

C07/00035

mr. Keus

Zitting 30 september 2011

Conclusie inzake:

1. de vennootschap naar buitenlands recht Ladbrokes Betting & Gaming Ltd., voorheen geheten Ladbrokes Ltd.¹
2. de vennootschap naar buitenlands recht Ladbrokes International Ltd. (hierna gezamenlijk: Ladbrokes) eiseressen tot cassatie

tegen

de stichting Stichting De Nationale Sporttotalisator
(hierna: de Lotto)
verweerster in cassatie

In deze zaak, waarin de Hoge Raad bij tussenarrest van 13 juni 2008² prejudiciële vragen stelde en waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU; voorheen: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, bij verkorting: HvJ EG) op 3 juni 2010 een prejudicieel arrest³ wees, is thans aan de orde welke gevolgen in cassatie aan dat prejudiciële arrest dienen te worden verbonden.

1. Feiten en procesverloop

1.1 Voor de feiten en het procesverloop tot de prejudiciële verwijzing door de Hoge Raad verwijs ik naar mijn conclusie voor het tussenarrest van 13 juni 2008.

1.2 In het tussenarrest van 13 juni 2008 stelde de Hoge Raad de navolgende prejudiciële vragen, na te hebben overwogen dat het eerste onderdeel van het cassatiemiddel van Ladbrokes tevergeefs is voorgesteld:

“5. Vragen van uitleg

1. Voldoet een op kanalisatie van de speellust gericht, restrictief nationaal kansspelbeleid dat

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 LJN: BC8970, NJ 2008, 337.

³ C-258/08, LJN: BM9211, NJ 2010, 491, m.nt. M.R. Mok.

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 vergunningenstelsel 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?"

1.3 De Hoge Raad lichtte de door hem gestelde vragen als volgt toe:

"3.6.4 Wat de eerste hierna te vermelden vraag betreft, wordt opgemerkt dat de Hoge Raad in het genoemde kort geding (het kort geding dat heeft geleid tot het arrest van 18 februari 2005, LJN: AR4841, NJ 2005, 404, m.nt. MRM; LK) 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.”

1.4 Het HvJ EU heeft de door de Hoge Raad gestelde vragen als volgt beantwoord:

“1) Een nationale regeling zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die is gericht op de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude en die daadwerkelijk bijdraagt tot het bereiken van deze doelstellingen, kan worden geacht de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze te beperken, ook al is het de houder of houders van een exclusieve vergunning toegestaan zijn of hun marktaanbod aantrekkelijk te maken door nieuwe kansspelen te introduceren en reclame te maken. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de illegale activiteiten met betrekking tot weddenschappen in de betrokken lidstaat een probleem kunnen vormen, dat door een uitbreiding van de toegestane en gereguleerde activiteiten zou kunnen worden ondervangen, en of deze uitbreiding door haar omvang niet onverenigbaar is met de doelstelling, gokverslaving te beteugelen.

2) De nationale rechter hoeft, met het oog op de toepassing van een regeling van een lidstaat inzake kansspelen die met artikel 49 EG verenigbaar is, niet in elk concreet geval te onderzoeken of de uitvoeringsmaatregel die de naleving van deze regeling moet verzekeren de bereiking van het doel van deze laatste kan waarborgen en in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, voor zover deze maatregel een noodzakelijk element is om de nuttige werking van deze regeling te verzekeren dat geen enkele bijkomende beperking bevat ten opzichte van de beperking die voortvloeit uit die regeling. Voor de oplossing van het geschil dat bij de verwijzende rechter aanhangig is, is irrelevant of de uitvoeringsmaatregel is vastgesteld in het kader van de handhaving van de nationale regeling door de overheid dan wel naar aanleiding van een vordering van een particulier in het kader van een civiele procedure ter bescherming van de rechten die deze aan de regeling ontleent.

3) Artikel 49 EG moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die de organisatie en de bevordering van kansspelen aan een gesloten stelsel onderwerpt ten gunste van één marktdeelnemer en elke andere marktdeelnemer, een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer daaronder begrepen, verbiedt om op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat via internet onder dit stelsel vallende diensten aan te bieden.”

1.5 Partijen hebben hun respectieve standpunten naar aanleiding van het prejudiciële arrest nader schriftelijk toegelicht. Vervolgens hebben zij gere- en gedupliceerd.

1.6 Mede naar aanleiding van het prejudiciële arrest heeft Ladbrokes de middelonderdelen I, II (voor zover het de subklacht onder 6 en 7 betreft), III, IV, V, VI, VII (voor zover het de subklacht onder 19.1 betreft) en IX ingetrokken⁴. Op de genoemde (subklachten van deze) middelonderdelen behoeft derhalve niet (nader) te worden beslist, zodat zij thans evenmin nadere bespreking behoeven.

2. Belang bij de resterende klachten in verband met antwoord op derde vraag

2.1 In zijn schriftelijke toelichting na prejudicieel arrest heeft mr. Pijnacker Hordijk (onder 7-16) het standpunt betrokken dat het antwoord van het HvJ EU op de derde prejudiciële vraag impliceert dat het verbod van art. 1, aanhef en onder a, Wet op de kansspelen (hierna: Wok), voor zover van toepassing op deelname aan kansspelen via internet, niet met art. 49 EG (thans art. 56 VWEU) in strijd is, en dat het antwoord op de eerste vraag over de implicaties van de mogelijkheden van de vergunninghouder(s) om zijn (hun) aanbod van kansspelen uit te breiden en reclame te maken daaraan niet afdoet. Ladbrokes heeft dat standpunt bij repliek van de mrs. Stevens en Meulenbelt doen bestrijden, in het bijzonder (onder 3) met het argument dat (i) het HvJ EU de derde vraag als eerste zou hebben beantwoord en de eerste vraag onbeantwoord zou hebben gelaten, als het de eerste vraag daadwerkelijk irrelevant zou hebben geacht, en (ii) de derde vraag slechts betrekking

⁴ Schriftelijke toelichting na verwijzing van de mrs. Stevens (advocaat) en Meulenbelt (behandelend advocaat) onder 27.

had op de betekenis van de vergunning die de betrokken aanbieder heeft in het land van waaruit hij zijn diensten via internet aanbiedt.

2.2 Het HvJ EU heeft naar aanleiding van de derde vraag als volgt geoordeeld:

“51 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die de organisatie en de bevordering van kansspelen aan een gesloten stelsel onderwerpt ten gunste van één marktdeelnemer en elke andere marktdeelnemer, een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer daaronder begrepen, verbiedt om op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat via internet onder dit stelsel vallende diensten aan te bieden.

52 Deze vraag heeft hetzelfde rechtskader als de eerste vraag die is gesteld in de zaak die heeft geleid tot het arrest van heden, *Sporting Exchange*, reeds aangehaald, en is hieraan identiek.

53 De vennootschappen *Ladbrokes* voeren aan dat zij houdster zijn van een door de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland afgegeven vergunning op grond waarvan zij sportwedenschappen en andere kansspelen via internet en per telefoon kunnen aanbieden en dat zij zich in deze lidstaat moeten houden aan zeer strikte wettelijke bepalingen om fraude en gokverslaving te voorkomen. Zij geven verder te kennen dat, wanneer een lidstaat beperkingen oplegt met betrekking tot de organisatie van kansspelen, hij rekening moet houden met het feit dat het openbaar belang dat de betrokken beperking rechtvaardigt al wordt beschermd door de regels van de lidstaat waar de dienstverlener een vergunning heeft voor de exploitatie van kansspelen. De controles en waarborgen zouden geen tweede maal moeten worden opgelegd.

54 Dienaangaande zij opgemerkt dat de sector van via internet aangeboden kansspelen binnen de Europese Unie niet is geharmoniseerd. Een lidstaat mag zich dus op het standpunt stellen dat het enkele feit dat een marktdeelnemer als de vennootschappen *Ladbrokes* via internet diensten van deze sector rechtmatig aanbiedt in een andere lidstaat, waar hij is gevestigd en in beginsel reeds door de bevoegde autoriteiten van deze staat aan wettelijke voorwaarden en aan controles wordt onderworpen, niet voldoende waarborgt dat de nationale consument wordt beschermd tegen het risico van fraude en criminaliteit, omdat het voor de autoriteiten van de lidstaat van vestiging in een dergelijke context moeilijk kan zijn om de professionele kwaliteiten en integriteit van de marktdeelnemers te beoordelen (zie in die zin arrest *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International*, reeds aangehaald, punt 69).

55 Via internet toegankelijke kansspelen brengen bovendien andere en ernstiger risico's op fraude door marktdeelnemers jegens consumenten mee dan traditionele kansspelen, omdat er geen direct contact is tussen de consument en de marktdeelnemer (arrest *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International*, reeds aangehaald, punt 70).

56 Aan de overwegingen in de twee voorgaande punten wordt niet afgedaan door het feit dat een marktdeelnemer die kansspelen aanbiedt via internet, in de betrokken lidstaat geen actief verkoopbeleid voert, met name doordat hij in deze staat geen reclame maakt. Die overwegingen zijn enkel gebaseerd op de gevolgen van de toegankelijkheid van kansspelen via internet als zodanig en niet op de eventueel uiteenlopende gevolgen van het actieve dan wel passieve dienstenaanbod van deze marktdeelnemer.

57 Bijgevolg kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beperking, gelet op de bijzonderheden die met het aanbod van kansspelen via internet verbonden zijn,

gerechtvaardigd worden geacht door de doelstelling om fraude en criminaliteit te bestrijden (zie in die zin arrest Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International, reeds aangehaald, punt 72).

58 Mitsdien moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die de organisatie en de bevordering van kansspelen aan een gesloten stelsel onderwerpt ten gunste van één marktdeelnemer en elke andere marktdeelnemer, een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer daaronder begrepen, verbiedt om op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat via internet onder dit stelsel vallende diensten aan te bieden.”

2.3 In het dictum van het prejudiciële arrest wordt onder 3 zonder enig voorbehoud voor recht verklaard dat art. 49 EG (thans art. 56 VWEU) zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die de organisatie en de bevordering van kansspelen aan een gesloten stelsel onderwerpt ten gunste van één marktdeelnemer en elke andere marktdeelnemer, een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer daaronder begrepen, verbiedt om op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat via internet onder dit stelsel vallende diensten aan te bieden. Naar uit de geciteerde overwegingen blijkt, berust die verenigbaarheid met art. 49 EG (art. 56 VWEU) op het oordeel dat een dergelijke beperkende regeling, *“gelet op de bijzonderheden die met het aanbod van kansspelen via internet verbonden zijn, gerechtvaardigd (kan) worden geacht door de doelstelling om fraude en criminaliteit te bestrijden”* (punt 57). Die doelstelling van bestrijding van fraude en criminaliteit verzet zich ook ertegen dat de aanbieder van de dienst met een beroep op de in het land van vestiging verkregen vergunning toegang tot de markt van een andere lidstaat claimt, omdat die vergunning niet voldoende waarborgt dat de consument van die andere lidstaat tegen het risico van fraude en criminaliteit wordt beschermd (punt 54).

2.4 Terwijl het antwoord op de derde vraag op de doelstelling van bestrijding van *fraude en criminaliteit* is toegespitst, is het antwoord op de eerste vraag toegespitst op de mogelijke rechtvaardiging die in de beteugeling van de *gokverslaving* is gelegen. Alhoewel het HvJ EU in de overwegingen van het arrest die op de eerste vraag betrekking hebben, aanvankelijk ook de doelstelling van het tegengaan van fraude noemt (zie bijvoorbeeld punt 23), spitsen de latere overwegingen met betrekking tot die vraag zich op de doelstelling gokverslaving te beteugelen toe (zie vooral punt 28, slot: *“(...) moet worden geconcludeerd dat een dergelijk beleid de activiteiten met betrekking tot weddenschappen niet op samenhangende en stelselmatige wijze beperkt en dus niet geschikt is ter bereiking van de doelstelling, gokverslaving bij de consument te beteugelen.”* en punt 30, aanhef: *“Aangezien de doelstelling, de consument te beschermen tegen gokverslaving, in beginsel moeilijk verenigbaar is met een expansief kansspelbeleid, dat met name wordt gekenmerkt door de introductie van nieuwe spelen en de reclame hiervoor (...)”*). Opmerkelijk is ook het dictum onder 1, dat, na beide doelstellingen te hebben genoemd, tot slot erop wijst dat een uitbreiding van de reglementeerde activiteiten door haar omvang onverenigbaar zou kunnen zijn met de

doelstelling gokverslaving te beteugelen. Dat de beantwoording van de eerste vraag zich op de doelstelling van de beteugeling van de gokverslaving zou toespitsen, lag overigens voor de hand, omdat de eerste vraag juist was ingegeven door de (ogenschijnlijke) tegenstelling tussen de mogelijkheden voor vergunninghouders om hun spelaanbod uit te breiden en voor dat spelaanbod reclame te maken enerzijds en de doelstelling van beteugeling van de gokverslaving anderzijds. Daarentegen is een uitbreiding van gereguleerde activiteiten en de mogelijkheid om voor die activiteiten reclame te maken, niet bij voorbaat problematisch uit oogpunt van het tegengaan van fraude⁵. In dat verband is het overigens opmerkelijk, dat in punt 58 van het arrest en in het dictum onder 3 een nationale regeling die de organisatie en de “bevordering”⁶ (sic!) van kansspelen aan een gesloten stelsel ten behoeve van één marktdeelnemer onderwerpt, met art. 49 EG (art. 56 VWEU) verenigbaar wordt verklaard.

2.5 Een tweede verschil tussen het antwoord op de eerste en de derde vraag is, dat het antwoord op de derde vraag, anders dan het antwoord op de eerste vraag, op via internet toegankelijke kansspelen en op de andere en ernstiger risico’s op fraude die zulke spelen met zich brengen, is toegespitst. Gelet op die risico’s, kan een gesloten stelsel zoals in de onderhavige zaak aan de orde, door de doelstelling van bestrijding van fraude en criminaliteit gerechtvaardigd worden geacht.

2.6 Dat het HvJ EU tot een (ten opzichte van “klassieke” kansspelen) eigenstandige beoordeling van via internet aangeboden kansspelen neigt, óók voor zover de doelstelling van bestrijding van gokverslaving en bescherming van minderjarigen in het geding is, blijkt overigens uit HvJ EU 8 september 2010 (*Carmen Media Group*), C-46/08, LJN: BN7602, NJ 2010, 647, m.nt. M.R. Mok. In dit (latere) arrest bevestigde het HvJ EU (Grote Kamer) enerzijds (met betrekking tot een publiek monopolie op de organisatie van sportwedenschappen en loterijen) dat de doelstelling van consumentenbescherming kan worden gecorrumpeerd door een al te zeer op aanmoediging van deelname aan kansspelen gericht beleid:

⁵ In dit verband kan mede worden gewezen op HvJ EG 6 maart 2007 (*Placanica*), C-338/04, C-359/04 en C-360/04, LJN: BS0694, Jurispr. 2007, p. I-1891, punten 52 en 53: “52. Met betrekking tot de doelstellingen die deze belemmeringen 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).”

⁶ De term “bevordering” (in de Franse versie van het arrest “*promotion*”, in de Duitse versie “*Förderung*”; in de Engelse versie is op de aangegeven plaatsen sprake van “*exclusive rights to organise and promote games of chance*”) komt eveneens voor in HvJ EU 3 juni 2010 (*Betfair*), C-203/08, LJN: BS7806, NJ 2010, 490, m.nt. M.R. Mok onder NJ 2010, 491.

“67. In casu heeft de verwijzende rechter, na te hebben opgemerkt dat weddenschappen op de uitslagen van paardenrennen en gokautomaten mogen worden geëxploiteerd door particuliere marktdeelnemers die over een vergunning beschikken, eveneens vastgesteld dat de bevoegde publieke autoriteiten op het gebied van casinospelen en gokautomaten een beleid voeren dat gericht is op een uitbreiding van het aanbod, hoewel deze een groter verslavingsrisico inhouden dan sportwedenschappen. Het aantal casino's is immers tussen 2000 en 2006 van 66 naar 81 gestegen, terwijl de voorwaarden waaronder gokautomaten kunnen worden geëxploiteerd in andere etablissementen dan casino's, zoals goksalons, restaurants, cafés en hotels en dergelijke, onlangs aanzienlijk zijn versoepeld.

68. Dienaangaande moet worden aanvaard dat de verwijzende rechter op basis van dergelijke vaststellingen op wettige gronden tot de conclusie kan komen dat de omstandigheid dat de bevoegde autoriteiten aldus op het gebied van dergelijke andere kansspelen dan die waarvoor het in het hoofdgeding aan de orde zijnde publieke monopolie geldt (in het hoofdgeding was het publieke monopolie inzake sportwedenschappen aan de orde; LK), een beleid voeren dat eerder beoogt de deelname aan deze andere spelen aan te moedigen dan de gelegenheden tot spelen te verminderen en de activiteiten op dit gebied op samenhangende en stelselmatige wijze te beperken, tot gevolg heeft dat het doel, te voorkomen dat personen tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord en gokverslaving te voorkomen, dat aan de basis lag van de invoering van dit monopolie, niet meer doeltreffend kan worden verwezenlijkt door middel van dit monopolie, zodat dit niet meer kan worden gerechtvaardigd op grond van artikel 49 EG.”

Anderzijds oordeelde het HvJ EU dat een (na zekere overgangperiode van kracht te worden) nationale regeling die de organisatie van kansspelen via internet en de bemiddeling daarbij verbiedt, uit hoofde van bestrijding van gokverslaving en bescherming van minderjarigen is gerechtvaardigd, alhoewel het blijft toegestaan dergelijke spelen via de meer traditionele kanalen aan te bieden:

“101. Het Hof heeft reeds gewezen op de bijzondere kenmerken van het aanbieden van kansspelen via internet (zie arrest *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International*, reeds aangehaald, punt 72).

102. Het heeft met name opgemerkt dat via internet toegankelijke kansspelen andere en ernstigere risico's op fraude door marktdeelnemers jegens consumenten meebrengen dan op de traditionele markten aangeboden kansspelen, omdat er geen direct contact is tussen de consument en de marktdeelnemer (arrest *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International*, reeds aangehaald, punt 70).

103. Zo ook kunnen de specifieke kenmerken van het aanbieden van kansspelen via internet andere en ernstigere risico's voor de bescherming van de consument - in het bijzonder van minderjarigen en personen met een bijzondere goklust of personen die een dergelijke lust kunnen ontwikkelen - meebrengen dan op de traditionele markten aangeboden kansspelen. Naast het reeds genoemde feit dat er geen direct contact is tussen de consument en de marktdeelnemer, vormen de zeer gemakkelijke en permanente toegang tot kansspelen die op internet worden aangeboden, alsook de potentieel grote omvang en hoge frequentie van het betrokken internationale aanbod, in een omgeving die bovendien wordt gekenmerkt door het isolement van de speler, een klimaat van anonimiteit en het ontbreken van sociale controle, evenzoveel factoren die een toename van gokverslaving en geldverkwisting door gokken en dus ook van de negatieve sociale en morele gevolgen daarvan, zoals deze door vaste rechtspraak in het licht zijn gesteld, in de hand werken.

(...)

105. Gelet op het voorgaande dient te worden erkend dat een verbod om via internet kansspelen aan te bieden in beginsel geschikt kan worden geacht om de wettige doeleinden, te voorkomen dat personen tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, gokverslaving te bestrijden en minderjarigen te beschermen, te verwezenlijken, ook al blijft het toegestaan om dergelijke spelen via traditionelere kanalen aan te bieden.”

Aan de rechtvaardiging van een verbod van via internet aan te bieden kansspelen, óók voor zover die rechtvaardiging is gelegen in de doelstelling geldverkwisting door gokken te voorkomen, gokverslaving te bestrijden en minderjarigen te beschermen, doet in de benadering van het HvJ EU (Grote Kamer) in verband met de bijzondere risico's van via internet aangeboden kansspelen niet af dat dergelijke kansspelen (blijkens de bijzonderheden van de zaak *Carmen Media Group*: in toenemende mate) via meer traditionele kanalen worden aangeboden. Voor zover de nationale regelgeving met betrekking tot kansspelen het aanbod van kansspelen via internet betreft, lijkt zij derhalve op zichzelf te moeten worden beschouwd, ook met het oog op de eis van een op samenhangende en stelselmatige wijze te realiseren beperking.

2.7 De doelstelling van bestrijding van fraude en criminaliteit kan een beperkende regeling van het aanbieden van kansspelen over internet op zichzelf rechtvaardigen. Dat blijkt reeds uit het arrest van (destijds nog) het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) van 8 september 2009 (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional*), C-42/07, LJN: BJ7483, Jurispr. 2009, p. I-7633, NJ 2009, 472, m.nt. M.R. Mok. Dat (eerdere en door de Grote Kamer gewezen) arrest betrof het uitsluitende recht van Santa Casa om in Portugal (onder meer) via internet kansspelen aan te bieden. Volgens de Portugese regering en Santa Casa is de hoofddoelstelling van de nationale regeling de bestrijding van criminaliteit, meer bepaald de bescherming van consumenten van kansspelen tegen door marktdeelnemers gepleegde fraude (punt 62). Met betrekking tot de uitsluiting van buiten het nationale grondgebied gevestigde marktdeelnemers die hun diensten via internet aanbieden, oordeelde het HvJ EG op grond van overwegingen, vergelijkbaar met die in de onderhavige zaak, dat daaruit volgt “*dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beperking, gelet op de bijzondere kenmerken van het aanbieden van kansspelen via het internet, gerechtvaardigd kan zijn door de doelstelling om fraude en criminaliteit te bestrijden*” (punt 72). Bij die stand van zaken meen ik dat een nationale regeling tot beperking van via internet aan te bieden kansspelen die zowel bestrijding van fraude en criminaliteit als beteugeling van de goklust tot doel heeft, althans Unierechtelijk standhoudt, als slechts beteugeling van de goklust als rechtvaardiging tekortschiet. Het Unierecht verlangt niet dat een nationale regeling die het aanbieden van kansspelen beperkt, zowel op bescherming tegen goklust als op bescherming tegen fraude en criminaliteit is gericht. Voor een toereikende rechtvaardiging kan het volstaan dat een beperkende nationale regeling slechts strekt tot het laatste. Het is weinig aannemelijk dat die rechtvaardiging zou wegvallen als de nationale wetgever *tevens* de ambitie heeft de goklust te

beperken, maar (door welke oorzaak dan ook) niet erin slaagt zulks op samenhangende en stelselmatige wijze te realiseren⁷.

2.8 Naar ook het HvJ EU (in punt 23) heeft aangenomen, streeft de Wok als doelstellingen zowel de bescherming van de consument door de beteugeling van gokverslaving als het tegengaan van fraude na. Ladbrokes kan zich naar mijn mening niet met vrucht op art. 49 EG (art. 56 VWEU) beroepen, als de rechtvaardiging van de Wok uit hoofde van bescherming van de consument tegen gokverslaving zou tekortschieten, maar de rechtvaardiging uit hoofde van het tegengaan van fraude standhoudt. Zij mist dan belang bij haar klachten volgens welke de mogelijkheden van de vergunninghouder(s) om het spelaanbod uit te breiden en reclame te maken, de rechtvaardiging uit hoofde van beteugeling van de goklust zouden aantasten.

2.9 De door Ladbrokes bij repleik aangevoerde argumenten dwingen mijns inziens niet tot een ander oordeel over de beslissende betekenis van het antwoord op de derde vraag.

Dat het HvJ EU de prejudiciële vragen heeft beantwoord in de volgorde waarin de Hoge Raad die vragen heeft gesteld, zegt niets over de (meerdere of mindere) relevantie van de verschillende vragen. Overigens zal het HvJ EU een door de nationale rechter gestelde vraag niet snel als irrelevant onbeantwoord laten; dat geldt zeker als de implicaties van het door het HvJ EU te geven antwoord mede worden bepaald door aspecten van nationaal recht (zoals de vaststelling en de waardering van de doelstellingen van de betrokken nationale regeling) waarvan de beoordeling aan de nationale rechter is voorbehouden.

Evenmin deel ik de bij repleik verdedigde opvatting dat het antwoord op de derde vraag slechts de betekenis van een in de lidstaat van vestiging verkregen vergunning betreft, in die zin dat, als de betrokken nationale regeling *voor het overige* toelaatbaar is, Ladbrokes zich niet met een beroep op een dergelijke vergunning aan de werking van die regeling kan onttrekken. Anders dan in punt 41 met betrekking tot de tweede vraag, heeft het HvJ EU in verband met de derde vraag niet overwogen dat die vraag uitgaat van de premisse dat de Nederlandse regeling inzake kansspelen (overigens) met art. 49 EG (art. 56 VWEU) verenigbaar is. Weliswaar betreft het HvJ EU een dergelijke vergunning in zijn beschouwingen (punten 53-54), maar inzet van de derde vraag, zoals geherformuleerd door het HvJ EU in punt 51, is blijkens de punten 51 en 58, alsmede het dictum onder 3, niet welke betekenis aan een dergelijke vergunning toekomt, maar of een regeling van een lidstaat die de organisatie en de bevordering van kansspelen onderwerpt aan een gesloten stelsel ten gunste van één marktdeelnemer en elke andere marktdeelnemer, een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer daaronder begrepen, verbiedt om op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat via internet onder dit stelsel vallende diensten aan te bieden, met art. 49 EG (art. 56

⁷ Punt 37 van het in de onderhavige zaak gewezen prejudiciële arrest, waarin wordt gesproken van een daadwerkelijke controle van de expansie van kansspelen en het "bijgevolg" gelijktijdig en op passende wijze bereiken van de door de nationale regeling nagestreefde doelstellingen, wijst mijns inziens niet in een andere richting. Uit het verband met de punten 34, 36 en 38 blijkt immers dat het HvJ EU hier slechts het oog heeft op het volgens het HvJ EU na te streven evenwicht tussen een enerzijds binnen strikte grenzen toe te laten expansie van kansspelen in Nederland en anderzijds de doelstelling gokverslaving te beteugelen.

VWEU) verenigbaar is. Dat de betrokken nationale regeling met art. 49 EG (art. 56 VWEU) verenigbaar is, is niet de *premissa* die aan de derde vraag ten grondslag ligt, maar is het *antwoord* dat het HvJ EU op die derde vraag geeft.

2.10 Naar mijn mening moeten de door Ladbrokes gehandhaafde klachten reeds bij gebrek aan belang worden verworpen, voor zover zij met de vrijheid van de vergunninghouder(s) om nieuwe spelen te introduceren en reclame te maken voor hun spelaanbod verband houden. Het is dan ook ten overvloede, dat ik (ook) op de resterende klachten dienaangaande nog zal ingaan. Waar Ladbrokes voor die klachten in het bijzonder steun meent te kunnen ontleen aan het antwoord op de eerste prejudiciële vraag, zal ik echter allereerst de eerste prejudiciële vraag en het daarop gegeven antwoord in meer algemene zin bespreken. Daarbij zal ik echter niet vooruitlopen op de vraag of en in hoeverre dat antwoord daadwerkelijk van belang is voor de beoordeling van de bedoelde klachten, voor zover Ladbrokes, anders dan ik meen, in het licht van het antwoord op de derde prejudiciële vraag daarbij überhaupt nog belang heeft.

3. Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag

3.1 De eerste prejudiciële vraag de Hoge Raad aan het HvJ EU heeft voorgelegd, luidt als volgt:

“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)?”

Het HvJ EU heeft daarop als volgt geantwoord:

“1) Een nationale regeling zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die is gericht op de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude en die daadwerkelijk bijdraagt tot het bereiken van deze doelstellingen, kan worden geacht de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze te beperken, ook al is het de houder of houders van een exclusieve vergunning toegestaan zijn of hun marktaanbod aantrekkelijk te maken door nieuwe kansspelen te introduceren en reclame te maken. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de illegale activiteiten met betrekking tot weddenschappen in de betrokken lidstaat een probleem kunnen vormen, dat door een

uitbreiding van de toegestane en gereguleerde activiteiten zou kunnen worden ondervangen, en of deze uitbreiding door haar omvang niet onverenigbaar is met de doelstelling gokverslaving te beteugelen.”

3.2 Met de eerste volzin van het dictum onder 1 heeft het HvJ EU de vraag van de Hoge Raad in bevestigende zin beantwoord. Waar de prejudiciële vraag van de Hoge Raad kennelijk ertoe strekte te vernemen of de mogelijkheid van introductie van nieuwe kansspelen en voor het kansspelaanbod te maken reclame (welke mogelijkheid ogenschijnlijk tegenstrijdig is met de doelstelling gokverslaving te beteugelen) principieel uitsluit dat het beleid erop is gericht de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze te beperken, had het HvJ EU het bij die eerste volzin kunnen laten: de eis van een beleid dat erop is gericht de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze te beperken, sluit de introductie van nieuwe kansspelen en voor het kansspelaanbod te maken reclame (ook⁸) volgens het HvJ EU niet principieel uit. Zoals het HvJ EU in punt 25 verwoordde, kan een gecontroleerd expansiebeleid zeer wel in logisch verband staan met de doelstelling om spelers van clandestiene spelen en weddenschappen, die als zodanig zijn verboden, tot toegestane en gereguleerde activiteiten aan te trekken.

3.3 Het HvJ EU heeft het echter niet bij de eerste volzin van het dictum onder 1 gelaten. Het heeft daaraan, mogelijk in verband met de in punt 24 veronderstelde twijfel bij de Hoge Raad of de nationale regeling wel een samenhangend en stelselmatig beleid waarborgt⁹, toegevoegd hoe moet worden beoordeeld of de mogelijkheid van introductie van nieuwe kansspelen en reclame binnen een gecontroleerd expansiebeleid valt in te passen. Volgens het HvJ EU staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de illegale activiteiten met betrekking tot weddenschappen in de betrokken lidstaat een probleem kunnen vormen dat door een uitbreiding van de toegestane en gereguleerde activiteiten zou kunnen worden ondervangen, en of deze uitbreiding door haar omvang niet onverenigbaar is met de doelstelling gokverslaving te beteugelen.

3.4 Terwijl het HvJ EU zich in het dictum tot laatstgenoemde aspecten heeft beperkt, heeft Ladbrokes, mede aan de hand van de overwegingen die tot dat dictum hebben geleid, in

⁸ In de hiervóór (onder 1.3) geciteerde toelichting op de eerste prejudiciële vraag ligt besloten dat volgens de Hoge Raad zelf het kansspelbeleid zoals dit in Nederland wordt gevoerd, ondanks de mogelijkheid van introductie van nieuwe kansspelen en van voor het kansspelaanbod te maken reclame, ook thans nog een voldoende rechtvaardiging voor de beperking van het vrije dienstenverkeer oplevert. De Hoge Raad achtte het echter nodig die vraag te stellen, “*omdat niet kan worden gezegd dat redelijke twijfel over het antwoord op die vraag niet mogelijk is.*” Dat laatste is iets anders dan wat het HvJ EU in punt 24 overweegt, te weten dat “*(d)eze rechter (de Hoge Raad; LK) (...) echter (betwijfelt) of de nationale regeling een samenhangend en stelselmatig beleid waarborgt, aangezien deze de in het voorgaande punt vermelde doelstellingen nastreeft, maar tegelijkertijd marktdeelnemers die in Nederland een exclusieve vergunning hebben, waaronder De Lotto, toestaat nieuwe kansspelen te introduceren en gebruik te maken van reclame om hun aanbod op de markt aantrekkelijk te maken.*”

⁹ Zie voetnoot 8.

cassatie (schriftelijke toelichting van de mrs. Stevens en Meulenbelt onder 18) doen betogen dat het blijkens het antwoord op de eerste vraag erom gaat of de Lotto, die volgens haar moet aantonen dat de uitzondering op het beginsel van het vrije verkeer van diensten van toepassing is, de navolgende feiten heeft bewezen en of het hof die feiten (begrijpelijk) heeft vastgesteld:

- “a) of de illegale activiteiten in Nederland op aanzienlijke schaal plaatsvonden;
- b) of die illegale activiteiten een probleem konden vormen;
- c) of dat probleem kon worden opgelost door een uitbreiding van de toegestane gereguleerde activiteiten;
- d) of de uitbreiding van de toegestane gereguleerde activiteiten tot doel had de goklust van de consument in het legale circuit te leiden;
- e) of deze uitbreiding door haar omvang niet onvereenigbaar was c.q. is met de doelstelling de gokverslaving te beteugelen;
- f) of uit de ontwikkeling van de markt voor kansspelen blijkt dat de autoriteiten de reclame voor kansspelen en de introductie van nieuwe spelen daadwerkelijk controleren teneinde vast te stellen dat inderdaad de doelstellingen gelijktijdig en op gepaste wijze worden bereikt.”

3.5 Dat, wat betreft de via internet aangeboden kansspelen die in de onderhavige zaak aan de orde zijn, de *“illegale activiteiten in de betrokken lidstaat een probleem kunnen vormen”*, blijkt uit het hiervóór (onder 2.6) reeds geciteerde arrest *Carmen Media Group*, waarin het HvJ EU (Grote Kamer) een (na zekere overgangperiode in werking te treden) verbod op zulke kansspelen liet passeren, ondanks het gegeven van een kansspelbeleid dat in andere opzichten onvoldoende erop was gericht kansspelactiviteiten op samenhangende en stelselmatige wijze te beperken. Het HvJ EU heeft in de hiervóór (onder 2.6) reeds geciteerde punten 102 en 103 van het arrest *Carmen Media Group* het probleem van het illegale aanbod van via internet aangeboden kansspelen zowel in zijn kwantitatieve als in zijn kwalitatieve dimensie geschetst. In verband met de kwantitatieve dimensie heeft het HvJ EU gewezen op *“de zeer gemakkelijke en permanente toegang tot kansspelen die op internet worden aangeboden”*, alsmede op *“de potentieel grote omvang en hoge frequentie van het betrokken internationale aanbod”*. Wat betreft de kwalitatieve dimensie van het probleem heeft het HvJ EU gewezen op - ten opzichte van *“de op de traditionele markten aangeboden kansspelen”* - *“andere en ernstigere risico's op fraude (...) omdat er geen direct contact is tussen de consument en de marktdeelnemer”*, en op *“andere en ernstigere risico's voor de bescherming van de consument - in het bijzonder van minderjarigen en personen met een bijzondere goklust of personen die een dergelijke lust kunnen ontwikkelen -”*, waarbij naast het bedoelde kwantitatieve aspect van belang is dat een en ander zich afspeelt *“in een omgeving die bovendien wordt gekenmerkt door het isolement van de speler, een klimaat van anonimiteit en het ontbreken van sociale controle, evenzoveel factoren die een toename van gokverslaving en geldverkwisting door gokken en dus ook van de negatieve sociale en morele gevolgen daarvan, zoals deze door vaste rechtspraak in het licht zijn gesteld, in de hand werken.”*

Gegevens over de markt voor online-gokdiensten zijn overigens ook te vinden in het Groenboek *“Onlinegokken op de interne markt”* van de Europese Commissie van 24 maart

2011, SEC(2011) 321 definitief, waaraan ik ontleen dat in Europa 14.823 goksites actief zijn, waarvan meer dan 85% zonder vergunning werkt (p. 4), dat voor 2008 de jaarinkomsten van de EU-goksector, gemeten naar de BSI (bruto speelinkomsten, dat wil zeggen inzet minus prijzen) wordt geraamd op 75,9 miljard euro, dat onlinegokdiensten goed waren voor jaarinkomsten van meer dan 6,16 miljard euro (specifiek voor het kanaal internet: 5,9 miljard euro) ofwel 7,5% van de totale gokmarkt, dat de onlinemarkt (die niet alleen het kanaal internet omvat) het snelst groeiende segment is en dat in 2008 werd gerekend op een verdubbeling van de omvang daarvan over een periode van vijf jaar (p. 8)¹⁰.

3.6 Dat het probleem van het illegale aanbod van kansspelen via internet zou kunnen worden ondervangen door aan de vergunninghouder(s) toe te staan zijn (hun) kansspelaanbod aantrekkelijk te maken door nieuwe kansspelen te introduceren en zijn (hun) kansspelaanbod door reclame onder de aandacht van een breed publiek te brengen, ligt reeds besloten in de vraag van de Hoge Raad, waaraan de veronderstelling ten grondslag is gelegd dat de vergunninghouder(s) "*aldus*" (doordat hun wordt toegestaan hun kansspelaanbod aantrekkelijk te maken door introductie van nieuwe kansspelen en hun kansspelaanbod door reclame onder de aandacht van een breed publiek te brengen) in staat worden gesteld "*(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, slot¹¹)*". Kennelijk berustte deze veronderstelling op het (in zoverre in cassatie terecht niet bestreden) oordeel van het hof in rov. 4.15 van het bestreden arrest dat het onder de aandacht van het publiek brengen van een zo nodig uitgebreid en vernieuwd aanbod van legale kansspelen als alternatief kan dienen voor illegale kansspelen en kansspelen met een groter risico voor het ontstaan van gokverslaving.

3.7 Dat de mogelijke uitbreiding van de toegestane en gereguleerde activiteiten die de vergunninghouder(s) vrijstaat door haar omvang niet onverenigbaar is met de doelstelling gokverslaving te beteugelen, ligt eveneens reeds besloten in de prejudiciële vraag van de Hoge Raad. Aan de bedoelde vraag ligt immers ten grondslag dat het nationale kansspelbeleid daadwerkelijk eraan bijdraagt dat de nagestreefde doelstellingen, waaronder beteugeling van

¹⁰ Zie voor de kabinetsreactie op het Groenboek van de Commissie de brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 8 juni 2011, Kamerstukken II 2010/11, 24 557 en 22 112, nr. 126; deze kabinetsreactie bevat ook enkele gegevens voor de Nederlandse markt over 2008, zoals het gegeven dat circa 1 miljoen Nederlanders over dat jaar een illegaal kansspel speelden en dat meer dan 500.000 Nederlanders wel eens kansspelen over internet speelden (p. 4). In de kabinetsreactie wordt (op p. 4) overigens mede gewag gemaakt van de brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 19 maart 2011, Kamerstukken II 2010/11, 24 557, nr. 124 (beleidsvisie kansspelen), waarin het voornemen wordt geuit een vergunningsstelsel voor kansspelen via internet tot stand te brengen, eventueel aangevuld met bepalingen die de handhavingsmogelijkheden met betrekking tot illegaal kansspelaanbod via internet vergemakkelijken.

¹¹ De bedoelde passage luidt: "55. (...) 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."

gokverslaving, 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, ondanks de mogelijkheid van introductie van nieuwe spelen en van door de vergunninghouder(s) te maken reclame (“*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 (...)*”). Ook in zoverre was de prejudiciële vraag gebaseerd op in cassatie onbestreden overwegingen van het hof (zie in het bijzonder de navolgende passage uit rov. 4.16: “*(...) dat de systematiek van het totaalverbod behoudens (...) 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 (...)*”).

3.8 Bij de overwegingen van het HvJ EU die tot het dictum onder 1 hebben geleid en bij de zes voorwaarden die Ladbrokes daaruit voor een geslaagd beroep op de uitzondering op het beginsel van een vrij dienstenverkeer heeft gedestilleerd, teken ik nog het volgende aan.

3.9 Wat het HvJ EU met de aan het antwoord op de eerste vraag verbonden “mitsen en maren” kennelijk beoogt uit te sluiten, blijkt uit punt 28 van het prejudiciële arrest:

“28. Indien mocht blijken dat het Koninkrijk der Nederlanden een beleid van sterke expansie van de kansspelen voert door de consument op buitensporige wijze te stimuleren en aan te moedigen om hieraan deel te nemen met als hoofddoel gelden in te zamelen, en dat om die reden de financiering van sociale activiteiten uit een deel van de opbrengsten van de toegestane kansspelen niet een bijkomend gunstig voordeel vormt, maar de daadwerkelijke rechtvaardiging voor het door deze lidstaat gehanteerde restrictieve beleid, moet worden geconcludeerd dat een dergelijk beleid de activiteiten met betrekking tot weddenschappen niet op samenhangende en stelselmatige wijze beperkt en dus niet geschikt is ter bereiking van de doelstelling, gokverslaving bij de consument te beteugelen.”

De activiteiten met betrekking tot weddenschappen worden volgens het HvJ EU niet op samenhangende en stelselmatige wijze beperkt, als sprake is van een beleid van *sterke* expansie waarbij de consument op *buitensporige* wijze wordt gestimuleerd en aangemoedigd om hieraan deel te nemen met als *hoofddoel* gelden in te zamelen, waarbij de financiering van sociale activiteiten niet een bijkomend gunstig voordeel vormt, maar de *daadwerkelijke rechtvaardiging* voor het gehanteerde restrictieve beleid. Tegen deze achtergrond moeten de door het HvJ EU geformuleerde “mitsen en maren” (en de voorwaarden die Ladbrokes meent daaraan te kunnen ontleenen) worden gezien.

3.10 Het is kennelijk ook tegen die achtergrond dat het HvJ EU verlangt dat de autoriteiten van de betrokken lidstaat “*de expansie van kansspelen daadwerkelijk controleren, zowel wat de hoeveelheid reclame-uitingen door de houders van een exclusieve vergunning betreft als de introductie door die houders van nieuwe spelen*” (punt 37; vergelijk ook de in de nadere schriftelijke toelichting van Ladbrokes onder 18 sub f geformuleerde voorwaarde). Dat het HvJ EU verlangt dat de autoriteiten in het kader van een op beteugeling van de goklust gericht kansspelbeleid greep houden op de hoeveelheid reclame en de introductie van nieuwe kansspelen, is begrijpelijk.

Blijkens punt 36 is het HvJ EU kennelijk van oordeel dat het de Nederlandse autoriteiten niet ontbreekt aan de wil om strikte grenzen aan de expansie van kansspelen in Nederland te stellen. Minder duidelijk is wat naar het oordeel van het HvJ EU *overigens* zou moeten worden vastgesteld om te kunnen concluderen dat van een daadwerkelijke controle van reclame en nieuwe kansspelen sprake is. Een ontwikkeling als de door het HvJ EU gereleveerde en op aandringen van de overheid tot stand gekomen gedrags- en reclamecode illustreert dat de overheid een vinger aan de pols houdt en bijstuurt zodra zij dat nodig acht, nog afgezien van de verdere middelen die haar, mede op grond van de aan de vergunning(en) verbonden voorwaarden, ten dienste staan om de vergunninghouders zonodig tot verdere door haar noodzakelijk geachte maatregelen te dwingen.

Evenmin is duidelijk welk (met de term “*bijgevolg*” omschreven) verband tussen de bedoelde controle en het “*gelijktijdig op gepaste wijze*” bereiken van de door de nationale regeling nagestreefde doelstellingen het HvJ EU in punt 37 op het oog heeft. Dat, waar een regeling verschillende doelstellingen als bestrijding van fraude en criminaliteit en beteugeling van de goklust nastreeft, de nationale overheid zal trachten elk van die doelstellingen zoveel mogelijk te realiseren en daarbij (voor zover die doelstellingen zich niet laten verenigen) naar een evenwicht zal zoeken, spreekt vanzelf, maar staat naar mijn mening geheel los van de vraag of en onder welke voorwaarden een dergelijke regeling onder art. 49 EG (art. 56 VWEU) kan worden gerechtvaardigd. Voor een rechtvaardiging volstaat het dat één van die doelstellingen naar behoren wordt nagestreefd, ook als zulks ten koste zou gaan van de andere doelstelling(en), die daardoor niet meer aan een uitzondering op het beginsel van een vrij verkeer van diensten zou(den) kunnen bijdragen. Ik verwijs naar hetgeen hiervoor (onder 2.7) reeds aan de orde kwam.

4. Bespreking van de resterende klachten in het licht van het prejudiciële arrest

4.1 Ik bespreek thans de resterende klachten. Daarbij zal ik de klachten die verband houden met de implicaties van de vrijheid van de vergunninghouder om nieuwe kansspelen te introduceren en voor zijn spelaanbod reclame te maken, niet uitzonderen, alhoewel Ladbrokes haar belang bij die klachten met het antwoord op de derde prejudiciële vraag mijns inziens heeft verloren. Bij mijn bespreking betrek ik uiteraard het prejudiciële arrest, en, wat betreft

laatstbedoelde klachten, meer in het bijzonder het antwoord op de eerste, door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vraag. Bij mijn bespreking van de resterende klachten grijp ik steeds terug op mijn conclusie van 4 april 2008, die aan het tussenarrest voorafging.

4.2 *Onderdeel II onder 5* betreft de betekenis en de omvang van de in verband met de nationale regulering van kansspelen aan de lidstaten toekomende beoordelingsvrijheid.

Het prejudiciële arrest heeft daarop geen nieuw licht geworpen, zodat ik volhard bij hetgeen ik in mijn conclusie van 4 april 2008 dienaangaande onder 3.5-3.8 heb betoogd. De desbetreffende klachten kunnen niet tot cassatie leiden.

4.3 *Onderdeel VII onder 19.2.2.A* stelt aan de orde dat (naar het hof in de kennelijke gedachtegang van het onderdeel 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.

In mijn conclusie van 4 april 2008 heb ik (onder 3.24) reeds betoogd dat de kennelijke gedachte van het onderdeel dat van een rechtvaardiging van een restrictief nationaal kansspelbeleid onder art. 49 EG (art. 56 VWEU) slechts sprake kan zijn als dit beleid op een *afbouw* van het (legale) kansspelaanbod is gericht, niet juist is en dat de klacht daarom niet tot cassatie kan leiden. Het prejudiciële arrest, dat, zelfs binnen het kader van de doelstelling van beteugeling van de goklust, uitdrukkelijk ruimte laat voor een gecontroleerd expansiebeleid, geeft mij geen aanleiding daarover thans in andere zin te concluderen.

4.4 *Onderdeel VII onder 19.2.2.B* bestrijdt de rov. 4.13-4.19 als onbegrijpelijk, voor zover het hof daarin zou hebben geoordeeld dat is voldaan aan de eis dat het streven erop moet zijn gericht de gelegenheden om te spelen "echt" te verminderen 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.

4.5 *Onder (1)* wijst het subonderdeel 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. In mijn eerdere conclusie onder 3.26 achtte ik geen van beide argumenten concludent, omdat voor een rechtvaardiging niet is vereist dat het legale aanbod van kansspelen, zoals dat uit een restrictief kansspelbeleid voortvloeit, (steeds verder) wordt verminderd, en omdat de omstandigheid dat het kansspelbeleid erop is gericht de vraag naar kansspelen niet te stimuleren, veeleer een aanwijzing is voor de toelaatbaarheid dan voor de ontoelaatbaarheid van het nationale kansspelbeleid; die omstandigheid sluit immers uit dat het nationale kansspelbeleid in werkelijkheid erop is gericht de (voor de financiering van sociale activiteiten bestemde)

inkomsten uit kansspelen te maximaliseren en aldus de nationale goklust juist zoveel mogelijk uit te baten. Het prejudiciële arrest geeft mij geen aanleiding dienaangaande thans in andere zin te concluderen. Veeleer lees ik in punt 28 van het prejudiciële arrest dat ook in de visie van het HvJ EU de grens van het Unierechtelijk ontoelaatbare eerst wordt overschreden, als de lidstaat een beleid van *sterke expansie* van de kansspelen voert door de consument *op buitensporige wijze te stimuleren en aan te moedigen* om hieraan deel te nemen met als *hoofddoel* gelden in te zamelen.

4.6 *Onder (3)* gaat het subonderdeel in op de in rov. 4.14 van het bestreden arrest vervatte verwerping 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 dienaangaande 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 concludents, heeft overwogen.

In mijn conclusie van 4 april 2008 heb ik betoogd dat het subonderdeel in de geciteerde overweging ten onrechte leest 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 EU 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 hiervóór (onder 4.3) al aan de orde kwam. Ook hier geeft het prejudiciële arrest mij geen aanleiding van mijn eerder conclusie terug te komen.

4.7 *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, thans art. 56 VWEU, in strijd is), acht het subonderdeel 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, thans art. 56 VWEU, verenigbaar kansspelbeleid) heeft geleid.

In mijn conclusie van 4 april 2008 betoogde ik (onder 3.28) reeds dat, anders dan het subonderdeel kennelijk veronderstelt, het hof in rov. 4.15 *niet* heeft vastgesteld dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan en dat vergunninghouders 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 nog niet zou volgen dat de Nederlandse overheid geen samenhangend

beleid ter beteugeling van de goklust zou voeren. Voor zover in dit opzicht van belang 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 erkende¹²) doelstelling van kanalisatie, die ook thans nog aan het overheidsbeleid ten grondslag ligt, *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. Ik concludeerde dat alleszins begrijpelijk is dat het hof onder het kanalisatieregime enige ruimte voor uitbreiding en vernieuwing van het kansspelaanbod heeft gezien. 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 reclame-uitingen 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 onbedoeld zou stimuleren. Voorts noemde ik het in mijn eerdere conclusie 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 reclame-uitingen is toegespitst, heb ik ten slotte gewezen op de vijfde voortgangsrapportage, waarin van een daling van de reclame-uitgaven over de jaren 2002-2006 gewag wordt gemaakt¹³.

Het prejudiciële arrest geeft mij geen aanleiding van dit een en ander terug te komen, nu het HvJ EU de mogelijkheid van uitbreiding en vernieuwing van het kansspelaanbod daarin juist heeft bevestigd. Weliswaar heeft het HvJ EU de mogelijkheid van een expansief beleid van enige “mitsen en maren” voorzien, maar ook het hof was in het bestreden arrest *niet* ervan uitgegaan dat het kansspelaanbod zonder enige beperking zou kunnen worden uitgebreid. Het hof heeft, in rov. 4.15 (op p. 13 van het bestreden arrest) gesproken van de doelstelling van kanalisatie “*die onder omstandigheden kan meebrengen dat een aantrekkelijk*

¹² Ik verwees in dit verband naar HvJ EG 21 september 1999 (*Läärä*), LJN: BS7647, C-124/97, 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.*” Voorts verwees ik naar HvJ EG 21 oktober 1999 (*Zenatti*), LJN: BS3298, C-67/98, Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35 (NB: de NJ-vindplaats is gekoppeld aan LJN: AD3095).

¹³ Zie mijn conclusie van 4 april 2008 onder 2.15 en de daarbij behorende voetnoot 52.

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" (onderstreping toegevoegd; LK). Ook in het licht van het prejudiciële arrest houdt dat oordeel stand.

4.8 *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 (art. 56 VWEU).

Volgens mijn conclusie van 4 april 2008 kan ook deze klacht niet tot cassatie leiden. Ik riep daartoe in de 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. Ik concludeerde dat bij die stand van zaken het hof, kennelijk en niet onbegrijpelijk, heeft 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 het prejudiciële arrest zie ik geen aanknopingspunten om over de juistheid en begrijpelijkheid van dat oordeel thans in andere zin te concluderen.

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

Ik concludeerde dat de klacht feitelijke grondslag mist, 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.

Ik concludeerde dat ook deze klacht feitelijke grondslag mist. Anders dan waarvan het subonderdeel 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*”. Ook hier geeft het prejudiciële arrest mij geen aanleiding in andere zin te concluderen.

4.9 *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 internet aan de aangeboden kansspelen kan worden deelgenomen.

Volgens mijn conclusie van 4 april 2008 miskent de klacht 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. Ik wees erop dat het HvJ EG zulks (weliswaar in verband met de doelstelling van fraudebestrijding) in punt 55 van het arrest *Placanica*¹⁴ uitdrukkelijk heeft bevestigd:

“55 (...) 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.”

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, achtte ik daarom in mijn eerdere conclusie op zichzelf niet beslissend. Beslissend achtte ik daarentegen 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. Het prejudiciële arrest dwingt mijns inziens niet tot een ander oordeel. De klacht die (ook hier) naar de kern genomen inhoudt dat de introductie van nieuwe spelen en reclame voor het kansspelaanbod uitsluiten dat van een streven om de gelegenheden om te spelen “echt” te verminderen sprake is, wordt juist door het prejudiciële arrest weerlegd, waar dit (in het dictum onder 1) de toelaatbaarheid van een gecontroleerd expansiebeleid, zelfs in het licht van de doelstelling de goklust te beteugelen, vooropstelt. Dat de klacht in algemene zin verwijst naar “omstandigheden (...) zoals in onderdeel I aangevoerd” doet daaraan mijns inziens niet af. Daargelaten dat deze verwijzing de vereiste specificiteit mist (onderdeel I noemt maar liefst 35 omstandigheden), houden de bedoelde omstandigheden (waarmee Ladbrokes haar eigen rol op de Nederlandse kansspelmarkt relativeert en die van de Lotto juist uitvergroot) mijns inziens geen direct verband met de in het prejudiciële arrest gereleveerde aspecten¹⁵.

4.10 *Onderdeel VII* klaagt *onder 19.3* over rov. 4.16, voor zover het hof daarin heeft overwogen:

¹⁴ Zie voetnoot 5 en hiervóór onder 3.6.

¹⁵ Men kan nog aarzelen over de omstandigheid, door onderdeel I genoemd onder (viii): “Deelname door Nederlanders aan buitenlandse kansspelen is beperkt en slechts 2% daarvan neemt deel aan sportprijsvragen en bookmaking zoals aangeboden door onder meer Ladbrokes (appèldagvaarding 2.1, eindvonnis rechtbank r.o. 4.27).” Deze stelling kan weliswaar in verband worden gebracht met de in het antwoord op vraag I gereleveerde betekenis van de omvang van (het “probleem” van) de illegale activiteiten (punten 29 en 30), maar daartegenover staat dat het HvJ EU (Grote Kamer) het probleem van via internet aangeboden kansspelen (waarom het in casu gaat) inmiddels zowel in kwantitatieve als kwalitatieve zin heeft bevestigd (zie hiervóór onder 3.5).

“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 (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).”

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.

4.11 In mijn conclusie van 4 april 2008 (*onder 3.32*) heb ik reeds het standpunt betrokken dat het subonderdeel (voor zover dat al niet feitelijke grondslag mist, nu in rov. 4.16 een toetsing van in concreto te treffen maatregelen in het geheel niet aan de orde is) kennelijk voortbouwt op de onjuiste gedachte dat elke afzonderlijke maatregel die ter uitvoering van een wettelijke regeling als de onderhavige wordt getroffen, óók als die regeling als zodanig onder art. 49 EG (art. 56 VWEU) is gerechtvaardigd, 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). Met de beslissing van het HvJ EU op de tweede prejudiciële vraag is het doek voor het derde *Gambelli*-criterium gevallen, zodat ik volhard bij de conclusie dat het subonderdeel ook in zoverre niet tot cassatie kan leiden.

4.12 *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.

4.13 In mijn conclusie van 4 april 2008 heb ik (onder 3.33) reeds het standpunt ingenomen dat in rov. 4.16 niet ligt besloten 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. Zoals in die eerdere conclusie reeds uiteengezet, ligt 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 (...)”

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 ook in de visie van het hof niet slechts marginaal maar volledig kan (en moet) worden getoetst of die eenmaal gekozen middelen aan de uit de rechtspraak van het HvJ EU voortvloeiende randvoorwaarden voldoen. Overigens heb ik erop gewezen 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. Het prejudiciële arrest leidt niet tot een andere dan de reeds in de eerdere conclusie bereikte slotsom dat het subonderdeel ook in zoverre niet tot cassatie kan leiden.

4.14 *Subonderdeel 19.4*, dat is gericht tegen rov. 4.17, 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 beweegreden 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 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.

4.15 Het HvJ EU heeft in het prejudiciële arrest in de punten 54-58 geoordeeld dat aan een vergunning als door het subonderdeel bedoeld niet de betekenis toekomt die het subonderdeel daaraan toekent en dat dit niet anders is als een actief verkoopbeleid van de vergunninghouder in de lidstaat waarop hij zijn activiteiten (mede) richt, ontbreekt. Daarmee is het lot van het subonderdeel bezegeld, zodat ik geen reden zie dienaangaande in andere zin te concluderen dan in mijn conclusie van 4 april 2008 onder 3.35¹⁶.

4.16 *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 kunnen brengen dat getroffen regelingen eerder onevenredig zullen worden geacht, nu een deel van de doelstellingen al is gerealiseerd.

4.17 Ook hier geldt dat de klacht van het subonderdeel bij de gegeven stand van zaken reeds hierop afstuit dat het HvJ EU op de derde prejudiciële vraag heeft geantwoord dat in de aan de orde zijnde context een buitenlandse vergunning *niet* voldoende waarborgt dat de nationale consument tegen het risico van fraude en criminaliteit wordt beschermd. Ik volhard bij mijn eerdere conclusie onder 3.36 dat het subonderdeel ook in zoverre niet tot cassatie kan leiden. Overigens heb ik in mijn eerdere conclusie erop gewezen dat 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, niet kan afdoen aan de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van de uit de nationale regelgeving voortvloeiende *eis van een vergunning* en dat 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.

¹⁶ Ik concludeerde dat het subonderdeel in zoverre niet tot cassatie kan leiden vanwege dispariteit van de betrokken nationale wetgevingen. Het HvJ EU baseerde zijn antwoord echter op het ontbreken van toereikende waarborgen tegen het risico van fraude en criminaliteit, omdat het voor de autoriteiten in de lidstaat van vestiging in de aan de orde zijnde context (van aanbidding van diensten over internet in een andere lidstaat) moeilijk kan zijn de professionele kwaliteiten en integriteit van de marktdeelnemers te beoordelen (punt 54).

4.18 *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 aan de ter rechtvaardiging van de nationale regeling aangevoerde doelstellingen beantwoordt en evenredig is.

4.19 In het antwoord op de tweede prejudiciële vraag heeft het HvJ EU de gelding van het zogenaamde derde *Gambelli*-criterium afgewezen, zodat thans geen twijfel meer kan bestaan over de in mijn eerdere conclusie (onder 3.37) bereikte slotsom dat het subonderdeel ook in zoverre niet tot cassatie kan leiden.

4.20 *Subonderdeel 19.5* betreft een kwestie waarop Ladbrokes ook in haar schriftelijke toelichting na verwijzing (onder 36) heeft geïnsisteerd, te weten de verdeling van de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot het zich al dan niet voordoen van een uitzondering op het beginsel van een vrij dienstenverkeer. Het subonderdeel 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 ondermijnen dat via een vergunningstelsel is gericht op beheersing. (...)”

Het subonderdeel betoogt dat beide overwegingen (en het gehele arrest) van een onjuiste rechtsopvatting blijk geven door op Ladbrokes de bewijslast te leggen dat er geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die de door de Wok opgelegde beperkingen (van het vrij verkeer van diensten) rechtvaardigen, respectievelijk dat het totaalverbod behoudens vergunning verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is. Volgens het subonderdeel 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 (art. 56

VWEU) 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.

4.21 Bij de bespreking van het subonderdeel in mijn conclusie van 4 april 2008 heb ik (onder 3.38) vooropgesteld 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 (zoals 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, zozeer aannemelijk was, dat het zonder (voldoende onderbouwde) betwisting door Ladbrokes als vaststaand diende te worden aangenomen. Daarbij heb ik erop gewezen dat in rov. 4.14, die is toegespitst op de betekenis van de fondsenwerving door de vergunninghouders, die benadering duidelijk valt 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), dit 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).

In mijn eerdere conclusie heb ik overigens in twijfel getrokken of in het onderhavige geschil stelplicht en bewijslast, zoals door Ladbrokes voorgestaan, daadwerkelijk op de Lotto rusten. In dat verband heb ik gewezen op het perspectief van de onderhavige procedure: 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 (art. 56 VWEU) 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 beweerdde onverbindendheid van de betrokken wetgeving constitueren, op Ladbrokes rusten. Ik verdedigde dat geen consequenties kunnen worden verbonden aan het feit dat de toetsing aan art. 49 EG (art. 56 VWEU) in twee stappen verloopt: het vaststellen van de beginsel-toepasselijkheid van art. 49 (art. 56 VWEU) 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 EG (art. 56 VWEU) 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 wenst te onttrekken, de beginsel-toepasselijkheid van art. 49 EG (art. 56 VWEU) 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 (art. 56 VWEU) 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.

Voor zover de evenredigheid van de beperkende nationale maatregel in het geding is, geldt ten slotte dat de vanwege haar onevenredigheid ontoelaatbare regeling als het ware “een uitzondering op de uitzondering” op de beginsel-toepasselijkheid van art. 49 EG (art. 56 VWEU) vormt. 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.

Het prejudiciële arrest heeft, met betrekking tot de kwestie van stelplicht en bewijslast, mijns inziens geen nieuwe gezichtspunten geopend, zodat ik bij mijn eerdere conclusie volhard.

4.22 *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. (...) 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.”). Onder A bestrijdt het subonderdeel die rechtsoverweging als in strijd met het recht, althans onbegrijpelijk, omdat daaruit 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 klemmt 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”.*

4.23 In mijn conclusie van 4 april 2008 heb ik (onder 3.40) het standpunt ingenomen dat de klacht feitelijke grondslag mist, nu uit de bestreden overweging *niet* blijkt dat Ladbrokes volgens het hof 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. Voorts heb ik betoogd dat, voor zover al sprake is van met de vestigingsplaats samenhangende factoren die bemoeilijken dat een in het buitenland gevestigde onderneming voor een vergunning ingevolge de Wok in aanmerking komt, de consequenties daarvan aan de orde zouden 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 zouden kunnen legitimeren dat een in het buitenland gevestigde onderneming zonder vergunning ingevolge de Wok op de Nederlandse kansspelmarkt actief is. Op die grond concludeerde ik dat, als überhaupt al met de vestigingsplaats samenhangende beperkingen om voor een vergunning ingevolge de Wok in aanmerking te komen bestaan, Ladbrokes in de onderhavige procedure belang mist bij haar klacht dat voor zulke beperkingen uit oogpunt van toezicht en controle goede grond bestaat. Ten slotte nam ik in mijn eerdere conclusie het standpunt in dat het gegeven dat (ook) het via internet aanbieden van kansspelen vanuit het buitenland als het *in Nederland* gelegenheid geven tot het deelnemen aan kansspelen moet worden gekwalificeerd, (anders dan het subonderdeel verdedigt) op zichzelf nog niet impliceert dat in geval van een dergelijke wijze van aanbieden steeds voldoende aanknopingspunten voor een effectieve controle en een effectief toezicht voorhanden zijn.

In het prejudiciële arrest kan ik voor het eerder door mij ingenomen standpunt slechts steun vinden; blijkens zijn antwoord op de derde prejudiciële vraag heeft het HvJ EU gesauveerd dat de organisatie en de bevordering van via internet aan te bieden kansspelen worden onderworpen aan een gesloten stelsel ten gunste van één marktdeelnemer, zulks met uitsluiting van elke andere marktdeelnemer, *“een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer daaronder begrepen”* (punt 58).

4.24 *Onder B* bestrijdt het subonderdeel rov. 4.18 (en in het bijzonder de passage: *“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 (...)”*) 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

4.25 In mijn eerdere conclusie heb ik (onder 3.41) betoogd dat, nog daargelaten of het Unierecht zich tegen een onderhandse verlening van de vergunning aan de Lotto c.q. een onderhandse verlenging daarvan verzet, niet valt in te zien 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 mogelijkheid 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 (*“In dit verband acht het hof bovendien van belang (...) 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.”*).

Ook hier biedt het prejudiciële arrest geen steun aan een tegengestelde opvatting. In het antwoord op de derde vraag heeft het HvJ EU *“een regeling van een lidstaat zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die de organisatie en de bevordering van kansspelen aan een gesloten stelsel onderwerpt ten gunste van één marktdeelnemer en elke andere marktdeelnemer, een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer daaronder begrepen, verbiedt om op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat via internet onder dit stelsel vallende diensten aan te bieden”*, uitdrukkelijk gesauveerd. Een openbare aanbesteding in overeenstemming met de Europese regels is in dat verband niet aan de orde, terwijl het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel slechts onder omstandigheden nadere voorwaarden aan een onderhandse gunning stellen. Dat blijkt uit HvJ EU 3 juni 2010 (*Betfair*), C-203/08, LJN: BM9210, NJ 2010, 490, m.nt. M.R. Mok onder NJ 2010, 491, waarin het HvJ EU oordeelde dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting (zonder noodzakelijkerwijs te impliceren dat een aanbesteding moet worden uitgeschreven; zie punt 41) van toepassing zijn op procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan één exploitant op het gebied van de kansspelen, voor zover het niet gaat om een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.

4.26 *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 klacht van het subonderdeel op méér, beweerdelijk door het hof veronachtzaamde rechtsregels betrekking heeft, 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 subonderdeel in zoverre voldoende bepaaldheid.

4.27 De eerste, volgens het subonderdeel *onder 19.7.2* veronachtzaamde rechtsregel (*onder A*) 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 wordt aangemoedigd, een dergelijk land zich ter rechtvaardiging van een inbreuk op het principe van het vrij verkeer van diensten niet op het tegengaan van gokverslaving kan beroepen.

4.28 In mijn conclusie van 4 april 2008 heb ik (onder 3.43) erop gewezen dat in zaak *Placanica*¹⁷ aan de orde was dat de betrokken lidstaat (Italië), naar de verwijzende rechter uitdrukkelijk had vastgesteld (zie punt 54 van het arrest van het HvJ EU: “*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 beleid van sterke expansie van 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*

¹⁷ Zie voetnoot 5.

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 niet slagen, ook niet in het licht van het prejudiciële arrest, waarin het HvJ EU de verenigbaarheid van een gecontroleerd expansiebeleid met de doelstelling van beteugeling van gokverslaving voorop heeft gesteld.

4.29 *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 wordt geleverd, moeten aannemen dat van een voldoende waarborg van integriteit sprake is.

4.30 In mijn eerder conclusie heb ik (onder 3.44) reeds betoogd dat deze klacht grond mist, zulks mede aan de hand van het arrest *Placanica*, waarin de beschouwingen van A-G Colomer over de betekenis van de in een andere lidstaat verkregen vergunning geen neerslag hebben gevonden. Ook uit het prejudiciële arrest in de onderhavige zaak vloeit voort dat de klacht niet kan slagen, nu het HvJ EU daarin uitdrukkelijk heeft verworpen dat een in het land van vestiging verkregen vergunning (en de omstandigheid dat de betrokken dienstverlener al in het land van vestiging aan wettelijke voorwaarden en aan controles wordt onderworpen) voldoende zou(den) waarborgen dat de afnemer van de dienst in een andere lidstaat tegen het risico van fraude en criminaliteit wordt beschermd.

4.31 *Onderdeel VIII* is gericht tegen de rov. 4.26-4.29, waarin het hof de vierde grief van Ladbrokes heeft besproken. De *subonderdelen 21 en 22* zijn gericht tegen rov. 4.27, waarin het HvJ EU heeft 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 (...).”

De subonderdelen klagen 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.

4.32 Het prejudiciële arrest heeft bevestigd dat, zoals ik in mijn eerdere conclusie, onder meer onder 3.46, had betoogd, het zogenaamde derde *Gambelli*-criterium niet geldt. Daarmee is het lot van de klacht bezegeld.

4.33 *Subonderdeel 24* is gericht tegen rov. 28:

“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 verschaft op haar concurrent, De Lotto.”

Het subonderdeel klaagt 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.

4.34 In mijn conclusie van 4 april 2008 heb ik reeds het standpunt ingenomen dat in de gedachtegang van het hof ligt besloten dat Ladbrokes zich niet alleen een oneerlijke voorsprong op de Lotto verschaft 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). Ook in het licht van het prejudiciële arrest geeft deze gedachtegang niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk en is zij evenmin onbegrijpelijk.

4.35 *Subonderdeel 25* klaagt dat de geciteerde rov. 28 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 subonderdeel 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.

4.36 Zoals reeds uiteengezet in mijn conclusie van 4 april 2008 (onder 3.47), valt, waar Ladbrokes en de Lotto beiden op de Nederlandse kansspelmarkt actief zijn, 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 verschaft 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. Ook hier biedt het prejudiciële arrest geen aanknopingspunt voor een andere conclusie dan dat de klacht niet tot cassatie kan leiden.

5. Slotopmerkingen

5.1 Naar mijn mening moet het cassatieberoep van Ladbrokes, ook in het licht van het prejudiciële arrest, worden verworpen.

In de eerste plaats omdat de aangevochten regeling, voor zover die wordt toegepast op via internet aangeboden kansspelen (de inzet van het onderhavige geding), blijkens het antwoord op de derde prejudiciële vraag reeds door de Unierechtelijk zelfstandig dragende grond van bestrijding van criminaliteit en fraude onder art. 49 EG (art. 56 VWEU) wordt gerechtvaardigd.

In de tweede plaats omdat uit de uitvoerige overwegingen van het HvJ EU over de inpasbaarheid van de (door het HvJ EU in beginsel toelaatbaar geachte) mogelijkheid van introductie van nieuwe kansspelen en voor het kansspelaanbod te maken reclame in een gecontroleerd en (mede) op bestrijding van de goklust gericht expansiebeleid, *niet* blijkt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan of zijn arrest niet naar behoren zou hebben gemotiveerd. Het hof, dat de stellingen van Ladbrokes kennelijk en niet onbegrijpelijk aldus heeft opgevat dat een uitbreiding van het kansspelaanbod en voor dat aanbod gemaakte reclame zich naar hun aard niet met de doelstelling van beteugeling van de goklust laten verenigen, heeft die aldus opgevatte stellingen (ook in het licht van het prejudiciële arrest) terecht verworpen, zonder daarbij echter uit het oog te verliezen dat er, althans vanuit het perspectief van beteugeling van de goklust, “mitsen en maren” aan een uitbreiding van het (legale) kansspelaanbod en aan voor dat kansspelaanbod te maken reclame zijn verbonden. In rov. 4.15 (op p. 13 van het bestreden arrest) heeft het hof, blijk gevend van een juiste

rechtsopvatting, immers overwogen 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 voor het ontstaan van gokverslaving. Het hof heeft niet (althans niet met eenzelfde mate van detaillering als het HvJ EU) gespecificeerd onder welke omstandigheden dit een en ander het geval zou zijn (en waar een uitbreiding van het legale kansspelaanbod en voor dat aanbod gemaakte reclame hun grens vinden), maar in de door het hof gevolgde benadering was een dergelijke specificatie ook niet nodig om op de betrokken stellingen van Ladbrokes te kunnen responderen.

5.2 Dat het HvJ EU in het prejudiciële arrest met betrekking tot de mogelijkheid van gecontroleerde expansie (nieuwe¹⁸) criteria heeft geformuleerd waarop Ladbrokes, zo zij daarmee eerder bekend zou zijn geweest, zich in de feitelijke instanties had kunnen richten, is op zichzelf geen grond voor vernietiging en verwijzing, nog daargelaten of Ladbrokes (in verband met het antwoord op de derde vraag) überhaupt nog belang heeft bij haar klachten met betrekking tot de spanning tussen de doelstelling van beteugeling van de goklust enerzijds en een op expansie (aanbod van nieuwe spelen, reclame) gericht kansspelbeleid anderzijds. Dat de uitkomst van een prejudiciële procedure niet goed op de mogelijkheden van het geding in cassatie “aansluit”, kan niet tot een verruiming van die mogelijkheden leiden. Ik verwijs in dit verband naar HR 22 december 2006 (*Staat/Ten Kate*), LJN: AZ3083, NJ 2007, 161, m.nt. MRM, waarin aan de orde was dat uit de prejudiciële uitspraak niet van nieuwe (van een rechtsregel deel uitmakende) criteria, maar van nieuwe feiten was gebleken. De Hoge Raad overwoog:

“2.2.1 Het Hof van Justitie is bij de behandeling van de derde vraag van de Hoge Raad ten dele uitgegaan van andere feiten dan waarvan de Hoge Raad op grond van het arrest van het hof was uitgegaan. Het Hof van Justitie overwoog te dien aanzien:

(...)

2.2.2 De opzet van de cassatieprocedure brengt mee dat bij de beoordeling van de middelen ingevolge art. 419 Rv. geen nieuwe feitelijke stellingen kunnen worden betrokken. Deze begrenzing van de cassatieprocedure is niet in strijd met het gemeenschapsrecht; vgl. het arrest van het Hof van Justitie van 14 december 1995 in de gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 (Van Schijndel en Van Veen), Jur. 1995, p. I-4705, NJ 1997, 116. De onderhavige uitspraak van het Hof van Justitie bevat geen aanwijzing dat het Hof van dat arrest heeft willen terugkomen.

Bij de beoordeling van het middel moet de Hoge Raad derhalve de in 2.2.1 bedoelde door het Hof van Justitie als vaststaand aangemerkte feiten buiten beschouwing laten.”

In de zaak *Staat/Ten Kate* oordeelde de Hoge Raad de desbetreffende cassatieklacht, *zonder* de “nieuwe”, door het (toen nog:) HvJ EG aan zijn prejudiciële arrest ten grondslag gelegde feiten in aanmerking te hebben genomen, gegrond, en vernietigde hij om die reden (en niet op grond van het prejudiciële arrest voor zover dat door die “nieuwe” feiten was geïnspireerd)

¹⁸ Aldus de schriftelijke repliek van de mrs. Stevens en Meulenbelt onder 16.

het in cassatie bestreden arrest. Met betrekking tot de behandeling van het geding na verwijzing zag de Hoge Raad blijkens zijn overwegingen wél ruimte voor een nader onderzoek door de *verwijzingsrechter* van de “nieuwe”, door het HvJ EG bijgebrachte feiten:

“3.1 Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat het bestreden arrest niet in stand kan blijven. Met het oog op de behandeling na verwijzing overweegt de Hoge Raad nog het volgende.

3.2 Zoals hiervóór in 2.2.1 is vermeld, is het Hof van Justitie bij de behandeling van de derde vraag van de Hoge Raad ten dele uitgegaan van andere feiten dan waarvan de Hoge Raad op grond van het arrest van het hof was uitgegaan.

3.3 Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre met deze nieuwe feiten rekening moet worden gehouden in de procedure na verwijzing, is het volgende van belang.

De prejudiciële procedure is een aan gemeenschaps(proces)recht onderworpen procedure, die wordt gekenmerkt door het ontbreken van partijen in de eigenlijke zin (HvJEG 27 maart 1963, zaken 28-30/62 (Da Costa e.a.), Jur. 1963 p. 61 e.v.). Dit neemt niet weg, dat er een verband bestaat tussen deze procedure en het hoofdgeding tussen partijen.

Het Hof van Justitie heeft het uit een oogpunt van gemeenschapsrecht toelaatbaar geacht om de bedoelde feiten in zijn beoordeling te betrekken. Kennelijk heeft het Hof het van belang geacht dat bij de verdere behandeling van de zaak niet wordt uitgegaan van onjuiste gegevens betreffende het optreden van de Commissie en het Permanent Veterinair Comité.

3.4 Tegen deze achtergrond is de Hoge Raad van oordeel dat in het hoofdgeding aan de bedoelde feiten niet voorbij kan worden gegaan voorzover het Nederlandse procesrecht de ruimte biedt om ze in de beoordeling te betrekken. Anders dan de procedure in cassatie biedt de procedure na verwijzing deze ruimte wel. Weliswaar geldt in die procedure als hoofdregel dat partijen na verwijzing hun stellingen over en weer niet meer mogen aanpassen, maar de aard van het geding kan meebrengen dat hierop een uitzondering moet worden gemaakt, en ook de onderhavige situatie rechtvaardigt het maken van een uitzondering.

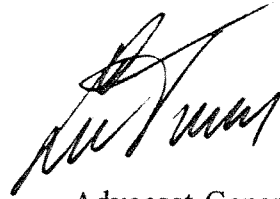
Zulks brengt mee dat partijen in de gelegenheid zullen moeten worden gesteld hun stellingen aan te passen aan hetgeen door het Hof van Justitie in punt 39 is overwogen. Nu in de prejudiciële procedure Ten Kate nog geen gelegenheid heeft gehad om op de aan deze vaststellingen ten grondslag liggende stellingen te reageren, kan haar reactie mede een betwisting van die stellingen inhouden. Ook zal zij zonedig haar vordering mogen aanpassen.”

Een cruciaal verschil tussen de zaak *Staat/Ten Kate* en de onderhavige zaak is, dat, terwijl in de zaak *Staat/Ten Kate* de Hoge Raad zonder de nationale procesregels te doorbreken, het bestreden arrest kon vernietigen, hij dat in de onderhavige zaak niet vermog. Waar het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (en zijn oordeel naar mijn mening niet onbegrijpelijk heeft gemotiveerd), ontbreekt de mogelijkheid om het bestreden arrest te vernietigen en komt een procedure na verwijzing waarin mogelijk nieuwe Unierechtelijke stellingen kunnen worden betrokken, niet aan de orde.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'A. M. M. M.', written in a cursive style.

Advocaat-Generaal