onderhavige procedure is gevolgd. Er is geen grond dienaangaande thans anders te oordelen. Het onderdeel klaagt niet dat het hof, gegeven de feitelijke vaststellingen waarvan het hof had uit te gaan, niet heeft kunnen oordelen dat Ladbrokes gelegenheid geeft tot deelneming aan kansspelen als bedoeld in art. 1, aanhef en onder a, Wok, noch dat het oordeel van het hof dienaangaande ontoereikend is gemotiveerd. Daarbij heeft het hof onderkend dat de toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok op het aanbieden door Ladbrokes van kansspelen in Nederland via internet, leidt tot een beperking van het vrije dienstenverkeer die ingevolge art. 49 EG een rechtvaardiging behoeft. Het hof heeft dit echter als een afzonderlijk te beoordelen kwestie beschouwd, zoals blijkt uit de verschillende aan het slot van 3.3 hiervoor vermelde vragen. Voorzover het onderdeel klachten inhoudt dat het hof bij zijn uitleg van de Wok het bepaalde in art. 49 EG heeft miskend, missen deze klachten zelfstandige betekenis naast de klachten betreffende de beantwoording door het hof van de tweede in 3.3 bedoelde vraag. Het onderdeel faalt ten slotte ook voorzover het een beroep doet op 35 omstandigheden in het licht waarvan een en ander te meer zou klemmen, nu een toelichting waarom dat het geval zou zijn ontbreekt.

3.6.1 Het hof heeft de hiervoor in 3.3 onder 2 bedoelde vraag ontkennend beantwoord: op grond van de rov. 4.6 tot en met 4.19 oordeelde het hof dat de beperking van het vrije dienstenverkeer die voortvloeit uit de toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok op het aanbieden van kansspelen in Nederland via internet in het onderhavige geval niet strijdt met art. 49 EG. Het hof overwoog daartoe als volgt:

"4.6 Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of de beperking van het vrije dienstenverkeer die - naar tussen partijen niet in geschil is - voortvloeit uit de toepassing van (artikel 1, aanhef en sub a, van) de Wok op het aanbieden door Ladbrokes van kansspelen in Nederland via internet, in het onderhavige geval strijdt met artikel 49 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van 25 maart 1957 (verder: "EG" of "EG-Verdrag").

4.7 Bij de beantwoording van deze vraag stelt het hof voorop dat geen Europese regelgeving bestaat die de nationale wetgevingen met betrekking tot het aanbieden van kansspelen harmoniseert. Gokactiviteiten (kansspelen, loterijen en weddenschappen) via internet zijn uitdrukkelijk uitgesloten van de E-commerce Richtlijn (zie considerans 16 en artikel 1 lid 5, aanhef en onder d, van Richtlijn 2000/31/EG, Pb EG 2000, L 178/1). Binnen de grenzen van het EG-Verdrag kan elke lidstaat zelf bepalen welke regels hij stelt aan de

toelaatbaarheid van het aanbieden van kansspelen. Dit betekent dat toepassing van de nationale wetgeving niet mag leiden tot ongerechtvaardigde beperkingen van het in artikel 49 EG neergelegde beginsel van vrij verkeer van diensten. Daarom zal in elk geval moeten worden onderzocht of de beperking als vervat in artikel 1, aanhef en onder a, Wok voldoet aan de voorwaarden die in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (verder ook: "HvJEG") zijn geformuleerd. In dit verband geldt allereerst dat dergelijke beperkingen hun rechtvaardiging moeten vinden in dwingende redenen van algemeen belang en dat zij geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nastreefde doel te waarborgen, niet verder mogen gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie dienen te worden toegepast. Meer in het bijzonder geldt daarbij onder meer dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang zoals de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, en dat met het geschikt zijn van de beperkingen - die op dergelijke gronden en op het noodzakelijk voorkómen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd - om deze doelstellingen te verwezenlijken wordt bedoeld dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt (HvJEG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 64, 65 en 67). Voorts dienen de beperkingen in elk geval te beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen, mag de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit de toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn en dienen de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid te beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers en, meer in het algemeen, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere lidstaat, voor de bescherming van de maatschappelijke orde, zowel met betrekking tot de organisatie van loterijen en de hoogte van de inleg als met betrekking tot de bestemming van de opbrengsten ervan (zie het zojuist genoemde arrest Gambelli, punt 62, respectievelijk HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 15).

4.8 Op dit punt heeft Ladbrokes in hoger beroep onder meer aangevoerd dat artikel 49 EG (rechtstreeks) moet worden toegepast op de feitelijk aan Ladbrokes opgelegde beperking (te weten de verplichting om haar Engelse website te blokkeren voor Nederlandse consumenten) en dat de criteria uit het genoemde arrest Gambelli (met name punt 75) onder meer meebrengen dat bij toepassing van dat arrest moet worden getoetst of de (in een bepaald geval) concreet opgelegde beperkingen, gelet op de doelstellingen die de lidstaat nastreeft, noodzakelijk en proportioneel zijn.

4.9 Het hof verwerpt dit betoog. De Nederlandse rechter is bij de beoordeling van een concreet geschil tussen partijen ingevolge artikel 25 Rv gehouden ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, hetgeen, kort samengevat, wil zeggen dat hij verplicht is zelfstandig - dus onafhankelijk van wat partijen daaromtrent hebben aangevoerd - na te gaan welke rechtsregels op de door partijen naar voren gebrachte feiten van toepassing zijn. Dit betekent voor het onderhavige geschil dat het hof gehouden is mede de regel zoals vervat in artikel 1, aanhef en onder a, Wok - die een beperking vormt op de in artikel 49 EG vervatte vrijheid van dienstverkeer en ingevolge het hiervoor (onder 4.3 en 4.4) overwogene voor toepassing op het onderhavige geschil in aanmerking komt - toe te passen en deze regel dus niet, zoals Ladbrokes - die, zo begrijpt het hof, de vermeende "handelsbarrière" uitsluitend aan artikel 49 EG wil laten toetsen - in feite wil, buiten toepassing kan laten, tenzij deze regel in strijd is met artikel 49 EG, welke vraag hierna (onder 4.13 e.v.) zal worden beantwoord.

4.10 Voor zover Ladbrokes haar overige stellingen in dit verband op het onder 4.8 bedoelde betoog - zoals hiervoor door het hof begrepen - heeft gebaseerd, stuiten deze op het voorgaande af. Waar Ladbrokes bijvoorbeeld stelt dat de rechtbank in het geheel niet heeft "overwogen of de onderhavige handelsbarrière voldoet aan de eisen van Europees recht" en in plaats daarvan "slechts in[gaat] op de vraag of de Wet op de Kansspelen (WoK) strookt met Europees recht" (dagvaarding in appèl onder 3.32), miskent zij dat de door de rechtbank opgelegde "handelsbarrière" is gebaseerd op (het door de Nederlandse rechter in beginsel toe te passen) artikel 1, aanhef en onder a, Wok en dat, als de in die bepaling van de Wok vervatte beperkingen op artikel 49 EG geen strijd met dat artikel opleveren, daarmee tevens vaststaat dat "de onderhavige handelsbarrière voldoet aan de eisen van Europees recht". En waar Ladbrokes bijvoorbeeld stelt dat zij "de rechtbank nimmer [heeft] verzocht te verklaren dat artikel 1 WoK als zodanig strijdt met artikel 49 EG", maar "slechts [heeft] gevraagd te beoordelen of handhaving van de aan haar opgelegde handelsbelemmering gerechtvaardigd kan worden onder artikel 49 EG" (dagvaarding in appèl onder 3.34), miskent zij dat de Nederlandse rechter zich bij de vraag, welke bepaling(en) hij op een concreet geval dient toe te passen, niet (uitsluitend) dient te richten op wat partijen daaromtrent aanvoeren maar ingevolge artikel 25 Rv gehouden is zich daaromtrent zelfstandig een oordeel te vormen en in het onderhavige geval derhalve - nu artikel 1, aanhef en onder a, Wok blijkens het hiervoor (onder 4.3 en 4.4) overwogene voor toepassing op het onderhavige geschil in aanmerking komt - in beginsel mede deze bepaling heeft toe te passen.

4.11 Voor zover het (onder 4.8 vermelde) door Ladbrokes aangevoerde zo zouden moeten worden begrepen dat zij (mede) heeft bedoeld te stellen dat de Nederlandse rechter bij de beoordeling van een concreet geschil gehouden is artikel 1, aanhef en onder a, Wok, overeenkomstig het doel en de strekking ervan toe te

passen en daarbij niet verder mag gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is, kan het hof Ladbrokes volgen in dit betoog - dat er, aldus beschouwd, op neerkomt dat de Nederlandse rechter bij het geven van een voorziening in dezen geen maatregel mag treffen die, gelet op het door (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok nagestreefde doel, als disproportioneel moet worden beschouwd - en zal het hof daarop hierna (bij de behandeling van de vierde grief) terugkomen.

4.12 Voor zover Ladbrokes in dit verband ten slotte toch de bedoeling heeft gehad (mede) aan te voeren - hetgeen zij onder meer lijkt te doen bij dagvaarding in appél onder 3.57 e.v. en met name 3.74 e.v. - dat niet de concrete aan Ladbrokes opgelegde beperking ("handelsbarrière"), maar de in de nationale wetgeving van een lidstaat voorziene beperkingen rechtstreeks moeten worden getoetst aan artikel 49 EG en haar betoog "dat een nationale rechter in concreto moet kijken naar de noodzaak en proportionaliteit van de afzonderlijke handelsbarrières waarvoor de nationale autoriteiten beweren dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig is" (3.57) aldus moet worden begrepen, kan het hof Ladbrokes ook in dit betoog volgen. Bij de beantwoording van de vraag of de beperking van het vrije dienstenverkeer die voortvloeit uit de toepassing van (artikel 1, aanhef en sub a, van) de Wok in het onderhavige geval strijdt met artikel 49 EG, geldt immers niet alleen als uitgangspunt dat dergelijke beperkingen hun rechtvaardiging moeten vinden in dwingende redenen van algemeen belang maar, onder meer, ook dat zij geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder mogen gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.

4.13 Met betrekking tot de vraag of de beperkingen als vervat in artikel 1, aanhef en onder a, Wok worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang - waarbij, zoals reeds overwogen, kan worden gedacht aan bijvoorbeeld de bescherming van consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord - overweegt het hof dat aan die voorwaarde is voldaan. Dergelijke algemene bepalingen liggen mede aan de Wok ten grondslag, te weten het beschermen van het publieke belang bij het inperken van fraudegevoeligheid en excessieve goklust. Bij de totstandkoming van de Wok heeft de wetgever zich ten doel gesteld de menselijke speelzucht te kanaliseren. Door onder strikte voorwaarden een beperkt legaal aanbod toe te staan, waarbij de opbrengst aan de schatkist of op de bevordering van het algemeen belang gericht particulier initiatief diende toe te komen, zou worden voorkomen dat de burger zich op buitenlandse kansspelen of het illegale aanbod zou richten. Regulering werd nodig geacht teneinde voldoende spelersbescherming te kunnen bieden en uitwassen en misstanden te voorkomen (zie bijv. de nota "Kansspelen herijkt", TK zitting 1995-1996, 24 557, nr. 2, p. 3-4, en de derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 1/2). Het vergunningenstelsel van de Wok is, gelet op de doelstellingen van fraudebestrij-

ding en kanalisering van de goklust, erop gericht om het aantal aanbieders van kansspelen beperkt te houden alsmede om een ongebreidelde uitbreiding van het aanbod van kansspelen tegen te gaan. Daarbij zijn de vergunninghouders, zoals De Lotto, aan vele voorwaarden gebonden.

4.14 Ladbrokes heeft in dit verband aangevoerd dat aan de Wok weliswaar als doelstelling ten grondslag ligt kanalisatie van de speelzucht, met name de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude, maar dat de Wok ter zake van lotto's en sportwedenschappen voornamelijk dient om de fondsenwerving veilig te stellen. Hiermee stelt Ladbrokes dat het Nederlandse kansspelbeleid in de praktijk afwijkt van de officiële beleid op dit punt. Het maximaliseren van de inkomsten van de overheid en het (daarom) tegengaan van het wegvloeiën van gelden naar buitenlandse aanbieders is volgens Ladbrokes een belangrijke pijler (en dus rechtvaardigingsgrond) van de Wok. Volgens Ladbrokes steunt de uitbreiding van het kansspelaanbod in Nederland, zowel van de landelijke monopolisten als van de private sector (de speelautomatenbranche), op die pijler en wordt deze uitbreiding niet gerechtvaardigd door het streven de goklust te beteugelen dan wel fraude te bestrijden. Volgens De Lotto is fondsenwerving echter geen pijler, maar een neveneffect van het Nederlandse kansspelbeleid. Het hof oordeelt dat de opbrengsten uit kansspelen in Nederland in het verleden weliswaar een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zijn geweest, maar dat inmiddels wel een wijziging van het voorheen gevoerde kansspelbeleid heeft plaatsgevonden (zie onder meer de openingstoespraak van de minister van Justitie voor het symposium 'De toekomst van de kansspelen', georganiseerd door het College van toezicht op de kansspelen op 24 maart 2003, p. 6-8 (productie 42 bij akte overlegging producties De Lotto in eerste aanleg), en de derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 1/2 (productie 85 bij akte houdende aanvullende producties De Lotto in eerste aanleg)) en dat de minister in zijn brief van 31 maart 2003 aan de Tweede Kamer (TK zitting 2002-2003, 24036 en 24557, nr. 280 (productie 75A bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto)) inmiddels heeft uitgesproken dat het kansspelbeleid de komende jaren zal worden gewijzigd teneinde de kansspelen te beheersen (zie ook TK zitting 2003-2004, 24 036 en 24 557, nr. 295, p. 7, de brief van de minister van Justitie aan De Lotto van 21 oktober 2004 (productie 60 bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto), p. 10 e.v. en de derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 8/9). Uit die brief van 31 maart 2003 van de minister blijkt niet dat fondsenwerving een (belangrijke) pijler van het nieuwe kansspelbeleid is, doch wel (en slechts: zie p. 4) dat de afdrachten aan de Staat en de goede doelen-organisaties zullen worden gehandhaafd, zodat die gelden een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zullen blijven. Dit effect belet, zolang die gelden niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn

(zie hiervoor, onder 4.7), echter niet dat de voornoemde dwingende redenen van algemeen belang voldoende rechtvaardiging vormen voor de door de Wok opgelegde beperkingen. Nu Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke pijler - en dus niet slechts een belangrijk neveneffect - daarvan is, en het hof daarvan ook anderszins niet is gebleken, zal het hof Ladbrokes niet in haar betoog op dit punt volgen.

4.15 In dit verband verwerpt het hof ook de stelling van Ladbrokes dat uit het feit dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan en dat de vergunninghouders op grote schaal reclame mogen maken voor de door hen aangeboden kansspelen, zou kunnen worden afgeleid dat de Nederlandse overheid geen samenhangend beleid ter beteugeling van de goklust zou voeren. Doorslaggevend is dat de Nederlandse overheid op het gebied van de kansspelen een restrictief beleid blijft voeren, waarbij zij een ruime beoordelingsmarge heeft in hoeverre zij kansspelen wil toestaan, en dat daarbij - zoals hierna zal worden overwogen - wordt voldaan aan de voorwaarde dat de in artikel 1, aanhef en onder a, Wok vervatte beperking (het totaalverbod behoudens vergunning) geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie wordt toegepast. Hierbij tekent het hof aan dat dit oordeel niet in strijd is met de hiervoor (onder 4.13) kort weergegeven doelstelling van de Wok, waaraan immers mede ten grondslag ligt dat door het toestaan van een beperkt legaal aanbod wordt voorkomen dat het publiek zich op het illegaal aanbod gaat richten, waarmee onder meer wordt bereikt "dat de goklust [speelzucht] en de exploitatie ervan in een beheersbare bedding wordt geleid" en "dat de risico's van exploitatie met bedrieglijk en crimineel oogmerk worden vermeden" (HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läärä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 37 respectievelijk HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35), en dat deze doelstelling van kanalisatie - die onder omstandigheden kan meebrengen dat een aantrekkelijk en zo nodig uitgebreid en vernieuwd aanbod van legale kansspelen onder de aandacht van het publiek wordt gebracht als alternatief voor illegale kansspelen en kansspelen met een groter risico voor het ontstaan van gokverslaving (vgl. bijvoorbeeld de tweede voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2002-2003, 24 036 en 24 557, nr. 280, p. 10) - ook thans nog aan het overheidsbeleid ten grondslag ligt (zie onder meer de hiervoor reeds genoemde nota "Kansspelen herijkt", bijv. p. 4 (laatste alinea), de tweede voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2002-2003, 24 036 en 24 557, nr. 280, p. 2 en p. 10, de eerste voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2001-2003, 24 036 en 24 557, nr. 257, p. 2, de brief van de minister van Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 6 september 2004, TK zitting 2003-2004, 24 557, nr. 44, p. 2, het verslag van een algemeen overleg,

vastgesteld op 20 oktober 2004, TK zitting 2004-2005, 27 879, nr. 10, p. 7, en de brief van de minister van Justitie aan De Lotto van 21 oktober 2004 (productie 60 bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto), p. 13-15). Ook neemt het hof hierbij in aanmerking dat de minister van Justitie in zijn brief van 23 juni 2004 (productie 78A bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto) aan de landelijke vergunninghouders voor kansspelen en de VAN Speelautomaten Brancheorganisatie heeft uitgesproken dat "overdadige reclame niet [past: toev. hof] binnen het restrictieve beleid van het kabinet, zoals dat is neergelegd in de Tweede voortgangsrapportage kansspelen van 31 maart 2003 (TK 24036, nr. 280)", dat hij hen heeft verzocht de hoeveelheid reclame-uitingen "fors" te beperken en dit restrictieve reclamebeleid vorm en inhoud te geven door middel van een gedrags- en reclamecode kansspelen van en voor alle kansspelaanbieders en dat hij voorts heeft gesteld dat de kansspelorganisaties in beginsel weliswaar zelf verantwoordelijk zijn voor de uitwerking van de code maar de overheid, indien nodig, tot regulering kan overgaan (zie ook de brief van de minister van Justitie aan De Lotto van 21 oktober 2004 (productie 60 bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto), p. 9 (onder 4), de brief van de minister van Justitie van 3 juni 2004, TK zitting 2003-2004, 24 036 en 24 557, nr. 301, en de antwoorden van de minister op 17 juni 2004, TK zitting 2003-2004, 1862 (aanhangsel) (antwoord op vraag 4)); deze reclamecode is inmiddels op 15 februari 2006 in werking getreden. Ten slotte betreft het hof hierbij de intensivering en vernieuwing van het toezicht en de handhaving en het besluit van het kabinet (van 31 maart 2003) de door verschillende ministeries uitgevoerde kansspeltaken zoveel mogelijk te concentreren bij het ministerie van Justitie (zie derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 8/9, en de "Aanpak bestrijding van kansspelen via internet" van het Ministerie van Justitie (productie 98d De Lotto in hoger beroep)).

4.16 Met betrekking tot de vraag of het totaalverbod van (bevordering van deelname aan) kansspelen behoudens vergunning een geschikt middel is om de doelstellingen van de Wok te bereiken, oordeelt het hof dat dit het geval is. Op grond van het voorgaande kan namelijk worden geconcludeerd dat de systematiek van het totaalverbod behoudens (aan velerlei voorwaarden gebonden: zie met name conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto onder 119 tot en met 122) vergunning daadwerkelijk eraan bijdraagt om de met de Wok beoogde doelstellingen - kanalisatie van de speelzucht, met name de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude - te bereiken, omdat deze ertoe leidt dat de activiteiten met betrekking tot wedenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt en als gevolg van het gevoerde restrictieve beleid de gelegenheden om te spelen relevant minder zijn dan zonder dat beleid het geval zou zijn, dat wil zeggen dat door het geregleerde aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de

omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen. Bij al het voorgaande moet in aanmerking worden genomen dat de (in dit geval: Nederlandse) rechter, gelet op de beleidsvrijheid en de beoordelingsvrijheid die aan de overheid op dit punt toekomt, slechts een bevoegdheid tot marginale toetsing heeft en daarom bij zijn beoordeling terughoudend dient te zijn, nu het aan (de nationale overheden van) de lidstaten is om te bepalen welk beschermingsniveau (waaronder: controlemaatregelen) zij op het gebied van de kansspelen wensen te waarborgen en het aan hen in hoge mate is overgelaten zelf vorm en midelen te kiezen om de doelstellingen te realiseren (zie bijvoorbeeld HvJEG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 63, HvJEG 24 maart 1994, zaak C-275/92 (Schindler), Jurispr. 1994, p. I-1039, NJ 1995, 57, punt 61, HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läärä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 35, HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. I-7289, NJ 2000, 157, punt 33, en HvJEG 11 september 2003, zaak C-6/01 (Anomar), Jurispr. 2003, p. I-8621, punt 87).

4.17 In het licht van het voorgaande oordeelt het hof voorts dat het in de Wok vervatte totaalverbod behoudens vergunning niet verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is, waarbij het mede in aanmerking neemt dat Ladbrokes - op wier weg dat zou hebben gelegen - niet voldoende (onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat daadwerkelijk minder beperkende maatregelen mogelijk en in de praktijk effectief zullen blijken te zijn. Het toelaten van het aanbieden van kansspelen zonder vergunning - hetzij via internet, hetzij via een ander medium - zou in elk geval het beleid ondermijnen dat via een vergunningenstelsel is gericht op beheersing. De omstandigheid dat Ladbrokes een vergunning in het Verenigd Koninkrijk heeft, doet daaraan niet af, omdat daarmee het nagestreefde belang, in het bijzonder de bescherming tegen gokverslaving in Nederland, niet wordt verwezenlijkt. De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de terzake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen (HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läärä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 36, en HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. I-7289, NJ 2000, 157, punt 34, en HvJEG 11 september 2003, zaak C-6/01 (Anomar), Jurispr. 2003, p. I-8621, punt 80).

4.18 In het onderhavige geval is bovendien geen sprake van discriminatie, omdat artikel 1, aanhef en onder a, Wok een ieder verbiedt om zonder vergunning gelegenheid te geven tot het deelnemen aan kansspelen. Voorts staat het ook buitenlandse bedrijven vrij een vergunning ingevolge de Wok aan te vragen. Zo heeft Ladbrokes in het verleden een Nederlandse vergunning gehad voor het aanbieden van weddenschappen op

paardenraces en heeft thans het Canadese bedrijf Autotote een Nederlandse vergunning voor diezelfde activiteiten. Ook heeft Ladbrokes met betrekking tot de op dit moment (kennelijk) bestaande beperkingen om in aanmerking te komen voor een vergunning krachtens de Wok, geen feiten gesteld waaruit kan volgen dat op enigerlei wijze onderscheid wordt gemaakt tussen buitenlandse en Nederlandse bedrijven, anders dan waar het de plaats van vestiging betreft, waarvoor evenwel uit een oogpunt van toezicht en controle goede grond bestaat. In dit verband acht het hof bovendien van belang dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap blijkt dat de omstandigheid dat een nationale overheid aan één organisatie een vergunning verleent om bepaalde kansspelen te organiseren niet kan worden aangemerkt als een discriminatoire beperking en ook overigens niet in de weg staat aan de rechtvaardiging van de restrictieve kansspelwetgeving van de betrokken lidstaat (vgl. bijv. HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läärä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 28, en HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35), dat Ladbrokes - naar onweersproken vaststaat - bij gelegenheid van verlenging van de aan De Lotto verleende vergunning geen pogingen heeft gedaan om die vergunning zelf te verkrijgen en dat zij geen rechtsmiddel heeft ingesteld tegen het besluit tot verlenging van die vergunning.

4.19 Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de toepassing van (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok niet in strijd is met artikel 49 EG en dat, gelet op de directe werking van laatstgenoemde bepaling, De Lotto als vergunninghouder zich mag beroepen op de gerechtvaardigdheid van de aan haar vergunning ten grondslag liggende nationale wetgeving. Het hof tekent hierbij voor de goede orde nog aan dat voor zover Ladbrokes bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof (zie pleitnota Ladbrokes in hoger beroep van mr. Meulenbelt onder 17 e.v.) voor haar stellingen mede een beroep heeft gedaan op (met name de punten 111 respectievelijk 128 tot en met 130 uit) de conclusie van Advocaat-Generaal Colomer van 16 mei 2006 in de bij het HvJEG aanhangige zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), uit het hiervoor (op deze punten met name in de rovv. 4.14 en 4.15 respectievelijk 4.16 en 4.17) overwogene volgt dat het hof deze stellingen verwerpt."

3.6.2 De hiertegen gerichte onderdelen van het middel stellen in enkele opzichten vragen van uitleg van het gemeenschapsrecht aan de orde die zich ertoe lenen op de voet van art. 234 EG aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te worden voorgelegd. Daarbij gaat het ten dele om kwesties waarvan niet kan worden gezegd dat zij eerder voorwerp zijn geweest van prejudiciële vraagstelling of dat uit eerdere arresten van het Hof van Justitie buiten gerede twijfel kan worden afgeleid hoe het gemeenschapsrecht moet worden uitgelegd. Voorts is van belang dat uit de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.6 blijkt dat verschillende rechters in andere lidstaten aanleiding hebben gezien tot het stellen van

prejudiciële vragen, en dat inmiddels de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op 14 mei 2008 prejudiciële vragen heeft gesteld in de zaak die in de conclusie onder 2.10 is vermeld (uitspraak van 14 mei 2008, nr. 200700622/1, LJN BD 1483). Ten slotte is van belang dat uit de in de conclusie onder 2.17 vermelde gegevens blijkt dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de Europese Commissie tegen Nederland en andere lidstaten een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie aanhangig zal maken, waarin ten dele dezelfde vragen zullen kunnen rijzen als die in de onderhavige procedure moeten worden beantwoord. Op grond van dit een en ander komt het wenselijk voor dat de aan het Hof van Justitie te stellen prejudiciële vragen het Hof in staat stellen tot een beantwoording in samenhang met de door andere rechters van de lidstaten gestelde vragen en, eventueel, in samenhang met een of meer inbreukprocedures.

3.6.3 Voorts wordt ter toelichting van de te stellen prejudiciële vragen nog het volgende overwogen.

3.6.4 Wat de eerste hierna te vermelden vraag betreft, wordt opgemerkt dat de Hoge Raad in het genoemde kort geding geen aanleiding heeft gezien tot het stellen van prejudiciële vragen en dat in het inmiddels gewezen arrest van het [HvJEG van 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 \(Placanica\)](#), Jurispr. 2007, p. I-1891, aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor de beantwoording van de vraag, en wel in deze zin dat het restrictieve kansspelbeleid zoals dit in Nederland wordt gevoerd ook thans nog een voldoende rechtvaardiging oplevert voor de beperking van het vrije dienstenverkeer. De Hoge Raad acht het niettemin nodig die vraag te stellen, omdat niet kan worden gezegd dat redelijke twijfel over het antwoord op die vraag niet mogelijk is.

3.6.5 Wat de tweede te stellen vraag betreft, wordt het volgende opgemerkt. In het cassatiemiddel wordt bij herhaling - met een beroep op punt 75 van het [arrest van 6 november 2003, zaak C-243/01 \(Gambelli\)](#), Jurispr. 2003, p. I-13031 - aangevoerd dat bij de beantwoording van de vraag of de toepassing van de nationale wetgeving (hier art. 1, aanhef en onder a, Wok) tot ongerechtvaardigde beperkingen van het vrij verkeer van diensten leidt, de nationale autoriteiten (in dit geval: het hof) niet alleen behoren te onderzoeken of de beperking van art. 1, aanhef en onder a, Wok niet verder gaat dan noodzakelijk is ter bereiking van het nagestreefde doel en zonder discriminatie wordt toegepast, maar ook behoren te onderzoeken of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen beantwoordt en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn. Volgens de stellingen van Ladbrokes leidt deze zogenoemde derde Gambellitoets onder meer ertoe dat de nationale rechter (die van oordeel is dat de nationale regeling van het kansspelbeleid met art. 49 EG verenigbaar is omdat het aan de andere blijktens het Gambelliarrest te stellen eisen voldoet) mede moet beoordelen of de wijze waarop de nationale wetgeving (hier: het bepaalde in art. 1,

aanhef en onder a, Wok) in het concrete geval wordt toegepast respectievelijk de getroffen maatregel (hier: het door middel van daarvoor beschikbare software ontoegankelijk maken van de website van Ladbrokes in het Verenigd Koninkrijk voor Nederlandse ingezetenen) in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk beantwoordt aan de doelstellingen die worden aangevoerd ter rechtvaardiging van die nationale regeling, en of die toepassing of die maatregel gelet op die doelstelling niet onevenredig is. Aldus zou de nationale rechter onder meer in ieder concreet geval moeten onderzoeken of een op zichzelf door de nationale regeling gerechtvaardigde maatregel in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk bijdraagt aan fraudebestrijding, het tegengaan van gokverslaving of het kanaliseren van de speelzucht door een aantrekkelijk legaal aanbod van kansspelen te stellen tegenover illegaal aanbod. In dit verband voert Ladbrokes tevens aan dat de - in de hierna te vermelden derde vraag aan de orde gestelde - omstandigheid dat haar in het Verenigd Koninkrijk een vergunning is verleend en de daaraan te ontlenen waarborgen, bij de bedoelde toetsing in concreto betrokken zouden moeten worden. Bij deze tweede vraag zal tevens worden gevraagd of het verschil maakt of de nationale rechter de betrokken maatregel treft in het kader van handhaving van het kansspelbeleid door de overheid dan wel, zoals in de onderhavige procedure, in het kader van een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering van een met de vereiste vergunning handelende organisator van kansspelen.

3.6.6 Wat de derde vraag betreft, wordt opgemerkt dat deze overeenstemt met de (eerste) vraag die in een andere context door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in haar uitspraak van 14 mei 2008 is gesteld.

4. Omschrijving van de feiten waarop de door het Hof van Justitie te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor in 3.1 en 3.5.2 vermelde feiten, waarvan te dezen moet worden uitgegaan.

5. Vragen van uitleg

1. Voldoet een op kanalisatie van de speellust gericht, restrictief nationaal kansspelbeleid dat daadwerkelijk eraan bijdraagt dat de met de betrokken nationale regeling nagestreefde doelstellingen, te weten de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude, worden bereikt doordat dankzij het gereguleerde aanbod van kansspelen het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan zonder het nationale stelsel van regulering het geval zou zijn, aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, in het bijzonder in het [arrest van 6 november 2003, zaak C-243/01 \(Gambelli\)](#), Jurispr. 2003, p. I-13031, geformuleerde voorwaarde dat het de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen beperkt, óók als aan de vergunninghouder(s) is toegestaan zijn (hun) kansspelaanbod aantrekkelijk te maken door nieuwe kansspelen te introduceren, zijn (hun) kansspelaanbod

door reclame onder de aandacht van een breed publiek te brengen en aldus (potentiële) spelers van het illegale aanbod van kansspelen af te houden ([vergelijk HvJEG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 \(Placanica\), Jurispr. 2007, p. I-1891, punt 55, slot?](#))

2a. Dient de nationale rechter, aangenomen dat een nationale regeling van het kansspelbeleid met art. 49 EG verenigbaar is, bij de toepassing daarvan in een concreet geval telkens te onderzoeken of de te treffen maatregel, zoals een gebod tot het door middel van daarvoor beschikbare software ontoegankelijk maken van een website voor deelname aan de daarop aangeboden kansspelen door ingezetenen van de betrokken lidstaat, in de concrete omstandigheden van het geval als zodanig en op zichzelf voldoet aan de voorwaarde dat hij daadwerkelijk aan de ter rechtvaardiging van de nationale regeling aangevoerde doelstellingen beantwoordt en of de uit die regeling en toepassing daarvan voortvloeiende beperking van het vrij verkeer van diensten, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig is?

2b. Maakt het bij de beantwoording van vraag 2a verschil of de te treffen maatregel niet wordt gevorderd en opgelegd in het kader van de handhaving van de nationale regeling door de overheid, maar in het kader van een civiele procedure waarin een met de vereiste vergunning handelende organisator van kansspelen het treffen van de maatregel vordert op de grondslag van een naar burgerlijk recht jegens haar gepleegde onrechtmatige daad, hierin bestaande dat de wederpartij de betrokken nationale regeling overtreedt en zich aldus een oneerlijke voorsprong op de met de vereiste vergunning handelende partij verwerft?

3. Dient art. 49 EG aldus te worden uitgelegd dat de toepassing van dit artikel tot gevolg heeft dat de bevoegde autoriteit van een lidstaat niet, op grond van het in die lidstaat geldende gesloten vergunningstelsel voor het aanbieden van diensten inzake kansspelen, kan verbieden dat een dienstaanbieder aan wie reeds een vergunning is verleend in een andere lidstaat voor het verrichten van die diensten via internet, deze diensten via internet ook aanbiedt in eerstgenoemde lidstaat?

6. Beslissing

De Hoge Raad:

verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen met betrekking tot de hiervoor onder 5 geformuleerde vragen uitspraak te doen;

houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het Hof van Justitie naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren E.J. Numann, F.B. Bakels, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 13 juni 2008.

Conclusie Advocaat-Generaal Keus

(...)

1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan(2).

1.2 Er is geen Europese regelgeving die de nationale wetgevingen van de lidstaten met betrekking tot het aanbieden van kansspelen harmoniseert(3). Gokactiviteiten (kansspelen, loterijen en weddenschappen) via het internet zijn uitdrukkelijk uitgesloten van het toepassingsgebied van de Richtlijn inzake elektronische handel(4). Art. 1 lid 5 sub d van die richtlijn bepaalt dat zij niet geldt voor gokactiviteiten waarbij een geldbedrag wordt ingezet, zoals loterijen en weddenschappen. In beginsel kan elke lidstaat zelf bepalen welke grenzen hij aan de toelaatbaarheid van het aanbieden van kansspelen stelt. In Nederland is dat gebeurd in de Wok(5). De toepassing van de nationale wetgeving, zoals de Wok, mag echter niet leiden tot ongerechtvaardigde beperkingen van het in art. 49 EG neergelegde beginsel van een vrij verkeer van diensten(6).

Volgens art. 49 lid 1 EG zijn beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van onderdanen van lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht. Het organiseren van een kansspel dient te worden beschouwd als een "dienst" in de zin van art. 49 EG(7). Voorts staat vast dat een regel als die van art. 1, aanhef en onder a, Wok een beperking inhoudt van het in art. 49 EG neergelegde beginsel van een vrij verkeer van diensten(8).

1.3 Op grond van art. 1, aanhef en onder a, Wok is het (behoudens het in titel Va van die wet bepaalde ten aanzien van speelautomaten) verboden gelegenheid te geven om mede te dingen naar prijzen of premies, indien de aanwijzing van de winnaars geschiedt door enige kansbepaling waarop de deelnemers in het algemeen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen, tenzij daarvoor ingevolge de Wok vergunning is verleend. Art. 1, aanhef en onder b, Wok verbiedt de deelneming hetzij aan een onder a bedoelde gelegenheid, gegeven zonder vergunning ingevolge die wet, hetzij aan een overeenkomstige gelegenheid, gegeven buiten het Rijk in Europa, te bevorderen of daartoe voor openbaarmaking of verspreiding bestemde stukken in voorraad te hebben.

Voor een gelegenheid in de zin van art. 1, aanhef en onder a, Wok kan (in beginsel) vergunning worden verleend, indien deze gelegenheid wordt opengesteld uitsluitend ten einde met de opbrengst daarvan enig algemeen belang te dienen (art. 3 lid 1 Wok). Met het oog op de belangen van instellingen werkzaam ten algemene nutte, in het bijzonder op het gebied van sport en lichamelijke vorming, van de cultuur, het maatschappelijk welzijn en de volksgezondheid, kan op grond van de Wok aan één rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid vergunning worden verleend tot het organiseren van sportprijsvragen (art. 16 lid 1 Wok). Een éénvergunningstelsel geldt ook voor het organiseren van een totalisator, dat wil zeggen een gelegenheid, opengesteld om op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen te wedden, met dien verstande dat het totaal van de inleg, behoudens bij of krachtens de wet

toegestane aftrek, zal worden verdeeld onder degenen die op de winnaar of op een van de prijswinnaars hebben gewed (art. 24 Wok).

1.4 De Lotto is een stichting die als doelstelling heeft gelden te verwerven door het organiseren van kansspelen, in overeenstemming met haar vergunningen en wettelijke regels, en het verdelen van deze gelden naar instellingen van algemeen belang. Aan de Lotto zijn door de Ministers van Justitie en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport als enige in Nederland vergunningen verleend voor het organiseren van lotto's, sportprijsvragen en instantloterijen(9).

1.5 Ladbrokes is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Zij houdt zich bezig met het organiseren van sportieve weddenschappen en is met name bekend door haar activiteiten op het gebied van "bookmaking", dat wil zeggen het afsluiten van weddenschappen door middel van "noteringen". "Bookmaking" wordt vooral toegepast bij sportwedstrijden. Op de website www.ladbrokes.com biedt Ladbrokes een aantal, hoofdzakelijk sportgerelateerde, kansspelen aan. Verder biedt Ladbrokes de mogelijkheid via een telefoonnummer aan de door haar georganiseerde weddenschappen deel te nemen.

1.6 Tussen partijen is niet in geschil dat de spelen die Ladbrokes op haar website aanbiedt kansspelen als bedoeld in art. 1, aanhef en onder a, Wok zijn, en dat Ladbrokes geen vergunning ingevolge de Wok voor het gelegenheid geven tot deelname aan deze kansspelen heeft (10).

Partijen zijn het erover eens dat het aanbieden van kansspelen op de website van Ladbrokes een dienst is in de zin van art. 49 EG-Verdrag(11). Verder zijn partijen het erover eens dat art. 1, aanhef en onder a, Wok althans in die zin niet discriminatoir is, dat ook buitenlandse (rechts-)personen voor een vergunning op grond van die wet in aanmerking komen(12).

1.7 Op vordering van de Lotto heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem bij vonnis in kort geding van 27 januari 2003(13) Ladbrokes gelast, kort gezegd, het voor Nederlandse ingezetenen onmogelijk te maken deel te nemen aan de door haar op internet aangeboden lotto's, instantloterijen en sportwedstrijden. Daarnaast is het Ladbrokes verboden kansspelen aan te bieden op een Nederlandse website, in het bijzonder op www.ladbrokes.nl.

Dat vonnis is in een door de Lotto aanhangig gemaakt spoedappel door het hof Arnhem bij arrest van 2 september 2003(14) (grotendeels) bekrachtigd. Het hof heeft het gebod aan Ladbrokes nog uitgebreid ten aanzien van het door Ladbrokes gebruikte 0800-nummer, een gratis Nederlands telefoonnummer dat vanuit Nederland kan worden gebeld, en ten aanzien van andere media dan telefoon of internet.

1.8 Ladbrokes heeft uitvoering gegeven aan de haar opgelegde geboden door, met behulp van software, de toegang tot haar website voor Nederlandse gebruikers zoveel mogelijk te blokkeren en door het 0800-nummer af te sluiten voor personen die vanuit Nederland bellen(15).

1.9 Op 28 oktober 2003 heeft Ladbrokes beroep in cassatie van het arrest van het hof Arnhem van 2 september 2003 ingesteld. Bij arrest van 18 februari 2005 heeft de Hoge Raad het beroep verworpen en onder meer geoordeeld dat de aan de Wok ten grondslag liggende doelstellingen, te weten het beschermen van het publieke belang bij het inperken van fraudegevoeligheid en excessieve goklust, dwingende redenen van algemeen belang opleveren die de beperking van het vrij verkeer van diensten die het vergunningstelsel van de Wok met zich brengt, rechtvaardigen. Art. 1, aanhef en onder a, Wok is niet met art. 49 EG in strijd geacht, nu de hieruit voortvloeiende beperkingen niet discrimineren, daadwerkelijk beantwoorden aan de ter rechtvaardiging genoemde doelstellingen en niet onevenredig zijn(16).

1.10 Bij exploit van 21 februari 2003 heeft de Lotto Ladbrokes in een bodemprocedure voor de rechtbank Arnhem doen dagvaarden.

Na eiswijziging heeft de Lotto gevorderd dat de rechtbank Ladbrokes gebiedt het aan Nederlandse ingezetenen onmogelijk te maken deel te nemen aan kansspelen via internet, telefoon of anderszins, voor zover deze kansspelen zonder vergunning worden aangeboden door (een met) Ladbrokes (verbonden tussenpersoon). Verder heeft de Lotto gevorderd dat de rechtbank Ladbrokes verbiedt enige van haar kansspelen aan te bieden via een website met een Nederlands adres, waaronder www.ladbrokes.nl. Subsidiar heeft de Lotto gevorderd dat de rechtbank Ladbrokes gelast de bevordering van deelname aan kansspelen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, voor zover deze kansspelen door (een met) Ladbrokes (verbonden (rechts)persoon) worden aangeboden. Dit alles is door de Lotto gevorderd op straffe van verbeurte van een dwangsom.

De Lotto heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Ladbrokes jegens haar onrechtmatig handelt door in strijd met de Wok in Nederland kansspelen te organiseren dan wel deelname daaraan te bevorderen, zonder dat Ladbrokes over een Nederlandse vergunning beschikt. Volgens de Lotto geeft Ladbrokes door het organiseren en aanbieden van sportprijsvragen en andere kansspelen, mede aan deelnemers in Nederland, hier te lande gelegenheid mee te dingen naar prijzen, en handelt zij, nu zij geen vergunning heeft voor het organiseren van die kansspelen in Nederland, in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok, subsidiar met art. 1, aanhef en onder b, Wok. Voorts heeft de Lotto aangevoerd dat zij zich bij het organiseren en aanbieden van sportprijsvragen, lotto's en instantloterijen dient te houden aan vele voorschriften, vervat in de Wok en daarop gebaseerde regelgeving en vergunningen, dat zij slechts die spelen mag aanbieden die vallen onder de aan haar verstrekte vergunningen en dit slechts mag doen volgens de daarin genoemde voorschriften, en dat Ladbrokes, door in strijd met de Wok kansspelen te organiseren en aan te bieden, jegens de Lotto onrechtmatig handelt, mede omdat zij zich aldus een oneerlijke en onrechtmatige voorsprong verschaft op haar concurrente de Lotto, waarbij van belang is dat de

strengere Nederlandse voorschriften in sterke mate verschillen van de minimale Engelse (Britse) voorschriften waaraan Ladbrokes is onderworpen(17).

Ladbrokes heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zij heeft onder meer gesteld dat art. 1, aanhef en onder a, Wok in strijd is met art. 49 EG, omdat het leidt tot een verboden beperking van het vrij verkeer van diensten(18).

1.11 Bij tussenvonnis van 2 juni 2004 heeft de rechtbank, onder verwijzing naar rov. 4.3 van het in kort geding gewezen arrest van het hof Arnhem van 2 september 2003, in de eerste plaats geoordeeld dat Ladbrokes door aanbidding van de door haar aangeboden kansspelen op haar website www.ladbrokes.com in Nederland gelegenheid geeft tot deelname aan kansspelen, zonder dat zij daarvoor over een vergunning op grond van de Wok beschikt (rov. 4.6-4.9), en dat zij om die reden in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok handelt (rov. 4.10).

Vervolgens heeft de rechtbank onderzocht of art. 1, aanhef en onder a, Wok met art. 49 EG in strijd is (rov. 4.13 e.v.). De rechtbank heeft geoordeeld dat de bepaling, die verbiedt dat Ladbrokes kansspelen via haar website aanbiedt, een beperking vormt van het vrij verrichten van diensten als bedoeld in art. 49 EG (rov. 4.17), en dat moet worden onderzocht of deze beperking wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals die in de (door de rechtbank in rov. 4.18 besproken) rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) zijn geformuleerd (rov. 4.18 e.v.).

Naar het oordeel van de rechtbank sporen de uitgangspunten van de Wok en het daarop gebaseerde overheidsbeleid met de volgens de rechtspraak van het HvJ EG toelaatbare beperkingen op het vrij verrichten van diensten (rov. 4.19). Zie rov. 4.20:

"Het Nederlands wettelijke stelsel wordt daardoor gekenmerkt dat er een beperkt aantal vergunninghouders is aan wie het is toegestaan gelegenheid te bieden deel te nemen aan kansspelen, dat deze vergunninghouders zijn gebonden aan regels omtrent onder meer de vorm van de kansspelen, de frequentie en de inleg en omtrent de besteding van de opbrengsten van de kansspelen. Een dergelijk selectief vergunningstelsel is in het algemeen geschikt om de bovengenoemde doelstellingen van consumentenbescherming, fraudebestrijding en betugeling van de goklust te realiseren. Zo'n stelsel zal, indien op samenhangende en stelselmatige wijze uitgevoerd, ertoe leiden dat de gelegenheden om te spelen echt verminderen. Naar het oordeel van de rechtbank wil dit laatste zeggen dat de gelegenheden om te spelen tengevolge van het restrictieve beleid relevant minder zijn dan zonder het restrictieve beleid. Met andere woorden: het beleid hoeft er niet op gericht te zijn dat het deelnemen aan kansspelen geheel wordt afgebouwd."

1.12 De rechtbank heeft vervolgens gereleveerd dat Ladbrokes op een aantal aspecten heeft gewezen die volgens haar meebrengen dat het Nederlandse kansspelbeleid niet voldoet aan de (door het HvJ EG in het arrest Gambelli gestelde(19)) eis dat de deelname aan

kansspelen op samenhangende en stelselmatige wijze wordt beperkt (rov. 4.22 e.v.).

Zo heeft Ladbrokes erop gewezen dat het de vergunninghouders wordt toegestaan op grote schaal reclame te maken voor de door hen aangeboden kansspelen, dat zij direct mail versturen waarin wordt opgeroepen aan kansspelen deel te nemen, dat zij meewerken aan TV-programma's die tot effect hebben dat kijkers worden aangespoord aan kansspelen deel te nemen en dat zij belangrijke evenementen sponsoren (rov. 4.23). Voorts heeft Ladbrokes aangevoerd dat uit de jaarverslagen van de Lotto en Holland Casino blijkt dat zij als belangrijkste doelstellingen vergroting van het marktaandeel en omzetmaximalisatie hebben (rov. 4.24)(20), en dat het beleid van de Nederlandse overheid voor het belangrijkste deel wordt ingegeven door de wens voldoende inkomsten te genereren voor de goede doelen, waarvoor de kansspelen worden georganiseerd (rov. 4.25). Daarnaast heeft Ladbrokes gesteld dat de kansspelen die zij aanbiedt zijn te beschouwen als "long odd" kansspelen - dat wil zeggen dat er een lange(re) periode is gelegen tussen de inleg en het resultaat en de mogelijkheid opnieuw in te leggen -, waarbij het risico van gokverslaving gering is. Voorts heeft Ladbrokes opgemerkt dat zij in Engeland aan toezicht door de overheid is onderworpen (rov. 4.26).

Volgens Ladbrokes brengt het een en ander met zich dat beperkingen in het Nederlandse kansspelbeleid van het vrij verrichten van diensten in het kader van consumentenbescherming, fraudebescherming en betugeling van de goklust, in dit geval geen dwingende redenen van algemeen belang vormen en niet noodzakelijk zijn (rov. 4.26)(21).

1.13 Bij de beoordeling van dit betoog van Ladbrokes heeft de rechtbank (in rov. 4.30) voorop gesteld dat:

"(...) zij de beoordelingsvrijheid van de overheid bij de formulering van de regelgeving en het beleid met betrekking tot kansspelen dient te respecteren. Zij dient echter wel na te gaan of de uit de regelgeving en het beleid voortvloeiende beperkingen van het vrij verrichten van diensten daadwerkelijk bijdragen aan het betugelen van de deelneming aan kansspelen. Het gaat niet alleen om de woorden, maar ook om de daden (zie met name Gambelli, punt 75 (...)).

4.31 De rechtbank stelt zich voor dat in het overheidsbeleid past dat de vergunninghouders zich ervan bewust zijn dat hun activiteiten erop gericht dienen te zijn dat de goklust van Nederlanders echt vermindert. Zoals de rechtbank in rechtsoverweging 4.20 heeft overwogen, dient "echt verminderen" (punt 62, Gambelli) aldus te worden uitgelegd, dat de gelegenheden om te spelen tengevolge van het restrictieve beleid relevant minder zijn dan zonder het restrictieve beleid en dat het beleid er niet op gericht behoeft te zijn dat het deelnemen aan kansspelen geheel wordt afgebouwd."

Volgens de rechtbank is in de overgelegde jaarverslagen van 2001 en 2002 van de Lotto en Holland Casino van dat bewustzijn "geen spoor te vinden". Zie rov. 4.32:

"(...) Het "Missie-statement" van het jaarverslag 2001 van de Lotto is: "De Lotto heeft als opdracht om op

lange termijn te zorgen voor een maximale jaarlijkse afdracht aan NOC*NSF voor de ontwikkeling van top- en breedtesport in Nederland en aan goede doelen op het gebied van cultuur, maatschappelijk welzijn en volksgezondheid." Dit missie-statement, dat overigens niet is teruggekeerd in het jaarverslag 2002, is in strijd met de door het HvJ EG gegeven regels, die meebrengen dat de opbrengst voor goede doelen niet de daadwerkelijke rechtvaardigingsgrond voor de beperkingen mag zijn, maar hooguit een gunstig neveneffect. De overgelegde jaarverslagen ademen sterk de sfeer van twee gewone bedrijven in een gewone markt die beide streven naar omzetmaximalisatie en marktaandeelvergroting. In het verslag van het bestuur van de Lotto over 2001 staat zelfs met zoveel woorden dat omzetgroei in 2001 de hoogste prioriteit kreeg. Ook deze opmerking is overigens niet teruggekeerd in het jaarverslag 2002. Wel vermeldt het jaarverslag 2002 dat de twee belangrijkste pijlers van de strategie van de Lotto "aanwezigheid" en "toegankelijkheid" zijn, één van de vele opmerkingen in de jaarverslagen, waaruit duidelijk blijkt dat de Lotto in de eerste plaats inzet op omzetgroei. Dat geldt ook voor een opmerking uit hetzelfde jaarverslag dat zij met aanpassingen van de krasloterij "nieuwe doelgroepen" aanboort. Opmerkingen over beteugeling van de goklust en bescherming van de consument zijn in de jaarverslagen niet te vinden, uitgezonderd de opmerkingen in de jaarverslagen van Holland Casino over het preventiebeleid gokverslaving jongvolwassenen.

4.33 Uit het jaarverslag 2002 van het College (p. 28) blijkt dat de spelopbrengst van de gezamenlijke vergunninghouders over 1997 tot en met 2002 gemiddeld met meer dan 10% jaarlijks is gegroeid. Uit de jaarverslagen 2001 en 2002 van het College volgt dat de omzetgroei over die jaren vooral is veroorzaakt door verhoging van de maximuminleg en toevoeging aan de verschillende loterijen van een jackpotverdobelaar, en in mindere mate aan de introductie van nieuwe spelvormen en verhoging van de frequentie. Het groeicijfer laat zich - in ieder geval zonder nadere verklaring - niet rijmen met een restrictief beleid ten aanzien van kansspelen, zeker niet over de jaren 2000, 2001 en 2002, waarin de Nederlandse economie nauwelijks groeide." Dit alles geeft volgens de rechtbank het beeld (rov. 4.34)

"(...) dat de markt voor kansspelen de laatste tijd sterk is gegroeid, vooral door een bewuste inzet op omzetgroei door de vergunninghouders. Uit de eerder genoemde publicatie van Van 't Veer blijkt voorts dat de overheid hierin onduidelijk heeft geopereerd. Het kansspelbeleid lijkt tweeslachtig en vooral gericht op fondsenwerving (Van 't Veer, a.w., p. 300 e.v.). Het College stelt in zijn jaarverslag 2001 het navolgende: "De regelgeving is verouderd, het beleid is onduidelijk en het toezicht is door het ontbreken van een bestendige bestuurlijke gedragslijn bij de vergunningverlenende departementen niet effectief" (p. 26). Ook die opmerking wijst voorshands niet in de richting van een samenhangend en stelselmatig beleid gericht op het echt verminderen van de mogelijkheid deel te nemen

aan kansspelen. Daarbij komt dat het ook in de laatste jaren de vergunninghouders is toegestaan door uitbreiding van de spelmogelijkheden hun omzet aanzienlijk te vergroten.

4.35 De rechtbank stelt zich verder voor dat in een restrictief overheidsbeleid past dat de vergunninghouders op matige wijze reclame maken voor hun kansspelen, gericht op het doel dat degenen die al gokken, niet worden aangespoord nog meer te gokken en degenen die geen behoefte hebben te gokken zo min mogelijk in de verleiding worden gebracht, de stap naar de kansspelen te zetten. Artikel 8b lid 1 Beschikking Sporttotalisator (de vergunning van de Lotto) bepaalt hierover: "De stichting draagt er zorg voor dat aan wervings- en reclameactiviteiten op zorgvuldige en evenwichtige wijze vorm wordt gegeven, waarbij in het bijzonder wordt gewaakt tegen het aanzetten tot onmatige deelneming aan de krachtens deze beschikking georganiseerd kansspelen".

4.36 Iedere Nederlander kan echter ervaren dat de vergunninghouders met hun marketingactiviteiten alomtegenwoordig zijn in de Nederlandse samenleving. Rondom de trekkingen van de verschillende loterijen worden wekelijks wervende shows op TV of de radio georganiseerd. De vergunninghouders besteden veel geld aan TV-reclame: de kansspelmarkt is de zevende qua besteding. De Lotto maakt in haar jaarverslag 2001 trots melding van het feit dat zij met haar reclamecampagne rondom de invoering van de jackpot allerlei prijzen heeft gewonnen. Ook via de post, internet en de krant wordt reclame - ongevraagd - toegezonden. Daarin worden ook gratis loten aangeboden, ook krasloten, die door hun short odd karakter een kans op verslaving hebben. Op de website van de Lotto dwarrelen permanent eurobiljetten over het beeldscherm. Er reizen rijdende reclamekaravans door het land, met bekende Nederlanders als "ambassadeurs" voor de loterijen. De gekozen formuleringen in de reclame-uitingen lijken niet te getuigen van zorgvuldigheid en evenwichtigheid, maar komen eerder opdringerig en geëxalteerd over. Door via direct mail ongevraagd gratis loten in de lotto aan te bieden en daarbij prijzen in het vooruitzicht te stellen van enkele miljoenen euro's en voorts een "niet-goed-geld-teruggarantie" te geven voor het geval een nieuwe abonnee binnen een jaar geen prijs heeft gewonnen, schaaft de Lotto de drempel om aan kansspelen deel te nemen, ook voor de Nederlanders die uit zich zelf niet op het idee komen te gaan gokken, geheel weg. De marketingstrategie van Holland Casino is erop gericht dat een bezoek aan een casino een gewoon gezinsuutje wordt. Zonder nadere verklaring ziet de rechtbank niet in dat deze marketingactiviteiten en strategieën passen in een overheidsbeleid, dat erop is gericht de mogelijkheid tot deelname aan kansspelen echt te verminderen.

4.37 Het door de Lotto aangevoerde argument dat de vergunninghouders hun marketingactiviteiten moeten opvoeren om deelnemers aan illegale kansspelen naar de legale kansspelen te lokken, kan naar het oordeel van de rechtbank niet als volledige rechtvaardiging gelden. Blijkens het rapport "Verkeerd gokken" van de

commissie Herstel van 31 januari 2001 mag de overheid er met betrekking tot het kansspelbeleid niet uitsluitend op vertrouwen dat een vergroting van het legale aanbod van kansspelen de wind uit de zeilen van het illegale aanbod zal nemen. Daarvoor is ook een effectieve handhavingstrategie nodig (jaarverslag 2001 van het College, p. 19). Deze opvatting is onlangs onderschreven door de Minister van Justitie in zijn antwoord van 7 juli 2003 op door Tweede-Kamerleden gestelde vragen (Bijl. TK 24 036 en 24 557 (2002-2003) nr. 288, p. 8)."

1.14 Op grond van deze overwegingen heeft de rechtbank in rov. 4.38 (voorlopig) geoordeeld "(...) dat het Nederlandse kansspelbeleid, zoals het in concreto wordt uitgevoerd, ook bij inachtneming van de aan de overheid toekomende beoordelingsvrijheid onvoldoende restrictief is om te rechtvaardigen dat aanbieders van buitenlandse kansspelen wordt verboden op de voet van artikel 49 EG-verdrag hun diensten in Nederland te verrichten. (...)."

De rechtbank heeft echter te kennen gegeven behoefte te hebben aan een reactie van de minister van Justitie, als vergunningverlenende instantie en verantwoordelijke bewindsman voor het kansspelbeleid, op deze voorlopige conclusies over de omzettingontwikkelingen en de marketingbudgetten in de kansspelmarkt. Een beslissing van de rechtbank dat het Ladbrokes niet kan worden verboden haar kansspelen - via internet - in Nederland aan te bieden, zal vergaande consequenties hebben voor de Nederlandse kansspelmarkt. Daarom wenst de rechtbank van de minister te vernemen of in weerwil van haar bedenkingen niet toch van samenhangende en stelselmatige beperkingen van het vrij verrichten van diensten kan worden gesproken.

De rechtbank heeft de Lotto uitgenodigd te bewerkstelligen dat de minister een reactie geeft (rov. 4.38-4.39).

1.15 Onder aanhouding van iedere verdere beslissing heeft de rechtbank bij tussenvonnissen van 2 juni 2004 de zaak verwezen naar de rol, teneinde de Lotto in de gelegenheid te stellen in een conclusie na tussenvonnissen de (in de rov. 4.30-4.39 verzochte) inlichtingen te verstrekken, op welke conclusie Ladbrokes vervolgens zal kunnen reageren (rov. 4.41-4.42).

Van belang is nog dat de rechtbank niet is ingegaan op het verzoek van Ladbrokes gebruik te maken van haar bevoegdheid prejudiciële vragen te stellen. Volgens de rechtbank is van een "acte éclairé" sprake. Uit de rechtspraak van het HvJ EG leidt de rechtbank af dat de nationale gerechten dienen te beoordelen of het aangevallen overheidsbeleid aan de door het HvJ EG geformuleerde, toegelaten beperkingen op het vrij verrichten van diensten voldoet (rov. 4.40).

1.16 De minister van Justitie heeft bij brief van 21 oktober 2004 aan de Lotto gereageerd(22). In zijn brief heeft de minister een uiteenzetting gegeven van onder andere de uitgangspunten en de doelstelling van het kansspelbeleid, de in het licht van de beleidsuitgangspunten en de te bereiken doelstelling aangekondigde activiteiten en het restrictieve karakter van het kansspelbeleid. Voorts is de minister ingegaan op de evaluatie van de kritiek van Ladbrokes op het Neder-

landse kansspelbeleid in het tussenvonnissen van 2 juni 2004(23). Daarbij heeft de minister meermalen erop gewezen dat de rechtbank haar voorlopige oordeel heeft gebaseerd op gegevens die niet actueel zijn.

Partijen hebben zich over een en ander (nader) uitgelaten(24).

1.17 Anders dan Ladbrokes had bepleit, heeft de rechtbank bij eindvonnissen van 31 augustus 2005, mede onder verwijzing naar HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, rov. 3.6.3, geoordeeld dat zij in abstracto moet toetsen of de doelstellingen van het Nederlandse kansspelbeleid, zoals het is geformuleerd en zoals het wordt uitgevoerd, dwingende redenen van algemeen belang zijn die een beperking van het vrij verrichten van diensten rechtvaardigen (rov. 2.8 e.v.)(25). Een onderzoek naar de vraag of toelating van Ladbrokes tot de Nederlandse kansspelmarkt in het concrete geval leidt tot risico's op het gebied van gokverslaving, correcte uitkering van prijzengeld en bovenmatige schulden ten gevolge van gokken past daarin niet en is bovendien een onderzoek dat de grenzen van een civiel geding tussen twee aanbieders van kansspelen over het al of niet onrechtmatige karakter in verband met het aandoen van oneerlijke concurrentie jegens de een door de ander door middel van door die ander aangeboden kansspelen te buiten gaat, aldus de rechtbank. Anders gezegd heeft de rechtbank haar onderzoek niet specifiek gericht op de situatie waarin Ladbrokes verkeert.

1.18 De rechtbank heeft geoordeeld dat het Nederlandse kansspelbeleid, zoals dat mede is vastgesteld in het vergunningstelsel van de Wok, niet in strijd is met art. 49 EG-Verdrag en dat het Ladbrokes daarom kan worden verboden gelegenheid te geven aan Nederlandse ingezetenen om aan de door haar op internet aangeboden kansspelen deel te nemen (rov. 2.28). Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat het Nederlandse kansspelbeleid zoals de minister van Justitie dat in zijn brief van 21 oktober 2004 heeft uiteengezet, op samenhangende en stelselmatige wijze de deelname van kansspelen beperkt, waarbij zij in aanmerking heeft genomen dat van een samenhangende en stelselmatige beperking van deelname aan kansspelen niet noodzakelijkerwijs slechts sprake kan zijn indien elke verruiming van het gereguleerde aanbod achterwege blijft. De gedachte van beperking van goklust door kanalisatie via een gereguleerd aanbod kan in verband met technische en maatschappelijke ontwikkelingen een zekere verruiming van het aanbod en van reclameuitingen verlangen. Bij de beperking gaat het vooral erom dat door een gereguleerd aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen (rov. 2.20)(26). Daarbij is onder meer onder meer de volgende overweging van belang:

"2.19. De Minister heeft in essentie betoogd dat het kansspelbeleid tot zijn aantreden minder restrictief was en dat hij vanaf zijn aantreden werkt aan een restrictiever beleid. De twijfels van de rechtbank over het restrictieve karakter van het kansspelbeleid, zijn gebaseerd op voorbeelden uit de periode van voor zijn aantreden. Hij heeft voorbeelden genoemd, waaruit

blijkt dat het beleid inmiddels restrictiever is geworden (zie r.ovv. 2.2 t/m 2.5). De Lotto heeft daaraan nog een aantal voorbeelden toegevoegd (zie r.ov. 2.6). Volgens de Minister is het kabinetsbeleid erop gericht de vraag naar kansspelen niet te stimuleren. Verruiming van het kansspelaanbod binnen de bestaande vergunningen is niet aan de orde. In zijn reactie op de overwegingen van de rechtbank heeft de Minister gewezen op de afvlakking van de omzetstijging van de vergunninghouders in de recente jaren en het voornemen om de marketingbudgetten van de vergunninghouders fors te laten afnemen. De Lotto heeft recente jaarverslagen van haar en Holland Casino in het geding gebracht, waaruit blijkt dat deze vergunninghouders omzetgroei niet meer als primaire doelstelling hebben. Daarnaast heeft de Minister gewezen op een aantal andere aspecten van het kansspelbeleid, waaruit blijkt dat dit restrictief is en dat de deelname aan kansspelen op samenhangende en stelselmatige wijze wordt beperkt."

1.19 Volgens de rechtbank is toewijzing van een verbod tot deelname door Nederlandse ingezetenen aan de door Ladbrokes op internet aangeboden kansspelen niet onevenredig. Daarbij heeft de rechtbank onder meer eraan herinnerd dat de Hoge Raad in rov. 3.6.9 van zijn arrest van 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, het oordeel van het hof dat handhaving van het vergunningstelsel noodzakelijk is om een ongebreidelde groei van het aanbod van kansspelen tegen te gaan en dat niet aannemelijk is dat minder beperkende maatregelen mogelijk zijn en in de praktijk effectief zullen blijken, in stand heeft gelaten. De rechtbank heeft zich bij dat oordeel aangesloten (rov. 2.23 e.v.).

1.20 Over de onrechtmatigheid van het handelen van Ladbrokes jegens de Lotto heeft de rechtbank onder meer het volgende overwogen:

"2.29. Ladbrokes handelt jegens de Lotto onrechtmatig door in strijd met art. 1 sub a Wok zonder vergunning in Nederland gelegenheid te geven deel te nemen aan kansspelen, omdat zij zich daarmee op oneerlijk wijze een voorsprong in haar concurrentiepositie jegens de Lotto verschaft. In r.ov. 4.6 van zijn arrest van 2 september 2003, LJN AJ9996, NJF 2003, 60, IER 2003, 77 heeft het hof Arnhem beslist dat Ladbrokes daarmee onrechtmatig handelt tegenover de Lotto. Hoge Raad heeft in r.ovv. 3.7.1 t/m 3.7.5 dit oordeel van het hof in stand gelaten. Dit betekent dat het door de Lotto gevorderde verbod toewijsbaar is. (...)"

1.21 De rechtbank heeft de vordering van de Lotto toegewezen, in die zin dat zij Ladbrokes heeft gelast de op grond van de uitspraken in kort geding van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem van 27 januari 2003 en van het hof Arnhem van 2 september 2003 ingevoerde blokkeringsmaatregelen (die op de toegang via internet en het 0800-telefoonnummer betrekking hebben) in stand te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Het verbod beperkt zich niet tot de kansspelen waarvoor de Lotto een vergunning heeft (zie daarover rov. 2.30). Ladbrokes is als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding veroordeeld.

1.22 Bij exploit van 30 november 2005 heeft Ladbrokes onder aanvoering van een zestal grieven hoger beroep van beide vonnissen bij het hof Arnhem ingesteld. De Lotto heeft in hoger beroep gemotiveerd verweer gevoerd. Partijen hebben de zaak ter terechtzitting van 19 juni 2006 doen bepleiten.

1.23 Het hof heeft op 17 oktober 2006 arrest gewezen(27). Evenmin als de rechtbank heeft het hof aanleiding gezien om, zoals door Ladbrokes verzocht, prejudiciële vragen te stellen (rov. 4.20).

De stellingen van de Lotto en het daartegen door Ladbrokes gevoerde verweer roepen volgens het hof, binnen het kader van de rechtsstrijd in appel, in het bijzonder de volgende (in rov. 4.2 weergegeven) vragen op:

1) handelt Ladbrokes in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok?

2) is toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok in strijd met art. 49 EG?

3) handelt Ladbrokes onrechtmatig jegens de Lotto?

Ad 1) Handelt Ladbrokes in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok?

1.24 Onder verwijzing naar HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, heeft het hof in de eerste plaats geoordeeld dat Ladbrokes, door op haar website www.ladbrokes.com kansspelen aan te bieden, handelt in strijd met het in art. 1, aanhef en onder a, Wok vervatte verbod om zonder vergunning ingevolge de Wok in Nederland tot deelname aan kansspelen gelegenheid te geven (rov. 4.3-4.5). Daarbij heeft het hof onder meer in aanmerking genomen dat het doel en de strekking van die bepaling nopen tot een ruime uitleg van de daarin gebezigde woorden "gelegenheden te geven", en dat software ontwikkeld is die de aanbieder van kansspelen via internet in staat stelt om deelneming aan kansspelen vanuit bepaalde landen (technisch) onmogelijk te maken. Gelet op dit een en ander moet volgens het hof worden aanvaard (rov. 4.3)

"(...) dat van hier te lande gelegenheid geven in evenbedoelde zin sprake is wanneer via internet door middel van een mede op Nederland gerichte website de toegang tot kansspelen wordt geboden aan potentiële deelnemers in Nederland en dezen via hun computer rechtstreeks aan het spel kunnen deelnemen (...)"

Ad 2) Is toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok in strijd met art. 49 EG?

1.25 Vervolgens heeft het hof (in de rov. 4.6-4.21) de vraag aan de orde gesteld of de beperking van het vrij verkeer van diensten die, naar tussen partijen niet in geschil is, uit de toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok op het aanbieden door Ladbrokes van kansspelen in Nederland via internet voortvloeit, in dit geval met art. 49 EG in strijd is, anders gezegd, of de beperking in art. 1, aanhef en onder a, Wok voldoet aan de voorwaarden die in de (in rov. 4.7 besproken) rechtspraak van het HvJ EG zijn gesteld. Dienaangaande is het hof (in rov. 4.19) tot de conclusie gekomen dat

"(...) de toepassing van (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok niet in strijd is met artikel 49 EG en dat, gelet op de directe werking van laatstgenoemde bepaling, De Lotto als vergunninghouder zich mag beroepen

op de gerechtvaardigheid van de aan haar vergunning ten grondslag liggende nationale wetgeving. (...)"

1.26 Het hof heeft het betoog van Ladbrokes dat (met name punt 75 van) het arrest Gambelli van het HvJ EG(28) onder meer meebrengt dat bij de toepassing van dat arrest moet worden getoetst of de (in een bepaald geval) concreet opgelegde beperkingen, gelet op de doelstellingen die de lidstaat nastreeft, noodzakelijk en proportioneel zijn, verworpen. Volgens het hof kan bij de toetsing van de vermeende handelsbarrière de regel van art. 1, aanhef en onder a, Wok, niet buiten beschouwing blijven, tenzij deze regel met art. 49 EG in strijd is (rov. 4.8-4.9). Wel heeft het hof onderschreven dat de Nederlandse rechter bij de beoordeling van een concreet geschil is gehouden art. 1, aanhef en onder a, Wok overeenkomstig het doel en de strekking daarvan toe te passen en daarbij niet verder mag gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. Volgens het hof betekent dit laatste dat de Nederlandse rechter geen maatregel mag treffen die, gelet op het door art. 1, aanhef en onder a, Wok nagestreefde doel, als disproportioneel moet worden beschouwd (rov. 4.11). Het hof heeft verder geoordeeld dat bij toetsing van art. 1, aanhef en onder a, Wok aan art. 49 EG, mede de noodzaak en proportionaliteit van de afzonderlijke handelsbarrières waarvoor de nationale autoriteiten beweren dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, aan de orde moeten komen (rov. 4.12).

1.27 Volgens het hof worden de beperkingen in art. 1, aanhef en onder a, Wok gerechtvaardigd door (in de rechtspraak van het HvJ EG erkende) dwingende redenen van algemeen belang. In dat verband heeft het hof erop gewezen dat het vergunningstelsel van de Wok, gelet op de doelstellingen van fraudebestrijding en kanalisering van goklust, erop is gericht het aantal aanbieders van kansspelen beperkt te houden en een ongebreidelde uitbreiding van het aanbod van kansspelen tegen te gaan, waarbij de vergunninghouders, zoals de Lotto, aan vele voorwaarden zijn gebonden (rov. 4.13).

Ten aanzien van de stelling van Ladbrokes dat het Nederlandse kansspelbeleid in de praktijk van het officiële beleid op dit punt afwijkt en dat fondsenwerving, het maximaliseren van de inkomsten van de overheid en het tegengaan van het wegvloeiën van gelden naar buitenlandse aanbieders, een belangrijke pijler (en dus rechtvaardigingsgrond) van de Wok is, heeft het hof (in rov. 4.14) overwogen dat

"(...) de opbrengsten uit kansspelen in Nederland in het verleden weliswaar een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zijn geweest, maar dat inmiddels wel een wijziging van het voorheen gevoerde kansspelbeleid heeft plaatsgevonden (...) en dat de minister in zijn brief van 31 maart 2003 aan de Tweede Kamer (...) inmiddels heeft uitgesproken dat het kansspelbeleid de komende jaren zal worden gewijzigd teneinde de kansspelen te beheersen (...). Uit die brief van 31 maart 2003 van de minister blijkt niet dat fondsenwerving een (belangrijke) pijler van het nieuwe kansspelbeleid is, doch wel (...) dat de afdrachten aan de Staat en de goede doelen-organisaties zullen worden gehandhaafd,

zodat die gelden een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zullen blijven. (...)"

Volgens het hof geldt dat dit neveneffect

"(...) zolang die gelden niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn (...), echter niet (belet) dat de voornoemde dwingende redenen van algemeen belang voldoende rechtvaardiging vormen voor de door de Wok opgelegde beperkingen. Nu Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke pijler - en dus niet slechts een belangrijk neveneffect - daarvan is, en het hof daarvan ook anderszins niet is gebleken, zal het hof Ladbrokes niet in haar betoog op dit punt volgen."

Het hof heeft evenmin gevolgd, dat, zoals Ladbrokes had betoogd, uit het feit dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan en dat de vergunninghouders op grote schaal voor de door hen aangeboden kansspelen reclame mogen maken, kan worden afgeleid dat de Nederlandse overheid geen samenhangend beleid ter beteugeling van de goklust voert. In rov. 4.15 heeft het hof overwogen dat

"(...) (d)oorslaggevend is dat de Nederlandse overheid op het gebied van de kansspelen een restrictief beleid blijft voeren, waarbij zij een ruime beoordelingsmarge heeft in hoeverre zij kansspelen wil toestaan, en dat daarbij (...) wordt voldaan aan de voorwaarde dat de in artikel 1, aanhef en onder a, Wok vervatte beperking (het totaalverbod behoudens vergunning) geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie wordt toegepast. (...)"

Dit oordeel is volgens het hof niet in strijd met de doelstelling van de Wok, waaraan immers mede ten grondslag ligt dat door het toestaan van een beperkt legaal aanbod wordt voorkomen dat het publiek zich op het illegaal aanbod gaat richten, waarmee onder meer wordt bereikt dat de goklust (speelzucht) en de exploitatie ervan in een beheersbare bedding wordt geleid en dat de risico's van exploitatie met bedrieglijk en crimineel oogmerk worden vermeden. Volgens het hof geldt "(...) dat deze doelstelling van kanalisatie - die onder omstandigheden kan meebrengen dat een aantrekkelijk en zo nodig uitgebreid en vernieuwd aanbod van legale kansspelen onder de aandacht van het publiek wordt gebracht als alternatief voor illegale kansspelen en kansspelen met een groter risico voor het ontstaan van gokverslaving (...) - ook thans nog aan het overheidsbeleid ten grondslag ligt (...)"

Hierbij heeft het hof ook in aanmerking genomen dat de minister van Justitie heeft uitgesproken dat overdadige reclame niet past binnen het restrictieve kabinetsbeleid en dat hij de betrokken organisaties heeft verzocht de hoeveelheid reclame-uitingen fors te beperken en het restrictieve reclamebeleid vorm en inhoud te geven door middel van een gedrags- en reclamecode kansspelen(29). Ten slotte heeft het hof bij zijn oordeelsvorming de intensivering en vernieu-

wing van het toezicht en de handhaving alsmede het besluit van het kabinet van 31 maart 2003 om de door de verschillende ministeries uitgevoerde kansspeltaken zoveel mogelijk bij het ministerie van Justitie te concentreren, betrokken.

1.28 Met betrekking tot de vraag of het totaalverbod van kansspelen behoudens vergunning een geschikt middel is om de doelstellingen van de Wok te bereiken, heeft het hof, eraan herinnerend dat het in deze slechts een bevoegdheid tot marginale toetsing heeft, (in rov. 4.16) geoordeeld dat dit het geval is, omdat

"(...) de systematiek van het totaalverbod behoudens (aan velerlei voorwaarden gebonden (...)) vergunning daadwerkelijk eraan bijdraagt om de met de Wok beoogde doelstellingen - kanalisatie van de speelzucht, met name de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude - te bereiken, omdat deze ertoe leidt dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt en als gevolg van het gevoerde restrictieve beleid de gelegenheden om te spelen relevant minder zijn dan zonder dat beleid het geval zou zijn, dat wil zeggen dat door het gereguleerde aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen (...)."

1.29 Volgens het hof gaat het in de Wok vervatte totaalverbod behoudens vergunning niet verder dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is, waarbij het (mede) in aanmerking heeft genomen dat Ladbrokes niet voldoende (onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat daadwerkelijk minder beperkende maatregelen mogelijk en in de praktijk effectief zullen blijken te zijn (rov. 4.17).

Ad 3) Handelt Ladbrokes onrechtmatig jegens de Lotto?

1.30 Het hof heeft ten slotte de vraag aan de orde gesteld of Ladbrokes jegens de Lotto onrechtmatig handelt door zonder Nederlandse vergunning ingevolge de Wok via haar website www.ladbrokes.com kansspelen in Nederland aan te bieden. In dat verband heeft het hof geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat Ladbrokes art. 1, aanhef en onder a, Wok overtreedt voor een bevestigende beantwoording van die vraag weliswaar onvoldoende is, maar dat de bijkomende omstandigheid dat Ladbrokes zich daardoor een ongeoorloofde voorsprong op haar concurrente de Lotto verschafft, dit handelen wel onrechtmatig jegens de Lotto doet zijn in de zin van art. 6:162 BW (rov. 4.22-4.25).

1.31 Ten aanzien van het aan Ladbrokes op te leggen verbod heeft het hof, onder verwijzing naar HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, rov. 3.6.10, (in rov. 4.27) overwogen dat

"(...) nu zich hier de situatie voordoet dat Ladbrokes in Nederland gelegenheid geeft tot het via internet deelnemen aan de kansspelen, een maatregel die ertoe strekt dat Ladbrokes met de aan haar ter beschikking staande software deelneming aan de kansspelen via internet op dezelfde wijze onmogelijk maakt als is

geschied ten aanzien van potentiële deelnemers in de Verenigde Staten, niet disproportioneel is te noemen (...)."

En verder (in rov. 4.28) dat

"(...) een dergelijk verbod niet, zoals Ladbrokes wel wil, behoeft te worden beperkt tot kansspelen waarvoor De Lotto een vergunning heeft."

1.32 Bij arrest van 17 oktober 2006 is het hof tot de slotsom gekomen dat het door Ladbrokes ingestelde hoger beroep faalt (rov. 5). Het hof heeft de beide bestreden vonnissen bekrachtigd (dictum onder 6.1) en Ladbrokes in de kosten van het hoger beroep veroordeeld (dictum onder 6.2-6.3).

1.33 Bij exploit van 17 januari 2007 heeft Ladbrokes (tijdig) beroep in cassatie ingesteld. De Lotto heeft geconcludeerd tot verwerping. Op 9 november 2007 hebben partijen de zaak mondeling bepleit en (eveneens mondeling) gere- en gedupliceerd.

2. Inleidende opmerkingen

Inleiding

2.1 In de onderhavige cassatieprocedure rijst opnieuw de vraag naar de verenigbaarheid van het Nederlandse kansspelbeleid met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder het vrij verkeer van diensten (art. 49 EG). Deze vraag werd al eerder aan de Hoge Raad voorgelegd, en wel in een procedure in kort geding tussen Ladbrokes en de Lotto, welke procedure leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM(30). In dat arrest verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep tegen het arrest van het hof Arnhem waarin onder meer was geoordeeld dat het Nederlandse kansspelbeleid, zoals neergelegd in de Wok, niet met het gemeenschapsrecht in strijd is.

2.2 In mijn conclusie voor het arrest van 18 februari 2005 wees ik onder meer op het (op dat moment meest recente) Gambelli-arrest(31), waaruit blijkt dat art. 49 EG mede betrekking heeft op diensten in verband met weddenschappen op sportevenementen die een in een lidstaat gevestigde dienstverrichter via internet aan ontvangers in een andere lidstaat aanbiedt en dat een regeling van laatstbedoelde lidstaat die het onder bedreiging met strafsancties verbiedt om zonder een door die lidstaat verleende concessie of vergunning activiteiten te verrichten op het gebied van het inzamelen, het aannemen, het registreren en het verzenden van voorgestelde weddenschappen op met name sportevenementen, een beperking van het vrij verrichten van diensten zoals door art. 49 EG gewaarborgd, vormen. In HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, heeft het HvJ EG zich mede uitgelaten over de vraag wanneer een dergelijke beperking toelaatbaar kan worden geacht. Zie daarover de volgende overwegingen:

"63. Zoals zowel de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, als de Commissie hebben aangevoerd, heeft het Hof in zijn reeds aangehaalde arresten Schindler, Läärä e.a., en Zenatti er evenwel op gewezen dat de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving van kansspelen en weddenschappen kunnen rechtvaardigen dat de natio-

nale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen, wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde.

64. In elk geval zijn de beperkingen van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten slechts gerechtvaardigd wanneer zij voldoen aan de voorwaarden die in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd (zie met name arresten van 31 maart 1993, Kraus, C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32, en 30 november 1995, Gebhard, C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37).

65. Volgens deze rechtspraak moeten die beperkingen hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang; zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en zij mogen niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. Zij dienen in elk geval zonder discriminatie te worden toegepast."

Het staat blijkens punt 66 van het arrest aan de verwijzende rechter om uit te maken of in het hoofdgeding aan deze voorwaarden is voldaan. Daarbij dient de verwijzende rechter wel rekening te houden met de volgende overwegingen van het HvJ EG:

"67. Ofschoon het Hof in de reeds aangehaalde arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti heeft aanvaard dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, is om te beginnen vereist dat de beperkingen die op dergelijke gronden en op het noodzakelijke voorkómen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken, dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt.

68. Dienaangaande heeft de verwijzende rechter onder verwijzing naar de voorbereidende werken van wet nr. 388/00 opgemerkt dat de Italiaanse staat, om geldmiddelen te verwerven, op nationaal vlak een beleid van sterke uitbreiding van de kansspelen en weddenschappen voert, waarbij hij de concessiehouders van het CONI beschermt.

69. Welnu, wanneer de autoriteiten van een lidstaat de consumenten aansporen en aanmoedigen om deel te nemen aan loterijen, kansspelen of weddenschappen opdat de schatkist er financieel beter van zou worden, kunnen de autoriteiten van deze staat zich niet op de met de beperking van de gelegenheden tot spelen gediende maatschappelijke orde beroepen ter rechtvaardiging van maatregelen als die in het hoofdgeding.

70. Verder dienen de uit de Italiaanse regeling inzake aanbestedingen voortvloeiende beperkingen zonder onderscheid te worden toegepast, in die zin dat zij op dezelfde wijze en aan de hand van dezelfde criteria moeten worden toegepast op in Italië gevestigde marktdeelnemers en op marktdeelnemers uit andere lidstaten.

71. Het staat aan de verwijzende rechter om te onderzoeken of de voorwaarden om mee te dingen naar de aanbesteding voor de concessies voor de exploitatie van weddenschappen op sportevenementen aldus zijn vastgesteld dat in de praktijk Italiaanse marktdeelnemers er makkelijker aan kunnen voldoen dan buitenlandse marktdeelnemers. Indien dit het geval is, voldoen deze voorwaarden niet aan het non-discriminatiecriterium.

72. Ten slotte mogen de uit de Italiaanse wettelijke regeling voortvloeiende beperkingen niet verder gaan dan noodzakelijk is ter bereiking van het nagestreefde doel(...)

(...)

75. Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk beantwoordt aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn."

2.3 Sinds het arrest van 18 februari 2005 hebben zich ontwikkelingen voorgedaan die de materie van het onderhavige cassatieberoep raken. Ik noem de volgende ontwikkelingen.

Rechtspraak; internationaal

2.4 Op 6 maart 2007 heeft het HvJ EG uitspraak gedaan in de gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), Jurispr. 2007, p. I-1891, waarin de bestaande rechtspraak over de verenigbaarheid van beperkingen als gevolg het nationale kansspelbeleid met het gemeenschapsrecht wordt bevestigd(32). In het arrest komt (wederom) het Italiaanse kansspelbeleid aan de orde. Een marktdeelnemer die in Italië een activiteit in de kansspelsector wenst uit te oefenen, moet voldoen aan een nationale wettelijke regeling met de volgende kenmerken: de verplichting om een concessie te verkrijgen, verlening van deze concessies middels een aanbestedingsprocedure waarvan bepaalde soorten marktdeelnemers, met name vennootschappen waarvan de individuele aandeelhouders niet te allen tijde kunnen worden geïdentificeerd, zijn uitgesloten, de verplichting om een vergunning te verkrijgen, en strafrechtelijke sancties in geval van overtreding van de betrokken regeling. Het arrest spitst zich toe op de vraag of de art. 43 en 49 EG zich tegen een regeling met bovengenoemde kenmerken verzetten (rov. 40-41). Daarbij is het (door de verwijzende rechter aangedragen) uitgangspunt dat de Italiaanse wetgever sinds vele jaren in de kansspelsector een expansiebeleid voert met het doel de belastingopbrengsten te verhogen en dat de betrokken regeling niet strekt tot bescherming van de consument, beperking van de goklust van de consument of beperking van het spelaanbod, maar tot het kanaliseren van de kanspelactiviteiten in controleerbare circuits teneinde de exploitatie van deze activiteiten voor criminele doeleinden te voorkomen (punten 16, 54 en 55).

Het HvJ EG heeft in de punten 43-49 zijn bestaande rechtspraak bevestigd en verder onder meer het volgende overwogen:

"52. Met betrekking tot de doelstellingen die deze belemmeringen (de belemmeringen voor de vrijheid van vestiging en het vrij dienstenverkeer als gevolg van de litigieuze regelgeving; LK) kunnen rechtvaardigen, moet in de onderhavige context onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de doelstelling om de gelegenheden tot spelen te beperken en anderzijds, voor zover de kansspelen zijn toegestaan, de doelstelling om de criminaliteit te bestrijden door controle op de in deze sector actieve marktdeelnemers en door kanalisering van de kansspelactiviteiten in aldus gecontroleerde circuits.

53. Wat het eerste type doelstelling betreft, blijkt uit de rechtspraak dat beperkingen van het aantal marktdeelnemers weliswaar in beginsel gerechtvaardigd kunnen zijn, doch dat deze beperkingen in elk geval dienen te beantwoorden aan het streven, de gelegenheden om te spelen daadwerkelijk te verminderen en de activiteiten op dit gebied op samenhangende en stelselmatige wijzen te beperken (zie in die zin, reeds aangehaalde arresten Zenatti, punten 35 en 36, en Gambelli e.a., punten 62 en 67).

54. Volgens de rechtspraak van de Corte suprema di cassazione staat vast dat de Italiaanse wetgever in de kansspelsector een expansiebeleid voert met het doel de belastingopbrengsten te verhogen, en dat er geen rechtvaardiging voor de Italiaanse regeling kan worden ontleend aan de doelstellingen van beperking van de goklust van de consument of van beperking van het spelaanbod.

55. Het is immers het tweede type doelstelling, te weten die welke erop is gericht de exploitatie van kansspelactiviteiten voor criminele doeleinden te voorkomen door deze in controleerbare circuits te kanaliseren, die zowel door de Corte suprema di cassazione als door de Italiaanse regering in haar bij het Hof ingediende opmerkingen wordt gezien als het werkelijke doel van de Italiaanse regeling die in de hoofdzaken aan de orde is. In deze optiek kan een gecontroleerd expansiebeleid in de kansspelsector zeer wel in logisch verband staan met de doelstelling om spelers van clandestiene spelen en weddenschappen, die als zodanig verboden zijn, aan te trekken tot toegestane en gereguleerde activiteiten. Zoals met name de Belgische en de Franse regering hebben opgemerkt, moeten de marktdeelnemers met een vergunning, teneinde deze doelstelling te verwezenlijken, een betrouwbaar, maar tegelijkertijd aantrekkelijk, alternatief bieden voor een verboden activiteit, hetgeen op zich een aanbod van een breed scala aan spelen, reclame van bepaalde omvang en gebruikmaking van nieuwe distributietechnieken kan impliceren.

(...)

57. Een stelsel van concessies kan in deze omstandigheden een doeltreffend mechanisme vormen waarmee de in de kansspelsector actieve marktdeelnemers kunnen worden gecontroleerd met het doel de exploitatie van deze activiteiten voor criminele of frauduleuze doeleinden te voorkomen. Daarentegen beschikt het Hof niet over voldoende feitelijke gegevens om de beperking van het totale aantal concessies, gelet op de uit

het gemeenschapsrecht voortvloeiende vereisten, als zodanig te beoordelen.

58. De verwijzende rechters zullen moeten nagaan of de nationale regeling, voor zover daarbij het aantal in de kansspelsector actieve marktdeelnemers wordt beperkt, daadwerkelijk beantwoordt aan de door de Italiaanse regering aangevoerde doelstelling, te weten de exploitatie van de activiteiten in deze sector voor criminele of frauduleuze doeleinden te voorkomen. Evenzo staat het aan de verwijzende rechters om na te gaan of deze beperkingen voldoen aan de voorwaarden die met betrekking tot de evenredigheid daarvan in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd."

In punt 62 heeft het HvJ EG overwogen:

"Los van de vraag of de uitsluiting van op de gereguleerde markten genoteerde kapitaalvennootschappen feitelijk gelijkelijk geldt voor in Italië gevestigde marktdeelnemers en voor uit andere lidstaten afkomstige deelnemers, gaat deze totale uitsluiting verder dan noodzakelijk is ter bereiking van het doel, te voorkomen dat de in de kansspelsector actieve marktdeelnemers bij criminele en frauduleuze activiteiten worden betrokken. Zoals de advocaat-generaal in punt 125 van zijn conclusie heeft opgemerkt, bestaan er immers andere middelen om de rekeningen en de activiteiten van de marktdeelnemers in de kansspelsector te controleren, waarmee de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten in mindere mate worden beperkt, zoals het inwinnen van informatie over hun vertegenwoordigers of hun grootste aandeelhouders. Deze vaststelling vindt steun in het feit dat de Italiaanse wetgever heeft gemeend die uitsluiting bij de begrotingswet voor 2003 volledig te kunnen afschaffen zonder haar evenwel door andere beperkende maatregelen te vervangen."

Over de strafrechtelijke sancties heeft het HvJ EG geoordeeld:

"70. Geconstateerd moet worden dat personen als verdachten in de hoofdzaken in hun hoedanigheid van exploitanten van DTC's die verbonden waren aan een boekmakervenootschap die op de gereguleerde markten was genoteerd en in een andere lidstaat was gevestigd, de bij de Italiaanse regeling vereiste concessies en vergunningen hoe dan ook niet konden verkrijgen omdat de Italiaanse Republiek de verlening van een vergunning, in strijd met het gemeenschapsrecht, afhankelijk stelt van het bezit van een concessie, en dat deze lidstaat ten tijde van de laatste aanbestedingsprocedure in de hoofdzaken, had geweigerd concessies te verlenen aan op de gereguleerde markten genoteerde vennootschappen. In die omstandigheden mag de Italiaanse Republiek aan personen als verdachten in de hoofdzaken geen strafrechtelijke sancties opleggen omdat zij zonder concessie of vergunning een georganiseerde activiteit van inzameling van weddenschappen hebben uitgeoefend.

71. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de artikelen 43 EG en 49 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling als die welke in de hoofdzaken aan de orde is, op grond waarvan aan personen als verdachten in de hoofdzaken een straf-

rechtelijke sanctie wordt opgelegd omdat zij zonder de in de nationale wettelijke regeling voorgeschreven concessie of vergunning een georganiseerde activiteit van inzameling van weddenschappen hebben uitgeoefend, wanneer deze personen die concessies of vergunningen niet hebben kunnen verkrijgen wegens de met het gemeenschapsrecht strijdige weigering van deze lidstaat om hun deze te verlenen."

2.5 Het HvJ EG oordeelde in nagenoeg gelijke zin als in de zaak Placanica in de eveneens op 6 maart 2007 in de zaken C-395/05, C-397/05, C-466/05 en C-191/06(33) gewezen arresten, die, evenals Placanica, op de verenigbaarheid van de Italiaanse wettelijke regeling inzake kansspelen met het gemeenschapsrecht betrekking hebben.

2.6 Bij het HvJ EG is thans nog een aantal zaken aanhangig, wederom met betrekking tot de verenigbaarheid van nationaal kansspelbeleid met (een of meer vrijheden van) het gemeenschapsrecht. Ik noem de volgende, mij bekende(34), zaken.

In zaak C-409/06 (Winner Wetten)(35), zijn vragen gesteld door de Duitse rechter, die ervan uitgaat dat de betrokken nationale regelingen betreffende een staatsmonopolie inzake sportweddenschappen ongeoorloofde beperkingen van de in de artikelen 43 en 49 EG gegarandeerde vrijheid van vestiging en vrijheid van diensten omvatten, omdat zij niet ertoe bijdragen dat de weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt.

In zaak C-525/06 (Euro Millions)(36) heeft de Belgische rechter de volgende vragen gesteld:

"1. Moet art. 49 EG-Verdrag zo worden uitgelegd dat restrictieve nationale bepalingen, waaronder art. 37 van de wet van 19.04.02, die de toetreding tot de markt van een onderneming met oog op een met winst gerichte verkoop van groepsdeelname formulieren aan Euro Millions belemmeren, alsnog toegelaten zijn rekening houdend met het algemeen belang (voorkomen van geldverkwisting door gokken), in de wetenschap dat

(a) de Nationale Loterij, die van de Belgische Staat een wettelijk monopolie verwierf en daarvoor monopolie-rente betaalt, en die zich ten doel stelt het kanaliseren van de bij de mens aangeboren speelzucht, op regelmatige basis publiciteit maakt voor deelname aan Euro Millions waardoor de speelzucht in werkelijkheid wordt aangewakkerd?

(b) de door de Nationale Loterij regelmatig gevoerde publiciteit en haar verkoopsmethoden marktverruimend werken, waarbij de Nationale Loterij zich laat leiden tot maximeren van de omzet (financiële motieven), in plaats van het kanaliseren van de aangeboren speelzucht van de burger?

(c) minder belemmerende maatregelen, zoals beperking van inzet- en winstmogelijkheden, het beoogde doel, met name het kanaliseren van de aangeboren speelzucht, beter kunnen indijken?

2. Is een restrictieve nationale bepaling, zoals art. 37 van de wet van 19.04.02 die de toetreding tot de markt van een onderneming met oog op een met winst gerichte verkoop van groepsdeelname formulieren aan Euro Millions verhindert, strijdig met de vrijheid van dienst-

verrichting (art. 49 EG-Verdrag), in de wetenschap dat verweerster zelf geen loterij organiseert, doch wel slechts de deelname in groep aan Euro Millions via eigen deelnameformulieren van de Nationale Loterij op winstgevende wijze tracht te organiseren?"

In zaak C-42/07 (Liga Portuguesa de Futebol Profissional)(37), ingeleid door de Portugese rechter, liggen de navolgende vragen voor:

"1) De vraag die rijst, is in wezen of bovengenoemde exclusiviteitsregeling ten gunste van Santa Casa voor Baw, dat wil zeggen een dienstverrichter die is gevestigd in een andere lidstaat, waar hij rechtmatig soortgelijke diensten verricht, zonder dat hij in Portugal over een fysieke vestiging beschikt, een belemmering voor het vrij verrichten van diensten vormt, in strijd met de beginselen van vrije dienstverrichting, vrijheid van vestiging en vrij verkeer van kapitaal, zoals neergelegd in respectievelijk de artikelen 49, 43 en 56 EG-Verdrag.

2) Bijgevolg dient te worden verduidelijkt of het gemeenschapsrecht en, meer in het bijzonder, de genoemde beginselen in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij aan één enkele entiteit het exclusieve recht wordt verleend om loterijspelen en weddenschappen te exploiteren, en wordt bepaald dat deze exclusiviteitsregeling geldt voor "het gehele nationale grondgebied, met inbegrip van [...] internet".

De gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07 (Markus Stoss e.a.)(38), betreffen de activiteiten van bemiddelaars bij via internet te sluiten sportweddenschappen met in het buitenland gevestigde vennootschappen. Deze bemiddelaars handelen zelf zonder de (vereiste) vergunning, maar voeren aan dat hun in het buitenland gevestigde zakenpartners wel over een vergunning beschikken en beroepen zich op de vrijheid van vestiging respectievelijk van dienstverlening. De betrokken Duitse bestuursrechters hebben het HvJ EG de volgende vragen gesteld:

"1. Moeten de artikelen 43 EG en 49 EG aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationaal monopolie op bepaalde kansspelen zoals bijvoorbeeld sportweddenschappen, wanneer in de betrokken lidstaat een samenhangend en stelselmatig beleid ter beperking van kansspelen geheel ontbreekt, in het bijzonder omdat de nationale concessiehouders de deelname aan andere kansspelen - zoals de nationale loterijen en casinospelen - aanmoedigen, en daarnaast andere spelen met hetzelfde of groter vermoede potentieel tot verslavingsgevaar - zoals weddenschappen op bepaalde sportuitslagen (zoals paardenrennen) en gokautomaten - door private dienstverleners mogen worden aangeboden?

2. Moeten de artikelen 43 EG en 49 EG aldus worden uitgelegd dat de vergunningen toegekend door de daarvoor bevoegde overheidsinstanties van de lidstaten voor de organisatie van sportweddenschappen, die niet tot het betrokken nationale grondgebied beperkt zijn, de vergunninghouder en de door hem gemachtigde derden toestaan om zonder de eis van aanvullende nationale

vergunningen ook op het gebied van de andere lidstaten het betreffende aanbod tot sluiting van overeenkomsten mogen doen en deze mogen doen en deze mogen sluiten?"

De betekenis van (het ontbreken van) in de lidstaat van vestiging van de aanbieder van de kansspelen reeds geboden waarborgen, de toelaatbaarheid van een monopolie in het licht van bij de nationale rechter levende aarzelingen over de gerechtvaardigheid van het nationale kansspelbeleid en aspecten van de procedure tot vergunningverlening zijn ook aan de orde in recentelijk door de Duitse rechter gestelde vragen in zaak C-46/08 (Carmen Media Group)(39):

"1. Moet artikel 49 EG aldus worden uitgelegd dat voor het beroep op de vrijheid van dienstverrichting is vereist dat de dienstverrichter volgens de bepalingen van de lidstaat waar hij is gevestigd, de dienst ook daar mag verrichten - in casu: beperking van de Gibraltareense kansspelvergunning tot "offshore bookmaking"?"

2. Moet artikel 49 EG aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een staatsmonopolie op weddenschappen op sportevenementen en loterijen (met niet slechts een gering verslavingspotentieel), dat voornamelijk op de bestrijding van gokverslaving is gebaseerd, wanneer in deze lidstaat andere kansspelen met een aanzienlijk verslavingspotentieel door particuliere dienstverrichters mogen worden aangeboden en de uiteenlopende wettelijke regelingen van weddenschappen op sportevenementen en loterijen enerzijds en andere kansspelen anderzijds berusten op de verschillende wetgevende bevoegdheid van de deelstaten en de bondsstaat?"

Indien vraag b bevestigend wordt beantwoord:

3. Moet artikel 49 EG aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die de organisatie en het aanbieden van kansspelen, ook wanneer is voldaan aan de wettelijk vastgestelde vergunningsvoorwaarden, aan de beoordelingsvrijheid van de vergunningverlenende instantie overlaat?"

4. Moet artikel 49 EG aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die de organisatie en het aanbieden van kansspelen via internet verbiedt, in het bijzonder wanneer tegelijk - zij het voor een overgangperiode van één jaar - de organisatie en aanbidding ervan via internet, met inachtneming van de bepalingen inzake bescherming van de jeugd en de spelers, wordt toegestaan bij wijze van evenredigheidscorrectie ten behoeve van twee ondernemingen die tot dusver vrijwel uitsluitend via internet spelen aanboden, in staat te stellen over te schakelen op door het Staatsverdrag toegelaten distributiekanaalen?"

Ten slotte wijs ik op de recente vragen in zaak C-64/08 (Engelmann)(40) van de Oostenrijkse rechter, die niet van het bestaan van een samenhangend en stelselmatig nationaal kansspelbeleid lijkt te zijn overtuigd:

"1. Dient artikel 43 EG (Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap in de versie van 2 oktober 1997, laatst gewijzigd naar aanleiding van de toetreding van de Republiek Bulgarije en van Roemenië tot de Europese Unie op 25 april 2005, Pb L 157, van 21 juni 2005) aldus te worden uitgelegd dat het in de weg staat

aan een bepaling op grond waarvan kansspelen in casino's alleen mogen worden geëxploiteerd door vennootschappen op aandelen die gevestigd zijn op het grondgebied van de lidstaat waar het casino is gelegen, en die derhalve verplicht tot de oprichting of de overname van een in de genoemde lidstaat gevestigde kapitaalvennootschap?"

2. Dienen de artikelen 43 EG en 49 EG aldus te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationaal monopolie op bepaalde kansspelen, bijvoorbeeld kansspelen in casino's, wanneer in de betrokken lidstaat helemaal geen sprake is van een samenhangend en stelselmatig beleid van inperking van kansspelen, aangezien organisatoren met een door de lidstaat verleende vergunning aanzetten tot deelname aan kansspelen - zoals door de overheid georganiseerde sportwedenschappen en loterijen - en hiervoor reclame maken (televisie, kranten, tijdschriften), waarbij de reclame zelfs zo ver gaat dat net voor de lottotrekking een bon voor de terugbetaling van een lottoformulier wordt aangeboden ("TOI TOI TOI" - Glaub'ans Glück)?"

3. Dienen de artikelen 43 EG en 49 EG aldus te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een bepaling op grond waarvan alle door de nationale wettelijke regeling inzake kansspelen voorgeschreven vergunningen voor kansspelen en casino's voor een tijdvak van vijftien jaar worden toegekend, op basis van een regeling die concurrenten uit de Gemeenschap (die geen staatsburger van die lidstaat zijn) uitsluit van de aanbesteding?"

2.7 Naast uitspraken van het HvJ EG zijn er over de toelaatbaarheid van nationaal kansspelbeleid ook uitspraken van het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: het EVA-Hof), waarmee het HvJ EG in zijn eigen rechtspraak rekening houdt(41).

In de hierna nog te bespreken vijfde voortgangsrapportage over het kansspelbeleid van 13 juli 2007(42) wordt melding gemaakt van de uitspraak van het EVA-Hof van 14 maart 2007, zaak E-1/06 (EVA Toezichthoudende Autoriteit/Noorwegen), over het Noorse speelautomatenmonopolie. Het EVA-Hof sauveerde dat monopolie, omdat het bijdraagt aan een coherent en systematisch kansspelbeleid en een proportioneel middel vormt om de gestelde doelen te bereiken. Voorts vond het Hof dat de financiële consequenties van de voorgestelde regeling niet als doel, maar hooguit als gunstig neveneffect kunnen worden gezien.

Verder kan nog worden gewezen op een uitspraak van het EVA-Hof van 30 mei 2007, zaak E-3/06 (Ladbrokes/Noorwegen), waarin het EVA-Hof een regime van exclusieve rechten accepteerde, ook voor zover dat in de weg staat aan legaal aanbod vanuit het buitenland. Het EVA-Hof overwoog:

"87. The answer to the fifth question must therefore be that under Article 36 EEA, to the extent the national court concludes that the exclusive rights systems established under the Gaming Act and the Totalisator Act constitute lawful restrictions, the host State has the right to prohibit the provision and marketing of games

of chance from abroad, no matter whether or not these are lawful in their State of origin. Further, to the extent the national court concludes that the exclusion of commercial operators under the Lottery Act constitutes a lawful restriction on the free movement of services, national authorities may correspondingly prevent commercial operators from providing and marketing games of chance from abroad."

Rechtspraak; nationaal

2.8 Ook in Nederland zijn relevante rechterlijke uitspraken gedaan. In de eerste plaats wijs ik op Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State (hierna: AbRvS) 14 maart 2007, AB 2007, 212, m.nt. J.H. Jans, waarin het ging om een geschil naar aanleiding van de weigering door de minister van Justitie (mede handelend namens de minister van Economische Zaken) om aan Compagnie Financière Régionale B.V. (verder: CFR) een vergunning te verlenen voor het organiseren van een speelcasino te Bergen op Zoom. De vergunningaanvraag van CFR was afgewezen omdat art. 27h lid 1 Wok slechts vergunningverlening aan één rechtspersoon toelaat en Holland Casino reeds vergunninghouder is. De minister van Justitie en Holland Casino kwamen op tegen de beslissing van de rechtbank Breda, waarin de beslissing op bezwaar wegens een gebrekkige motivering was vernietigd. De rechtbank oordeelde dat art. 27h lid 1 Wok een beperking vormt op art. 49 EG en dat onvoldoende is gebleken dat is voldaan aan de in de rechtspraak van het HvJ EG uiteengezette voorwaarden die een dergelijke beperking kunnen rechtvaardigen (rov. 2.3). Volgens de AbRvS kunnen het reguleren en beheersen van kansspelen, met als doel het beschermen van de consument, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit en het tegengaan van gokverslaving, als dwingende redenen van algemeen belang in de zin van de jurisprudentie van het HvJ EG worden aangemerkt, terwijl het wettelijke stelsel van art. 27h lid 1 Wok geen discriminatie naar nationaliteit inhoudt (rov. 2.6.1). De AbRvS heeft (in verband met de te stellen eisen van geschiktheid en proportionaliteit) geoordeeld dat de vergunningverlening voor onbepaalde duur niet ertoe leidt dat de toegang tot de Nederlandse casinomarkt blijvend is afgesloten (rov. 2.6.2.3)(43). Voorts heeft zij in herinnering gebracht dat de lidstaten ten aanzien van het kansspelbeleid over beoordelingsvrijheid beschikken, waaruit volgt dat de nationale autoriteiten dienen te beoordelen of het voor het aldus nagestreefde doel noodzakelijk is activiteiten van die aard geheel of gedeeltelijk te verbieden dan wel die activiteiten slechts te beperken en met het oog daarop meer of minder strenge controlemaatregelen treffen. Zie rov. 2.6.2.4, derde volzin e.v.:

"Gelet hierop, komt de Afdeling tot het oordeel dat een éénvergunningstelsel zoals neergelegd in artikel 27h, eerste lid, van de WoK in beginsel een geschikt middel is om de gestelde doelen te weten: het beschermen van consumenten, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit, alsmede het tegengaan van gokverslaving, te bereiken. De omstandigheid dat ook andere maatregelen (...) geschikt zouden kunnen zijn, doet daar op

zichzelf niet aan af. Een stelsel met één vergunninghouder, die slechts een beperkt aantal casino's mag exploiteren, is in ieder geval geschikt om bedoelde activiteiten te beperken.

Naar het oordeel van de Afdeling is voorts aannemelijk geworden dat het feit dat artikel 27h van de WoK slechts één vergunninghouder toelaat, niet alleen in hoge mate de controle op die vergunninghouder vereenvoudigt - waardoor deze controle effectiever zal kunnen zijn -, maar ook voorkomt dat concurrentie tussen vergunninghouders ontstaat. Het standpunt van de Minister dat in een stelsel met meer vergunninghouders elke vergunninghouder zich zal inspannen om, met het doel zijn eigen winst te maximaliseren, zo veel mogelijk klanten te trekken, waardoor de kans aanzienlijk is dat door wervende maatregelen niet alleen de klantenkring, maar ook de gokverslaving zich uitbreidt, komt de Afdeling niet onaannemelijk voor."

En verder rov. 2.6.2.5:

"Ten aanzien van de uitvoering van die beleid in praktijk onderkent de Afdeling dat, zoals CFR terecht aanvoert, hieraan aspecten zijn verbonden die op zichzelf bezien mogelijk minder goed passen in de doelstellingen van een terughoudend kansspelbeleid, zoals een toename van het aantal vestigingen en het hanteren van een ruim reclamebudget. De Afdeling is echter van oordeel dat deze aspecten tegen de achtergrond van het Nederlandse kansspelbeleid als geheel dienen te worden bezien. In Nederland is geen sprake van een absoluut verbod op casinospelen, maar is sprake van het reguleren en beheersen van kansspelen en het kanaliseren van speelzucht. Dat brengt mee dat, naast beperkende maatregelen, ook maatregelen getroffen zijn om gokactiviteiten te kanaliseren, zodat deze beheersbaar worden. In hetgeen in de procedure door partijen naar voren is gebracht, vindt de Afdeling onvoldoende aanleiding om aannemelijk te achten dat de verschillende maatregelen de grenzen van een samenhangend en stelselmatig beleid, in de zin van punt 67 van het arrest Gambelli, en zoals ook aan de orde was in het arrest Placanica, punten 52 tot en met 58, te buiten zouden gaan."

Over het financiële belang van de Staat bij de opbrengsten van casinospelen overwoog de AbRvS:

"2.6.2.6. Wat betreft het financiële belang van de Staat bij de opbrengsten van casinospelen wijst de Afdeling erop dat dit belang niet alleen voortvloeit uit de banden tussen Holland Casino en de overheid, maar ook reeds voortvloeit uit artikel 27h, tweede lid, van de WoK, dat bepaalt dat de opbrengst van de speelcasino's - na aftrek van de prijzen en kosten - ten bate van de schatkist strekt. Dit brengt naar het oordeel van de Afdeling mee, dat dit financiële belang in het wettelijke stelsel losstaat van de banden die de overheid met Holland Casino heeft. Het enkele feit dat de overheid daarmee een financieel belang krijgt bij de exploitatie van legale kansspelen, brengt op zichzelf nog niet mee, dat dit financiële belang meer zou zijn dan een gunstig neveneffect van het restrictieve beleid. In hetgeen door partijen naar voren is gebracht ziet de Afdeling onvol-

doende aanleiding om aan te nemen dat dit in werkelijkheid anders zou zijn."

De AbRvS kwam (in rov. 2.6.2.7) tot het eindoordeel dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de beperking die art. 27h lid 1 Wok op (de vrijheid van vestiging en) het vrij verkeer van diensten vormt, in het licht van de stand van de jurisprudentie van het HvJ EG, niet zou zijn gerechtvaardigd, en heeft daaraan de conclusie verbonden dat art. 27h lid 1 Wok niet onverbindend is.

2.9 Korte tijd later heeft de AbRvS (18 juli 2007, AB 2007, 302, m.nt. J.H. Jans) opnieuw moeten oordelen over de verenigbaarheid van het Nederlandse kansspelbeleid (in het bijzonder art. 3 lid 1 Wok) met het gemeenschapsrecht, ditmaal naar aanleiding van de afwijzing door de minister van Justitie van het verzoek van de in Duitsland woonachtige Schindler om te mogen optreden als tussenpersoon bij de verkoop van loten voor buitenlandse maar uit EG-landen afkomstige loterijen en de weigering van een vergunning voor het organiseren van een zelfstandige loterij. De vergunning voor het organiseren van een zelfstandige loterij is door de minister afgewezen op de grond dat volgens het restrictieve kansspelbeleid (zoals uiteengezet in de derde voortgangsrapportage kansspelen van 10 februari 2005, Kamerstukken II 2004/05, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47) geen vergunningen voor nieuwe loterijen kunnen worden afgegeven. Volgens de minister is voorts uit onderzoek gebleken dat aan nieuwe loterijen geen behoefte bestaat (rov. 2.4). Dit keer had de AbRvS bedenkingen bij het daadwerkelijk restrictieve karakter van het door de minister van Justitie gevoerde kansspelbeleid. Zie de volgende rechtsoverwegingen:

"2.5.5. De Afdeling stelt voorop dat artikel 3, eerste lid, van de Wks (de Wok; LK) er als zodanig niet aan in de weg staat dat aan appellant een vergunning wordt verleend ten behoeve van een landelijke loterij. De (...) grondslag van het restrictieve beleid van de Minister, namelijk het reguleren en beheersen van kansspelen met het doel het beschermen van de consument, biedt vanaf medio 1992 evenwel voldoende rechtvaardiging voor diens algemene standpunt dat niet ongelimiteerd vergunningen op de voet van deze bepaling kunnen worden verleend. De Minister heeft er terecht op gewezen dat hij bij een onbeperkt aantal aanbieders van goede doelenloterijen de greep op de markt zou verliezen, hetgeen het belang van de bescherming van de consument niet ten goede zou komen.

2.5.6. Niet valt echter in te zien in hoeverre dit belang en het daarop gebaseerde beleid voldoende grondslag bieden voor de weigering van de onderhavige vergunning. Dat het uitsluiten in 2005 van een enkele extra aanbieder, naast de in de periode 1988-1992 toegelaten nationale postcodeloterij, de bankgiroloterij en de sponsorloterij, alsmede de in de Wks geregelde kansspelen met een landelijk bereik, geschikt en proportioneel zou zijn om de greep op de markt niet te verliezen, is door de Minister niet aannemelijk gemaakt.

2.5.7. In dit verband is van belang dat het restrictieve beleid van de Minister inzake kansspelen er niet aan in

de weg heeft gestaan dat aan de bestaande vergunninghouders uitbreiding van het aantal trekkingen van bestaande loterijen is toegestaan, alsmede verhoging van het toegestane omzetbedrag, en dat door de bestaande vergunninghouders nog immer in grote mate marketingactiviteiten worden verricht. Voorts kan worden gewezen op de geplande uitbreiding van het aanbod als gevolg van het wetsvoorstel tot wijziging van de Wks houdende tijdelijke bepalingen met betrekking tot kansspelen via internet (Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 362, nr. 2) en op het voornemen van de Minister, zoals blijkt uit de meergenoemde derde voortgangsrapportage kansspelen, om op basis van artikel 3 aan vijf organisaties, die al lange tijd een jaarlijkse vergunning krijgen voor het organiseren van incidentele loterijen, te weten het Koningin Wilhelmina Fonds, de Nationale Grote Clubactie, de Nationale Vereniging de Zonnebloem, Scouting Nederland en de Stichting Nationaal Jeugd Fonds, een gezamenlijke (semi)permanente vergunning te verlenen.

2.5.8. Voor zover de Minister er in zou slagen aannemelijk te maken dat er gegronde redenen zijn om niet meer dan de drie bestaande houders van (semi)permanente vergunningen op basis van artikel 3 van de Wks toe te laten, valt voorts niet in te zien dat die vergunningen, die telkens voor een periode van vijf jaar worden verleend, en die wat betreft de postcodeloterij, bankgiroloterij en de sponsorloterij aflopen op respectievelijk 31 december 2007, 30 april 2008 en 31 december 2010, telkens aan dezelfde vennootschappen als de huidige, worden verleend. Ter zitting heeft de Minister bevestigd dat thans bij de verlening van deze vergunningen, noch bij de elders in de wet geregelde vergunningen voor kansspelen, die met uitzondering van die voor de staatsloterij en casinospelen eveneens telkens voor een periode van vijf jaar worden verleend, enige vorm van aanbesteding plaatsvindt. Dit kan, in het licht van de in de jurisprudentie van het Hof gestelde eisen van geschiktheid en proportionaliteit, zoals verwoord in de arresten [...] en [...], niet worden gerechtvaardigd door de verwijzing naar het belang van het houden van greep op de markt, nu dit belang voldoende wordt gediend door de vergunningverlening aan objectieve criteria te binden, waarbij elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan kan meedingen.

2.5.9. Voor zover de Minister heeft gewezen op het spanningsveld in het beleid, dat niet alleen op betuiging van het aanbod gericht kan zijn, maar ook, ter voorkoming van het ontstaan van illegale activiteiten, ruimte moet bieden aan nieuwe ontwikkelingen door middel van een uitgebreider legaal aanbod, overweegt de Afdeling als volgt. Dit standpunt sluit niet uit dat binnen het bestaande stelsel van uiteenlopende vergunninghouders, als geschetst onder overweging 2.5.4, ruimte is voor de loterij waarvoor appellant vergunning heeft gevraagd. De enkele verwijzing in de beslissing op bezwaar van 25 juli 2005 naar de conclusie uit het in 2002-2003 uitgevoerde onderzoek dat aan een andere goede doelenloterij geen behoefte zou bestaan (Tweede

Kamer 2002-2003, 23 036, nr. 287), is, nog afgezien van de vraag of dit onderzoek in een snel evoluerende markt ook twee jaar nadien nog representatief kan worden geacht, onvoldoende om de weigering van de onderhavige vergunning te kunnen dragen."

Hieruit volgt dat de minister van Justitie niet aannemelijk heeft gemaakt dat het door hem gevoerde kansspelbeleid een geschikt en proportioneel middel is om de uit de weigering van de gevraagde vergunning voortvloeiende beperkingen van het vrij verkeer van diensten te rechtvaardigen. De beslissing op bezwaar van de minister van Justitie, voor zover betrekking hebbend op de weigering van de vergunning, is volgens de AbRvS dan ook in zoverre onvoldoende gemotiveerd. Dit leidt tot het volgende eindoordeel:

"2.7. (...) Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 25 juli 2005 van de Minister alsnog gegrond verklaren en dit besluit, voor zover betrekking hebbend op de geweigerde vergunning voor een zelfstandige loterij, vernietigen. De Minister dient met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen opnieuw op het bezwaar te beslissen."

2.10 Blijkens een artikel in de NRC van 9 februari 2008 ("Europese hof buigt zich over gokwet") is de AbRvS voornemens prejudiciële vragen te stellen in een aanhangig hoger beroep in een geschil tussen Betfair en de Staat (zie ook rechtbank Den Haag 8 december 2006, LJN AZ6335)(44). Inzet van dat geschil is, nog steeds blijkens genoemd artikel, onder meer de vraag of een gokbedrijf met een vergunning in de ene lidstaat in een andere lidstaat mag worden geweigerd en of het regime van automatische verlenging van de vergunningen van de huidige (één)vergunninghouders voor de betrokken kansspelen met uitsluiting van andere aanbieders zich met het gemeenschapsrecht verdraagt. De AbRvS heeft tot op de dag van deze conclusie op het bedoelde hoger beroep nog geen uitspraak gedaan.

2.11 Ten slotte vermeld ik dat ook in de feitenrechtspraak de problematiek van het nationale kansspelbeleid nog volop aan de orde is. Zo bevestigde de rechtbank Utrecht in een vonnis van 19 maart 2008 naar aanleiding van een daartegen gedaan verzet het op 5 oktober 2007 door de voorzieningenrechter van die rechtbank in kort geding gewezen vonnis, waarbij het de gedaagde partijen Unibet International, Unibet Group en Unibet Antigua op vordering van de Lotto werd geboden om met onmiddellijke ingang deelname aan kansspelen en sportprijsvragen via internet of anderszins, die op enigerlei wijze rechtstreeks door die partijen of door middel van een op enigerlei wijze met hen verbonden (rechts)persoon zonder vergunning in Nederland worden aangeboden, voor ingezetenen in Nederland onmogelijk te maken(45).

Overig

2.12 Ook buiten het gebied van de rechtspraak hebben zich enkele vermeldenswaardige ontwikkelingen voorgedaan.

2.13 Zo is op 14 november 2005 bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de kans-

spelen houdende tijdelijke bepalingen met betrekking tot kansspelen via internet (30 362) ingediend(46). Het wetsvoorstel beoogt bij wijze van proef het organiseren van kansspelen via internet mogelijk te maken (de huidige Wok voorziet daarin niet), waarmee een legaal en betrouwbaar alternatief zou moeten ontstaan voor niet-gereguleerde (illegale) kansspelsites. De memorie van toelichting(47) omschrijft het doel van het wetsvoorstel als volgt: "Om beheerst en gecontroleerd ervaring op te doen met kansspelaanbod via internet en inzicht te krijgen in de effecten daarvan zal een proef plaatsvinden met het legaal organiseren van kansspelen via internet met een beperkt aanbod van kansspelen via internet door één aanbieder." Bij de behandeling in de Tweede en Eerste Kamer is meermaals aandacht gevraagd voor de vraag naar de verenigbaarheid van het wetsvoorstel met (de vrijheden van) het gemeenschapsrecht. De minister van Justitie heeft zich op het standpunt gesteld dat het wetsvoorstel verenigbaar is met art. 49 EG, omdat de beperking op het vrij verkeer van diensten die uit het voorstel voortvloeit, past binnen de door het HvJ EG voor een rechtvaardiging daarvan aangegeven kaders(48). Op 1 april 2008 is het wetsvoorstel door de Eerste Kamer verworpen, echter niet op de grond dat de Eerste Kamer (op grond van Europeesrechtelijke overwegingen) een liberalisatie van via internet aangeboden kansspelen zou voorstaan(49).

2.14 Los van het hiervoor (onder 2.13) genoemde wetsvoorstel is een algehele herziening van de Wok in voorbereiding. Op de website van het Ministerie van Justitie is inmiddels een voorontwerp van een nieuwe Wet op de kansspelen gepubliceerd(50).

2.15 Op 15 februari 2006 is de gedrags- en reclamecode kansspelen in werking getreden(51). Het doel van de gedrags- en reclamecode kansspelen is te komen tot een restrictiever wervings- en reclamebeleid van kansspelvergunninghouders. Het toezicht op de naleving van de code berust bij de Reclame Code Commissie. De minister van Justitie schrijft in zijn brief ter aanbieding van de gedrags- en reclamecode aan de Tweede Kamer dat "(d)e kansspelvergunninghouders verwachten dat de dalende trend in de reclame-uitgaven voor 2004 ten opzichte van 2002 (minus 9%) zich in 2005 zal doorzetten. Zij hebben de intentie deze trend ook voor volgende jaren voort te zetten." De gedrags- en reclamecode kansspelen zal worden geëvalueerd; zo nodig zal de code naar aanleiding van deze evaluatie worden aangescherpt(52).

2.16 Op 13 juli 2007 heeft de minister van Justitie de vijfde voortgangsrapportage over het kansspelbeleid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer aangeboden(53). Daarin omschrijft de minister (onder 3) het doel van het kansspelbeleid als: "het reguleren en beheersen van kansspelen, met bijzondere aandacht voor het tegengaan van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit."

In de rapportage wordt onder meer herinnerd aan de op 17 november 2005 aan de Tweede Kamer aangeboden resultaten van een grootschalig onderzoek naar aard en omvang van kansspelverslaving in Nederland(54),

waaruit blijkt dat het aantal verslaafden op circa 40.000, en het aantal risicospelers op ongeveer 76.000 moet worden geschat. Volgens de voortgangsrapportage baren deze cijfers, hoewel zij een positiever beeld vertonen dan eerdere ramingen, zorgen. De problemen waarmee kansspelverslaafden en hun directe omgeving kampen en de daaraan gerelateerde gevolgen op sociaal-maatschappelijk en justitieel gebied vergen volgens de voortgangsrapportage een actieve voortzetting van het preventiebeleid ter voorkoming en beperking van kansspelverslaving.

Ook wordt in de rapportage (onder 5) ingegaan op de Europeesrechtelijke ontwikkelingen. Ondanks de in april 2006 aan een zevental lidstaten (waaronder Nederland) gezonden "letters of formal notice" (zie daarover nader onder 2.17), komt de minister van Justitie in de voortgangsrapportage tot de conclusie dat "(...) kan worden vastgesteld dat het Nederlandse kansspelbeleid in lijn is met het Europese recht."(55)

2.17 Zoals hiervóór (onder 2.16) al aan de orde kwam, heeft de Europese Commissie in april 2006 een zevental lidstaten een ingebrekestelling gezonden. In de ingebrekestelling, gericht aan de Nederlandse regering, heeft de Commissie betoogd dat de Wok, althans een aantal bepalingen daarvan, met art. 49 EG in strijd is. Volgens de Commissie overtreedt Nederland het gemeenschapsrecht door beperkingen op te leggen ter zake van het bieden van gelegenheid tot en het bevorderen van deelneming aan kansspelen, tenzij de bevoegde autoriteiten hiervoor op grond van de Wok een vergunning hebben verleend, óók als de beoogde aanbieder van kansspelen in een andere lidstaat is gevestigd en daar reeds over een vergunning beschikt. In haar schriftelijke reactie van 12 juli 2006(56) merkt de Nederlandse regering onder andere op dat de wijze van regulering van kansspelen tot de beleidsruimte van de lidstaten behoort en dat de beperkingen op het vrij verkeer van diensten als gevolg van het Nederlandse kansspelvergunningstelsel binnen de door het HvJ EG aangegeven kaders passen. Voorts is de Nederlandse regering van oordeel dat deze beperkingen noodzakelijk en evenredig zijn en dat van een samenhangende en stelselmatige wijze van regulering van kansspelen in Nederland sprake is.

In maart 2007 heeft de Europese Commissie de Nederlandse regering een aanvullende aanmaningsbrief gezonden. Daarin wordt herhaald dat Nederland met het gevoerde kansspelbeleid in strijd met art. 49 EG handelt. Hierop is door de minister van Justitie gereageerd bij brief van 13 juli 2007(57). In zijn reactie blijft de minister van Justitie benadrukken dat de Nederlandse wetgeving en de toepassing ervan in overeenstemming zijn met art. 49 EG en dat van strijdigheid met het gemeenschapsrecht geen sprake is.

Op 28 februari 2008 heeft de Europese Commissie het in art. 226 EG bedoelde, met redenen omklede advies aan de Nederlandse regering uitgebracht. Indien het advies niet binnen de gestelde termijn (van twee maanden) wordt opgevolgd, kan de Commissie de zaak bij het HvJ EG aanhangig maken (art. 226, tweede volzin, EG). Het met redenen omklede advies is niet

openbaar gemaakt. In het ter zake door de Commissie uitgegeven persbericht(58) wordt onder meer het volgende opgemerkt:

"Het besluit van de Commissie om een onderzoek in te stellen naar de verenigbaarheid van de betrokken maatregelen met de EU-wetgeving is gebaseerd op klachten van een aantal aanbieders van kansspeldiensten en op door de diensten van de Commissie ingewonnen informatie.

De klachten tegen Griekenland houden verband met het feit dat aanbieders aan wie in een andere lidstaat op wettelijk voorgeschreven wijze vergunning is verleend, in Griekenland geen sportwedenschappen en andere kansspelen mogen aanbieden. Er bestaan ook restricties ten aanzien van het promoten van of reclame maken voor de diensten in kwestie en de deelname van Griekse burgers aan kansspelen.

Het onderzoek tegen Nederland heeft alleen betrekking op het aanbieden van en het bevorderen van deelneming aan sportprijsvragen.

Het Europees Hof van Justitie heeft in het verleden ten aanzien van de beperking van gokactiviteiten al gesteld dat restricties ter bescherming van het algemeen belang, zoals consumentenbelangen, alleen op "samenhangende en stelselmatige" wijze mogen worden toegepast. Een lidstaat kan dus niet aanvoeren dat burgers van gokken moeten worden afgehouden en hen er tegelijkertijd toe aanzetten mee te doen aan staatsloterijen, kansspelen of wedenschappen die de eigen schatkist spekken.

Volgens de Commissie tonen de recente invoering in zowel Griekenland als Nederland van nieuwe verslavende kansspelen, de intensieve en toenemende reclame voor kansspelen en de afwezigheid van concrete maatregelen ter bestrijding van gokverslaving duidelijk aan dat er geen sprake is van een samenhangende en stelselmatig beleid dat erop gericht is de gelegenheden tot gokken echt te beperken."

In zijn brief aan de Eerste Kamer van 4 maart 2008(59) merkt de minister van Justitie daarover op:

"Op 28 februari 2008 heeft de Commissie een met redenen omkleed advies uitgebracht, waarop Nederland binnen twee maanden kan reageren. Van die reactie zal ik u een afschrift doen toekomen."

En, mede naar aanleiding van recente ingebrekestellingen van Zweden en Duitsland(60):

"De kritiek van de Commissie richt zich over het algemeen niet zozeer op het al dan niet bestaan van legaal aanbod in een lidstaat zelf, maar vooral op het niet accepteren van legaal buitenlands aanbod. Niet uitgesloten moet worden dat het uitgangspunt van wederzijdse erkenning ook weer ten grondslag ligt aan de nieuwe ingebrekestellingen. In dat geval is de kans reeel dat het legale alternatief voor kansspelen via internet in Zweden en het totaalverbod voor kansspeelaanbod via internet in Duitsland op basis van dezelfde argumenten door de Commissie worden betwist.

Beginsel van wederzijdse erkenning

De nieuwe ingebrekestellingen voor Zweden en Duitsland lijken er dus eens te meer op te duiden dat de Commissie pas genoeg zal nemen met wetgeving

waarin de erkenning van legaal buitenlands aanbod het uitgangspunt is.

In het onderhavige wetsvoorstel is dit niet het geval. Mijns inziens is er echter bij de huidige stand van de Hofjurisprudentie geen enkele aanwijzing dat het beginsel van wederzijdse erkenning een rol speelt bij de regulering van kansspelen. Dit standpunt heb ik ook ingenomen in mijn reacties op de ingebrekestellingen aan de Commissie, die beide in afschrift aan de Tweede Kamer zijn gestuurd (Kamerstukken II 2005/06, 24 557, nr. 74 en Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 77).

Het Hof heeft in al zijn uitspraken de nationale beleidsruimte van de lidstaten om een kansspelbeleid te voeren steeds voorop gezet. De benadering van de Commissie dat buitenlands legaal aanbod erkend dient te worden, leidt tot ondermijning van de beleidsruimte van de lidstaten, alleen al omdat de omvang van het aanbod dan niet meer beperkt kan worden als aanbod uit andere lidstaten moet worden toegestaan. Het tijdelijke karakter van de in het wetsvoorstel vervatte proef brengt mee dat met een eventuele andersluidende jurisprudentie van het Hof tijdig rekening kan worden gehouden."

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 Ladbrokes heeft één middel van cassatie voorgesteld. Dat middel omvat negen onderdelen, genummerd I t/m IX.

3.2 Onderdeel I keert zich tegen rov. 4.3, waarin het hof de vraag naar de strijdigheid van het handelen van Ladbrokes met art. 1, aanhef en onder a, Wok als volgt heeft beoordeeld:

"In het onderhavige hoger beroep is de meest ver strekkende vraag of Ladbrokes door op haar website www.ladbrokes.com kansspelen aan te bieden, in strijd met artikel 1, aanhef en onder a, Wok handelt, meer in het bijzonder of Ladbrokes door de wijze waarop zij vanuit het Verenigd Koninkrijk via internet op haar voornoemde website kansspelen aanbiedt, handelt in strijd met het verbod als vervat in die bepaling om in Nederland "gelegenheid te geven" tot deelneming aan kansspelen. Bij de beoordeling van deze vraag - die bevestigend moet worden beantwoord - stelt het hof voorop dat doel en strekking van die bepaling tot een ruime uitleg van dat begrip nopen. De verwezenlijking van de aan deze bepaling ten grondslag liggende doelstellingen zou ernstig worden bemoeilijkt wanneer de vanuit Nederland geopende mogelijkheid tot deelneming aan kansspelen via internet wel en de vanuit het buitenland geopende, mede op potentiële deelnemers in Nederland gerichte mogelijkheid tot deelneming aan kansspelen via internet niet zou kunnen worden gekwalificeerd als gelegenheid geven in de zin van art. 1, aanhef en onder a, Wok. Voorts moet in aanmerking worden genomen dat - naar (ook) in de onderhavige procedure is komen vast te staan - software is ontwikkeld die de aanbieder van kansspelen via internet in staat stelt deelneming aan kansspelen vanuit bepaalde landen onmogelijk te maken. Gelet op dit een en ander moet worden aanvaard dat van hier te lande gelegenheid geven in evenbedoelde zin sprake is wanneer via internet door middel van een mede op Nederland ge-

richte website de toegang tot kansspelen wordt geboden aan potentiële deelnemers in Nederland en dezen via hun computer rechtstreeks aan het spel kunnen deelnemen, dat wil zeggen zonder dat andere handelingen zijn vereist dan die op de computer kunnen worden verricht. In dit verband is voldoende dat de website waarop de gelegenheid tot deelneming wordt geboden niet met gebruikmaking van de hiervóór bedoelde software de deelneming aan kansspelen onmogelijk maakt en blijkens haar inrichting mede is gericht op potentiële deelnemers in Nederland, hetgeen reeds het geval is indien Nederland is vermeld in een op de website voorkomende lijst van landen van waaruit aan de aangeboden kansspelen kan worden deelgenomen. Bij het voorgaande is zonder belang vanuit welk land de kansspelen worden georganiseerd, waar de kansspelovereenkomst tot stand komt en welk recht op de kansspelovereenkomst van toepassing is (vgl. HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404)."

3.3 Het onderdeel betoogt (onder 1) dat het hof aldus rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd heeft geoordeeld, omdat de door het hof gegeven uitleg van de Wok (c.q. het op die uitleg gebaseerde bevel van de rechtbank) aan een ingezetene van Nederland de mogelijkheid onthoudt door middel van internet in het Verenigd Koninkrijk ter zake van een daar georganiseerd kansspel een kansspelovereenkomst aan te gaan en zulks met art. 49 EG in strijd is. Volgens het onderdeel (onder 2) dient de nationale rechter zich te onthouden van een uitleg van nationale wetgeving die met het gemeenschapsrecht (en meer in het bijzonder met art. 49 EG) in strijd is, en is dit slechts dan anders, als zulk een uitleg (absoluut) noodzakelijk is om dwingende redenen van algemeen belang. Voor het geval het hof heeft geoordeeld dat zijn uitleg niet met art. 49 EG conflicteert, betoogt het onderdeel (onder 3) dat het oordeel van het hof niet of onvoldoende is gemotiveerd, hetgeen te meer zou klemmen in het licht van de in de cassatiedagvaarding onder (i)-(xxxv) opgesomde feiten en omstandigheden.

3.4 Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden.

Mede gelet op de drie, in rov. 4.2 onderscheiden vragen, heeft het hof zich in rov. 4.3 beperkt tot de vraag waartoe art. 1, aanhef en onder a, Wok, louter en alleen bezien in zijn nationaalrechtelijke context, strekt, en zich daarbij een oordeel over de verenigbaarheid (en over de consequenties van een eventuele onverenigbaarheid) van die bepaling met art. 49 EG voorbehouden. Die benadering geeft niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk en is evenmin onbegrijpelijk. Nog daargelaten dat het de nationale rechter, anders dan het onderdeel kennelijk veronderstelt, niet verboden is vast te stellen dat een nationale bepaling een betekenis toekomt die met het gemeenschapsrecht conflicteert (in welk verband moet worden bedacht dat een verdragsconforme uitleg van nationale wetgeving niet steeds mogelijk is en dat de nationale rechter, ook langs andere wegen dan door verdragsconforme uitleg, in het geval van een door hem vastgesteld conflict van een nationaal voorschrift met het gemeenschapsrecht redres kan bieden, en wel door de

betrokken nationale bepaling buiten toepassing te laten of door de nationale overheid aansprakelijk te houden op de voet van de Francovich-rechtspraak(61)), was in de door het hof gevolgde benadering geenszins uitgesloten dat het hof, indien het strijd van art. 1, aanhef en onder a, Wok met het gemeenschapsrecht zou hebben vastgesteld, alsnog naar een verdragsconforme toepassing van die bepaling zou hebben gezocht.

Overigens wijs ik erop dat de uitleg die het hof aan art. 1, aanhef en onder a, Wok heeft gegeven, in overeenstemming is met HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, waarin de Hoge Raad (in rov. 3.3.3) oordeelde dat "(...) moet worden aanvaard dan van hier te lande gelegenheid geven in evenbedoelde zin (van art. 1, aanhef en onder a, Wok; LK) sprake is wanneer via internet door middel van een mede op Nederland gerichte website de toegang tot kansspelen wordt geboden aan potentiële deelnemers in Nederland en dezen via hun computer rechtstreeks aan het spel kunnen deelnemen, dat wil zeggen zonder dat andere handelingen zijn vereist dan die op de computer kunnen worden verricht. (...)"

3.5 Onderdeel II komt op tegen rov. 4.7, laatste volzin, van het bestreden arrest, waarin het hof bij de beantwoording van de vraag of de beperking van het vrij dienstenverkeer die - naar tussen partijen niet in geschil is - uit de toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok op het aanbieden door Ladbrokes van kansspelen in Nederland via internet voortvloeit, in het onderhavige geval met art. 49 EG in strijd is, onder meer het volgende heeft overwogen:

"(...) Voorts dienen de beperkingen in elk geval te beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen, mag de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit de toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn en dienen de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid te beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers en, meer in het algemeen, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere lidstaat, voor de bescherming van de maatschappelijke orde, zowel met betrekking tot de organisatie van loterijen en de hoogte van de inleg als met betrekking tot de bestemming van de opbrengsten ervan (zie het zojuist aangehaalde arrest Gambelli, punt 62, respectievelijk HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 15)."

3.6 In de eerste plaats bestrijdt het onderdeel (onder 5) dat naast de eerstgenoemde twee omstandigheden in rov. 4.7, laatste volzin (te weten dat i) de beperkingen van het vrij verkeer van diensten in elk geval moeten beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen en ii) de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde beleid mag zijn), de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid dienen te beschikken om te bepa-

len wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers, en, meer in het algemeen, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere lidstaat, voor de bescherming van de maatschappelijke orde. Immers, zo vervolgt de klacht, (alleen) de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving van kansspelen en weddenschappen kunnen (en dus niet: dienen te) rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde. Deze beoordelingsvrijheid is volgens de klacht echter ondergeschikt aan en moet niet worden afgewogen tegen het voor een rechtvaardiging van de inbreuk op het beginsel van het vrij verkeer van diensten noodzakelijke "echt" verminderen van de gelegenheden om te spelen en de overige voor de bedoelde rechtvaardiging in het Gambelli-arrest genoemde vereisten.

3.7 Bij de beoordeling van de klacht stel ik voorop dat de door het onderdeel bedoelde beoordelingsvrijheid van de lidstaten bij de nationale regulering van kansspelactiviteiten, welke beoordelingsvrijheid het hof in rov. 4.7 overigens terecht heeft betrokken op de bepaling "wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers en, meer in het algemeen, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere lidstaat, voor de bescherming van de maatschappelijke orde, zowel met betrekking tot de organisatie van loterijen en de hoogte van de inleg als met betrekking tot de bestemming van de opbrengsten ervan (...)"(62), blijkens de rechtspraak van het HvJ EG een gegeven is, dat op zichzelf geen nadere rechtvaardiging behoeft(63). In dat verband komt mijns inziens geen betekenis toe aan het feit dat het HvJ EG in (punt 63 van) het Gambelli-arrest heeft overwogen dat "(...) de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving van kansspelen en weddenschappen kunnen rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen, wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde"(64) (onderstreping toegevoegd; LK). In alle eerdere arresten, waarvan het HvJ EG in het Gambelli-arrest geen afstand heeft genomen (en waarnaar het in punt 63 van het Gambelli-arrest juist uitdrukkelijk heeft verwezen)(65), heeft het HvJ EG consequent de (ook door het hof in de bestreden passage gebruikte) formulering "dienen (...) over voldoende beoordelingsvrijheid te beschikken" gehanteerd (onderstreping toegevoegd; LK). Dat de lidstaten bij het bepalen van een gewenst beschermingsniveau (en de wijze waarop dit niveau moet worden bereikt) een ruime beoordelingsvrijheid toekomt, is in de rechtspraak van het HvJ EG (ook buiten de sfeer van de regulering van kansspelactiviteiten) overigens algemeen aanvaard; zie bijvoorbeeld, in verband met de bescherming van de volksgezondheid, HvJ EG 13 juli 2004, zaak C-429/02

(Bacardi France), Jurispr. 2004, p. I-6613, NJ 2005, 179, m.nt. MRM, punten 40 en 41:

"40 Met betrekking tot het enige door Bacardi aangevoerde argument dat in het vandaag gewezen arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, niet is onderzocht, namelijk dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde televisiereclamegeregeling onsamenhangend is omdat zij niet ziet op reclame voor alcoholhoudende dranken die op de achtergrond van filmdecors te zien is, volstaat het te antwoorden dat deze keuze behoort tot de beoordelingsvrijheid van de lidstaten, die zelf beslissen in welke mate zij de volksgezondheid willen beschermen en hoe dit moet worden bereikt (zie arrest Aragonesa de Publicidad Exterior en Publivia, reeds aangehaald, punt 16).

41 Bijgevolg dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 59 van het Verdrag zich niet ertegen verzet dat een lidstaat verbiedt dat op televisie reclame voor in deze lidstaat verhandelde alcoholhoudende dranken wordt gemaakt in de vorm van indirecte televisiereclame die ontstaat doordat op het scherm reclameborden te zien zijn bij de doorgifte van binationale sportevenementen die in andere lidstaten plaatsvinden."

Voor zover het onderdeel van een andere opvatting uitgaat, kan het niet tot cassatie leiden.

3.8 Voor zover het onderdeel betoogt dat de bedoelde beoordelingsvrijheid ondergeschikt is aan de overige vereisten die het HvJ EG met het oog op een mogelijke rechtvaardiging van de uit een nationale regulering van kansspelactiviteiten voortvloeiende beperkingen stelt, kan het evenmin tot cassatie leiden.

In de rechtspraak van het HvJ EG ligt niet besloten dat de bedoelde beoordelingsvrijheid aan de door het HvJ EG gestelde vereisten ondergeschikt is; de door het HvJ EG gestelde vereisten komen eerst aan de orde, nadat de lidstaten, gebruik makende van hun beoordelingsvrijheid, het gewenste beschermingsniveau en de wijze waarop dit niveau dient te worden gerealiseerd, hebben bepaald. Weliswaar gelden de bedoelde vereisten vervolgens onverkort voor de beperkingen, voortvloeiend uit de keuzes die de lidstaten, gebruik makende van hun beoordelingsvrijheid, in dat verband hebben gemaakt, maar dat maakt niet dat die beoordelingsvrijheid aan de bedoelde vereisten ondergeschikt zou zijn. Het hof heeft overigens niet miskend dat de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten niet aan de onverkorte gelding van de bedoelde vereisten in de weg staat. Dat het hof de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten heeft gereleveerd, (in de woorden van het onderdeel:) "naast (en in nevenschikking aan: vide het woord "en" in de twaalfde regel van pag. 8 van het arrest)", impliceert niet dat in de opvatting van het hof de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten in enig opzicht aan de gelding van de bedoelde vereisten zou afdoen.

3.9 Onder 6 vervolgt het onderdeel met de klacht dat rov. 4.7 eveneens onjuist, onvolledig dan wel onbegrijpelijk is, omdat bij de vraag of de toepassing van de nationale wetgeving (in casu art. 1, aanhef en onder a, Wok) tot ongerechtvaardigde beperkingen van het vrij

verkeer van diensten leidt, de nationale autoriteiten (in dit geval: het hof) niet alleen behoren te onderzoeken of de beperking van art. 1, aanhef en onder a, Wok niet verder gaat dan noodzakelijk is ter bereiking van het nagestreefde doel en zonder discriminatie wordt toegepast, maar ook behoren te onderzoeken of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen beantwoordt en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn, terwijl uit het arrest niet (begrijpelijk) blijkt dat een dergelijk onderzoek heeft plaatsgevonden. Een en ander betekent volgens het onderdeel (onder 7) dat het hof ook had moeten beoordelen of de wijze waarop de nationale wetgeving in het concrete geval wordt toegepast respectievelijk de getroffen maatregel (het ontoegankelijk maken van de website van Ladbrokes in het Verenigd Koninkrijk voor Nederlandse ingezetenen) onder de concrete (in onderdeel I genoemde) omstandigheden van het geval daadwerkelijk beantwoorden aan respectievelijk noodzakelijk zijn voor het bereiken van de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en gelet op die doelstellingen niet onevenredig zijn, waarbij het hof met name rekening had moeten houden met i) het feit dat de getroffen maatregel op grond van fraudebestrijding niet was gerechtvaardigd omdat Ladbrokes in de lidstaat waar zij is gevestigd en alwaar Nederlandse ingezetenen de kansspelovereenkomst met haar aangaan, onder een bestuurlijk stelsel van toezicht en sancties valt (teneinde onder meer fraude te voorkomen), ii) het feit dat door vele onafhankelijke organisaties is aangetoond dat "long odds" weddenschappen op sportwedstrijden in het geheel niet verslavend werken, en dat uit het rapport over gokverslaving (prod. 102 van de Lotto) niet blijkt dat sportweddenschappen enig reëel verslavingsrisico met zich brengen en iii) het feit dat met betrekking tot de (mogelijkheid van) fraude respectievelijk (van) gokverslaving de Lotto geen enkel bewijs heeft bijgebracht.

Volgens het onderdeel (onder 8) zou uit het arrest niet (duidelijk) blijken dat het hof bij zijn oordeelsvorming op de hierboven geschetste wijze te werk is gegaan, zodat de aangevallen rov. 4.7 (respectievelijk het arrest en de daarin vervatte beslissing) rechtens onjuist althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd is.

3.10 Met deze klacht zoekt het onderdeel aansluiting bij punt 75 van HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, waarin het HvJ EG heeft overwogen dat "(h)et (...) aan de verwijzende rechter (staat) na te gaan of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk beantwoordt aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn." Met deze overweging heeft het HvJ EG naar mijn mening niet bedoeld de nationale rechter een andere en verdergaande toets op te leggen dan in de voorgaande punten van het Gambelli-arrest reeds ligt besloten. Waar het HvJ EG in punt 75 spreekt van de wijze waarop de nationale

regeling "in concreto wordt toegepast", refereert het onmiskenbaar aan de in de zaak Gambelli door de nationale rechter vastgestelde discrepantie tussen de pretenties van de nationale regeling en het met die pretenties strijdige beleid van de nationale overheid dat op een sterke uitbreiding van kansspelen en weddenschappen was gericht. Daarbij gaat het mijns inziens om geen andere toets dan die of de in de nationale regeling vervatte beperkingen daadwerkelijk ertoe bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt. In de punten 67-69 van het Gambelli-arrest heeft het HvJ EG overwogen:

"67. Ofschoon het Hof in de reeds aangehaalde arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti heeft aanvaard dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, is om te beginnen vereist dat de beperkingen die op dergelijke gronden en op het noodzakelijke voorkómen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken, dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt.

68. Dienaangaande heeft de verwijzende rechter onder verwijzing naar de voorbereidende werken van wet nr. 388/00 opgemerkt dat de Italiaanse staat, om geldmiddelen te verwerven, op nationaal vlak een beleid van sterke uitbreiding van de kansspelen en weddenschappen voert, waarbij hij de concessiehouders van het CONI beschermt.

69. Welnu, wanneer de autoriteiten van een lidstaat de consumenten aansporen en aanmoedigen om deel te nemen aan loterijen, kansspelen of weddenschappen opdat de schatkist er financieel beter van zou worden, kunnen de autoriteiten van deze staat zich niet op de met de beperking van de gelegenheden tot spelen gediende maatschappelijke orde beroepen ter rechtvaardiging van maatregelen als die in het hoofdgeding."

Het hof kan mijns inziens niet worden verweten buiten beschouwing te hebben gelaten hoe (in vorenbedoelde zin) de nationale regeling "in concreto wordt toegepast". Ik wijs in het bijzonder op de rov. 4.14-4.15, waarin het hof de stellingen van Ladbrokes met betrekking tot "het Nederlandse kansspelbeleid in de praktijk" (dat op het maximaliseren van de inkomsten van de overheid en op een uitbreiding van het kansspelaanbod in Nederland zou zijn gericht) heeft besproken en verworpen. In zoverre kan het onderdeel niet tot cassatie leiden.

Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat de nationale rechter is gehouden tot een verdergaande toets, en wel in die zin dat (ook) ten aanzien van elke, in een concreet geval op te leggen maatregel (in casu een gebod tot het ontoegankelijk maken van de website van Ladbrokes voor Nederlandse ingezetenen) zal moeten

worden aangetoond dat hij op zichzelf en daadwerkelijk aan verwezenlijking van de door de nationale regeling nagestreefde doelstellingen bijdraagt, berust het op een rechtsopvatting die niet uit het Gambelli-arrest voortvloeit en overigens ook niet kan worden aanvaard. Het HvJ EG heeft geoordeeld dat de nationale regeling en de daarin vervatte beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt. Dat oordeel verdraagt zich niet met de door het onderdeel in wezen gevolgde benadering, volgens welke iedere afzonderlijke (uitvoerings)maatregel moet worden gerechtvaardigd aan de hand van de daarmee op zichzelf bereikte effecten. Een dergelijke benadering zou de betrokken nationale regeling ook onuitvoerbaar maken; zij impliceert immers dat marktdeelnemers zoals Ladbrokes zich aan de werking (en de toezichtmechanismen) van de betrokken nationale regeling zouden kunnen onttrekken, zolang in hun geval (het risico van) fraude en de (gok)verslavende werking van de door hen (op enig moment) aangeboden kansspelen niet zijn bewezen.

Bij dit alles komt dat het onderdeel is toegespitst op het in de onderhavige zaak langs civielrechtelijke weg opgelegde rechterlijke gebod (zie de cassatiedagvaarding onder 7). Dit gebod kan niet zonder meer als een toepassing in concreto van de Wok worden opgevat. Het gebod is opgelegd om een door Ladbrokes jegens de Lotto gepleegde onrechtmatige daad te beëindigen c.q. te voorkomen. Weliswaar is er een verband met de door Ladbrokes gepleegde overtreding van de Wok, maar de toewijsbaarheid van een maatregel tot beëindiging c.q. het voorkomen van een onrechtmatig handelen, gelegen in overtreding van een civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, kan bezwaarlijk afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat daarmee óók de doelstellingen van het door de laedens (mede) overtreden publiekrechtelijke voorschrift aantoonbaar en positief worden gediend.

3.11 Onderdeel III komt op tegen de rov. 4.8 en 4.9, waarin het hof het betoog van Ladbrokes dat art. 49 EG rechtstreeks op de feitelijk aan Ladbrokes opgelegde beperking (de verplichting haar Engelse website te blokkeren voor Nederlandse ingezetenen) moet worden toegepast en dat de criteria uit het Gambelli-arrest (met name punt 75) onder meer meebrengen dat bij toepassing van dat arrest moet worden getoetst of de (in een bepaald geval) concreet opgelegde beperkingen, gelet op de doelstellingen die de lidstaat nastreeft, noodzakelijk en proportioneel zijn, heeft verworpen. Het onderdeel betoogt dat rov. 4.9 onjuist althans onbegrijpelijk is, omdat, kort gezegd, i) het hof daarmee heeft miskend dat art. 49 EG een verdragsbepaling is die voorrang heeft boven de nationale bepalingen van de Wok en/of ii) het hof bij zijn beslissing uit het oog heeft verloren dat niet alleen van belang is of art. 1, aanhef en onder a, Wok (in abstracto) in strijd is met art. 49 EG (zgn. eerste Gambelli-criterium), maar óók of de concrete, in het onderhavige geval opgelegde maatregel (die bovendien niet, althans niet alleen op art. 1, aanhef en onder a, Wok, maar ook op het be-

weerdelijk onrechtmatig handelen van Ladbrokes in de zin van art. 6:162 BW is gebaseerd) met art. 49 EG in strijd is (toetsing aan het zgn. derde Gambellicriterium).

3.12 Bij de beoordeling van het onderdeel stel ik voorop dat uit niets blijkt dat het hof de voorrang van art. 49 EG zou hebben miskend. Het is evident dat de Wok, in geval van strijd met art. 49 EG, óók in de benadering van het hof voor die verdragsbepaling dient te wijken.

De vraag die het onderdeel overigens aan de orde stelt, betreft niet zozeer de toepasselijkheid en de voorrang van art. 49 EG, als wel de vraag op welk niveau de uit die bepaling voor een nationale regulering van kansspelactiviteiten voortvloeiende eisen gelden: betreffen die eisen de nationale regeling als zodanig, of moeten zij (ook) aan iedere afzonderlijke (uitvoerings)maatregel worden gesteld? Het hof heeft mijns inziens terecht voor de eerste benadering gekozen. Indien een nationale regeling - die overeenkomstig haar pretenties wordt toegepast - een toets aan de uit art. 49 EG voortvloeiende eisen doorstaat, "dekt" dat mede de binnen het kader van die regeling vallende uitvoeringsmaatregelen, zodat die maatregelen als zodanig geen (nadere) rechtvaardiging onder art. 49 EG behoeven. Bij de bespreking van het vorige onderdeel kwam al aan de orde, dat een tegengestelde rechtsopvatting niet uit het Gambelli-arrest kan worden afgeleid en evenmin kan worden aanvaard. Tevens kwam al aan de orde dat, waar de in concreto getroffen maatregel (het gebod de Engelse website van Ladbrokes voor Nederlandse ingezetenen ontoegankelijk te maken) ertoe strekt een door Ladbrokes jegens de Lotto gepleegde onrechtmatige daad te beëindigen c.q. te voorkomen, de toewijsbaarheid van die maatregel bezwaarlijk afhankelijk kan worden gesteld van de eis dat daarmee (ook) de doelstellingen van de Wok aantoonbaar en positief worden gediend. Overigens moet worden betwijfeld of art. 49 EG horizontale werking toekomt in die zin, dat die (tot de lidstaten gerichte) bepaling in de weg kan staan aan een in een civiel geschil tussen particuliere marktdeelnemers als de Lotto en Ladbrokes te treffen en op beëindiging c.q. het voorkomen van een onrechtmatige daad gerichte (rechterlijke) voorziening.

3.13 Onderdeel IV is gericht tegen rov. 4.10. Daarin heeft het hof als volgt overwogen:

"4.10 Voor zover Ladbrokes haar overige stellingen in dit verband op het onder 4.8 bedoelde betoog - zoals hiervoor door het hof begrepen - heeft gebaseerd, stuiten deze op het voorgaande af. Waar Ladbrokes bijvoorbeeld stelt dat de rechtbank in het geheel niet heeft "overwogen of de onderhavige handelsbarrière voldoet aan de eisen van Europees recht" en in plaats daarvan "slechts in[gaat] op de vraag of de Wet op de Kansspelen (WoK) strookt met Europees recht" (dagvaarding in appèl onder 3.32), miskent zij dat de door de rechtbank opgelegde "handelsbarrière" is gebaseerd op (het door de Nederlandse rechter in beginsel toe te passen) artikel 1, aanhef en onder a, Wok en dat, als de in die bepaling van de Wok vervatte beperkingen op artikel 49 EG geen strijd met dat artikel opleveren, daarmee tevens vaststaat dat "de onderhavige handels-

barrière voldoet aan de eisen van Europees recht". En waar Ladbrokes bijvoorbeeld stelt dat zij "de rechtbank nimmer [heeft] verzocht te verklaren dat artikel 1 WoK als zodanig strijdt met artikel 49 EG" (dagvaarding in appèl onder 3.34), miskent zij dat de Nederlandse rechter zich bij de vraag, welke bepaling(en) hij op een concreet geval dient toe te passen, niet (uitsluitend) dient te richten op wat partijen daaromtrent aanvoeren maar ingevolge artikel 25 Rv gehouden is zich daaromtrent zelfstandig een oordeel te vormen en in het onderhavige geval derhalve - nu artikel 1, aanhef en onder a, Wok blijktens het hiervoor (onder 4.3 en 4.4) overwogene voor toepassing op het onderhavige geschil in aanmerking komt - in beginsel mede deze bepaling heeft toe te passen."

Het onderdeel betoogt (onder 12) wederom dat, ingeval art. 1, aanhef en onder a, Wok met art. 49 EG verenigbaar is, zulks nog niet met zich brengt dat iedere maatregel die op grond van die wetsbepaling wordt opgelegd, is gerechtvaardigd. In het bijzonder zal de rechter dan nog moeten onderzoeken of de in concreto opgelegde maatregel onder de omstandigheden van het geval daadwerkelijk aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen beantwoordt en, met andere woorden, noodzakelijk en, gelet op die doelstellingen, niet onevenredig is. Daarbij verdedigt het middel dat, naarmate de inbreuk op het vrij dienstenverkeer ernstiger is, de rechtvaardiging meer zwaarwegend en beter aantoonbaar moet zijn. Het hof heeft dit een en ander volgens het onderdeel noch in rov. 4.10, noch elders in het bestreden arrest, onderkend, althans zulks niet op begrijpelijke wijze inzichtelijk gemaakt.

3.14 Het onderdeel vormt goeddeels een herhaling van de reeds in de onderdelen II en III vervatte klachten en kan evenmin als die voorgaande onderdelen tot cassatie leiden. Daarbij teken ik overigens nog aan dat de gedachtegang van het hof niet impliceert dat alle maatregelen die op grond van art. 1, aanhef en onder a, Wok worden opgelegd, in geval van verenigbaarheid van die bepaling met art. 49 EG zonder meer toewijsbaar moeten worden geacht. Uiteraard geldt dat laatste alleen voor maatregelen die daadwerkelijk op art. 1, aanhef en onder a, Wok kunnen steunen en binnen het kader daarvan passen. In dat verband heeft het hof, daarmee tevens recht doende aan de proportionaliteits-eis, in rov. 4.11 overwogen Ladbrokes te kunnen volgen in het betoog "dat de Nederlandse rechter bij de beoordeling van een concreet geschil gehouden is artikel 1, aanhef en onder a, Wok, overeenkomstig het doel en de strekking ervan toe te passen en daarbij niet verder mag gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is", welk betoog volgens het hof erop neerkomt "dat de Nederlandse rechter bij het geven van een voorziening in dezen geen maatregel mag treffen die, gelet op het door (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok nagestreefde doel als disproportioneel moet worden beschouwd", en op welk betoog het hof bij de behandeling van de vierde grief (in de rov. 4.26-4.29) is teruggekomen.

3.15 Onderdeel V is gericht tegen rov. 4.11, die hiervoor (onder 3.14) al gedeeltelijk is geciteerd. Het

onderdeel betoogt (onder 14.1) dat rov. 4.11 onjuist, althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd is, en een in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijke weergave van de stellingen van Ladbrokes omvat. Volgens het onderdeel moeten noodzaak en proportionaliteit van de in het concrete geval op te leggen maatregel niet alleen worden beoordeeld aan de hand van het (in abstracto) door de Wok nagestreefde doel, maar moeten daarbij alle omstandigheden van het geval (zoals gereleveerd in onderdeel I) in aanmerking worden genomen en moet daarbij bovendien de ernst van de inbreuk op het (van fundamenteel belang zijnde) vrij verkeer van diensten worden betrokken.

3.16 Bij de beoordeling van het onderdeel stel ik voorop dat het hof in rov. 4.11 kennelijk niet de stellingen van Ladbrokes volledig heeft willen weergeven, maar daaruit slechts die elementen heeft gelicht die het meende te kunnen onderschrijven. Voor zover het onderdeel is gericht tegen de wijze waarop de stellingen van Ladbrokes in rov. 4.11 zijn weergegeven, kan het al om die reden niet tot cassatie leiden. Overigens meen ik dat de onder 14.1 geformuleerde klachten van het onderdeel feitelijke grondslag missen, omdat uit niets blijkt dat het hof voor ogen staat dat bij de beoordeling van de proportionaliteit van de gevraagde voorziening, "gelet op het door (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok nagestreefde doel", de omstandigheden van het geval en de ernst van de aan Ladbrokes op te leggen beperkingen buiten beschouwing zouden moeten blijven.

3.17 Onder 14.2 klaagt het onderdeel dat, als het hof in rov. 4.11 wél heeft bedoeld te beoordelen of de concreet opgelegde maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van het door (art. 1, aanhef en onder a, van) de Wok nagestreefde doel respectievelijk in het licht van de omstandigheden van het geval als proportioneel dient te worden beschouwd, het bestreden arrest niet respectievelijk onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd, nu een dergelijke beoordeling (laat staan een begrijpelijke beoordeling) niet in het bestreden arrest (en ook niet in de rov. 4.26-4.29, waarin de vierde grief is besproken) is te vinden, en de kwestie door Ladbrokes bovendien niet in grief IV, maar in grief I aan de orde is gesteld.

3.18 Anders dan het onderdeel kennelijk veronderstelt, stond het aan het hof vrij de proportionaliteit van de gevorderde voorziening te behandelen op de plaats die het hof daarvoor het meest aangewezen achtte, en was het hof daarbij niet gebonden aan de volgorde waarin de grieven de verschillende kwesties aan de orde stellen. Overigens heeft het hof in rov. 4.11 (welke rechtsoverweging met grief I in verband kan worden gebracht) uitdrukkelijk aangekondigd bij de bespreking van grief IV op de kwestie van de proportionaliteit te zullen terugkomen. Voor zover het onderdeel tegen die wijze en volgorde van behandeling is gericht, kan het niet tot cassatie leiden.

Het hof heeft in de rov. 4.26-4.29 geoordeeld dat een aan Ladbrokes op te leggen verbod is gerechtvaardigd, dat een maatregel die ertoe strekt dat Ladbrokes met de aan haar ter beschikking staande software deelneming

aan de kansspelen op dezelfde wijze onmogelijk maakt als is geschied ten aanzien van potentiële deelnemers in de Verenigde Staten niet disproportioneel is te noemen (in welk verband het hof naar rov. 3.6.10 van HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM heeft verwezen) en dat ook is gerechtvaardigd de voorziening niet te beperken tot kansspelen waarvoor de Lotto een vergunning heeft, nu Ladbrokes, door het in Nederland via internet aanbieden van kansspelen die de Lotto niet mag aanbieden of door het aanbieden van die spelen in combinatie met spelen die de Lotto wel mag aanbieden, evenzeer een onrechtmatige voorsprong op haar concurrentie de Lotto verschafft als door het zonder vergunning aanbieden van kansspelen waarvoor de Lotto een vergunning heeft. Het onderdeel werkt niet verder uit waarom dit oordeel in het licht van de in onderdeel I vermelde omstandigheden zou tekortschieten of onbegrijpelijk is, en kan daarom ook in zoverre niet tot cassatie leiden.

3.19 Onderdeel VI is gericht tegen rov. 4.12. Daarin heeft het hof als volgt overwogen:

"Voor zover Ladbrokes in dit verband ten slotte toch de bedoeling heeft gehad (mede) aan te voeren - hetgeen zij onder meer lijkt te doen bij dagvaarding in appèl onder 3.57 e.v. en met name 3.74 e.v. - dat niet de concrete aan Ladbrokes opgelegde beperking ("handelsbarrière"), maar de in de nationale wetgeving van een lidstaat voorziene beperkingen rechtstreeks moeten worden getoetst aan artikel 49 EG en haar betoog "dat een nationale rechter in concreto moet kijken naar de noodzaak en proportionaliteit van de afzonderlijke handelsbarrières waarvoor de nationale autoriteiten beweren dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig is" (3.57) aldus moet worden begrepen, kan het hof Ladbrokes ook in dit betoog volgen. (...)."

Het onderdeel klaagt (onder 16) wederom dat het hof ten onrechte niet heeft getoetst of de in casu opgelegde concrete beperkingen in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk beantwoorden aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en gelet op die doelstellingen niet onevenredig zijn, bij welke toets de zwaarte van de inbreuk op art. 49 EG mede in aanmerking had moeten worden genomen. Volgens het onderdeel (onder 17) is de bestreden overweging onbegrijpelijk, nu Ladbrokes altijd heeft verdedigd dat een dergelijke toetsing (aan het zogenaamde derde Gambelli-criterium) was aangewezen.

3.20 Nog daargelaten of de klacht met betrekking tot de noodzaak van een toets aan het zogenaamde derde Gambelli-criterium met vrucht kan worden gericht tegen rov. 4.12, waarin het hof een (veronderstelde) andere stellingname van Ladbrokes heeft besproken, kan zij niet tot cassatie leiden, om redenen die reeds bij de bespreking van de onderdelen II, III en IV aan de orde kwamen. Ook de tegen rov. 4.12 gerichte motiveeringsklacht kan niet slagen. Het hof heeft zich daarin slechts uitgelaten over een mogelijke uitleg van de stellingen van Ladbrokes, zonder te miskennen dat die stellingen (ook) op een toets aan het zogenaamde derde Gambelli-criterium waren gericht (zie in het bijzonder de rov. 4.8-4.10).

3.21 Onderdeel VII is gericht tegen de rov. 4.13-4.19, waarin het hof heeft besproken of beperkingen als vervat in art. 1, aanhef en onder a, Wok, worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en waarin het hof heeft geconcludeerd dat de toepassing van (art. 1, aanhef en onder a, van) de Wok niet met art. 49 EG in strijd is en dat, gelet op de directe werking van laatstgenoemde bepaling, de Lotto als vergunninghouder zich mag beroepen op de gerechtvaardigheid van de aan haar vergunning ten grondslag liggende nationale wetgeving. Het onderdeel betoogt dat het in de bestreden rechtsoverwegingen vervatte oordeel in strijd met het recht, althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd is, om de in de subonderdelen 19.1-19.7 genoemde redenen.

3.22 Subonderdeel 19.1 betoogt dat de overwegingen van het hof niet concludent zijn, nu het hof het zogenaamde derde Gambelli-criterium niet heeft toegepast en niet heeft onderzocht of de concreet opgelegde maatregel (het gebod de website van Ladbrokes ontoegankelijk te maken voor Nederlandse ingezetenen) in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk noodzakelijk is voor het bereiken van de met de Wok beoogde doelstellingen en, gelet op die doelstellingen, niet onevenredig is.

De klacht vormt een herhaling van reeds in de onderdelen II, III, IV en VI vervatte klachten, en kan, om redenen die bij de bespreking van die eerdere klachten al aan de orde kwamen, niet tot cassatie leiden.

3.23 Subonderdeel 19.2 bestrijdt de conclusie in de rov. 4.18 en 4.19 dat van discriminatie geen sprake is en dat de beperking van het vrij verkeer door art. 1, aanhef en onder a, Wok is gerechtvaardigd.

3.24 Na onder 19.2.1 rov. 4.13 te hebben weergegeven, stelt het subonderdeel onder 19.2.2 onder A aan de orde, dat (naar het hof in de kennelijke gedachtegang van het subonderdeel zou hebben miskend) het tegengaan van een ongebreidelde uitbreiding van het aanbod van kansspelen, zoals in rov. 4.13 bedoeld, voor een rechtvaardiging van een beperking niet voldoende is, maar dat daartoe in elk geval ook is vereist dat het streven erop is gericht de gelegenheden om te spelen echt te verminderen.

Bij de beoordeling van de klacht stel ik voorop dat de rechtspraak van het HvJ EG de lidstaten de ruimte laat kansspelactiviteiten geheel of gedeeltelijk te verbieden, dan wel slechts te beperken en aan meer of minder strenge controlemaatregelen te onderwerpen. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35:

"Het bepalen van de omvang van de bescherming die een lidstaat op het gebied van loterijen en andere kansspelen beoogt te bieden, valt onder de beoordelingsvrijheid die het Hof in punt 61 van het arrest Schindler aan de nationale autoriteiten heeft toegekend. Deze autoriteiten dienen immers te beoordelen, of het in verband met het nagestreefde doel noodzakelijk is, activiteiten van die aard geheel of ge-

deeltelijk te verbieden, dan wel ze slechts te beperken en met het oog daarop meer of minder strenge controlemaatregelen te treffen."

Reeds in dat licht kan de rechtspraak van het HvJ EG mijns inziens niet aldus worden uitgelegd dat een nationaal kansspelbeleid, ook voor zover dat wordt ingegeven door het publieke belang van het tegengaan van kansspelsverslaving en het beschermen van de consument, slechts dan onder art. 49 EG is gerechtvaardigd, als het op een afbouw van het (legale) kansspelaanbod is gericht. De in de rechtspraak van het HvJ EG wel gestelde eis dat nationale beperkingen van kansspelactiviteiten daadwerkelijk moeten beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen(66), impliceert mijns inziens niet dat het legale aanbod van kansspelen voortdurend (verder) zou moeten worden ingeperkt. Wel impliceert die eis dat het gereguleerde aanbod meer beperkt moet zijn dan het potentiële aanbod in een situatie waarin een restrictief kansspelbeleid zou ontbreken. Van dat laatste zou geen sprake zijn, als het nationale kansspelbeleid in werkelijkheid erop is gericht de inkomsten van kansspelactiviteiten te monopoliseren en die inkomsten bovendien te maximaliseren, door de bestaande en potentiële vraag naar kansspelen juist zoveel mogelijk uit te baten(67).

Dat, zoals het subonderdeel betoogt, voor een rechtvaardiging onder art. 49 EG niet voldoende zou zijn dat het vergunningstelsel daadwerkelijk erop is gericht een ongebreidelde uitbreiding van het aanbod van kansspelen tegen te gaan, kan ik in verband met het voorgaande niet volgen.

3.25 Voorbouwend op de onder A gegeven uitleg van de eis dat het streven erop moet zijn gericht de gelegenheden om te spelen "echt" te verminderen, bestrijdt het subonderdeel onder B de rov. 4.13-4.19 als onbegrijpelijk, voor zover het hof daarin zou hebben geoordeeld dat aan die eis is voldaan en dat de opbrengsten slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardiging van het gevoerde restrictieve kansspelbeleid zijn. In dat verband voert het subonderdeel een zestal argumenten aan.

3.26 Onder (1) wijst het subonderdeel (onder verwijzing naar vindplaatsen in de processtukken) op uitlatingen zijdens de Lotto, volgens welke de doelstelling van de Nederlandse kansspelwetgeving en het kansspelbesluit niet daadwerkelijke vermindering van het gokken is. Onder (2) wijst het subonderdeel op een uitlating van de minister van Justitie (in diens interventie van 21 oktober 2004) dat het kansspelbeleid erop is gericht de vraag naar kansspelen niet te stimuleren.

Geen van beide argumenten acht ik concludent. Zoals al aan de orde kwam, is voor een rechtvaardiging niet vereist dat het legale aanbod van kansspelen, zoals dat uit een restrictief kansspelbeleid voortvloeit, (steeds verder) wordt verminderd. Dat het kansspelbeleid erop is gericht de vraag naar kansspelen niet te stimuleren, is veeleer een aanwijzing voor de toelaatbaarheid dan voor de ontoelaatbaarheid van het nationale kansspelbeleid; die omstandigheid sluit immers uit dat het nationale kansspelbeleid in werkelijkheid erop is ge-

richt de (voor de financiering van sociale activiteiten bestemde) inkomsten uit kansspelen te maximaliseren en aldus de nationale goklust juist zoveel mogelijk uit te baten.

3.27 Onder (3) gaat het subonderdeel in op de in rov. 4.14 vervatte verwerping door het hof van het betoog van Ladbrokes dat aan de Wok weliswaar kanalisatie van de speelzucht, met name de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude, als doelstelling ten grondslag ligt, maar dat de Wok ter zake van lotto's en sportwedenschappen voornamelijk dient om de fondsenwerving veilig te stellen. Het hof heeft dien-aangaande in rov. 4.14 als volgt overwogen:

"(...) Het hof oordeelt dat de opbrengsten uit kansspelen in Nederland in het verleden weliswaar een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zijn geweest, maar dat inmiddels wel een wijziging van het voorheen gevoerde kansspelbeleid heeft plaatsgevonden (zie onder meer de openingstoespraak van de Minister van Justitie voor het symposium 'De toekomst van de kansspelen', georganiseerd door het College van toezicht op de kansspelen op 24 maart 2003, p. 6-8 (productie 42 bij akte overlegging producties De Lotto in eerste aanleg), en de derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 1/2 (productie 85 bij akte houdende aanvullende producties De Lotto in eerste aanleg)) en dat de minister in zijn brief van 31 maart 2003 aan de Tweede Kamer (TK zitting 2002-2003, 24 036 en 24 557, nr. 280 (productie 75A bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto)) inmiddels heeft uitgesproken dat het kansspelbeleid de komende jaren zal worden gewijzigd teneinde de kansspelen te beheersen (zie ook TK zitting 2003-2004, 24 036 en 24 557, nr. 295, p. 7, de brief van de Minister van Justitie aan De Lotto van 21 oktober 2004 (productie 60 bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto), p. 10 e.v. en de derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 8/9). Uit die brief van 31 maart 2003 van de minister blijkt niet dat fondsenwerving een (belangrijke) pijler van het nieuwe kansspelbeleid is, doch wel (en slechts: zie p. 4) dat de afdrachten aan de Staat en de goede doelenorganisaties zullen worden gehandhaafd, zodat die gelden een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zullen blijven. Dit effect belet, zolang die gelden niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn (zie hiervoor, onder 4.7), echter niet dat de voornoemde dwingende redenen van algemeen belang voldoende rechtvaardiging vormen voor de door de Wok opgelegde beperkingen. Nu Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke pijler - en dus niet slechts een belangrijk neveneffect - daarvan is, en het hof daarvan ook anderszins niet is gebleken, zal het hof Ladbrokes niet in haar betoog op dit punt volgen."

Tegen de door het hof gevolgde gedachtegang voert het subonderdeel in het bijzonder aan dat het feit dat er een

beleidswijziging is geweest (respectievelijk dat het kansspelbeleid de komende jaren zal worden gewijzigd teneinde kansspelen te beheersen), nog geenszins betekent dat de beweerde wijziging van beleid ten tijde van het bestreden arrest al tot enige verandering heeft geleid respectievelijk dat ten tijde van het bestreden arrest sprake was van een streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen, waaromtrent het hof, nog steeds volgens het subonderdeel, in zijn arrest (bovendien) niets, laat staan iets begrijpelijks of conclusiefs, heeft overwogen.

Naar ik meen leest het subonderdeel in de geciteerde overweging ten onrechte dat het hof de daarin bedoelde beleidswijziging beslissend heeft geacht. Volgens het hof "(zijn) de opbrengsten uit kansspelen in Nederland in het verleden weliswaar een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid (...) geweest" (hetgeen in het licht van de rechtspraak van het HvJ EG toelaatbaar is), en heeft de inmiddels ingezette c.q. aangekondigde beleidswijziging daarin nu juist geen verandering gebracht ("(...) dat de afdrachten aan de Staat en de goede doelenorganisaties zullen worden gehandhaafd, zodat die gelden een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zullen blijven"). Voor zover het subonderdeel van een andere lezing uitgaat, mist het feitelijke grondslag. Voor het overige lijkt het subonderdeel ten onrechte te verlangen dat in de praktijk van een daadwerkelijk streven naar een vermindering van het legale aanbod moet blijken. Ik verwijs naar hetgeen hiervoor (onder 3.24) al aan de orde kwam.

3.28 Onder (4) richt het subonderdeel zich tegen rov. 4.15, waaruit volgens het subonderdeel zou blijken dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegelaten en dat de vergunninghouders op grote schaal reclame mogen maken. Dat het hof een en ander heeft geaccepteerd als een "onder de aandacht brengen van het publiek" van een "aantrekkelijk en zo nodig uitgebreid en vernieuwd aanbod van legale kansspelen" (passend in een beleid dat niet met art. 49 EG in strijd is), acht het middel zonder nadere uitleg onbegrijpelijk, temeer nu uit dezelfde rechtsoverweging blijkt dat de minister van mening was dat de reclame-uitingen "fors" moesten worden beperkt en hij een gedrags- en reclamecode nodig achtte. Dat een code zoals bedoeld inmiddels in werking is getreden, doet volgens het subonderdeel niets aan het voorgaande af, nu het hof niet heeft vastgesteld dat die code tot een vermindering van de reclame op grote schaal of tot een daadwerkelijke vermindering van de gelegenheden om te spelen (met fondsenwerving als niet meer dan een gunstig neveneffect) heeft geleid. Ook de intensivering en vernieuwing van het toezicht en de handhaving van het kansspelbeleid en het besluit dat beleid zoveel mogelijk bij het ministerie van Justitie te concentreren, dwingen volgens het subonderdeel niet tot een andere beoordeling, nu niet is vastgesteld dat een en ander in de praktijk tot enige verandering (en tot een met art. 49 EG verenigbaar kansspelbeleid) heeft geleid.

Anders dan het subonderdeel kennelijk veronderstelt, heeft het hof in rov. 4.15 niet vastgesteld dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan en dat vergun-

ninghouders op grote schaal reclame mogen maken voor de door hen aangeboden kansspelen. Het hof heeft, de juistheid van dit een en ander in het midden latende, in rov. 4.15 slechts geoordeeld dat, anders dan Ladbrokes had gesteld, daaruit niet zou kunnen worden afgeleid dat de Nederlandse overheid geen samenhangend beleid ter beteugeling van de goklust zou voeren. Volgens het hof is doorslaggevend dat de Nederlandse overheid een restrictief beleid blijft voeren, waarbij wordt voldaan aan de voorwaarde dat de in art. 1, aanhef en onder a, Wok vervatte beperking (totaalverbod behoudens vergunning) geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder gaat dan noodzakelijk is en zonder discriminatie wordt toegepast. Voorts heeft het hof erop gewezen dat aan de Wok mede ten grondslag ligt dat door het bestaan van een beperkt legaal aanbod wordt voorkomen dat het publiek zich op het illegale aanbod gaat richten, en dat deze (ook in de rechtspraak van het HvJ EG erkende(68)) doelstelling van kanalisatie ook thans nog aan het overheidsbeleid ten grondslag ligt. Daarbij heeft het hof (terzijde) nog aangetekend, dat de doelstelling van kanalisatie onder omstandigheden kan meebrengen dat een aantrekkelijk en zo nodig uitgebreid en vernieuwd aanbod van legale kansspelen onder de aandacht van het publiek wordt gebracht als alternatief voor illegale kansspelen en kansspelen met een groter risico op het ontstaan van gokverslaving. Ten slotte heeft het hof in rov. 4.15 de initiatieven van de minister met betrekking tot een beperking van de reclame en een gedrags- en reclamecode, alsmede de intensivering en vernieuwing van het toezicht en een concentratie van de door verschillende ministeries uitgevoerde kansspeltaken bij het ministerie van Justitie in aanmerking genomen.

Dat het hof onder het kanalisatieregime enige ruimte heeft gezien voor uitbreiding en vernieuwing van het kansspel aanbod is alleszins begrijpelijk. De doelstelling van kanalisatie zou immers onvoldoende worden gerealiseerd als het legale aanbod van kansspelen onvoldoende aantrekkelijk zou zijn om (potentiële) spelers van het illegale aanbod van kansspelen af te houden. Dat de minister initiatieven heeft genomen, gericht op een "forse" beperking van de reclameuitingen van de vergunninghouders en de totstandkoming van een gedrags- en reclamecode, maakt dat niet anders, maar bevestigt juist dat de overheid de vergunninghouders kritisch volgt en bijstuurt, waar dat nodig is om te voorkomen dat het op kanalisatie gerichte beleid de goklust juist onbedoeld zou stimuleren. Voorts is niet onbegrijpelijk dat het hof de initiatieven met betrekking tot de gedrags- en reclamecode, de intensivering en vernieuwing van het toezicht en de concentratie van departementale taken met betrekking tot het kansspelbeleid mede in aanmerking heeft genomen bij zijn oordeel dat het kansspelbeleid in werkelijkheid niet op het zoveel mogelijk uitbaten van de goklust is gericht, ook al heeft het hof (nog) geen meetbare effecten van die initiatieven vastgesteld. Voor zover het subonderdeel op de reclameuitingen is toegespitst, wijs ik overigens op de vijfde

voortgangsrapportage, waarin van een daling van de reclame-uitgaven over de jaren 2002-2006 gewag wordt gemaakt(69).

3.29 Onder (5) richt het subonderdeel zich tegen rov. 4.14, voor zover het hof daarin heeft overwogen dat, "(n)u Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke pijler - en dus niet slechts een belangrijk neveneffect - daarvan is, en het hof daarvan ook anderszins niet is gebleken, (...) het hof Ladbrokes in haar betoog op dit punt niet (zal) volgen."

Het subonderdeel klaagt (onder a) allereerst dat het hof zich slechts heeft gebaseerd op nota's, voortgangsrapportages, aankondigingen van wijzigingen van het kansspelbeleid en brieven en toespraken van de minister, de vrijwillige code en een concentratie van de kansspeltaken bij het ministerie van Justitie. Volgens het subonderdeel zegt dit een en ander (door het subonderdeel gekwalificeerd als "mooie woorden") niets (concludents) over het gevoerde kansspelbeleid in de praktijk en kan slechts dit laatste beslissend zijn voor een eventuele rechtvaardiging onder art. 49 EG.

Naar mijn mening kan de klacht niet tot cassatie leiden. Ik roep in herinnering dat in rov. 4.14 aan de orde is of fondsenwerving al dan niet als werkelijke doelstelling van het Nederlandse kansspelbeleid (in plaats van als een gunstig neveneffect daarvan) heeft te gelden. Voor de vraag welke de doelstelling(en) van het Nederlandse kansspelbeleid is (zijn), komt het, naar kennelijk ook het hof als uitgangspunt heeft genomen, in de eerste plaats aan op de verklaarde doelstelling(en) van dat beleid. In de door het hof in rov. 4.14 genoemde stukken heeft het hof geen aanwijzing gevonden dat fondsenwerving als pijler van het beleid zou gelden. Bij die stand van zaken heeft het hof, kennelijk en niet onbegrijpelijk, geoordeeld dat, als Ladbrokes zou willen staande houden dat de praktijk zich niet naar het verklaarde beleid gedraagt, het op de weg van Ladbrokes had gelegen een discrepantie tussen de praktijk en het verklaarde beleid aan te tonen. Het hof heeft hetgeen Ladbrokes in dat verband heeft aangevoerd, echter als onvoldoende (onderbouwd) beoordeeld.

In de tweede plaats klaagt het subonderdeel onder (a) dat als het hof heeft willen beslissen over het kansspelbeleid in de praktijk, zijn oordeel onbegrijpelijk is, nu het hof daarover niets heeft overwogen en voorts in het licht van de in onderdeel I genoemde feiten en omstandigheden een dergelijke beslissing onbegrijpelijk is.

De klacht mist feitelijke grondslag, nu het hof over het in de praktijk gevoerde kansspelbeleid geen ander oordeel heeft gegeven dan dat Ladbrokes geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin (en in afwijking van hetgeen uit de door het hof genoemde stukken kan worden afgeleid) een belangrijke pijler en niet slechts een gunstig neveneffect van het Nederlandse kansspelbeleid is.

Onder (b) klaagt het subonderdeel dat het oordeel van het hof dat Ladbrokes geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke factor is, in het licht van de door het eerste onderdeel gememoreerde en door Ladbrokes in de feitelijke instanties gestelde omstandigheden onbegrijpelijk is.

Naar mijn mening mist ook deze klacht feitelijke grondslag. Anders dan waarvan het onderdeel uitgaat, heeft de bestreden overweging geen betrekking op het ontbreken van voldoende onderbouwde stellingen waaruit kan worden afgeleid dat fondsenwerving in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid een belangrijke factor is. De bestreden overweging betreft het ontbreken van voldoende onderbouwde stellingen waaruit kan worden afgeleid dat fondsenwerving niet slechts een belangrijk neveneffect, maar een belangrijke pijler is, in die zin dat fondsenwerving de werkelijke inzet van het Nederlandse kansspelbeleid zou vormen. Dat fondsenwerving in de dagelijkse praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid een belangrijke factor is (en zal blijven), is door het hof in rov. 4.14 onderkend: "(...) zodat die gelden een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zullen blijven".

3.30 Onder (6) betoogt het subonderdeel dat de bedoelde beslissing (dat wil zeggen: het oordeel dat de uit (art. 1, aanhef en onder a, van) de Wok voortvloeiende beperkingen van het vrij verkeer van diensten beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen en dat de opbrengsten slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn) evenmin kan worden gedragen door de vaststelling in rov. 4.16 dat door het gereguleerde aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen. Volgens het subonderdeel kan er geen sprake zijn van een kansspelbeleid waarvan de beperkingen beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen en waarin de opbrengsten slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid vormen, als in de praktijk regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan, op grote schaal reclame door vergunninghouders wordt gevoerd en zich overigens omstandigheden voordoen zoals in onderdeel I aangevoerd. Aan dit alles doet volgens het subonderdeel niet af, dat Nederland op de (Engelse) website van Ladbrokes is vermeld in een lijst van landen van waaruit via het internet aan de aangeboden kansspelen kan worden deelgenomen.

De klacht miskent dat het in een op kanalisatie van de goklust gestoeld kansspelbeleid noodzakelijk is dat een adequaat en voldoende aantrekkelijk aanbod van kansspelen onder de aandacht van het publiek wordt gebracht om het publiek van het illegale (ongecontroleerde en niet te beheersen) aanbod van kansspelen af te houden. Ook het HvJ EG heeft dat (weliswaar in

verband met de doelstelling van fraudebestrijding) in het Placanica-arrest uitdrukkelijk bevestigd:

"55 (...) In deze optiek kan een gecontroleerd expansiebeleid in de kanspelsector zeer wel in logisch verband staan met de doelstelling om spelers van clandestiene spelen en weddenschappen, die als zodanig verboden zijn, aan te trekken tot toegestane en gereguleerde activiteiten. Zoals met name de Belgische en de Franse regering hebben opgemerkt, moeten de marktdeelnemers met een vergunning, teneinde deze doelstelling te verwezenlijken, een betrouwbaar, maar tegelijkertijd aantrekkelijk, alternatief bieden voor een verboden activiteit, hetgeen op zich een aanbod van een breed scala aan spelen, reclame van bepaalde omvang en gebruikmaking van nieuwe distributietechnieken kan impliceren."

Dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan (wat overigens niet impliceert dat het legale kansspelaanbod per saldo toeneemt) en dat (volgens Ladbrokes) op grote schaal reclame voor het legale kansspelaanbod wordt gemaakt, is daarom op zichzelf niet beslissend. Beslissend daarentegen is wel, dat, zoals het hof in rov. 4.16 heeft vastgesteld, ondanks de door het subonderdeel bedoelde introductie van nieuwe spelen en voor het legale aanbod gemaakte reclame, door het gereguleerde aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen.

3.31 Subonderdeel 19.3 is gericht tegen rov. 4.16, voor zover het hof daarin heeft overwogen:

"Bij al het voorgaande moet in aanmerking worden genomen dat de (in dit geval: Nederlandse) rechter, gelet op de beleidsvrijheid en de beoordelingsvrijheid die aan de overheid op dit punt toekomt, slechts een bevoegdheid tot marginale toetsing heeft en daarom bij zijn beoordeling terughoudend dient te zijn, nu het aan (de nationale overheden van) de lidstaten is om te bepalen welk beschermingsniveau (waaronder: controlemaatregelen) zij op het gebied van de kansspelen wensen te waarborgen en het aan hen in hoge mate is overgelaten zelf vorm en middelen te kiezen om de doelstellingen te realiseren (zie bijvoorbeeld HvJEG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 63, HvJEG 24 maart 1994, zaak C-275/92 (Schindler), Jurispr. 1994, p. I-1039, NJ 1995, 57, punt 61, HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läärä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 35, HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenati), Jurispr. I-7289, NJ 2000, 157, punt 33, en HvJEG 11 september 2003, zaak C-6/01 (Anomar), Jurispr. 2003, p. I-8621, punt 87)."

3.32 Het subonderdeel klaagt (onder 19.3.1) dat de aan de lidstaten gelaten beoordelingsvrijheid niet impliceert, dat, wanneer een nationale autoriteit van die beoordelingsvrijheid gebruik heeft gemaakt en het beschermingsniveau en de doelstellingen van de nationale regeling heeft vastgelegd (in casu door vaststelling van de Wok en het invoeren van een vergunningenstelsel waarbij telkens voor een bepaald soort kansspelactiviteiten maar één vergunning wordt gegeven) de rechter

slechts marginaal dient te toetsen of een in concreto te treffen maatregel in de concrete omstandigheden van het geval noodzakelijk is voor het bereiken van de (door de nationale overheid binnen de aan haar toekomende beoordelingsvrijheid) gestelde doelstellingen respectievelijk proportioneel is.

Het subonderdeel bouwt in zoverre kennelijk voort op de gedachte dat elke afzonderlijke maatregel die ter uitvoering van een wettelijke regeling als de onderhavige wordt getroffen, ook als die regeling als zodanig is gerechtvaardigd onder art. 49 EG, op zichzelf en als zodanig rechtvaardiging onder die bepaling behoeft en aan de door het subonderdeel bedoelde eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit dient te worden getoetst (in de woorden van Ladbrokes: het derde Gambelli-criterium), en dat het daarom niet volstaat dat de betrokken regelgeving als zodanig een toets aan die eisen doorstaat (en de in concreto getroffen maatregel, gelet op de doelstellingen van de betrokken regeling, niet disproportioneel is; zie voor dat laatste element rov. 4.11 van het bestreden arrest). Zoals bij de bespreking van de onderdelen II, III, IV en VI al aan de orde kwam, kan ik de opvatting van Ladbrokes over de noodzaak van toetsing van elke in concreto ter uitvoering van een als zodanig gerechtvaardigde wettelijke regeling getroffen maatregel aan de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit in het licht van de doelstellingen van die regeling niet volgen. Het is ook niet een dergelijke toetsing die het hof in rov. 4.16 voor ogen heeft gestaan, zodat het subonderdeel in zoverre bovendien feitelijke grondslag mist.

3.33 Onder 19.3.2 klaagt het subonderdeel dat de rechter ook volledig dient te toetsen of de nationale overheid de grenzen van haar beoordelingsvrijheid in acht heeft genomen en of de opgelegde beperkingen mitsdien beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen en (bijvoorbeeld) of er sprake is van een zodanig bevorderen van het toegestane aanbod dat van zo een beantwoording geen sprake is.

Ik lees in rov. 4.16 niet dat het hof van oordeel zou zijn dat de nationale rechter ook buiten het gebied waarop de nationale overheid beoordelingsvrijheid toekomt (en in het bijzonder bij een beoordeling of de nationale overheid de grenzen van de haar geboden beoordelingsvrijheid in acht heeft genomen) tot een (slechts) marginale toetsing bevoegd zou zijn. In de passage

"dat de (in dit geval: Nederlandse) rechter, gelet op de beleidsvrijheid en de beoordelingsvrijheid die aan de overheid op dit punt toekomt, slechts een bevoegdheid tot marginale toetsing heeft en daarom bij zijn beoordeling terughoudend dient te zijn, nu het aan (de nationale overheden van) de lidstaten is om te bepalen welk beschermingsniveau (waaronder: controlemaatregelen) zij op het gebied van de kansspelen wensen te waarborgen en het aan hen in hoge mate is overgelaten zelf vorm en middelen te kiezen om de doelstellingen te realiseren (...)"

ligt mijns inziens besloten dat het hof het uitgangspunt van een marginale toetsing slechts betreft op de vaststelling van het beschermingsniveau en op de keuze

van vorm en middelen om het beoogde beschermingsniveau te realiseren, en dat de vraag of die eenmaal gekozen middelen aan de uit de rechtspraak van het HvJ EG voortvloeiende randvoorwaarden voldoen, ook in de visie van het hof niet slechts marginaal maar volledig kunnen (en moeten) worden getoetst. Overigens wijs ik erop dat de cruciale vaststelling van het hof in rov. 4.16 dat de gekozen systematiek van een totaalverbod behoudens vergunning ertoe leidt dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt en dat als gevolg van het gevoerde restrictieve beleid de gelegenheden om te spelen relevant minder zijn dan zonder dat beleid het geval zou zijn, niet is gesteld in bewoordingen die zelfs maar in de verste verte aan een (slechts) marginale toetsing doen denken. Ook in zoverre kan het subonderdeel daarom niet tot cassatie leiden.

3.34 Subonderdeel 19.4 is gericht tegen rov. 4.17. Daarin heeft het hof onder meer het volgende overwogen:

"(...) De omstandigheid dat Ladbrokes een vergunning in het Verenigd Koninkrijk heeft, doet daaraan (aan de ondermijning van het Nederlandse kansspelbeleid in het geval dat wordt toegelaten dat zonder vergunning kansspelen via internet of via een ander medium worden aangeboden; LK) niet af, omdat daarmee het nagestreefde belang, in het bijzonder de bescherming tegen gokverslaving in Nederland, niet wordt verwezenlijkt. De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de terzake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen (HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läämä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 36, en HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. I-7289, NJ 2000, 157, punt 34, en HvJEG 11 september 2003, zaak C-6/01 (Anomar), Jurispr. 2003, p. I-8621, punt 80)."

3.35 Het subonderdeel betoogt (onder 1) dat de kansspelen ook in het Verenigd Koninkrijk zijn gereguleerd, dat Ladbrokes daar een vergunning heeft verkregen waaruit blijkt dat zij aan de desbetreffende reglementen voldoet en dat het hof (behoudens tegenbewijs, hetgeen ontbreekt) ervan behoort uit te gaan dat de beweegredenen voor reglementering in het Verenigd Koninkrijk dezelfde zijn als die voor reglementering in Nederland (met uitzondering van de beweegredenen van de Wok om fondsen voor de Staat of sociale doeleinden te vergaren), te weten het voorkomen van fraude en gokverslaving, en dat het bij die stand van zaken niet aangaat dat de rechter het Ladbrokes (die in Nederland geen enkele activiteit uitoefent, doch slechts op haar website aangeeft dat vanuit Nederland via het internet in het Verenigd Koninkrijk kansspelovereenkomsten met haar kunnen worden gesloten) onmogelijk maakt om in het Verenigd Koninkrijk (waar zij over een vergunning beschikt)

kansspelovereenkomsten af te sluiten met Nederlandse ingezetenen met wie zij over internet communiceert.

Waar het HvJ EG het aan de lidstaten heeft overgelaten zelf het door hen op het gebied van kansspelen gewenste beschermingsniveau te bepalen en (binnen de door het HvJ EG bepaalde randvoorwaarden) zelf de middelen te kiezen om het gewenste beschermingsniveau te realiseren, lopen de nationale wetgevingen op het gebied van de kansspelen onvermijdelijk uiteen, niet alleen wat betreft de modaliteiten van die wetgevingen, maar ook (en meer fundamenteel) wat betreft het daarvoor geboden beschermingsniveau. Al om die reden kan naar mijn mening geen beslissende betekenis toegekomen aan het feit dat een (beoogde) aanbieder van kansspelen in een andere lidstaat (in casu: het Verenigd Koninkrijk) dan waar hij de kansspelen aanbiedt (in casu: Nederland; dat de kansspelen vanuit het Verenigd Koninkrijk via internet in Nederland worden aangeboden, doet aan de gelding van art. 1, aanhef en onder a, Wok niet af), over een vergunning voor het aanbieden van kansspelen beschikt. In dit verband kan overigens worden gewezen op HvJ EG 17 december 1981, zaak 279/80 (Webb), Jurispr. 1981, 3305, NJ 1982, 581, punt 21:

"Op de tweede en de derde vraag van de Hoge Raad moet dus worden geantwoord, dat artikel 59 niet eraan in de weg staat, dat een lidstaat die een vergunning eist van ondernemingen die arbeidskrachten ter beschikking stellen, een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter die dergelijke werkzaamheden op zijn grondgebied uitoefent, verplicht aan deze voorwaarde te voldoen, ook indien deze over een door de staat van vestiging afgegeven vergunning beschikt, met dien verstande evenwel dat de lidstaat waar de dienst wordt verricht, bij het onderzoek van de aanvraag en bij de afgifte van de vergunning geen enkel onderscheid maakt op grond van de nationaliteit of de plaats van vestiging van de dienstverrichter, en bovendien rekening houdt met de bewijsstukken en waarborgen die de dienstverrichter voor de uitoefening van zijn werkzaamheden in de lidstaat van vestiging reeds heeft verschaft."

Het subonderdeel verduidelijkt niet, waarom de Nederlandse rechter, behoudens tegenbewijs, ervan zou moeten uitgaan dat de beweegredenen voor reglementering in het Verenigd Koninkrijk dezelfde zijn als die in Nederland. Bovendien zou, ook als van dezelfde beweegredenen zou moeten worden uitgegaan, nog niet zijn gegeven dat de betrokken regelingen van beide lidstaten eenzelfde beschermingsniveau beogen en dat de in die regelingen gekozen middelen en de modaliteiten daarvan ook daadwerkelijk in een gelijke bescherming voorzien. Het Verenigd Koninkrijk geldt binnen de Europese Unie als een van de liberale landen op het gebied van de kansspelen, ook voor zover die over internet worden aangeboden. Ik verwijs naar het overzicht van de minister van Justitie in diens brief van 5 maart 2008 aan de Eerste Kamer(70):

"Internetaanbod in andere lidstaten

Het onderhavige wetsvoorstel introduceert een tijdelijk legaal aanbod van kansspelen via internet in Nederland.

Uit een vergelijking van de verschillende wettelijke stelsels van de lidstaten blijkt dat er geen sprake is van een eenduidige Europese aanpak van kansspelen via internet. De regulering varieert per lidstaat.

Een aantal lidstaten heeft gekozen voor de introductie van een legaal alternatief. In Zweden, Denemarken en Oostenrijk bestaat een gereguleerd aanbod van kansspelen via internet dat verzorgd wordt door (overheids-)monopolisten. Het aanbod is primair op het eigen grondgebied gericht. Het spelaanbod en de distributiekanaalen variëren sterk. Wel kent het internetaanbod in bovengenoemde lidstaten leeftijdsgrenzen en andere waarborgen om excessief speelgedrag te voorkomen. Reclame voor kansspelen via internet wordt over het algemeen toegestaan, maar wordt wel gereguleerd.

Sinds 1 januari 2003 worden in Zweden internetkansspelen aangeboden via twee staatsmonopolies. Het productaanbod van AB Svenska Spel bestaat onder meer uit loterijen, sportweddenschappen, krasloten en bingospelen. AB Travoch Galopp biedt weddenschappen op paardenrennen aan. Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor non-profit organisaties om goede doelenloterijen langs elektronische weg te organiseren. In 2005 is in Zweden, uit het oogpunt van kanalisatie, pokeraanbod via internet aan het legale aanbod toegevoegd.

In Denemarken is het verboden zonder vergunning gelegenheid te geven tot deelname aan kansspelen via internet, indien deze gericht zijn op de Deense markt. Dit is onder meer het geval als gebruik(...) gemaakt wordt van de Deense taal. Een vergunning voor het aanbieden van kansspelen via internet is verleend aan het Deense staatsmonopolie Danske Spil. Het productaanbod bestaat onder meer uit lotto en bingo.

Voor zover bekend wordt het internetkanspelaanbod in Oostenrijk sinds 1998 verzorgd door Win2day.at, een samenwerkingsverband van Die Österreichischen Lotterien en Casinos Austria. Het productaanbod bestaat uit loterijen en casinospelen. Begin februari 2008 is het aanbod uitgebreid met poker.

Een aanpak waarbij het kanspelaanbod via internet wordt gekanaliseerd door middel van het aanbieden van een legaal alternatief is dus reeds bekend binnen Europa en wordt al toegepast in enkele lidstaten.

Andere lidstaten kennen een totaalverbod voor kansspelen via internet. Een lidstaat waarin recent een totaalverbod is (her)ingevoerd, is Duitsland. Met de inwerkingtreding van het Duitse "Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (GV.NRW.2007, S. 445)(") op 1 januari 2008 is een einde gekomen aan het legale internetaanbod in Duitsland. Deze maatregel maakt onderdeel uit van een breed pakket aan restrictieve maatregelen.

Frankrijk en EER-lidstaat Noorwegen hebben recent maatregelen bij de Europese Commissie genotificeerd om kredietinstellingen die bemiddelen bij goktransacties beter aan te kunnen pakken. Deze maatregelen zijn vergelijkbaar met de maatregelen die sinds 2006 van kracht zijn in de Verenigde Staten. In Nederland bestaat al wetgeving op basis waarvan deze instellingen

kunnen worden aangepakt. In dit verband wordt verwezen naar het onderdeel handhaving in deze brief.

Uitzonderingen binnen Europa vormen Groot-Brittannië en Malta, die in vergelijking met de overige Europese lidstaten een veel liberaler gokklimaat kennen. In deze lidstaten is sprake van een breed legaal aanbod van internetkansspelen, waarbij moet worden opgemerkt dat in Malta afgegeven vergunningen voor internetkansspelen slechts zien op deelname vanuit het buitenland (dat wil zeggen vanuit andere landen dan Malta).

Uit het voorgaande blijkt dat de lidstaten op zeer verschillende wijze invulling geven aan de beleidsruimte die hun toekomt."

Gelet op de dispariteit van de betrokken nationale wetgevingen kan niet worden aangenomen dat een door de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk afgegeven vergunning het door de Nederlandse wetgeving beoogde beschermingsniveau waarborgt. Om die reden kan de klacht niet tot cassatie leiden.

3.36 Onder (2) betoogt het subonderdeel dat de omstandigheid dat een lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen, wel degelijk op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen van invloed kan zijn, nu immers, voor zover bij dat andere stelsel van bescherming bepaalde doelstellingen wel worden verwezenlijkt (zoals bijvoorbeeld fraudebestrijding), die doelstellingen geen rol meer kunnen spelen bij de vraag of een bepaalde regeling voor het bereiken van die bepaalde doelstellingen noodzakelijk is en bovendien met zich mee kunnen brengen dat getroffen regelingen eerder onevenredig zullen worden geacht nu een deel van de doelstellingen al is gerealiseerd.

De door het subonderdeel bedoelde mogelijkheid dat een buitenlandse vergunning al voorziet in een deel van de waarborgen die ook de nationale regelgeving beoogt te bieden, kan mijns inziens, anders dan het subonderdeel betoogt, niet afdoen aan de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van de uit de nationale regelgeving voortvloeiende eis van een vergunning (vergelijk in dit verband ook de hiervóór onder 3.35 geciteerde passage uit het arrest Webb). Nog daargelaten of de waarborgen die voortvloeien uit onderling verschillende regelingen meetbaar en onderling vergelijkbaar zijn (en nog afgezien van de complicatie dat in een éénvergunningstelsel, zoals dat als onderdeel van het kanalisatiestreven voor sportwedenschappen geldt, voor een tweede vergunninghouder, ongeacht de waarborgen die zijn vergunning biedt, überhaupt geen plaats is), lijkt mij voor een beoordeling van de reeds door een buitenlandse vergunning geboden waarborgen slechts plaats in het kader van een beslissing over de verlening van een volgens de nationale wetgeving vereiste vergunning, in die zin dat de aanvrager van die vergunning mogelijk niet kan worden tegengeworpen dat hij tekortschiet in aspecten die reeds door zijn buitenlandse vergunning worden "gedekt". In het onderhavige geschil is een dergelijke beslissing over een al dan niet aan Ladbrokes te verlenen vergunning echter niet aan de orde: Ladbrokes heeft immers ervoor

gekozen de eis van een vergunning zoals vervat in art. 1, aanhef en onder a, Wok volledig te negeren en haar kansspelen zonder de vereiste vergunning (ook) aan Nederlandse ingezetenen aan te bieden. Ook in zoverre kan het subonderdeel daarom niet slagen.

3.37 Onder (3) betoogt het subonderdeel dat het feit dat Ladbrokes in het Verenigd Koninkrijk over een vergunning beschikt, althans in aanmerking moet worden genomen bij de door Ladbrokes voorgestane toets aan het derde Gambelli-criterium, te weten het onderzoek of de in concreto getroffen maatregel (het ontoegankelijk maken van de website van Ladbrokes voor Nederlandse ingezetenen) daadwerkelijk beantwoordt aan de ter rechtvaardiging van de nationale regeling aangevoerde doelstellingen en evenredig is.

Zoals hiervoor bij de bespreking van de onderdelen II, III, IV, VI en VII al aan de orde kwam, deel ik niet de visie dat, indien de nationale regeling (art. 1, aanhef en onder a, Wok) onder art. 49 EG is gerechtvaardigd, ook op die regeling steunende (en in het licht van de doelstellingen daarvan niet disproportionele) uitvoeringsmaatregelen ieder voor zich en als zodanig aan de door het HvJ EG geformuleerde voorwaarden moeten beantwoorden. Overigens roep ik in herinnering dat de in concreto getroffen maatregel (het bevel om de website van Ladbrokes voor Nederlandse ingezetenen ontoegankelijk te maken) als zodanig niet is gericht op de uitvoering van (art. 1, aanhef en onder a, van de) Wok, maar op beëindiging (c.q. voorkoming) van een door Ladbrokes wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm jegens de Lotto gepleegde onrechtmatige daad. Als en voor zover het gemeenschapsrecht aan de aldus opgevatte en in concreto getroffen maatregel al voorwaarden stelt, speelt daarbij mijns inziens geen rol of die maatregel al dan niet aan verwerkelijking van de doelstellingen van de Wok bijdraagt(71).

3.38 Subonderdeel 19.5 is gericht tegen de rov. 4.14 en 4.17. In rov. 4.14 heeft het hof overwogen:

"(...) Nu Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke pijler - en dus niet slechts een belangrijk neveneffect - daarvan is, en het hof daarvan ook anderszins niet is gebleken, zal het hof Ladbrokes niet in haar betoog op dit punt volgen."

En in rov. 4.17:

"In het licht van het voorgaande oordeelt het hof voorts dat het in de Wok vervatte totaalverbod behoudens vergunning niet verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is, waarbij het mede in aanmerking neemt dat Ladbrokes - op wier weg dat zou hebben gelegen - niet voldoende (onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat daadwerkelijk minder beperkende maatregelen mogelijk en in de praktijk effectief zullen blijken te zijn. Het toelaten van het aanbieden van kansspelen zonder vergunning - hetzij via internet, hetzij via een ander medium - zou in elk geval het beleid ondermij-

nen dat via een vergunningenstelsel is gericht op beheersing. (...)"

Het subonderdeel betoogt dat beide overwegingen (en het gehele arrest van het hof) van een onjuiste rechtsopvatting blijk geven door op Ladbrokes de bewijslast te leggen dat er geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die de beperkingen (van het vrij verkeer van diensten), door de Wok opgelegd, rechtvaardigen, respectievelijk dat het totaalverbod behoudens vergunning verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is. Volgens het onderdeel was het na de constatering in rov. 4.6 dat (tussen partijen niet in geschil is dat) de toepassing van de Wok het vrij verkeer van diensten beperkt, aan de Lotto te bewijzen dat er dringende redenen van algemeen belang zijn die een uitzondering op art. 49 EG rechtvaardigen c.q. dat het in de Wok vervatte totaalverbod behoudens vergunning niet verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk en evenredig is.

Bij de beoordeling van het subonderdeel stel ik voorop dat het bestreden oordeel in beide rechtsoverwegingen inhoudt dat Ladbrokes voor haar standpunt geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft aangevoerd. Dat sluit geenszins uit dat in de opvatting van het hof de stelplicht (en bewijslast) ter zake van die dringende redenen en die evenredigheid weliswaar (zodanig het subonderdeel lijkt te betogen) op de Lotto rustte(n), maar dat hetgeen de Lotto ter zake heeft aangevoerd, mede in het licht van de stukken, zo zeer aannemelijk was, dat het zonder (voldoende onderbouwde) betwisting door Ladbrokes als vaststaand diende te worden aangenomen. In rov. 4.14, welke rechtsoverweging is toegespitst op de betekenis van de fondsenwerving door de vergunninghouders, valt die benadering duidelijk te herkennen. Na het standpunt van de Lotto te hebben weergegeven (vijfde volzin: "Volgens De Lotto is fondsenwerving echter geen pijler, maar een neveneffect van het Nederlandse kansspelbeleid.") heeft het hof dit standpunt van de Lotto, daarvoor steun vindend in de stukken, kennelijk zo aannemelijk geacht dat het, "(n)u Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld" (laatste volzin), het standpunt van de Lotto heeft gevolgd. Ook in rov. 4.17 (eerste volzin) herken ik de benadering dat het hof het door de Lotto verdedigde standpunt zo aannemelijk heeft geacht dat een nadere en gemotiveerde betwisting daarvan door Ladbrokes was aangewezen: "In het licht van het voorgaande oordeelt het hof voorts dat het in de Wok vervatte totaalverbod behoudens vergunning niet verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is, waarbij het mede in aanmerking neemt dat Ladbrokes - op wier weg dat zou hebben gelegen - niet voldoende (onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat daadwerkelijk minder beperkende maatregelen mogelijk en in de praktijk effectief zullen blijken te zijn" (onderstrepingen toegevoegd; LK).

Naar mijn mening moet intussen worden betwijfeld of in het onderhavige geschil stelplicht en bewijslast, zoals door Ladbrokes voorgestaan, daadwerkelijk op de

Lotto rusten. In dat verband mag het perspectief van de onderhavige procedure niet uit het oog worden verloren: de Lotto verwijt Ladbrokes een onrechtmatige daad, omdat Ladbrokes zich onttrekt aan de voor beiden geldende wetgeving waarnaar de Lotto zich wel gedraagt, en zich aldus ten koste van de Lotto een onrechtmatige voorsprong verschaft. Ladbrokes verweert zich met de stelling dat zij zich niet aan de Nederlandse wetgeving behoeft te houden, omdat deze wegens strijd met art. 49 EG onverbindend zou zijn. Mijns inziens ligt het bij die stand van zaken voor de hand dat stelplicht en bewijslast ter zake van alle elementen die de beweerde onverbindendheid van de betrokken wetgeving constitueren, op Ladbrokes rusten. Daarbij zou ik geen consequenties willen verbinden aan het feit dat de toetsing aan art. 49 EG in twee stappen verloopt: het vaststellen van de beginsel-toepasselijkheid van art. 49 en, zo die beginsel-toepasselijkheid is vastgesteld, het onderzoek naar redenen van algemeen belang die een uitzondering kunnen rechtvaardigen. Waar het doorgaans op aankomt, is die tweede stap. De beginsel-toepasselijkheid van art. 49 EG is (vooral omdat zij niet tot discriminerende regelingen is beperkt) zo ruim, dat in zaken waarin strijd met art. 49 wordt ingeroepen, het debat, evenals in de onderhavige zaak, zo niet uitsluitend, dan toch vooral over het zich al dan niet voordoen van een uitzondering zal worden gevoerd. Naar mijn mening kan het niet zo zijn dat in een situatie als de onderhavige de justitiabele, die zich op de nationale wetgeving verlaat, de verbindendheid van die wetgeving moet bewijzen, op de enkele grond dat zijn wederpartij die zich aan die wetgeving onttrekt, de beginsel-toepasselijkheid van art. 49 EG stelt en (wat haar doorgaans niet moeilijk zal vallen) zonodig aantoot. Er zouden misschien redenen zijn anders te oordelen als het beroep op art. 49 EG wordt gedaan, vis-à-vis de nationale overheid die voor de betrokken wetgeving verantwoordelijk is, maar die situatie doet zich hier niet voor; Ladbrokes negeert de Wok, wacht af en zoekt niet de confrontatie met de Nederlandse overheid, bijvoorbeeld door een vergunning ingevolge de Wok te vragen of door de vergunningverlening aan de Lotto ter discussie te stellen.

Een tweede kanttekening die ik nog bij de kwestie van de bewijslast wilde maken, betreft het punt van de evenredigheid. De vanwege haar onevenredigheid onder art. 49 EG ontoelaatbare regeling is als het ware "een uitzondering op de uitzondering" op de beginsel-toepasselijkheid van art. 49 EG. Ook in dat licht meen ik dat het voor de hand ligt dat stelplicht en bewijslast ter zake niet op de Lotto, maar op Ladbrokes rusten.

3.39 Subonderdeel 19.6 is gericht tegen rov. 4.18, waarin het hof heeft geoordeeld dat van discriminatie geen sprake is:

"(...) omdat artikel 1, aanhef en onder a, Wok een ieder verbiedt om zonder vergunning gelegenheid te geven tot het deelnemen aan kansspelen. Voorts staat het ook buitenlandse bedrijven vrij een vergunning ingevolge de Wok aan te vragen. Zo heeft Ladbrokes in het verleden een Nederlandse vergunning gehad voor het aanbieden van weddenschappen op paardenraces en

heeft thans het Canadese bedrijf Autotote een Nederlandse vergunning voor diezelfde activiteiten. Ook heeft Ladbrokes met betrekking tot de op dit moment (kennelijk) bestaande beperkingen om in aanmerking te komen voor een vergunning krachtens de Wok, geen feiten gesteld waaruit kan volgen dat op enigerlei wijze onderscheid wordt gemaakt tussen buitenlandse en Nederlandse bedrijven, anders dan waar het de plaats van vestiging betreft, waarvoor evenwel uit een oogpunt van toezicht en controle goede grond bestaat. In dit verband acht het hof bovendien van belang dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen blijkt dat de omstandigheid dat een nationale overheid aan één organisatie een vergunning verleent om bepaalde kansspelen te organiseren niet kan worden aangemerkt als een discriminatoire beperking en ook overigens niet in de weg staat aan de rechtvaardiging van de restrictieve kansspelwetgeving van de betrokken lidstaat (vgl. bijv. HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läära), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 28, en HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35), dat Ladbrokes - naar onweersproken vaststaat - bij gelegenheid van verlenging van de aan De Lotto verleende vergunning geen pogingen heeft gedaan om die vergunning zelf te verkrijgen en dat zij geen rechtsmiddel heeft ingesteld tegen het besluit tot verlenging van die vergunning."

3.40 Onder A bestrijdt het subonderdeel de geciteerde overweging als in strijd met het recht, althans onbegrijpelijk, omdat uit die overweging zelf blijkt dat een bedrijf als Ladbrokes dat elders in de EU is gevestigd, geen vergunning kan krijgen, en niet valt in te zien waarom daarvoor uit een oogpunt van toezicht en controle goede grond bestaat. Dit laatste klemt volgens het subonderdeel "te meer (...) nu het in casu gaat om in Nederland te organiseren kansspelen nu de Nederlandse overheid daarover controle kan uitoefenen, ook als het organiserende bedrijf niet in Nederland maar wel in de EU is gevestigd".

In de geciteerde overweging lees ik niet dat in de opvatting van het hof Ladbrokes geen vergunning kan krijgen, omdat zij in het buitenland is gevestigd. Het hof heeft juist vooropgesteld dat het ook buitenlandse bedrijven vrijstaat een vergunning ingevolge de Wok aan te vragen. Dat oordeel acht ik juist. Art. 1 Wok, gelezen in samenhang met de art. 16, lid 1, Wok, verbiedt ieder ander dan de vergunninghouder het organiseren van sportprijsvragen, welk verbod zowel in Nederland als in een andere lidstaat gevestigde ondernemers gelijkelijk treft. De genoemde artikelen stellen voorts geen eisen omtrent de nationaliteit of de vestigingsplaats van de vergunninghouder. Het wettelijk stelsel als zodanig houdt dan ook geen discriminatie naar nationaliteit of vestigingsplaats in. Bij die stand van zaken geldt dat, als al sprake zou zijn van met de vestigingsplaats samenhangende factoren die bemoeilijken dat een in het buitenland gevestigde onderneming voor een vergunning ingevolge de Wok in aanmerking komt (het is mij, eerlijk gezegd, niet duidelijk op welke factoren het hof in de bestreden overweging heeft gedomd; Ladbrokes

heeft het door haar gehanteerde discriminatieargument in elk geval in appel op de hierna onder 3.41 nog te bespreken bezwaren tegen het ontbreken van een openbare aanbesteding toegespitst(72)), de consequenties daarvan aan de orde moeten worden gesteld in de bestuursrechtelijke procedure naar aanleiding van de beslissing op de aanvraag van een dergelijke vergunning, en dat zulke factoren niet jegens een marktdeelnemer als de Lotto kunnen legitimeren dat een in het buitenland gevestigde onderneming zonder vergunning ingevolge de Wok op de Nederlandse kansspelmarkt actief is. Ladbrokes mist in de onderhavige procedure dan ook belang bij haar klacht, gericht tegen het oordeel dat voor de in de bestreden rechtsoverweging bedoelde en met haar vestigingsplaats samenhangende beperkingen om voor een vergunning ingevolge de Wok in aanmerking te komen, als daarvan al sprake is, uit oogpunt van toezicht en controle goede grond bestaat.

Overigens onderschrijf ik niet het argument van Ladbrokes dat voor de zulke beperkingen uit oogpunt van toezicht en controle geen goede grond kan bestaan, nu de vergunningsplicht steeds het in Nederland organiseren van kansspelen betreft, óók als de aanbieder van die kansspelen buiten Nederland is gevestigd. Zoals de onderhavige zaak illustreert, valt ook het vanuit het buitenland via internet aanbieden van kansspelen binnen het bereik van art. 1, aanhef en onder a, Wok. Dat een dergelijke vorm van aanbieden wettelijk kwalificeert als het in Nederland gelegenheid geven tot het deelnemen aan kansspelen, impliceert op zichzelf nog niet dat in geval van een dergelijke wijze van aanbieden steeds voldoende aanknopingspunten voor een effectieve controle en een effectief toezicht voorhanden zijn.

3.41 Onder B bestrijdt het subonderdeel de geciteerde overweging met het betoog dat de Lotto de enige organisatie is die de onderhavige kansspelen kan organiseren, dat met betrekking tot de bedoelde vergunning geen openbare aanbesteding in overeenstemming met de Europese regels heeft plaatsgehad en dat de vergunning van de Lotto steeds (onderhands) is verlengd, alhoewel de Lotto als vergunninghouder de Wok regelmatig zou hebben overtreden. Ook die omstandigheden impliceren volgens het subonderdeel dat sprake is van een verboden discriminatie die aan de getroffen voorziening in de weg stond, nu de Lotto niet een in strijd met het discriminatieverbod verkregen vergunning aan haar vordering ten grondslag kan leggen

Nog daargelaten of het gemeenschapsrecht zich tegen een onderhandse verlening van de vergunning aan de Lotto c.q. een onderhandse verlenging daarvan verzet, zie ik niet in waarom een ontoelaatbare onderhandse verlening of verlenging een verboden discriminatie naar nationaliteit of vestigingsplaats zou impliceren, nu zij alle andere gegadigden dan de Lotto, ongeacht nationaliteit of vestigingsplaats, gelijkelijk zou treffen. Overigens stond het onderhandse karakter van de bedoelde verlening c.q. verlenging ook voor buitenlandse gegadigden als Ladbrokes niet in de weg aan de moge-

lijkheid zich langs bestuursrechtelijke weg tegen die verlening c.q. verlenging te voorzien. Het hof heeft in rov. 4.18, slot, uitdrukkelijk mede in aanmerking genomen dat Ladbrokes van die mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt (en evenmin pogingen heeft gedaan om die vergunning zelf te verkrijgen).

3.42 Subonderdeel 19.7 is gericht tegen rov. 4.19, waarin het hof onder meer heeft overwogen:

"(...) Het hof tekent hierbij voor de goede orde nog aan dat voor zover Ladbrokes bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof (zie pleitnota Ladbrokes in hoger beroep van mr. Meulenbelt onder 17 e.v.) voor haar stellingen mede een beroep heeft gedaan op (met name de punten 111 respectievelijk 128 tot en met 130 uit) de conclusie van Advocaat-Generaal Colomer van 16 mei 2006 in de bij het HvJEG aanhangige zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), uit het hiervoor (op deze punten met name in de rov. 4.14 en 4.15 respectievelijk 4.16 en 4.17) overwogene volgt dat het hof deze stellingen verwerpt."

Onder 19.7.1 betoogt het subonderdeel dat het hof de op de bedoelde conclusie gebaseerde stellingen had moeten honoreren en dat het door die stellingen te verwerpen, in de rov. 4.14-4.17 het recht onjuist heeft toegepast. Onder 19.7.2 werkt het subonderdeel verder uit welke beide rechtsregels (A en B) het hof aldus zou hebben veronachtzaamd; weliswaar suggereren de woorden "(onder meer)" dat de klachten van het subonderdeel op méér, beweerdelijk door het hof veronachtzaamde rechtsregels betrekking hebben, maar als Ladbrokes met het subonderdeel daadwerkelijk zou hebben bedoeld ook de schending van andere dan de onder 19.7.2 geëxpliciteerde rechtsregels aan de orde te stellen, mist het in zoverre voldoende bepaaldheid.

3.43 De eerste, volgens het subonderdeel onder 19.7.2 veronachtzaamde rechtsregel houdt in, dat, indien in een land (zoals Nederland) de kansspelwetgeving heeft geleid tot een sterke toename van de spelmogelijkheden en deelname in uitgebreide reclame etc. wordt aangemoedigd, een dergelijk land zich niet ter rechtvaardiging van een inbreuk op het principe van het vrij verkeer van diensten op het tegengaan van gokverslaving kan beroepen.

In de zaak Placanica was aan de orde dat de betrokken lidstaat (Italië), naar de verwijzende rechter uitdrukkelijk had vastgesteld (zie punt 54 van het arrest van het HvJ EG: "Volgens de rechtspraak van de Corte suprema di cassazione staat vast dat de Italiaanse wetgever in de kansspelsector een expansiebeleid voert met het doel de belastingopbrengsten te verhogen, en dat er geen rechtvaardiging voor de Italiaanse regeling kan worden ontleend aan de doelstellingen van beperking van de goklust van de consument of van beperking van het spelaanbod."), in de kansspelsector een expansiebeleid voerde met als doel de belastingopbrengsten te verhogen. A-G Colomer had zich in zijn conclusie voor het arrest eveneens slechts uitgelaten over het geval dat een lidstaat een kansspelbeleid van sterke expansie van de kansspelen en weddenschappen voert (zie punt 111 van die conclusie: "Het Hof heeft het inconsistent geacht, de schade als gevolg van handelingen die in de

hand worden gewerkt, te voorkomen (...), zoals het geval is wanneer een staat een beleid van sterke expansie van de kansspelen en weddenschappen voert (...); bijgevolg lijkt fraudebestrijding de enige rechtvaardiging van de litigieuze beperkingen."). In het bestreden arrest heeft het hof daarentegen vastgesteld dat het kansspelbeleid van de Nederlandse overheid erop is gericht en ook ertoe leidt dat "de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt en als gevolg van het gevoerde restrictieve beleid de gelegenheden om te spelen relevant minder zijn dan zonder dat beleid het geval zou zijn, dat wil zeggen dat door het gereguleerde aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen" (rov. 4.16). De door het subonderdeel bedoelde rechtsregel, die is ontwikkeld voor het geval dat een lidstaat een op expansie gericht kansspelbeleid voert, is door het hof niet miskend, omdat een dergelijk geval van een op expansie gericht kansspelbeleid zich volgens de vaststellingen van het hof niet voordoet. Het subonderdeel kan in zoverre dan ook niet slagen.

3.44 Onder B klaagt het subonderdeel over een schending van de rechtsregel dat, indien in een lidstaat (hier: het Verenigd Koninkrijk) de kansspelen zijn gereguleerd en de beweegredenen voor reglementering dezelfde zijn (in casu bij fraudebestrijding), de autoriteiten van de Staat waar de dienst geleverd wordt (hier: in Nederland) - waar de dienst overigens hoogstens aangeboden kan worden - aannemen dat er sprake is van een voldoende waarborg van integriteit.

Bij de beoordeling van deze klacht stel ik voorop dat, anders dan in de zaak Placanica op aangeven van de verwijzende rechter met betrekking tot het Italiaanse kansspelbeleid werd aangenomen, het vereiste van een vergunning in het Nederlandse kansspelbeleid niet louter strekt ter waarborging van de integriteit van de aanbieders van kansspelen. Het voorbehouden van het aanbieden van kansspelen aan de houders van een vergunning (in het geval van sportweddenschappen en de lotto aan één vergunninghouder) is mede gericht op het beteugelen van de goklust door een kanalisatie daarvan. Waar zeker op dat punt de door de nationale overheden binnen het raam van de hun op grond van het gemeenschapsrecht toekomende beoordelingsvrijheid gemaakte keuzes (sterk) uiteenlopen, kan, zoals in het voorgaande al aan de orde kwam, een in een lidstaat verkregen vergunning niet waarborgen dat de activiteiten van de betrokken aanbieder ook in andere lidstaten aan de (legitieme) vereisten van het aldaar gevoerde kansspelbeleid beantwoorden. Overigens wijs ik erop dat de beschouwingen van A-G Colomer over de betekenis van de in een andere lidstaat verkregen vergunning in het Placanica-arrest geen neerslag hebben gevonden. Met betrekking tot de eis van een vergunning heeft het HvJ EG (in punt 65) slechts benadrukt dat "(h)et vereiste dat de in de kansspelsector actieve marktdeelnemers en hun lokalen worden onderworpen aan een initiële controle en aan een voortdurend toezicht (...) duidelijk bij(draagt) tot het

doel, te voorkomen dat deze marktdeelnemers bij criminele of frauduleuze activiteiten worden betrokken, en (...) een maatregel (lijkt) te zijn die volledig evenredig is aan dat doel", zonder daarbij te reppen van de betekenis van een in een andere lidstaat verkregen vergunning; daarentegen heeft het HvJ EG (in punt 66) van belang geacht dat "verdachten in de hoofdzaken echter bereid (waren) om (in Italië; LK) vergunningen te verkrijgen en zich aan een dergelijke controle en een dergelijk toezicht te onderwerpen". Ten slotte teken ik nog aan dat, voor zover in het onderhavige geschil al van betekenis is dat (in de woorden van A-G Colomer in punt 128 van diens conclusie) in andere landen van de Unie uitgevoerde controles en de aldaar gestelde zekerheden niet mogen worden genegeerd of buiten beschouwing mogen worden gelaten, die betekenis mogelijk hierin zou zijn gelegen dat Ladbrokes niet een vergunning zou mogen worden geweigerd vanwege aspecten die reeds door de haar in een andere lidstaat verleende vergunning worden "gedekt". Die omstandigheid zou echter geenszins rechtvaardigen dat Ladbrokes de eis van een vergunning ingevolge de Wok volledig negeert en zonder een dergelijke vergunning op de Nederlandse kansspelmarkt actief is, al was het maar omdat de Nederlandse autoriteiten minst genomen in de gelegenheid moeten worden gesteld zich (vooraf) van de door de buitenlandse vergunning geboden waarborgen te vergewissen.

3.45 Onderdeel VIII is gericht tegen de rov. 4.26-4.29, waarin het hof de vierde grief van Ladbrokes heeft besproken.

3.46 In rov. 4.27 heeft het hof onder meer als volgt overwogen:

"Het hof stelt voorop dat, nu zich hier de situatie voordoet dat Ladbrokes in Nederland gelegenheid geeft tot het via internet deelnemen aan de kansspelen, een maatregel die ertoe strekt dat Ladbrokes met de aan haar ter beschikking staande software deelneming aan de kansspelen via internet op dezelfde wijze onmogelijk maakt als is geschied ten aanzien van potentiële deelnemers in de Verenigde Staten, niet disproportioneel is te noemen (...)."

Het onderdeel klaagt allereerst (onder 21 en 22) dat het hof niet (begrijpelijk) heeft getoetst aan het zogenaamde derde Gambelli-criterium, dat wil zeggen niet heeft onderzocht of de bedoelde voorziening (blokkeren van de website voor Nederlandse ingezetenen) daadwerkelijk bijdraagt aan de ter rechtvaardiging van het Nederlandse kansspelbeleid aangevoerde doelstellingen en in het licht van die doelstellingen niet disproportioneel is.

Zoals in het voorgaande (met name bij de bespreking van de onderdelen II, III, IV, VI en VII) al herhaaldelijk aan de orde kwam, kan de toelaatbaarheid van de in het onderhavige geschil getroffen en op de beëindiging (c.q. het voorkomen) van een onrechtmatig handelen van Ladbrokes jegens de Lotto gerichte voorziening niet afhankelijk worden gesteld van een toetsing of zij, op zichzelf beschouwd, daadwerkelijk en aantoonbaar aan de doelstellingen van het Nederlandse kansspelbeleid beantwoordt.

3.47 De klachten van het onderdeel spitsen zich vervolgens toe op rov. 28, waarin het hof als volgt heeft overwogen:

"Reeds hieruit volgt dat een dergelijk verbod niet, zoals Ladbrokes wel wil, behoeft te worden beperkt tot kansspelen waarvoor De Lotto een vergunning heeft. Die conclusie vindt ook hierin zijn rechtvaardiging dat als Ladbrokes (zonder Nederlandse vergunning daartoe) kansspelen in Nederland aanbiedt via internet die De Lotto niet mag aanbieden, of een combinatie aanbiedt van die spelen met spelen die De Lotto wel mag aanbieden, zij zich - mede gelet op het daaromtrent hiervoor overwogene - aldus evenzeer een ongeoorloofde voorsprong verschafft op haar concurrent, De Lotto."

Het onderdeel klaagt (onder 24) allereerst dat de geciteerde overweging rechtens onjuist of onbegrijpelijk is, nu het hof daarmee uit het oog heeft verloren dat, waar de opgelegde maatregel hierdoor wordt gerechtvaardigd dat Ladbrokes een oneerlijke voorsprong in de concurrentie met de Lotto heeft, het enkele door Ladbrokes in Nederland gelegenheid geven aan een kansspel deel te nemen op zichzelf niet impliceert dat van oneerlijke concurrentie sprake is

De klacht kan niet tot cassatie leiden. In de gedachtegang van het hof ligt besloten dat Ladbrokes zich niet alleen een oneerlijke voorsprong op de Lotto verschafft door het zonder vergunning aanbieden van kansspelen waarvoor de Lotto een vergunning heeft en die de Lotto slechts in overeenstemming met de beperkende voorwaarden van de betrokken regelgeving en van die vergunning mag aanbieden, maar ook door het zonder vergunning aanbieden van kansspelen waarvoor de Lotto géén vergunning heeft en die de Lotto daarom überhaupt niet mag aanbieden, naar welk gebod de Lotto zich gedraagt (en zich, zeker als vergunninghouder voor andere kansspelen, ook moet gedragen). Deze gedachtegang geeft niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk en is evenmin onbegrijpelijk.

Voorts klaagt het onderdeel (onder 25) dat de geciteerde overweging ook daarom onjuist en onbegrijpelijk is, omdat niet zonder meer valt in te zien hoe sprake kan zijn van concurrentie ten aanzien van diensten die de Lotto niet aanbiedt en waarmee Ladbrokes derhalve niet met de Lotto concurreert. Volgens het onderdeel kan dit slechts anders zijn als de door Ladbrokes aangeboden diensten met andere diensten van de Lotto concurreren, waaromtrent echter niets is vastgesteld. Ten slotte staat de mogelijkheid dat Ladbrokes aan de Lotto vergunde diensten combineert, niet in de weg aan een verbod dat beperkt is tot de diensten die concurreren, zodat ook dat geen begrijpelijke motivering (van de handhaving) van het opgelegde (ruime) verbod kan vormen.

Waar Ladbrokes en de Lotto beiden op de Nederlandse kansspelmarkt actief zijn, valt niet in te zien waarom het de tussen hen bestaande concurrentieverhoudingen niet zou beïnvloeden en waarom Ladbrokes zich niet een oneerlijk concurrentievoordeel zou verschaffen, als Ladbrokes het voor hen beiden geldende verbod om zonder vergunning bepaalde kansspelen aan te bieden

negeert en die kansspelen aan haar aanbod toevoegt, daar waar de Lotto zich naar dat verbod blijft gedragen en haar aanbod niet met die kansspelen uitbreidt (en ook niet kan uitbreiden). Of de bedoelde kansspelen substitueerbaar zijn met kansspelen die de Lotto wel aanbiedt, is in dat verband niet beslissend. Als de kansspelen die Ladbrokes in strijd met de wet aanbiedt niet substitueerbaar zijn met de aan de Lotto vergunde kansspelen, maakt dat de voorsprong die Ladbrokes zich op de Lotto verschafft door in strijd met de wet te handelen, alleen maar groter, daar zij zich dan in zoverre ten opzichte van haar concurrente de Lotto in wezen een monopoliepositie verwerft.

3.48 Onderdeel IX ten slotte klaagt, dat het hof het recht heeft geschonden althans onbegrijpelijk heeft beslist, door met een beroep op de doelstellingen die aan de Wok ten grondslag liggen een maatregel te rechtvaardigen die volgens het hof zelf met art. 49 EG in strijd is (rov. 4.6), nu die maatregel op vordering van de Lotto (een concurrente van Ladbrokes) is getroffen, aan de Lotto zelf geen beroep op de Wok toekomt (rov. 4.22) en de Nederlandse overheid de Wok niet handhaaft jegens Ladbrokes (en vergelijkbare aanbieders) en/of deelnemers aan de door Ladbrokes georganiseerde kansspelen.

Bij de beoordeling van het onderdeel stel ik voorop dat ik in het bestreden arrest niet lees dat ook het hof van oordeel zou zijn dat de aan Ladbrokes opgelegde maatregel in beginsel binnen het bereik van art. 49 EG zou vallen. Rov. 4.6, waarnaar het onderdeel in dit verband verwijst, betreft mijns inziens niet de vraag of die maatregel, maar of de toepassing (in de zin van toepasselijkheid) van art. 1, aanhef en onder a, Wok op de door Ladbrokes aangeboden diensten in beginsel door art. 49 EG wordt bestreken. Die vraag is in de gedachtegang van het hof van belang omdat zij medebepalend is voor de beantwoording van de vraag of onverbindendheid van de door Ladbrokes overtreden wettelijke bepaling eraan in de weg staat dat de Lotto zich op die overtreding als bestanddeel van een door Ladbrokes jegens haar gepleegde onrechtmatige daad beroept. Het hof heeft dienaangaande in rov. 4.19 geconcludeerd dat "de toepassing van (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok niet in strijd is met artikel 49 EG en dat, gelet op de directe werking van laatstgenoemde bepaling, De Lotto als vergunninghouder zich mag beroepen op de gerechtvaardigdheid van de aan haar vergunning ten grondslag liggende nationale wetgeving". In de gedachtegang van het hof strekt de opgelegde maatregel, in overeenstemming met dit een en ander, niet tot handhaving van de Wok, maar tot redres van een door Ladbrokes jegens de Lotto gepleegde onrechtmatige daad, waarvan de door Ladbrokes gepleegde overtreding van de Wok maar één van de bestanddelen vormt. Ik verwijs naar rov. 4.22, waarin het hof buiten twijfel heeft gesteld dat de Lotto zich niet primair op art. 1, aanhef en onder a, Wok, maar op art. 6:162 BW heeft beroepen (waarbij de toepasselijkheid van art. 6:162 BW mede wordt bepaald door de omstandigheid dat Ladbrokes de Wok heeft overtreden), en op rov. 4.26, waarin het hof nog eens heeft

benadrukt dat de getroffen voorziening haar rechtvaardiging vindt, niet in het feit dat Ladbrokes de Wok heeft overtreden, maar in het feit dat zij (mede daardoor) onrechtmatig jegens de Lotto heeft gehandeld. De door het onderdeel kennelijk bedoelde ongerijmdheid dat de getroffen maatregel zou strekken tot (een door het hof gerechtvaardigd geachte) handhaving van de Wok, terwijl aan de Lotto geen beroep op de Wok zou toekomen (het hof heeft, meer precies, in rov. 4.22 overwogen dat "de Wok niet de strekking heeft vergunninghouders te beschermen tegen concurrentie door niet-vergunninghouders") en de Nederlandse overheid de Wok niet actief zou handhaven, doet zich in werkelijkheid dan ook niet voor. Overigens meen ik dat de uit het onderdeel blijkende misvatting dat de getroffen maatregel de pretentie zou hebben de Wok te handhaven, mede een rol speelt bij de in het kader van de onderdelen II, III, IV, VI en VII reeds besproken onjuistheid van de opvatting dat mede zou moeten worden getoetst of de getroffen maatregel ook als zodanig aan de doelstellingen van de Wok beantwoordt en in het licht van die doelstellingen niet disproportioneel is. Ook onderdeel IX kan daarom niet tot cassatie leiden.

4. Prejudiciële vragen?

4.1 Alhoewel ik het cassatieberoep van Ladbrokes ongegrond acht, ga ik ten slotte in op de vraag of dat beroep de Hoge Raad aanleiding tot prejudiciële vragen zou moeten geven, niet alleen omdat Ladbrokes daarop heeft aangedrongen, maar ook omdat recente ontwikkelingen ertoe dwingen die vraag nader onder ogen te zien.

4.2 Ik stel voorop dat in de onderhavige (bodem)procedure voor de Hoge Raad niet slechts een bevoegdheid, maar ook een verplichting tot prejudiciële verwijzing geldt, voor zover redelijke twijfel over de beantwoording van een daarin opgeworpen vraag van gemeenschapsrecht zou bestaan. Een verplichting tot prejudiciële verwijzing geldt uiteraard niet, als beantwoording van een dergelijke vraag voor de beslissing van het geschil niet noodzakelijk is (vergelijk art. 243 EG, tweede alinea: "indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht"). In cassatie betekent dat onder meer dat een prejudiciële verwijzing niet nodig is (en, naar de letter van art. 234 EG, tweede alinea, zelfs niet mogelijk is), voor zover klachten die op zichzelf serieuze vragen van gemeenschapsrecht aan de orde stellen, hoe dan ook niet tot cassatie kunnen leiden, bijvoorbeeld omdat zij een voldoende bepaaldheid of feitelijke grondslag missen of de eiser tot cassatie een voldoende belang bij de betrokken klachten mist. Ik herinner eraan dat naar mijn mening veel van de klachten van Ladbrokes al om die reden voor afdoening gereed liggen.

4.3 De vraag of het stellen van prejudiciële en voor de beslissing van het geschil relevante vragen vanwege een voldoende twijfel over de beantwoording daarvan is aangewezen, is niet steeds eenvoudig te beantwoorden. De nationale rechter moet in dat verband zijn weg vinden tussen enerzijds de in de rechtspraak van het HvJ EG streng geformuleerde verwijzingsplicht(73) en anderzijds de wens het HvJ EG niet onnodig (verder) te

belasten en de nationale procedure niet zonder voldoende zwaarwegende redenen aanzienlijk te vertragen. Een gezichtspunt in verband met dat laatste is voorts dat aanhangige prejudiciële procedures tot rechtsonzekerheid kunnen leiden en dat zij in de praktijk de rechtshandhaving kunnen verlammen, zoals in de jaren 80 van de vorige eeuw in verband met de visserijquoteringsregelingen het geval was.

4.4 Zoals hiervóór (onder 2.6) al aan de orde kwam, is bij het HvJ EG een aantal prejudiciële zaken over de Europeesrechtelijke aspecten van nationaal kansspelbeleid aanhangig. Daaruit blijkt dat rechters in andere lidstaten voldoende grond en aanleiding voor prejudiciële vragen hebben gezien. Soms kiezen die vragen de Europeesrechtelijke ontoelaatbaarheid van het nationale kansspelbeleid tot uitgangspunt(74), soms trachten zij het HvJ EG een uitspraak te ontlokken over de verhouding van de restrictieve doelstellingen van de betrokken regelingen en de mogelijk aanmoedigende werking van de (reclame-)activiteiten van de nationale vergunninghouders(75). Ook de toelaatbaarheid van een nationaal monopolie voor bepaalde kansspelen(76) en het weren van aanbieders met een in een andere lidstaat verkregen vergunning(77) is in de bij het HvJ EG voorliggende vragen al aan de orde.

4.5 Ook de AbRvS is, zoals hiervóór vermeld (onder 2.10), voornemens prejudiciële vragen te stellen. Er is nog geen verwijzingsuitspraak en de te stellen vragen zijn nog niet bekend, maar ik verwacht niet dat die vragen voor het onderhavige geschil beslissend zullen zijn. Waar de AbRvS de rechtvaardiging van het Nederlandse kansspelbeleid eerder heeft geaccepteerd (zie hiervoor onder 2.8 en 2.9), ligt het voor de hand dat die (in de bestuursrechtelijke procedure te formuleren) vragen zullen zijn toegespitst op de techniek van verlening c.q. verlenging van vergunningen ingevolge de Wok. Het perspectief van het onderhavige geding, waarin de buitenlandse aanbieder zelf geen vergunning ingevolge de Wok tracht te verkrijgen en evenmin de verlening c.q. verlenging van de aan de Lotto verleende vergunning ter discussie stelt, maar de eis van een vergunning ingevolge de Wok negeert (en zich daardoor volgens de Lotto jegens haar een oneerlijk concurrentievoordeel verwerft) is een wezenlijk ander perspectief dan dat van de bestuursrechtelijke procedure.

4.6 De dreigende inbreukprocedure tegen Nederland (zie hiervóór onder 2.17) is voor het onderhavige geding wel relevant. Het met redenen omklede advies is mij niet bekend, maar uit het persbericht van de Commissie en uit de brief van de minister van Justitie van 4 maart 2008 aan de Eerste Kamer leid ik af dat zowel het beweerdelijk ontbreken van een samenhangend en stelselmatig beleid dat erop is gericht de gelegenheden tot gokken echt te beperken, als het afwijzen van het uitgangspunt van "wederzijdse erkenning" in het geval dat een buitenlandse vergunninghouder in Nederland kansspelen wenst aan te bieden, van een eventuele inbreukprocedure inzet zouden kunnen zijn.

4.7 Ik heb mij afgevraagd op welke thema's eventueel door de Hoge Raad te stellen prejudiciële vragen iets

aan de al aanhangige en nog te verwachten procedures bij het HvJ EG zouden kunnen toevoegen.

Allereerst is er het thema van de rechtvaardiging van het Nederlandse kansspelbeleid, zoals gevoerd op basis van de Wok. Men kan zich afvragen of dat thema zich voor een prejudiciële procedure leent. Tot dusverre heeft het HvJ EG een eindoordeel over de rechtvaardiging van het nationale kansspelbeleid ook in de meer evidente (Italiaanse) zaken aan de verwijzende nationale rechter overgelaten. Een beter kader voor een inhoudelijke beoordeling van nationaal kansspelbeleid door het HvJ EG vormt mijns inziens een inbreukprocedure, zoals thans tegen de lidstaat Nederland dreigt. Als de Commissie die inbreukprocedure doorzet, zal dat hoe dan ook tot een oordeel ten gronde van het HvJ EG over de toelaatbaarheid van het Nederlandse kansspelbeleid onder het gemeenschapsrecht leiden. Zou de Hoge Raad over dat thema niettemin een vraag willen stellen, dan zou een vraag van de volgende inhoud denkbaar zijn:

"Voldoet een op kanalisatie van de speellust gericht, restrictief nationaal kansspelbeleid dat daadwerkelijk eraan bijdraagt dat de met de betrokken nationale regeling nagestreefde doelstellingen, te weten de betugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude, worden bereikt doordat dankzij het gereguleerde aanbod van kansspelen het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan zonder het nationale stelsel van regulering het geval zou zijn, aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, in het bijzonder in het arrest van 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, geformuleerde voorwaarde dat het de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen beperkt, óók als aan de (enige) vergunninghouder is toegestaan zijn kansspelaanbod aantrekkelijk te maken door nieuwe kansspelen te introduceren, zijn kansspelaanbod door reclame onder de aandacht van een breed publiek te brengen en aldus (potentiële) spelers van het illegale aanbod van kansspelen af te houden (vergelijk HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), Jurispr. 2007, p. I-1891, punt 55, slot)?"

Een ander thema dat als rode draad door het betoog van Ladbrokes loopt, betreft de toetsing van de in concreto getroffen maatregel (het gebod tot het ontoegankelijk maken van de website voor spelers uit Nederland) aan het zogenaamde derde Gambelli-criterium. Een eventuele prejudiciële vraag daarover zou mijns inziens recht moeten doen aan de bijzondere context van de onderhavige procedure, waarin niet de handhaving van de Wok, maar het redresseren van een door Ladbrokes jegens de Lotto gepleegde onrechtmatige daad aan de orde is.

"Aangenomen dat een nationale regeling van het kansspelbeleid met artikel 49 EG verenigbaar is, moet dan een door de nationale rechter in een civiele procedure aan één van de daarbij betrokken partijen op te leggen maatregel (zoals een aan die partij op te leggen gebod tot het ontoegankelijk maken van haar website voor

deelname aan de daarop geboden kansspelen door ingezetenen van betrokken lidstaat), te treffen op de grond dat deze partij jegens haar wederpartij onrechtmatig handelt doordat zij de betrokken nationale regeling overtreedt en zich aldus een oneerlijke concurrentievoorsprong op haar wederpartij verwerft, als zodanig en op zichzelf voldoen aan de voorwaarde dat hij daadwerkelijk aan het bereiken van de doelstellingen van de wettelijke regeling bijdraagt, ook al is hij niet op handhaving van de betrokken regeling maar op het redresseren van een naar burgerlijk recht gepleegde onrechtmatige daad gericht?"

Een laatste thema dat op meer plaatsen in het middel van cassatie aan de orde is, betreft de betekenis van een in een andere lidstaat verkregen vergunning. Vragen daarover zijn reeds bij het HvJ EG aanhangig, terwijl de kwestie van de "wederzijdse erkenning" ook een rol speelt in het debat tussen de Nederlandse regering en de Commissie in verband met de dreigende inbreukprocedure. Naar mijn mening is het bij de gegeven stand van het gemeenschapsrecht, waarbij sterk uiteenlopende nationale regelingen op het gebied van het kansspelbeleid met onderling verschillende niveaus van bescherming toelaatbaar zijn, nauwelijks denkbaar dat aan een in een lidstaat verleende vergunning a priori betekenis wordt gehecht met betrekking tot de in een andere lidstaat verlangde waarborgen. Zou de Hoge Raad daarover niettemin een vraag willen stellen, dan zou hij wellicht kunnen aansluiten bij de vragen die al bij het HvJ EG aanhangig zijn of (beter nog) bij de vragen die de AbRvS in haar eerdere te verwachten uitspraak mogelijk zal stellen.

4.8 Naar mijn mening zou de Hoge Raad, ook als hij tot een prejudiciële verwijzing zou besluiten, de (sub)onderdelen die zich daarvoor nu al lenen, bij voorkeur zoveel mogelijk moeten afdoen. Daarom concludeer ik tot verwerping van het cassatieberoep van Ladbrokes, geheel of gedeeltelijk, voor zoveel als thans mogelijk, en, voor het geval van een gedeeltelijke verwerping van het beroep, tot het stellen van prejudiciële vragen, zoals hiervóór (onder 4.7) voorgesteld, voor het overige.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep van Ladbrokes, geheel of gedeeltelijk, voor zoveel als thans mogelijk, en, voor het geval van een gedeeltelijke verwerping van het beroep, tot het stellen van prejudiciële vragen, zoals hiervóór onder 4.7 voorgesteld.

Noten

1 Zie rov. 2.4, slot, van het bestreden arrest, waaruit blijkt dat de naam Ladbrokes Ltd. per 23 februari 2006 in Ladbrokes Betting & Gaming Ltd. is gewijzigd.

2 Zie de rov. 2.1-2.5 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004, NJ 2004, 419, waartegen in hoger beroep geen grieven zijn gericht, behalve voor zover het een kleine, door de Lotto niet weersproken correctie in rov. 2.2 van dat vonnis betreft (zie rov. 3.1

van het bestreden arrest). Vgl. ook rov. 3.2 van het bestreden arrest.

3 Vgl. Kamerstukken II 2005/06, 30 362, nr. 3, p. 11 (onder 6.1).

4 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"), Pb EG 2000, L 178, p. 1-16.

5 Wet van 10 december 1964, Stb. 1964, 483 (nadien gewijzigd). Zie inmiddels ook het op 1 april 2008 door de Eerste Kamer verworpen wetsvoorstel 30 362 betreffende wijziging van de Wet op de kansspelen houdende tijdelijke bepalingen met betrekking tot kansspelen via internet, waarover onder meer M. de Koning, Eindelijk legaal gokken via internet in Nederland?, *JutD* 2005/18, p. 15-17.

6 Vgl. rov. 4.14 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004; rov. 4.7 van het bestreden arrest.

7 Aldus reeds HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92 (Schindler), *Jurispr.* 1994, p. I-1039, NJ 1995, 57, punt 25. Vgl. Kamerstukken II 2005/06, 30 362, nr. 3, p. 11 (onder 6.2.1).

8 Zie rov. 4.17 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004 en rov. 4.9 van het bestreden arrest.

9 Zie voor de instantloterij de art. 14a-14e Wok.

10 Zie rov. 4.5 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004.

11 Zie rov. 4.15 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004.

12 Zie rov. 4.21 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004; zie overigens de bespreking van subonderdeel 19.6 onder 3.39-3.41.

13 LJV AF3374; KG 2003, 53; IER 2003/3, p. 184-188, m.nt. JK.

14 LJV AJ9996; NJF 2003, 60; IER 2003/6, p. 381-384.

15 Zie rov. 2.5 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004.

16 HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, waarover o.a.: M.C. Polfliet & R. Maathuis, De Wet op de kansspelen; een toegestane beperking op de vrijheid van dienstenverkeer en vestiging? HR 18 februari 2005, RvdW 2005, 34 (Ladbrokes Ltd.), Bb 2005/9, p. 97-100; M. de Koning, Gokken op buitenlandse illegale goksites aan banden gelegd ..., *JutD* 2005/8, p. 10-13.

17 Vgl. rov. 4.2 (alsmede de rov. 4.23 e.v.) van het bestreden arrest.

18 Zie rov. 4.11 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004. Vgl. rov. 4.6 e.v. van het bestreden arrest.

19 Zie HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), *Jurispr.* 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 67: "Ofschoon het Hof in de reeds aangehaalde arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti heeft aanvaard dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en

het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, is om te beginnen vereist dat de beperkingen die op dergelijke gronden en op het noodzakelijke voorkómen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken, dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt." 20 In het verlengde hiervan heeft Ladbrokes erop gewezen dat het de vergunninghouders is toegestaan aanzienlijk meer kansspelen aan te bieden en ook de frequentie relevant op te voeren. Onlangs is ook het verbod om gratis kansspelen aan te bieden vervallen. Sinds kort wordt het onder meer ook de Lotto toegestaan om op internet gelegenheid te bieden deel te nemen aan kansspelen, aldus nog steeds Ladbrokes (zie rov. 4.24 van het vonnis).

21 In dit verband heeft Ladbrokes ook nog gesteld dat haar website, voordat zij deze voor inwoners van Nederland blokkeerde, weinig door inwoners van Nederland werd bezocht (rov. 4.27), dat de Lotto geen beleid heeft ter zake van het tegengaan van gokverslaving (rov. 4.28) en dat een gebod haar website voor Nederlandse ingezetenen af te schermen in het licht van de door de Nederlandse overheid te bereiken beleidsdoeleinden disproportioneel is (rov. 4.29).

22 De Lotto heeft de brief van de minister bij conclusie na tussenvonnis overgelegd; zie voor de inhoud van die brief, althans de belangrijkste punten daaruit, het eindvonnis van de rechtbank van 31 augustus 2005, rov. 2.2 e.v..

23 Vgl. rov. 2.5 van het eindvonnis.

24 Vgl. de rov. 2.6-2.7 van het eindvonnis.

25 Zie de rov. 2.8-2.16 van het eindvonnis.

26 De rechtbank verwijst daarvoor naar de rov. 3.6.5 en 3.6.6 van het arrest van de HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, alsmede naar punt 2.43 van mijn conclusie voor dat arrest. Op een aantal posita van Ladbrokes is de rechtbank nog afzonderlijk ingegaan.

27 LJV AZ0222.

28 HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 75: "Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk beantwoordt aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn."

29 De code is op 15 februari 2006 in werking getreden; zie Kamerstukken II, 2005/06, 24 557, nr. 68.

30 Vgl. ook HR 21 april 2006, LJV AV0641, in een geschil tussen The Sporting Exchange Ltd. en Interwetten Cyprus Ltd. enerzijds en de Lotto anderzijds. Het ging in die (kortgeding)procedure in wezen om dezelfde problematiek als in het eerdere kort geding tussen Ladbrokes en de Lotto. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van The Sporting Exchange Ltd. en Interwetten Cyprus Ltd. met toepassing van art. 81 RO.

31 HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314.

32 Zie over deze zaak N. Hoekx, *Kansspelen in Europa: Placanica*. De rechtspraak van het Hof van Justitie en het verlossende woord dat nooit zal komen, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2007, p. 148-155 en Dirk Postel, *Glücksspiel im europäischen Binnenmarkt nach "Gambelli" und "Placanica" und vor "Winner Wetten"*, *Europarecht* 2007/3, p. 334-339.

33 Zie voor een Nederlandse vertaling van de dicta in deze zaken: PbEU van 28.4.2007, C 96, p. 20-21 en 23. Zie ook nog HvJ EG 13 september 2007, C-260/04, NJ 2008, 40, BR 2008, 131, m.nt. A.E. Broesterhuizen, waarin het HvJ EG heeft vastgesteld dat Italië, door zonder enige aanbestedingsprocedure 329 concessies voor het beheer van paardenweddenschappen te hernieuwen, de verplichtingen die krachtens het EG-Verdrag op haar rusten niet is nagekomen en meer bepaald het algemene transparantiebeginsel en de verplichting tot openbaarheid, die uit de art. 43 en 49 EG voortvloeien, heeft geschonden.

34 Zie ook Dirk Postel, *Glücksspiel im europäischen Binnenmarkt nach "Gambelli" und "Placanica" und vor "Winner Wetten"*, *Europarecht* 2007/3, p. 317-348 (i.h.b. p. 340 e.v.).

35 Zie PbEU 2006, C 326, p. 25.

36 Zie PbEU 2007, C 42, p. 17.

37 Zie PbEU 2007, C 69, p. 9.

38 Zie PbEU 2007, C 269, p. 16, 19 en 20; PbEU 2007, C 283, p. 14-15.

39 De vragen zijn te raadplegen op de website van het Expertisecentrum Europees Recht (www.minbuza.nl/ecer).

40 De vragen zijn te raadplegen op de website van het Expertisecentrum Europees Recht (www.minbuza.nl/ecer).

41 Zie bijv. voor een verwijzing naar de jurisprudentie van het EVA-Hof HvJ EG 2 december 2004, zaak C-41/02 (Commissie/Nederland), Jurispr. 2004, p. I-11375, punt 62.

42 Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 76, p. 7.

43 Uit uitlatingen van de minister van Justitie blijkt namelijk dat de verlening van en vergunning voor onbepaalde duur niet uitsluit dat een vergunning ex art. 27 lid 1 Wok zou kunnen worden ingetrokken, worden gewijzigd of op enig moment aan een ander worden verleend, bijvoorbeeld indien maatschappelijke en feitelijke ontwikkelingen in Nederland of de jurisprudentie van het HvJ EG daartoe aanleiding geven, aldus de Afdeling.

44 Zie daarover ook de brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 4 maart 2008, Kamerstukken I 2007/08, 30362 J, p. 1.

45 LJV BC7139.

46 Dit wetsvoorstel maakte ook een wijziging van de Wet op de kansspelbelasting noodzakelijk: zie wetsvoorstel 30 583, van 6 juni 2006, tot wijziging van de Wet op de kansspelbelasting in verband met kansspelen via internet.

47 Kamerstukken II 2005/06, 30 362, nr. 3, p. 1.

48 Zie laatstelijk de brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 4 maart 2008, Kamerstukken I 2007/08, 30 362 J.

49 Nadat de stemming over het wetsvoorstel op verzoek van de minister van Justitie was uitgesteld (zie de brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Eerste Kamer van 4 februari 2008, Kamerstukken I 2007/08, 30362 H, en het antwoord van 5 februari 2008, Kamerstukken I 2007/08, 30 362 I.) en de minister van Justitie de Eerste Kamer bij brief van 4 maart 2008, Kamerstukken I 2007/08, 30 362 J, nader over de betekenis van het wetsvoorstel voor het handhavingsbeleid had geïnformeerd, heeft de Eerste Kamer in haar vergadering van 1 april 2008 het wetsvoorstel blijkens het op de website van de Eerste Kamer gepubliceerde (ongecorrigeerde) stenogram verworpen. De blijkens dat stenogram afgelegde stemverklaringen wijzen alerminst erop dat een versoepeling van het kansspelbeleid wordt voorgestaan; een aantal leden van de Eerste Kamer lijkt veeleer tot een algeheel verbod van over internet aan te bieden kansspelen geneigd.

50 www.justitie.nl/onderwerpen/opsporing%5Fen%5Fhandhaving/kansspelen/. Zie over de algehele herziening van de Wok voorts de vijfde voortgangsrapportage (brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 13 juli 2007, Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 76), onder 2.

51 Zie Kamerstukken II 2005/06, 24 557, nr. 68.

52 Zie daarover de vijfde voortgangsrapportage (brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 13 juli 2007, Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 76), onder 3.4. Over de tot dan gerealiseerde beperking van de reclame- en wervingsactiviteiten schrijft de minister overigens: "De wervings- en reclamekosten van de landelijke vergunninghouders zijn de laatste jaren sterk afgenomen. Uit een recente tussenrapportage van de landelijke vergunninghouders blijken de gezamenlijke reclame-uitgaven voor het vierde achtereenvolgende jaar gedaald te zijn. Ook als percentage van de omzet zijn de bestedingen voor de vierde keer gedaald, tot 4,1% van de gezamenlijke omzet in 2006. Vergeleken met 2002 betekent dit een vermindering met bijna een vijfde. Bijgevoegd treft u de rapportage reclame-uitgaven kansspel aanbieders 2002-2006 aan."

53 Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 76.

54 Zie Kamerstukken II 2005/06, 24 557, nr. 63.

55 P. 9.

56 Zie Kamerstukken II 2005/06, 24 557, nr. 74. De brief van 12 juli 2006 is overigens ook via de website van het Ministerie van Justitie te raadplegen.

57 Zie Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 77.

58 Zie:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/330&format=HTML&aged=0&language=NL&guiLanguage=en>.

59 Kamerstukken I 2007/08, 30 362 J, p. 2.

60 Kamerstukken I 2007/08, 30 362 J, p. 5.

61 De rechtspraak, ingeleid met HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), Jurispr. 1991, p. I-5357, NJ 1994, 2.

62 HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92 (Schindler), Jurispr. 1994, p. I-1039, NJ 1995, 57, punt 61; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läärä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 14; HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 15; HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 63; HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), Jurispr. 2007, p. I-1891, punt 47.

63 Dat is kennelijk ook de opvatting van de AbRvS. Zie AbRvS 14 maart 2007, AB 2007, 212, m.nt. J.H. Jans, rov. 2.6.2.4: "Uit het in punt 2.6 weergegeven toetsingskader blijkt dat de lidstaten ten aanzien van kansspelen over de beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde. Hieruit volgt dat de nationale autoriteiten dienen te beoordelen of het voor het aldus nagestreefde doel noodzakelijk is, activiteiten van die aard geheel of gedeeltelijk te verbieden, dan wel ze slechts te beperken en met het oog daarop meer of minder strenge controle maatregelen te treffen. (...)."

64 Vgl. in dit verband ook de tekst van HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), Jurispr. 2007, p. I-1891, punt 47.

65 HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92 (Schindler), Jurispr. 1994, p. I-1039, NJ 1995, 57, punt 61; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läärä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 14; HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 15.

66 Zie HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35.

67 In zijn conclusie voor HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, onder 32 (naar welke passage het HvJ EG in punt 35 van het arrest verwijst), merkt A-G Fennelly op: "Zo kan het verlenen van bijzondere of uitsluitende rechten in het kader van een restrictief vergunnings- of concessiestelsel verenigbaar zijn met een dergelijk beleid van beperking van het aanbod, voorzover het ertoe strekt de mogelijkheden tot kansspelen en het stimuleren van de vraag door reclame werkelijk te verminderen. Daarentegen is het niet aanvaardbaar het verlenen van vergunningen of concessies alleen te gebruiken als een middel om de opbrengst van een virtueel onbeperkte vraag te doen belanden in de kassa van overheidsdiensten of van organisaties die activiteiten in het algemeen belang uitoefenen. Mijns inziens mag een lidstaat zich noch rechtstreeks noch via organisaties waaraan hij voorrechten verleent, onder het voorwendsel van een moreel gerechtvaardigd beleid van controle op spelen, inlaten met de promotie van officieel georganiseerde kansspelen met als hoofddoel sociale activiteiten, hoe waardevol ook, te financieren. Zoals gezegd is zulks een zuiver economische doelstel-

ling. De nationale rechter moet evenwel nagaan, of aan deze voorwaarde op de Italiaanse markt van weddenschappen op de uitslag van sportevenementen is voldaan, rekening houdende met de daadwerkelijke praktijk van Unire en met die van de bookmakers die een concessie van Unire hebben gekregen. Indien aan deze voorwaarde is voldaan, kan de uitsluiting van ondernemingen zoals SSP en verweerder - die zelfs niet om de status van concessiehouder hebben verzocht - van de Italiaanse markt van weddenschappen worden beschouwd als een gerechtvaardigde beperking op de uitoefening van het vrij verrichten van diensten" (onderstreping toegevoegd; LK).

68 Zie HvJ EG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Lärarä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 37: "Anders dan verzoekers in het hoofdgeding betogen, volstaat het feit dat de in geding zijnde speelautomaten niet volstrekt verboden zijn, niet als bewijs, dat de nationale wettelijke regeling niet echt de doelstellingen van algemeen belang beoogt te verwezenlijken die zij pretendeert na te streven en die in hun onderlinge samenhang moeten worden beschouwd. Immers, een beperkte vergunning voor die kansspelen in het kader van een uitsluitend recht, die het voordeel heeft dat de goklust en de exploitatie ervan in een beheersbare bedding wordt geleid, dat de risico's van exploitatie met bedrieglijk en crimineel oogmerk worden vermeden, en dat de opbrengst voor doelen van algemeen nut wordt gebruikt, dient eveneens de verwezenlijking van die doelstellingen." Zie ook HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35.

69 Zie hiervóór onder 2.15 en voetnoot 52.

70 Kamerstukken I 2007/08, 30 362 J, p. 3/4.

71 Men kan in dit verband denken aan de zogenaamde Rewe-rechtspraak, die, meer in het algemeen, de verhouding tussen het nationale actie- en sanctierecht enerzijds en het gemeenschapsrecht anderzijds beheerst. Zie HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 (Rewe), Jurispr. 1976, p. 1989; zie voor een toepassing op het Nederlandse (proces)recht HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Jurispr. 1995, p. I-4705, NJ 1997, 116, m.nt. P.J. Slot en HJS onder NJ 1997, 118. Op grond van deze rechtspraak gelden het zogenaamde gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel; zie voor een recent voorbeeld HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05, C-223/05, C-224/05 en C-225/05 (Van der Weerd), Jurispr. 2007, p. I-4233, NJ 2007, 391, m.nt. M.R. Mok. De vraag of die beginselen geschonden (kunnen) zijn, laat ik verder rusten, nu het middel daarop geen beroep doet.

72 Zie de pleitnotities van mr. M.O. Meulenbelt van 19 juni 2006, onder 67-70.

73 Zie in het bijzonder HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81 (Cilfit), Jurispr. 1982, p. 3415, NJ 1983, 55.

74 Zie zaak C-409/06 (Winner Wetten), de gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07 (Markus Stoss e.a.) en (last but not least) zaak C-64/08 (Engelmann)

75 Zie zaak C-525/06 (Euro Millions) en zaak C-46/08 (Carmen Media Group).

76 Zie zaak C-42/07 (Liga Portuguesa de Futebol Profissional), in welke zaak overigens mede aan de orde is dat het monopolie mede de aanbidding van kansspelen over internet bestrijkt, de gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07 (Markus Stoss e.a.), zaak C-46/08 (Carmen Media Group) en zaak C-64/08 (Engelmann).

77 De gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07 (Markus Stoss e.a.).