

Het juridische loterijenstelsel in Nederland: EU-proof?

Een onderzoek naar de conformiteit van de regulering van loterijen in Nederland met het Europees recht

prof. mr. dr. Elisabetta Manunza
prof. mr. dr. Sybe de Vries
mr. dr. Willem Janssen
mr. Anouk van der Veer

Utrecht, 9 juli 2021

In opdracht van:

Het Ministerie van Veiligheid en Justitie

Het juridische loterijenstelsel in Nederland: EU-proof?

Een onderzoek naar de conformiteit van de regulering van loterijen in Nederland met het Europees recht

© E.R. Manunza, S. De Vries, W.A. Janssen & A. Van der Veer 2021

Bij voorkeur citeren als:

E.R. Manunza, S. De Vries, W.A. Janssen & A. Van der Veer, *Het juridische loterijenstelsel in Nederland: EU-proof? Een onderzoek naar de conformiteit van de regulering van loterijen in Nederland met het Europees recht; Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE* 2021.

Universiteit Utrecht 2021

Inhoudsopgave

DEEL I.....	5
Algemene Inleiding en toetsing conformiteit Duaal stelsel met het Europees recht.....	5
1.1 Inleiding.....	5
1.2 Kansspelregulering in Nederland: goede doelen ondersteunen via kansspelbeleid.....	6
1.3 Het huidige duale stelsel: de goededoelenloterijen en de wettelijke monopolies	8
1.3.1 Open stelsel van de meerjarige goededoelenloterijen	8
1.3.2 Onderhandse gunning binnen het wettelijke monopolie.....	8
1.4 Denkrichtingen voor de toekomst.....	9
1.5 Onderzoeksvragen	10
1.6 Onderzoeksopzet	11
1.7 Onderzoeksmethode.....	13
1.7.1 Hoe EU-recht te interpreteren: <i>living constitution</i> , coherentie, non-contradictie, <i>good governance</i> en effectiviteit als leidende uitgangspunten.....	13
1.7.2 Onze Europese inteme markt is gebaseerd op een ‘sociale’ markteconomie.....	14
1.7.3 Coherentie en consistentie als <i>good governance</i> eisen voor recht én beleid.....	15
1.7.4 Leidend voor de interpretatie van Unierecht is het effectiviteitsbeginsel.....	15
1.8 In hoeverre is een ‘duaal’ loterijenstelsel vanuit Europeesrechtelijke oogpunt toelaatbaar? Hoe de ABRvS aan de Europeesrechtelijke eisen heeft getoetst.....	16
DEEL II.....	20
Het meervergunningen-loterijstelsel: verenigbaar met het Europees recht.....	20
2.1 Het interne-marktrecht als ‘middel’ om de EU-doelstellingen na te streven.....	20
2.2 Valt de regulering van loterijen en kansspelen wel onder het toepassingsbereik van de Verdragsvrijheden?	21
2.3 Wat is nu precies verboden op grond van de Verdragsbepalingen inzake vestiging én diensten waardoor de inrichting van loterijen door de lidstaten wordt beïnvloed?	23
2.3.1 De verbodsnormen van de vrijverkeerbepalingen en het aanbieden van loterijen.....	23
2.3.2 Vormt het <i>winstverbod</i> een belemmering van het vrije verkeer van diensten en/of het vestigingsrecht, de vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom?	24
2.3.3 Vormt het <i>poolingverbod</i> een belemmering voor het vrije verkeer van diensten en/of het vestigingsrecht?.....	25
2.3.4 Vormt een <i>verplichte afdracht</i> een belemmering voor het vrije verkeer van diensten en/of het vestigingsrecht?.....	26
2.3.5 In hoeverre is de vestigingseis a aan aanbieders van loterijen om een nevenvestiging te hebben in NL een belemmering voor het vestigingsrecht?.....	27
2.4 Hoe kan nationale wetgeving op het terrein van kansspelen – i.h.b. loterijen – die een belemmering vormen voor het vrij verkeer, alsnog worden gerechtvaardigd?.....	28
2.4.1 Mogen economische belangen een rol spelen?.....	28
2.4.2 Op welke belang kan een lidstaat een beroep doen ter rechtvaardiging van een beperkend loterijstelsel?.....	29
2.4.3 Aan welke voorwaarden moet zijn voldaan voor een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond?	32

2.5 De juridische toelaatbaarheid van de Nederlandse loterijwetgeving moet ook worden getoetst aan het EU-Handvest van de Grondrechten	43
2.5.1 In hoeverre is het EU-Handvest relevant voor de toets van de juridische toelaatbaarheid van het juridische loterijstelsel?.....	44
2.5.2 Het winstverbod, de minimum afdracht en nevenvestiging in het licht van het EU-Handvest.....	45
2.6 Concluderende opmerkingen	46
2.6.1 Concluderende opmerkingen ten aanzien van het poolingverbod en de vestigingseis.....	47
2.6.2 Concluderende opmerkingen ten aanzien van het winstverbod.....	47
2.6.3 Concluderende opmerkingen ten aanzien van de minimum afdracht aan goede doelen.....	47
DEEL III	49
<i>De wettelijke monopolies: is de rechtstreekse verlening van vergunningen in overeenstemming met het Europees recht?</i>	49
3.1. Inleiding	49
3.2. De ondernemingsrechtelijke organisatie van de Nederlandse Loterij B.V.	52
3.2.1 Gewone aandelen en stemrechtloze aandelen van de Nederlandse Loterij B.V.....	52
3.3 De ondernemingsrechtelijke organisatie van de Lotto B.V.	55
3.3.1 Aandeelhouders van de Lotto B.V.....	56
3.3.2 Bevoegdheden van de AV van de Lotto B.V.....	56
3.4 Eerste eis uit de <i>Betfair</i> uitzonderingen: ‘openbare’ of ‘particuliere’ exploitant	57
3.4.1 De Europese rechter en zijn interpretatie van ‘particuliere’ en ‘openbare’ exploitant.....	57
3.4.2 De Nederlandse rechter en zijn interpretatie van ‘particuliere’ en ‘openbare’ exploitant.....	59
3.5 Tweede eis uit de <i>Betfair</i> uitzonderingen: ‘rechtstreeks toezicht’ of ‘strengere controle?’	60
3.5.1 De eis van ‘rechtstreeks toezicht’ en ‘strengere controle in de jurisprudentie van de Nederlandse rechter	61
3.5.2 Hoe aan de eis van ‘rechtstreeks toezicht’ en ‘strengere controle’ te toetsen volgens het Europees recht	63
3.6 Met de <i>Teckal</i> uitzondering wordt erkend dat de overheid de beslissingsruimte behoudt om zelf te bepalen hoe een dienst wordt uitgevoerd	66
3.6.1 In welke mate dient volgens de <i>Teckal</i> doctrine op een externe rechtspersoon toezicht te worden gehouden om de afwezigheid van competitie bij een rechtstreekse opdrachtverlening te kunnen rechtvaardigen?.....	68
3.6.2 Kan de Staat toezicht houden op een externe rechtspersoon waarnaar een private partij daarin aandelen bezit?.....	71
3.7. Concluderende opmerkingen	72
3.7.1 Concluderende algemene opmerkingen t.a.v. de wettelijke monopolies naar aanleiding van de uitspraken van de ABRvS van 10 maart 2021.....	72
3.7.2 Concluderende opmerkingen t.a.v. de Europeesrechtelijke eisen omtrent het toezicht op de Nederlandse Loterij B.V. en de Lotto B.V.....	74

DEEL I

Algemene Inleiding en toetsing conformiteit Duaal stelsel met het Europees recht

1.1 Inleiding

De regulering van kansspelen in de Nederlandse rechtsorde kent een lange geschiedenis. De ontwikkeling van deze regulering wordt gekenmerkt door een continue afweging en afstemming van diverse belangen en doelstellingen. Naast consumentenbescherming en het tegengaan van fraude en overige criminaliteit, is het beleid vooral gericht op het bewaken en tegengaan van de van oudsher bekende negatieve gevolgen die kansspelen op de spelers kunnen hebben, zoals kansspeleravering. Tegelijkertijd wenste de Nederlandse Staat kansspelen op een zodanige wijze te benutten dat goede doelen van een (constante) financieringsbron konden worden voorzien. Al in 1726 werd gepoogd een einde te maken aan de wildgroei van kleine, illegale loterijen en tegelijkertijd de nationale schatkist aan te vullen met de oprichting van de Generaliteitsloterij, de voorloper van de Nederlandse Staatsloterij B.V. (hierover later meer). Op 4 april van dat jaar werd in de Ridderzaal in Den Haag de eerste Generaliteitsloterij gehouden waarvoor 120.000 loten waren verkocht met kans op een hoofdprijs van 30.000 gulden.

Pas later, vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw, herinnerde het Hof van Justitie van de EU (Hof van Justitie) de lidstaten eraan dat de regulering van de kansspelen aan de eisen van de interne-marktregels is onderworpen, in het bijzonder het vrije verkeer van diensten en het vestigingsrecht. (Potentiële) gelaedeerde marktpartijen die ook in andere lidstaten kansspelen wilden aanbieden, liepen tegen de strikte nationale regulering van kansspelen aan. Zij vochten de wijze van regulering aan, waardoor lidstaten hun kansspelbeleid moesten rechtvaardigen in het licht van de vrijverkeerregels uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en de voorwaarden die het Hof van Justitie stelde.

Er volgden rechtszaken, ook in Nederland¹, die net als die op EU-niveau gekenmerkt werden door vragen die de grenzen van deze vrijheden ter discussie stelden. Enerzijds vereisten marktpartijen een steeds verdergaande liberalisering en anderzijds pleitte de overheid voor een bewaking van de fundamentele doelstellingen die met de regulering werden nagestreefd.

In 2011 is het Ministerie van Veiligheid en Justitie begonnen met de herziening van het kansspelbeleid. De gedachte is om waarborgen te treffen ter behartiging van de doelstellingen van het kansspelbeleid, zijnde via kanalisatie bescherming bieden aan de spelers en het voorkomen en bestrijden van criminaliteit, niet door het aanbod te beperken, maar door strikte vergunningsvoorwaarden en strenge handhaving door de Kansspelautoriteit (hierna: Ksa). Met deze herziening streeft het Ministerie naar een juridisch toelaatbaar en beleidsmatig consistent loterijstelsel. Het bureau SEO bracht in 2017 een rapport uit waarin verschillende beleidsopties voor de modernisering van het loterijstelsel en de financiële effecten daarvan in kaart werden gebracht. Op 5 juli 2019 heeft de minister voor Rechtsbescherming, mede namens de staatssecretaris van Financiën, een brief over het loterijstelsel gezonden naar de Tweede Kamer. Deze brief geeft de contouren weer van de verdere ontwikkeling van het loterijstelsel.

In het Algemeen Overleg van november 2019 heeft de minister voor Rechtsbescherming toegezegd enkele denkrichtingen voor het loterijstelsel in de toekomst uit te werken en de Tweede Kamer hierover te informeren. Met medeneming van deze onderzoeksresultaten worden op basis van de

¹ In dit rapport komt een groot aantal van deze zaken aan bod.

kansspeldoelstellingen mogelijke denkrichtingen voor een toekomstbestendig loterijstelsel ontwikkeld. Gedacht wordt aan drie denkrichtingen die in paragraaf 1.4 hierna kort worden beschreven.

1.2 Kansspelregulering in Nederland: goede doelen ondersteunen via kansspelbeleid

De 'Kanaliseringsgedachte'

De Wet op de kansspelen (WOK)² kent een gesloten stelsel waarin het aanbieden van kansspelen verboden is, tenzij daarvoor een vergunning is verleend. Meer specifiek voor loterijen (de lotto, de instantloterij, die buiten de reikwijdte van dit advies valt, en de staatsloterij) kent de WOK, zoals volgt uit de artikelen 16, eerste lid, 27b, eerste lid, 14b, eerste lid, en 9, eerste lid, een éénvergunningstelsel. Dit houdt in dat voor die kansspelen slechts één vergunning aan één rechtspersoon wordt verstrekt, hetgeen geldt als toekenning van een exclusief recht. Daarnaast kent de WOK voor goededoelenloterijen een zogenaamd meervergunningstelsel (artikelen 3 en 5). Dit betekent dat de vergunningen kunnen worden verstrekt aan iedere (markt)partij die aan de eisen voldoet. Zoals reeds in de voorgaande paragraaf besproken, kent het kansspelstelsel een lange geschiedenis. Daarin staat centraal een continue afweging en afstemming van diverse belangen en doelstellingen.

Voorafgaand aan de WOK waren kansspelen ondergebracht in verschillende wetten.³ De regulering van deze kansspelen beoogde veelal de speler te beschermen en zijn speelzin te temperen.⁴ Met de totstandkoming van de WOK in 1963 werden de verschillende kansspelen gereguleerd in één wet. De WOK stoelt op de zogenoemde 'kanaliseringsgedachte',⁵ of wel het doel om kansspelen in goede banen te leiden door spelers via een attractief aanbod te leiden naar legaal aanbod. De wijze waarop uitwerking wordt gegeven aan deze kanalisatiegedachte is door de jaren heen gewijzigd. Wat betreft loterijen werd aan die kanalisatiegedachte in de beginjaren van de WOK uitwerking gegeven door een restrictief aanbod te bieden dat aan strenge voorwaarden onderhevig was. Dit restrictief aanbod van de WOK leidde echter tot een onvoldoende ruim en aantrekkelijk aanbod waardoor niet kon worden voorzien in de veranderde vraag vanuit de Nederlandse bevolking. Als gevolg hiervan nam de deelname aan buitenlandse en illegale loterijen toe. Dit werd als problematisch gezien, niet alleen wegens het ontbreken van de bescherming voor de speler, maar ook wegens het vloeien van inkomsten naar het buitenland.⁶ Navolgende wijzigingen van de WOK waren er daarom op gericht het Nederlandse spelaanbod aantrekkelijker te maken, de speler betere bescherming te bieden, de inkomsten te vergroten en te voorkomen dat geldstromen naar het buitenland zouden vloeien. Zo werden - bijvoorbeeld - de voorwaarden verbonden aan de organisatie van de Toto en de Staatsloterij versoepeld. De kanalisatiegedachte ging hierbij niet verloren – er werden maatregelen genomen met het oog op de kanalisatiegedachte -, maar bij de uitwerking ervan werd minder vastgehouden aan strikte voorwaarden.⁷ Daarnaast werden de Lotto en de Instantloterij als nieuwe loterijen geïntroduceerd.⁸ Ook deze uitbreiding week af van de eerdere uitwerking van de kanalisatiegedachte die voornamelijk gericht was op het aanbieden van een restrictief aanbod.⁹ Om

² Wet op de kansspelen van 10 december 1964, Staatsblad 2018, 247.

³ *Kamerstukken II* 1963/64, 7603,3 (MvT), p. 6-7.

⁴ *Kamerstukken II* 1963/64, 7603,3 (MvT), p. 9.

⁵ *Kamerstukken II* 1971/72, 11 549, 3 (MvT), p. 3.

⁶ *Kamerstukken II* 1971/72, 11 549, 3 (MvT), p. 3; *Kamerstukken II* 1990/91, 22 269, 3 (MvT), p. 3.

⁷ *Kamerstukken II* 1971/72, 11 549, 3 (MvT), p. 6.

⁸ *Kamerstukken II* 1971/72, 11 549, 3 (MvT), p. 7; *Kamerstukken II* 1990/91, 22 269, 3 (MvT), p. 3.

⁹ *Kamerstukken II* 1976/77, 14 324, 3 (MvT), p. 7; *Kamerstukken II* 1995/96, 24 557, 2, p. 8

de doelstellingen van het kansspelbeleid te kunnen waarborgen, werd voortaan uitwerking gegeven aan de kanalisatiegedachte door een uitgebreider aanbod te reguleren.¹⁰

Aan de kanalisatiegedachte wordt eveneens uitwerking gegeven door de netto-opbrengst ten goede te laten komen aan de schatkist of aan het particulier initiatief ter verwezenlijking van doeleinden van algemeen belang op het terrein van sport, cultuur, maatschappelijk werk en volksgezondheid in plaats van het exploiteren van kansspelen om eigen baat.¹¹

De ingezette modernisering van het kansspelbeleid in 2011 vergde een laatste wijziging in de uitwerking van de kanalisatiegedachte. Het in goede banen leiden van kansspelen vindt sindsdien niet langer plaats door het aanbod te beperken, maar door strikte regels in de wet of verleende vergunningen te hanteren, en door streng toezicht te houden op de naleving hiervan.¹²

Onderscheid tussen 'risicovolle en risicoarme kansspelen'

Tegen de achtergrond van zowel de toename aan kansspelen als de vraag ernaar, groeide het politieke besef van de onwenselijke maatschappelijke neveneffecten die verbonden zijn aan kansspelen, zoals illegaal aanbod, criminaliteit en problematisch en dwangmatig spelgedrag bij spelers. Echter, niet alle kansspelen hadden dezelfde negatieve maatschappelijke effecten. Daarom werd beleidsmatig een onderscheid aangebracht tussen riskante kansspelen, nu risicovolle kansspelen genoemd, en overige kansspelen, dat wil zeggen risicoarme kansspelen.¹³ Onder riskante kansspelen vallen snelle-omzetspelen die aanleiding kunnen geven tot dwangmatig speelgedrag, zoals casinospelen, kansspelautomaten en instantloterijen. In navolgende wijzigingen van de WOK werden voor riskante kansspelen randvoorwaarden geïntroduceerd, zowel ter bescherming van de spelers als voor een ordelijke organisatie van de markt en ter voorkoming van fraude en illegaal aanbod.¹⁴

Overige kansspelen zijn de spelen waarvoor een langere periode geldt tussen de inzet en de trekking, zoals de Lotto, Staatsloterij en de BankGiro Loterij. Voor deze kansspelen werd ingezet op deregulering, zodat aanbieders hun positie ten opzichte van riskante kansspelen en buitenlandse en illegale kansspel aanbieders konden versterken en inkomsten vergroten.¹⁵ Door de deregulering werd het loterijaanbod aantrekkelijker gemaakt om zodoende geen ruimte te laten voor illegaal aanbod. Hiertegenover staat dat voorkomen moest worden dat door de deregulering en het willen voorzien in de toenemende vraag, nieuwe vraag werd gecreëerd.¹⁶

Doelstellingen van het kansspelbeleid

Uit de geschiedenis van de WOK blijkt dat het Nederlandse kansspelbeleid voornamelijk op één hoofdgrondslag stoelt. Het beleid is gericht op het bewaken én voorkomen van de negatieve effecten van de spelen. Het streeft bescherming van de spelers na en voorkomt én bestrijdt het uitwassen en andere misstanden, zoals illegaal aanbod en de daarmee gepaard gaande criminaliteit. De oplossing hiervoor wordt gevonden in de kanalisatiegedachte waaraan, zoals we hierboven bespraken, door de tijd heen op verschillende wijzen uitwerking aan is gegeven. Tegenwoordig geldt de volgende

¹⁰ Kamerstukken II 1988/89, 21 277, 2, p. 2; Kamerstukken II 1990/91, 22 269, 3 (MvT), p. 3; Kamerstukken II 2005/06, 30 362, 3 (MvT), p. 3; Kamerstukken II 2013/14, 33 996, 3 (Mvt), p. 1, 5, 57.

¹¹ Kamerstukken II 1988/89, 21 277, 2, p. 2; Kamerstukken II 1990/91, 22 172, 3 (MvT), p. 1.

¹² Kamerstukken II 2010/11, 24557, 124.

¹³ Kamerstukken II 1988/89, 21 277, 2, p. 3-5; Kamerbrief over het loterijenstelsel, 5 juli 2019, p. 4

¹⁴ Kamerstukken II 1988/89, 21 277, 2, p. 4-5.

¹⁵ Kamerstukken II 1988/89, 21 277, 2, p. 5.

¹⁶ Kamerstukken II 1988/89, 21 277, 2, p. 9.

uitwerking: spelers worden naar het legale aanbod geleid middels een attractief aanbod dat aan wet- en regelgeving onderworpen is en waarop streng wordt toegezien en gehandhaafd. Geen hoofdgrondslag, maar een neveneffect van het beleid is dat sommige kansspelen (belangrijke) inkomsten genereren voor goede doelen en sport.¹⁷ Kansspelen verwerven inkomsten door netto-opbrengsten deels ten goede te laten komen aan de staatskas en deels aan het particulier initiatief ter verwezenlijking van doeleinden van algemeen belang op het terrein van sport, cultuur, maatschappelijk werk en volksgezondheid.

De uitdaging bij de huidige modernisering van het loterijstelsel is om het stelsel zodanig in te richten dat het beantwoordt aan de gestelde doelstelling(en) en ongewenste neveneffecten voorkomt dan wel bestrijdt. De uitdaging is des te groter nu het stelsel ook aan de eisen die het Europees recht stelt, waaronder het vereiste van een horizontaal consistent beleid, dient te voldoen.

1.3 Het huidige duale stelsel: de goededoelenloterijen en de wettelijke monopolies

Het huidige loterijenstelsel is als een ‘duaal’ stelsel ingericht. Dit betekent dat er een wettelijk monopoliestelsel bestaat ‘naast’ een open meervergunningenstelsel voor min of meer vergelijkbare producten die wel belangrijke verschillen vertonen, zowel in de wijze waarop de vergunningen worden verstrekt als in de wijze waarop de spelen zijn georganiseerd.

1.3.1 Open stelsel van de meerjarige goededoelenloterijen

Voor de organisatie van goededoelenloterijen geldt een zogenaamd ‘open’ vergunningstelsel. Een aanbieder kan een vergunning aanvragen voor een loterij waarvan de opbrengst ‘enig algemeen belang’ dient op het terrein van bijvoorbeeld sport, maatschappelijk welzijn, cultuur, gezondheidszorg of ontwikkelingswerk.¹⁸ Aanbidders dienen dan wel minimaal 40% van de opbrengst af te dragen aan deze goede doelen.¹⁹ Op dit moment zijn er meerjarige vergunningen verleend aan zeven aanbieders. De Goede Doelen Loterijen N.V. beschikt over drie vergunningen voor de organisatie van de Nationale Postcodeloterij, de BankGiroloterij en de Vriendenloterij. Daarnaast zijn vergunningen verleend aan Samenwerkende Non-profit Loterijen, Fairshare, Impact Loterij, SnapChance (biedt nog geen loterij aan) en Beter Lot (biedt nog geen loterij aan).²⁰ In Deel II wordt de vraag beantwoord in hoeverre de voorwaarden die momenteel gelden en/of in de toekomst zullen worden gesteld bij de vergunningverlening in overeenstemming zijn met het Europees recht.

1.3.2 Onderhandse gunning binnen het wettelijke monopolie

De wetgever heeft de Staatsloterij, de Lotto en de Instantloterij - anders dan de goededoelenloterijen - als een wettelijk monopolie ingericht.²¹ De daarbij horende vergunningen zijn respectievelijk voor

¹⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 24557, 124.

¹⁸ Zie artikel 3 Wet op de Kansspelen (WOK).

¹⁹ Artikel 1 Beleidsregels niet-incidentele artikel 3 loterijvergunningen jo. Artikel 2 onder b van het Kansspelbesluit. Zie ook Besluit van 9 oktober 2019, houdende wijziging van het Kansspelenbesluit in verband met de verlaging van de minimaal verplichte procentuele afdracht ten behoeve van enig algemeen belang en een andere wijziging, *Staatsblad* 2019, 353.

²⁰ Zie de website van de Kansspelautoriteit: <https://kansspelautoriteit.nl/soorten-kansspelen/loterijen/meerjarige-loterijen/> (laatst bekeken: 23 maart 2021).

²¹ Zie respectievelijk Artikel 9, Artikel 27 en Artikel 14 WOK. Wij schrijven hier ‘volgens de Nederlandse wetgever’ want één van de vragen in deze studie ziet erop in hoeverre de onderhandse verstrekking van de vergunningen in overeenstemming is met de eisen die het EU-recht aan de verlening van vergunningen stelt.

onbepaalde tijd onderhands verleend aan Staatsloterij B.V. en voor bepaalde tijd aan Lotto B.V.²² Deze B.V.s vallen na een fusie van de tot dan toe bestaande stichtingen SNS met SENS (Stichting Exploitatie Nederlandse Loterij) die op 30 maart 2016 plaatsvond, binnen de holding B.V. genaamd de “Nederlandse Loterij B.V.” waarin ook particuliere investeerders participeren. Zoals we hierna in Deel III behandelen, is het ook hier de vraag in hoeverre deze onderhandse gunningen in overeenstemming zijn met het Europees recht.

1.4 Denkrichtingen voor de toekomst

Ten behoeve van beleidsvorming onderzoekt het Ministerie van Justitie en Veiligheid drie scenario's van een toekomstig loterijstelsel. Gedacht wordt aan de drie richtingen zoals die in onderstaande tabel schematisch zijn weergegeven.

	1 <i>Handhaving huidig systeem</i>	2 <i>Open, verplichte Afdracht</i>	3 <i>Open, geen verplichte afdracht</i>
Toetreding Toetredingsmogelijkheden en aantal aanbieders	Lotto en Staatsloterij: monopolie. Art. 3 loterijen: vrije toetreding.	Onbepaald aantal vergunningen. Vergunning wordt verleend indien aan objectieve criteria is voldaan.	
Volume Aantal trekkingen per aanbieder	Staatsloterij en art. 3 loterijen: maximaal 69 trekkingen per jaar Lotto: 600 lotto's en 12 cijferspellen	Geen beperkingen aantal trekkingen.	
Lotprijs	Maximaal €30	Geen maximum.	
Prijzen Uitkeringspercentage en hoogte jackpot	Staatsloterij: 60% Lotto: 47,5% Artikel 3 loterijen: vrij	Vrij.	
Afdracht Verplichting en zo ja, minimumpercentage	Art. 3 loterijen: 40% Lotto: 18% Staatsloterij: 15%	Verplicht uniform percentage voor alle loterijen. Drie opties: A 25%	Geen verplichting. B 33% C 40%
Kosten Worden de kosten gereguleerd?	Norm voor 'noodzakelijke kosten'.	Nee.	
Pooling Vermengen inleg met andere (buitenlandse) loterijen	Verboden (art. 3 loterijen).	Toegestaan.	

²² Zie de volgende website: <https://www.nederlandseloterij.nl/vergunningen> (laatste bekeken: 23 maart 2021).

<i>Winstoogmerk vergunninghouder</i>	Verboden (art. 3 loterijen).	Toegestaan.
---	------------------------------	-------------

Uitleg tabel:

In de situatie ad 1 ‘Handhaving huidig systeem’ wordt het duale stelsel gehandhaafd; deze situatie verschilt in wezen niet van het huidig geldende stelsel.

Wanneer gekozen zou worden voor het stelsel zoals onder ad 2 beschreven (open stelsel met verplichte afdrachten) of voor dat onder ad 3 beschreven (open stelsel zonder verplichting tot afdracht) dan geldt een open stelsel, inhoudende dat zowel voor de organisatie van de Staatsloterij en van de Lotto als voor de goededoelenloterijen vergunningaanvragen kunnen worden ingediend. Anders dan in het huidige stelsel waar een monopolie geldt voor de Staatsloterij en de Lotto, worden in deze twee beide situaties ad 2 en ad 3 een onbepaald aantal vergunningen beschikbaar gesteld die worden verleend indien aan objectieve criteria is voldaan.

Een ander verschil ten aanzien van het huidige stelsel is het vervallen van de thans geldende beperkingen op het aantal trekkingen van de loterijen, de maximale prijs voor een lot en het toegestane uitkeringspercentage. Verder vervalt ook de norm voor noodzakelijke kosten en worden het pooling- en het winstverbod opgeheven.

In wezen komen de stelsels onder ad 2 en ad 3 neer op een type loterijvergunning, maar verschillen ze op het punt van de afdrachtplicht. Bij het stelsel onder ad 2 heeft het Ministerie een verplicht uniform afdrachtpcentage voor ogen, variërend van 25%, 33% of 40%. Bij ad 3 vervalt de afdrachtplicht en wordt aan de kracht van vraag en aanbod overgelaten hoeveel afdracht goede doelen ontvangen.

1.5 Onderzoeksvragen

Aan ons is gevraagd te onderzoeken of en zo ja in hoeverre de regulering van het loterijstelsel volgens de drie hierboven geschetste denkrichtingen (waarvan het eerste het thans geldende systeem betreft en 2 en 3 veranderingen aan dat stelsel brengen) in overeenstemming is met het Europees recht

- (i) zowel in algemene zin als
- (ii) meer in het bijzonder wat betreft enkele specifieke aspecten daarvan.

Meer in het bijzonder richt dit onderzoek zich op de beantwoording van onderstaande vragen 1 én 2 die uit de drie sub-vragen 2.1, 2.2., 2.3 en 2.4 bestaat:

1. In hoeverre kan het huidige juridische loterijenstelsel - in algemene zin - in overeenstemming worden bevonden met het Europees recht waarvan in het bijzonder de regels inzake het vrije verkeer van diensten en het vestigingsrecht? Zo niet geeft u een korte bespreking van wat als problematisch geldt.

2. Vervolgens wenst het Ministerie van Justitie en Veiligheid ook een juridische beoordeling op basis van het Europees recht, waaronder de vrijverkeerregels, van de volgende sub-vragen die relevant zijn voor de denkrichting 2 en 3:
 - 2.1. In hoeverre is een *winstverbod* voor aanbieders van loterijen juridisch toelaatbaar op grond van het Europees recht, in het bijzonder het vrij verkeer van diensten en het vestigingsrecht?
 - 2.2. In hoeverre is een *poolingverbod tussen verschillende aanbieders* van loterijen juridisch toelaatbaar op grond van het Europees recht, in het bijzonder het vrij verkeer van diensten en het vestigingsrecht?
 - 2.3. In hoeverre is het systeem dat vergunninghouders van loterijen verplicht om een *minimumpercentage af te dragen aan goede doelen* in overeenstemming met het Europees recht waarvan in het bijzonder de regels inzake het vrije verkeer van diensten en het vestigingsrecht?
 - 2.4. In hoeverre is de eis aan aanbieders van loterijen om een *nevenvestiging* te hebben in de EU juridisch toelaatbaar op grond van het Europees recht, in het bijzonder het vrij verkeer van diensten en het vestigingsrecht?

Deze onderzoeksvragen richten zich in wezen op de verkenning van de ruimte die Nederland heeft om op het terrein van kansspelen nationaal beleid te voeren en regulering aan te nemen zonder in strijd te komen met het EU-recht. Deze vragen correct beantwoorden is geen eenvoudige aangelegenheid. Het vergt meer dan het verrichten van een inhoudelijke toets om te kunnen bepalen hoe de (huidige én) toekomstige denkrichtingen zich tot de regels van de interne markt verhouden, meer in het bijzonder het vrij verkeer van diensten en het vestigingsrecht, zoals in de jurisprudentie van het Hof van Justitie uitgelegd. Een belangrijk vertrekpunt voor deze toets hoort namelijk te zijn dat de Europese rechtsorde en de daaraan ten grondslag liggende EU-Verdragen niet statisch zijn, maar aan een continu ontwikkelingsproces onderhevig zijn. Om dit proces beter te kunnen begrijpen, wordt in paragraaf 1.2 in het kort de regulering van de kansspelen in Nederland, in het bijzonder het loterijstelsel, in historisch perspectief besproken. Dit met het doel in het kort een overzicht te geven van de belangen en de doelstellingen die zowel door Nederland als door de EU (zoals in de jurisprudentie van het Hof van Justitie geïdentificeerd) worden nagestreefd. In paragraaf 1.5 leggen wij verder uit waarom de juridische toelaatbaarheid van het loterijstelsel in het licht van de het doel, het systeem en de geest van het gehele EU-recht moet worden beoordeeld.

1.6 Onderzoeksopzet

Een goede indeling kiezen om de vragen te beantwoorden is niet eenvoudig gebleken. Een aantal aspecten van het thans geldende juridische loterijstelsel zullen namelijk in (sommige onderdelen van) de toekomstscenario's worden gehandhaafd. Dit maakt het niet mogelijk om de onderzoeksvragen achtereenvolgens en één voor één te beantwoorden. Evenmin is het mogelijk de vragen te beantwoorden door een indeling te hanteren tussen 'huidig' en 'toekomstig' systeem. Dergelijke indelingen dwingen om veel van de materie te herhalen, iets wat wij graag willen vermijden. Daarom hebben wij ervoor gekozen in dit Deel in paragraaf 1.6 het eerste aspect van vraag 1 te bespreken, meer specifiek de vraag in hoeverre het bestaan van een monopoliestelsel naast een meervergunningstelsel vanuit Europeesrechtelijke oogpunt juridisch toelaatbaar is. Bespreking daarvan past goed in dit Deel, omdat een beoordeling van de juridische toelaatbaarheid

van het zogenoemde ‘duale’ stelsel afhangt van de strenge Unierechtelijke eisen van consistentie en samenhang die eveneens in de volgende paragrafen in dit Deel worden besproken.

Het tweede aspect dat relevant is voor de beantwoording van vraag 1 is de vraag in hoeverre het monopolie juridisch toelaatbaar is, gezien de onderhandse verstrekking van vergunningen daarbinnen. Dit aspect komt aan de orde in Deel III.

Omdat zowel de beoordeling van het monopoliestelsel als de onderzoeksvragen 2.1, 2.2, 2.3 en 2.4 een bestudering van de regels van de interne markt, nog specifiek de Artikelen 49 (vrijheid van vestiging) en 57 (vrijheid van diensten) VWEU en Verdragsrechtelijke gronden voor de rechtvaardiging van een belemmering van die verboden en de jurisprudentiële *rule of reason* verlangen, komen deze onderwerpen eerst aan bod.

Deze bespreking verduidelijkt tevens hoe het kan dat aspecten van Europees recht op het aanbod van kansspelen van toepassing (kunnen) zijn, nu een wetgevende bevoegdheid voor de EU om de kansspelsector via secundaire regulering - richtlijnen of verordeningen - te liberaliseren ontbreekt.

In deze toetsing staat de vraag centraal hoe de Europeesrechtelijke verplichtingen die voortvloeien uit de interne-marktbepalingen en andere bepalingen uit het Unierecht, zoals het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest), zich verhouden tot de Nederlandse regulering van loterijen die zich ten doel stelt de vraag naar deelname aan kansspelen te leiden (kanaliseren) naar een genormeerd aanbod van loterijen om zodoende kansspelverslaving te voorkomen, consumentenbescherming te bewerkstellingen en fraude en overige criminaliteit tegen te gaan. Bij de specifieke toets van deze vragen maken wij gebruik van een uitgebreide analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie op het terrein van kansspelen. Dat doen wij vooral om de wijze te bezien waarop het Hof van Justitie de belangen van lidstaten om kansspelen naar nationale behoeften te reguleren, afweegt tegen de juridische eisen van marktpartijen én de Europese interne markt. Aandacht wordt ook gegeven aan de doelstellingen van de filantropie, zodat ook die belangen op een afgewogen manier worden meegenomen.

Het rapport bestaat uit drie Delen waarin de beantwoording van de onderzoeksvragen als volgt is verdeeld:

- “Deel I *“Algemene Inleiding en toetsing conformiteit Duaal stelsel met het Europees recht”*.
Naast inleidende opmerkingen over het onderzoek, wordt in dit gedeelte het eerste deel van vraag 1 beantwoord namelijk de vraag naar de juridische toelaatbaarheid van een ‘duaal’ stelsel vanuit Europeesrechtelijke oogpunt;
- *Deel II. “Elementen van het meervergunningstelsel en de verenigbaarheid met het Europees recht”*.
In dit Deel II worden de vragen 2.1, 2.2, 2.3 en 2.4 beantwoord; tevens komen de toekomstige scenario’s aan bod.
- *Deel III. “De wettelijke monopolies: is een rechtstreekse verlening van vergunningen in overeenstemming met het Europees recht?”*.
In dit Deel III wordt het tweede belangrijke aspect van het monopoliestelsel besproken dat een onderdeel vormt van vraag 1.

1.7 Onderzoeksmethode

Dit onderzoek richt zich op de bestudering van de vraag of (onderdelen van) het Nederlandse beleid en regulering van loterijen in overeenstemming is met het Europees recht. Het is door het ministerie van Justitie & Veiligheid uitgevraagd als advisering in het kader van beleidsvorming.

De onderzoeksvragen beantwoorden wij door bepalingen te betrekken die de interne markt betreffen, bezien in het licht van meer fundamentele rechtsbeginselen, zoals het proportionaliteitsbeginsel, het coherentiebeginsel én het beginsel van goed bestuur (good governance). Bij de interpretatie van deze bepalingen sluiten wij ook aan bij de theorie van de ‘*living constitution*’²³ die door vooraanstaande Europees recht wetenschappers op de Europese Verdragen wordt toegepast met het doel rekening te houden met door de tijd heen veranderende sociale, politieke en historische realiteiten die de opstellers van de Europese Verdragen niet voor ogen hadden (hierover meer in paragraaf 1.7.1).

Bij de bestudering van de jurisprudentie van het Hof van Justitie maken wij gebruik van de systematische, functionele en teleologische interpretatiemethoden die in de afgelopen decennia leidend zijn geworden in de interpretatie van het Unierecht in de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierover later meer in paragraaf 1.7.3). Dit is van belang voor het begrip en de uitleg van de interne-marktbepalingen tegen de achtergrond van de bredere Verdragsrechtelijke context en de middelen, doelstellingen en taken van de EU zoals in Artikel 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) worden genoemd. Dit zetten wij af tegen middelen én doelstellingen op het nationaal niveau.

Het voorgaande betekent kortom dat het voor een correcte beoordeling van de juridische toelaatbaarheid van het loterijstelsel nodig is deze regelgeving in het licht van de ontwikkeling, het doel, het systeem en de geest van het gehele EU-recht te bestuderen.²⁴ In de volgende paragrafen leggen we eerst nader uit wat dit inhoudt om vervolgens (in dit Deel en verder in de hiernavolgende Delen II en III) de onderzoeksvragen te beantwoorden.

1.7.1 Hoe EU-recht te interpreteren: *living constitution*, coherentie, non-contradictie, *good governance* en effectiviteit als leidende uitgangspunten

In de verkenning van de juridische autonomie en beslissingsruimte die aan de lidstaten toekomt om een loterijstelsel, zoals in casu, naar nationale inzichten te realiseren, kan men zich niet beperken tot enkel een beoordeling gebaseerd op de materieelrechtelijke aspecten van het EU interne-marktrecht. Een dergelijke benadering is namelijk te ‘eng’, omdat deze geen rekening houdt met de invloed die op dat recht uitgaat van andere belanghebbende ontwikkelingen aangaande andere domeinen van het Unierecht. Het interne-marktrecht moet dus worden gezien als een onderdeel van het algehele Unierechtelijke Verdragssysteem en in het licht daarvan worden geïnterpreteerd. Het

²³ D. Curtin, *Executive Power of the European Union: Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford University Press 2009.

²⁴ Zie voor een meer uitgebreide behandeling van de wijze waarop interne markt problematieken dienen te worden geanalyseerd na de laatste Verdragswijziging in 2009, pag. 12-21 van het in 2020 geschreven rapport door E.R. Manunza, N.A. Meershoek, L.A.J. Senden in opdracht van het ministerie van Defensie en waaruit de informatie voor het schrijven van paragraaf 1 van Deel A is ontleend: E.R. Manunza, N.A. Meershoek, L.A.J. Senden ‘Het Ecosysteem voor de militair-logistieke capaciteiten van de adaptieve Krijgsmacht: In het licht bezien van het NAVO-verdrag, de EU-verdragen en het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht’, *Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE* 2020. Te downloaden van: <https://www.uu.nl/sites/default/files/UU%20Rapport%20juli%202020-%20Defensie%20Ecosysteem%20Logistiek%20.pdf>

Verdragskader heeft namelijk een dynamisch, ‘levend’ karakter en dat zou gevolgen kunnen hebben voor de beoordeling van het loterijstelsel binnen dat Verdragsrechtelijke kader en de interpretatie en toepassing van de interne-marktuitzonderingen in het bijzonder.

De Europese rechtsorde en de daaraan ten grondslag liggende EU-Verdragen zijn te beschouwen als een *‘living constitution’*.²⁵ Dit begrip vindt zijn oorsprong in de VS en verwijst enerzijds naar de geschreven, formele en politieke Grondwet, maar anderzijds ook naar de ongeschreven constitutie en de ruimte die er is om door de tijd heen veranderende sociale, politieke en historische realiteiten in aanmerking te kunnen nemen die de opstellers van de Grondwet niet voor ogen hadden.²⁶ Hoewel de Unie een formeel ‘Constitutioneel Verdrag van Europa’ ontbeert, kenschetst het Hof van Justitie reeds midden jaren 80 het (destijds nog) EEG-Verdrag als ‘het constitutionele handvest waarop de Gemeenschap is gegrond’.²⁷ Naar hun inhoud kunnen het huidige VEU en het VWEU inderdaad wel degelijk worden gezien als de constitutionele grondslagen waarop de Europese rechtsorde is gebaseerd en bevatten ze belangrijke grondbeginselen voor wat betreft de Uniedoelstellingen, waarden, taken en bevoegdhedenverhoudingen tussen de EU en haar lidstaten; wie mag wat, met welk doel en binnen welke randvoorwaarden? De vele Verdragwijzigingen laten zien dat die constitutionele grondslagen niet statisch zijn, maar in een continu ontwikkelingsproces.

De wijzigingen die het Verdrag van Lissabon in 2009 heeft gebracht ten aanzien van de centrale Uniedoelstelling, waarmee een uitdrukkelijke focus is gelegd op (i) het realiseren van vrede, de waarden van de Unie en het welzijn van haar volkeren te bevorderen,²⁸ én (ii) het juridisch kader van bescherming van nationale constitutionele identiteit, geven een concrete uitdrukking aan dit ‘levende’, dynamische wezenskenmerk van de constitutionele basis van de EU.

1.7.2 Onze Europese interne markt is gebaseerd op een ‘sociale’ markteconomie²⁹

Prima vista lijkt het Verdrag van Lissabon geen wezenlijke veranderingen in de bepalingen inzake de interne markt te hebben gebracht, met dien verstande dat de Unie thans exclusief bevoegd is over de vaststelling van mededingingsregels die voor de werking van de interne markt nodig zijn (Artikel 3 lid 1 sub a VWEU) en ‘gedeeld’ bevoegd, samen met de lidstaten, over kwesties aangaande de interne markt (Artikel 4 lid 2 sub a VWEU). Doch is er wel één wijziging die van groot belang is. Met de laatste verdragwijziging in 2009 (Lissabon) heeft de Europese Unie het belang van de sociale dimensie van de interne markt versterkt. Volgens het oude EG-Verdrag diende de interne markt namelijk tot stand te worden gebracht via het leidende beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging ([oud] Artikel 4 EG-Verdrag). In het Verdrag van Lissabon heeft men willen benadrukken dat de Unie niet enkel gericht is op marktwerking en daarom is het predicaat ‘sociale’ aan het begrip markteconomie toegevoegd. Deze ‘sociale markteconomie’ is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang (Artikel 3, lid 3 VEU) gericht.

²⁵ D. Curtin, *Executive Power of the European Union: Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford University Press 2009.

²⁶ Ibid.

²⁷ HvJ EG 12 februari 1985, C-248/83 (*Les Verts*). Ten tijde van het arrest heette het Hof nog Hof van de “EG”. In dit advies zal het Hof van Justitie verder als van de “EU” worden aangeduid.

²⁸ Volgens Artikel 3, lid 1 VEU.

²⁹ Meer over de sociale (interne) markt o.a. para. 2.4.1. in E.R. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, J.M. Hebly, E.R. Manunza & M. Scheltema (red.), *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht (2010).

Hierdoor kunnen “het verbinden van voorwaarden aan de verstrekking van vergunningen” en “de sociaal gerichte doelstellingen die aan de regulering ten grondslag liggen” in een ander licht binnen het interne-marktbeleid komen te staan. Dankzij deze aanscherping van het concept markteconomie, in combinatie met de toegenomen aandacht voor sociale aangelegenheden en duurzaamheid is nu nog duidelijker dat de marktwerking in Europa gericht is op het bewaren van welvaart, het welzijn en de vrede tussen de volkeren van Europa.³⁰

1.7.3 Coherentie en consistentie als *good governance* eisen voor recht én beleid

Het belang van deze bredere beschouwing wordt onderstreept door het gegeven dat het Hof van Justitie zich in zijn interpretatie van het Unierecht vooral bedient van de doelgerichte (*teleologische*) en systematische interpretatiemethoden.³¹

De systematische interpretatiemethode vindt zijn grondslag in het ideaal van coherentie en non-contradictie van recht en beleid. Deze methode geeft uitdrukking aan een basaal vereiste van consistentie dat concepten consistent worden gebruikt en normen niet alleen verenigbaar moeten zijn met de regelgeving waar ze deel van uitmaken, maar ook met andere relevante onderdelen van het recht en van het rechtssysteem in het algemeen, algemene rechtsbeginselen inbegrepen (zie ook de paragraaf hierna).³²

Daarbij is het doel dat een regeling nastreeft en de context van groot belang. Dit betekent dat naast de waarden en doelstellingen van de specifieke regulering in kwestie, ook die op Verdragsniveau bepalend zijn om zodoende tot een interpretatie te komen die ‘in de geest’ van de EU-Verdragen is.³³ Het zijn deze methoden die het Hof van Justitie tegenwoordig hanteert om maatregelen te beoordelen die de interne markt belemmeren en die lidstaten op grond van de uitzonderingsbepalingen pogen te rechtvaardigen.

Deze noodzaak voor consistentie en doelmatigheid krijgt sinds het Verdrag van Lissabon uit 2009 meer expliciete nadruk want de EU-Verdragen stellen meer expliciete eisen aan *good governance* aspecten van het Unie-optreden. Zo bepaalt Artikel 13, lid 1 VEU nu dat de Unie over een institutioneel kader beschikt ‘dat ertoe strekt haar waarden uit te dragen, haar doelstellingen na te streven, haar belangen en de belangen van haar burgers en van de lidstaten te dienen, en de samenhang, de doeltreffendheid en de continuïteit van haar beleid en haar optreden te verzekeren’. Deze eisen vinden we ook terug in de jurisprudentie (zie hierna).

1.7.4 Leidend voor de interpretatie van Unierecht is het effectiviteitsbeginsel

Leidend bij die interpretatiemethoden is het Europees effectiviteitsbeginsel. Dit rechtsbeginsel vergt bij de interpretatie van het Unierecht dat zijn ‘nuttige werking’ (*effet utile*) in aanmerking wordt genomen.³⁴ Dit betekent dat het Unierecht niet zo mag worden geïnterpreteerd dat het leidt tot een uitkomst die inconsistent is met de nagestreefde doelstellingen of de effectieve en praktische

³⁰ De Europese kerndoelstellingen zoals in Artikel 3 lid 1 VEU geformuleerd.

³¹ Zie paragraaf 2.2 van het in noot 11 genoemde rapport voor een meer uitgebreide bespreking van deze interpretatiemethoden.

³² G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 161.

³³ Vgl. reeds *Van Gend en Loos* waarin het Hof ‘de geest, algemene schema en bewoordingen’ van de Verdragsbepaling in aanmerking nam om te beoordelen of deze zich leende voor directe werking of niet. Zie: HvJ EU 5 februari 1963, C-26/62 (*Van Gend en Loos tegen Nederlandse administratie der belastingen*).

³⁴ O.a. HvJ EU 4 december 1974, C-41/47 (*Yvonne van Duyn tegen Home Office*).

werking daarvan belemmert.³⁵ Het Hof van Justitie houdt daarnaast niet alleen rekening met de juridische consequenties van zijn beslissing, maar ook met mogelijke sociale, politieke en economische consequenties ervan. Het effectiviteitsbeginsel kan zodoende met zich brengen dat een *ruime* interpretatie van Europeesrechtelijke bepalingen in bepaalde omstandigheden moet worden gegeven en in andere gevallen *eng* dient te worden geïnterpreteerd.

Ook de laatste verdragswijzigingen van de doelstellingen van de Unie met het Verdrag van Lissabon, zoals in Artikel 3 VEU geformuleerd, hebben impact op de interpretatie van het recht en kunnen dus ook de beoordeling beïnvloeden van het loterijstelsel op grond van de interne markt bepalingen. Deze veranderingen in de EU-Verdragen kunnen namelijk leiden tot een andere interpretatie van het interne markt recht en tot een andere belangenafweging aangaande de ruimte die lidstaten behouden om eigen beleid en regulering aan te nemen, ook vanuit Europeesrechtelijke perspectief.

Het onderliggende doel en het bredere systeem waar specifieke Verdragsbepalingen, zoals die inzake de interne markt deel van uitmaken, zijn dus leidend voor de wijze waarop ze moeten worden geïnterpreteerd. Het is dus van fundamenteel belang de EU-Verdragen zelf als een coherent systeem te bezien en de verschillende onderdelen daarvan - zoals het interne-marktrecht - niet als op zichzelf staande pijlers, maar als samenhangende onderdelen van één gezamenlijk systeem te zien. Dit verlangt dus een beschouwing van de Europese Verdragen, inclusief het EU-Handvest in het licht van de overkoepelende doelstellingen, zoals in Artikel 3 VEU tegenwoordig verwoord.

1.8 In hoeverre is een ‘duaal’ loterijenstelsel vanuit Europeesrechtelijke oogpunt toelaatbaar? Hoe de ABRvS aan de Europeesrechtelijke eisen heeft getoetst

Zoals reeds hierboven in paragraaf 1.2.1 vermeld, is het huidige loterijenstelsel als een ‘duaal’ stelsel ingericht. Dit betekent dat er een wettelijk monopoliestelsel bestaat naast een open meervergunningenstelsel. Het is de vraag of beide vormen tegelijkertijd naast elkaar kunnen bestaan zonder in strijd te komen met de eisen uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van ‘horizontale consistentie’. In het volgende Deel over het meervergunningenstelsel wordt meer specifiek ingegaan op het proportionaliteitsvereiste en de beoogde doelstellingen van het loterijenstelsel. Voor nu is van belang op te merken dat de lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid hebben om te bepalen op welke wijze de doelstellingen van een gereguleerd loterijenstelsel worden verwezenlijkt, zolang de hieruit voortvloeiende beperkingen op de verdragsvrijheden maar op samenhangende en stelselmatige wijze gebeurt. Deze eis van een “samenhangende en stelselmatige wijze”, die eveneens in latere jurisprudentie van het Hof van Justitie is bevestigd,³⁶ houdt in dat de betrokken regeling niet enkel op het ogenblik van haar vaststelling moet beantwoorden aan de doelstelling, maar ook daarna.³⁷

In een uitspraak van 2 mei 2018 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) met betrekking tot het Nederlands kansspelbeleid nadrukkelijk naar deze eis verwezen en naar de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie:

³⁵ HvJEU 10 juli 1991, C-91/90 (*Neu*), r.o. 12-16; HvJEU 4 oktober 2011, C-403/99 (*Italië v. Commissie*), r.o. 37; Beck 2012, p. 211.

³⁶ Zie, bijvoorbeeld, Barnard (2019), p. 437-440.

³⁷ HvJEU 30 juni 2016, C-464/15 (*Admiral Casinos*), r.o. 34

*“Zoals hiervoor reeds is overwogen, blijkt uit het arrest van het Hof Liga Portuguesa, punt 61, dat een nationale regeling slechts geschikt is om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen, wanneer de verwezenlijking ervan op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd. Een aspect daarvan is de horizontale consistentie van het kansspelbeleid. In het arrest van 8 september 2010, Stoß, ECLI:EU:C:2010:504, heeft het Hof in dat verband overwogen dat vast staat dat de diverse soorten kansspelen aanzienlijk kunnen verschillen, met name wat de concrete wijze betreft waarop zij worden georganiseerd, de omvang van de inzetten en de winsten waardoor zij worden gekenmerkt, het aantal potentiële spelers dat eraan verslaafd kan geraken, de presentatie van de spelen, de frequentie waarmee zij gespeeld worden, de korte duur of het repetitieve karakter van de spelen en de reacties die zij bij de spelers uitlokken, of in die zin dat sommige spelen de fysieke aanwezigheid van de speler vereisen, zoals het geval is bij spelen die worden aangeboden in casino’s en bij gokautomaten die daar of in andere etablissementen opgesteld staan, en andere niet. In die omstandigheden kan het feit dat voor sommige soorten kansspelen een publiek monopolie geldt en dat andere zijn onderworpen aan een stelsel van vergunningen die aan particuliere marktdeelnemers worden verleend, op zich niet tot gevolg hebben dat maatregelen die, zoals het publiek monopolie, op het eerste gezicht het meest beperkend en het meest doeltreffend lijken, niet gerechtvaardigd zijn door de wettige doelstellingen die zij nastreven. Een dergelijk verschil tussen rechtsregelingen doet immers op zich niet af aan de geschiktheid van een dergelijk publiek monopolie om het doel waarvoor het is ingevoerd, namelijk te voorkomen dat de burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord en gokverslaving te voorkomen, te verwezenlijken (punt 95 en 96)”.*³⁸

De ABRvS leidt uit het arrest van het HvJEU af dat na een beoordeling op horizontale consistentie een beperkende maatregel eerst dan niet als evenredig kan worden beschouwd als uit een vergelijking met de regeling van andere vergelijkbare kansspelen volgt dat de beperking niet noodzakelijk is. De ABRvS gaat hierna ten behoeve van die vergelijking in op de kenmerken van de kansspelen speelautomaten en goede doelen loterijen en de daarvoor geldende stelsels.³⁹

Recentelijk is de ABRvS in een uitspraak van 10 maart 2021 dieper op de horizontale consistentie van het Nederlandse duale stelsel ingegaan. De ABRvS herinneert eerst aan hoe het duaal stelsel in Nederland is vorm gegeven: *“Omdat voor lotto’s en de staatsloterij een éénvergunningstelsel geldt en voor goede doelen loterijen een open stelsel waarbij meer vergunningen beschikbaar zijn, is het Nederlandse kansspelstelsel een duaal stelsel”* en verduidelijkt hoe te bepalen of het horizontaal consistent en dus gerechtvaardigd is: *“(…) eerst [dient] te beoordelen in hoeverre lotto’s en de staatsloterij en goede doelen loterijen vergelijkbare kansspelen zijn. Daarna dient, gelet op het toetsingskader hierboven, te worden beoordeeld of ondanks de gelijkenissen, de verschillen tussen deze kansspelen het duale stelsel in het licht van de daarmee te bereiken doelstellingen rechtvaardigen. Bij de beoordeling of het duale kansspelstelsel gerechtvaardigd is, is verder van belang dat tussen de lidstaten aanzienlijke morele, religieuze en culturele verschillen bestaan. Bij gebreke van harmonisatie op het niveau van de Unie, zijn de lidstaten dus in beginsel vrij om hun beleidsdoelstellingen op het gebied van kansspelen te bepalen en om in voorkomend geval het*

³⁸ ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1467, r.o. 10.6.1.

³⁹ ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1467, r.o. 10.6.1.

gewenste beschermingsniveau nauwkeurig te omlijnen (zie punt 56 van het arrest van het Hof van 11 juni 2015, Berlington Hungary, ECLI:EU:C:2015:386).⁴⁰ “Kortom, de beoordelingsmarge, die een lidstaat op grond van deze vaste rechtspraak van het Hof heeft bij de inrichting van zijn kansspelstelsel, speelt een belangrijke rol”, aldus de ABRvS in deze zelfde overweging.

De Afdeling analyseert verder de gelijkenissen en de verschillen tussen de Lotto's, de staatsloterij en de goede doelen loterijen onder verwijzing naar de hiervoor geciteerde uitspraak van 2 mei 2018 en mede aan de hand van onderzoeken die door het SEO-Amsterdam en PwC zijn uitgevoerd.⁴¹

Gelijkenissen zijn bijvoorbeeld aanwezig, omdat alle loterijen in meer of mindere mate ten dienste staan van goede doelen, zoals vastgelegd in de WOK. De ABRvS overweegt vervolgens dat het niet relevant is voor de beoordeling van de horizontale consistentie hoe de loterijen in de praktijk opereren, terwijl wel relevant is dat er op basis van de vergunningvoorschriften verschillen aanwezig zijn ten aanzien van het aantal trekkingen, het afdracht-percentage, het percentage uit te keren prijzen, en de mogelijkheden tot pooling van de prijzen.

De ABRvS concludeert dat verschillen tussen de Lotto en Staatsloterij en de goededoelenloterijen niet zozeer te maken hebben met de kansspelen als zodanig, maar met de aard en functie van Lotto en de Staatsloterij en de goededoelenloterijen, mede gezien vanuit hun verschillende ontstaansgeschiedenis. Zo ligt bijvoorbeeld de oorsprong van de goededoelenloterijen in de dertiende eeuw en staat daarin van oudsher voorop dat ieder doel van algemeen belang zijn inkomsten kan vergoten, terwijl de Lotto eind jaren zestig werd geïntroduceerd, omdat Nederlanders niet meer deelnamen aan de voetbaltoto, maar aan buitenlandse lotto's. Hierdoor ontstond de behoefte om bij de Lotto de prijzenpot zo groot mogelijk te maken om consumenten naar een Nederlands gereguleerd aanbod te kanaliseren.

Volgens het oordeel van de ABRvS valt deze verschillende invulling binnen de beoordelingsmarge van de lidstaten. De ABRvS overweegt: *“deze verschillen zijn gezien de gerechtvaardigde keuze om al naar gelang en de functie een onderscheid te maken tussen lotto's, staatsloterij en goede doelen loterijen, te verklaren en ze zijn logisch en consistent.”*⁴² En ze voegt daaraan toe: *“ondanks de ook bestaande gelijkenissen”*.

In het verlengde hiervan concludeert de ABRvS ook dat het vervolgens 'logisch' is dat de algemene doelstellingen van het kansspelstelsel hetzelfde zijn *“omdat de kansspelen onder het nationale kansspelstelsel vallen dat in algemene zin de algemene belangen van consumentenbescherming, kanalisatie naar een betrouwbaar aanbod en het voorkomen van criminaliteit en illegaliteit beoogt te waarborgen.”*⁴³

Op basis van deze overwegingen erkent de ABRvS dat er ruimte is om een meervergunningstelsel te laten bestaan naast een monopoliestelsel, zonder daardoor in strijd te komen met het vereiste van horizontale consistentie uit de Europese jurisprudentie.

De ABRvS concludeert kortom dat de Ksa de gerechtvaardigde keuze om een onderscheid te maken naar gelang de aard en functie van de lotto's en de staatsloterij en de goede doelen loterijen in het licht van de algemene belangen die met het kansspelstelsel worden gediend, voldoende heeft

⁴⁰ ABRvS 10 maart 2021, *NOGA*, ECLI:NL:RVS:2021:470, r.o. 5.1.4. Deze uitspraak wordt verder ook in Deel III behandeld.

⁴¹ Zie idem als in voorgaande noot: o.a., r.o. 5.1.7, 5.1.8 en 5.1.16.

⁴² Zie o.a., r.o. 5.1.16.

⁴³ Zie o.a., r.o. 5.1.12.

gemotiveerd.⁴⁴ Volgens de ABRvS is het Nederlandse duale stelsel kortom in overeenstemming met de eis van horizontale consistentie.

⁴⁴ ABRvS 10 maart 2021, *NOGA*, ECLI:NL:RVS:2021:470, r.o. 5.1.16.

DEEL II

Het meervergunningen-loterijstelsel: verenigbaar met het Europees recht

2.1 Het interne-marktrecht als ‘middel’ om de EU-doelstellingen na te streven

De EU interne markt met zijn vrijheden - het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal, zoals omschreven in Artikel 26 VWEU - vormt het fundament van de naoorlogse Europese integratie. Economische eenwording was cruciaal voor vrede en welvaart en vormt nog steeds de basis voor de EU. Dit vrij verkeer kreeg in de EU-Verdragen sinds het Verdrag van Rome uit 1957 gestalte in bepalingen waarin genoemde vrijheden als ‘verbodsnormen’ op handelsbelemmeringen tussen de lidstaten zijn vormgegeven: zowel lidstaten als burgers zijn gebonden aan deze rechtstreeks werkende regels die de autonome Europese rechtsorde voortbrengen.

De afgelopen decennia is het toepassingsbereik van het interne-marktrecht enorm vergroot. Vrijwel geen enkel terrein van het economisch en sociaal leven ontsnapt aan het interne-marktrecht. Tegelijkertijd voorziet zowel het VWEU zelf als de rechtspraak in diverse uitzonderingen op de neergelegde vrijheden om het interne-marktrechtssysteem geen absoluut karakter te geven. Duidelijk is dat er bepaalde uitzonderingen zijn opgenomen in het Verdrag op het verbod van handelsbelemmerende maatregelen of beperkingen van het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal voor situaties waarin de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid op het spel staat, zoals de huidige Artikelen 36, 51, 52, 62 VWEU. Tal van bevoegdheden op het gebied van openbare veiligheid, openbare orde en volksgezondheid bevinden zich namelijk nog nagenoeg in het geheel op het niveau van de lidstaat. In het licht van deze bevoegdheidsverdeling kan vrije interstatelijke handel nooit onbegrensd zijn wanneer dit aan de effectieve uitoefening van zulke kerntaken van de staat in de weg zou staan.

Daarnaast heeft het Hof van Justitie in zijn zogenaamde ‘rule of reason rechtspraak’ aanvaard dat dwingende eisen van algemeen belang ingeroepen kunnen worden ter rechtvaardiging van beperkende maatregelen.

Aan deze mogelijkheid om een beroep op de rechtvaardigingsgronden uit het Verdrag of de jurisprudentie te doen, komt een einde als de materie in EU secundaire regelgeving is geregeld. Zoals we in de volgende paragraaf laten zien, behoort de regulering van kansspelen juist tot de bevoegdheid van de lidstaten. Daarom is er geen secundaire Europese regulering over deze materie. Doch is deze beoordelingsruimte van de lidstaten, hoewel groot, niet onbegrensd, zoals we in dit onderzoek zullen bespreken.

Van belang is te benadrukken dat dit interne-marktrecht enkel een ‘middel’ is om het doel van de EU, gericht op de vrede, de waarborging van waarden en het welzijn van de volkeren van Europa, te bevorderen (Artikel 3 lid 1 VEU) en dus feitelijk daaraan ondergeschikt, en geen doel op zich vormt. Volgens artikel 26 VWEU, dat de interne markt definieert, omvat de interne markt dan ook een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd *volgens de bepalingen van de Verdragen*.

2.2 Valt de regulering van loterijen en kansspelen wel onder het toepassingsbereik van de Verdragsvrijheden?

Zoals in de eerdere paragraaf vermeld, is de regulering van loterijen en kansspelen in beginsel een aangelegenheid van de lidstaten. Er is geen specifieke bevoegdheid in het EU-Werkingsverdrag opgenomen voor de EU-wetgever om bindende wetgeving in de vorm van richtlijnen of verordeningen vast te stellen op het terrein van kansspelen. Ook als het gaat om EU-wetgeving op het terrein van de interne markt, waarvoor een brede rechtsgrondslag bestaat, worden gokactiviteiten vaak expliciet uitgesloten van hun toepassingsbereik. Zo bepaalt de Dienstenrichtlijn in Artikel 2, lid 2(h) dat de richtlijn niet van toepassing is op gokactiviteiten waarvoor een financiële waarde wordt ingezet bij kansspelen.⁴⁵ Ook de richtlijn elektronische handel ('E-commerce richtlijn') sluit gokactiviteiten in beginsel uit van haar werkingssfeer.⁴⁶

Ook overweging 35 van de preambule bij de richtlijn concessieovereenkomsten 2014/23/EU⁴⁷ verduidelijkt dat kansspelen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren: *“De richtlijn dient de vrijheid van de lidstaten om, overeenkomstig de Uniewetgeving, methoden te kiezen voor het organiseren en controleren van de werking van kansspelen en weddenschappen, mede door middel van vergunningen, onverlet te laten”*. En verder: *“Het is passend van het toepassingsgebied van deze richtlijn concessies voor de exploitatie van loterijen uit te sluiten die door een lidstaat aan een ondernemer zijn gegund op grond van een uitsluitend recht dat is verleend in het kader van een procedure waaraan geen bekendheid is gegeven, overeenkomstig toepasselijke nationale wettelijke en bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen die in overeenstemming zijn met het VWEU.”*

Het uitgangspunt is dan ook dat EU-lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid hebben in de bepaling en uitvoering van regelgeving op het gebied van kansspelen.

Maar dit betekent niet dat lidstaten in de uitoefening van hun bevoegdheid op het gebied van kansspelen geen rekening hoeven te houden met de verbodsnormen, d.w.z. de vrijverkeerbepalingen betreffende goederen, personen, diensten en kapitaal, uit het EU-Werkingsverdrag.⁴⁸ En aangezien de toegang voor marktdeelnemers, inclusief ondernemingen die gevestigd zijn in een andere EU-lidstaat, tot de Nederlandse markt wordt geweigerd of belemmerd, is al snel sprake van een grensoverschrijdend effect en komen de vrijverkeerbepalingen in het vizier. Dit zou anders zijn indien alle relevante aspecten van de economische activiteiten zich binnen één lidstaat afspelen - de zogenaamde zuiver interne situatie -, want in zo een geval zijn de vrijheden in beginsel niet van toepassing. In *Ullens de Schooten* heeft het Hof van Justitie een dergelijke situatie principieel buiten

⁴⁵ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, Pb. 2006, L 376/36.

⁴⁶ Artikel 1, lid 5(d) van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, Pb. 2000, L 178/1 (E-Commerce Richtlijn).

⁴⁷ Geïmplementeerd in Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, Stb. 542 van 8 november 2012; met de wijzigingen als gepubliceerd in: Stb. 241 van 30 juni 2016, 243.

⁴⁸ S.A. de Vries (2016) 'Grondrechten binnen de Europese interne markt: een tragikomisch conflict tussen waarden in de 'Domus Europaea'', *SEW Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* 44(3), p. 10.

twijfel gesteld.⁴⁹ Dit is weer anders in het geval Uniewetgeving, zoals bijvoorbeeld een richtlijn, van toepassing is.⁵⁰

De vrijverkeerbepalingen zijn echter alleen van toepassing wanneer er sprake is van economische activiteiten. Bij goederen gaat het in beginsel om stoffelijke voorwerpen die op geld waardeerbaar zijn.⁵¹ Bij diensten (en vestiging) gaat het blijkens Artikel 57 VWEU om “dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden”.

Loten of het aanbieden van kansspelen moeten gezien hun ‘economische connotatie’ daarom ook worden beschouwd als goederen of diensten in de zin van het EU-Werkingsverdrag. Het feit dat in een aantal lidstaten de organisatie van kansspelen of loterijen vanwege hun schadelijkheid aan strenge regels is onderworpen, betekent volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie niet dat zij kunnen worden vergeleken met illegale producten waarvoor de EU-regels inzake het vrije verkeer niet van toepassing zijn. In de zaak *Schindler* stelt het Hof het volgende:

“In die omstandigheden kunnen loterijen niet worden beschouwd als een activiteit die wegens haar schadelijkheid in alle Lid-Staten verboden is en waarvan de situatie vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt zou kunnen worden vergeleken met die van activiteiten verband houdend met illegale producten [...], ook al kunnen, zoals de Belgische en de Luxemburgse regering opmerken, kansovereenkomsten volgens het recht van sommige Lid-Staten als nietig worden beschouwd. Zo de moraliteit van loterijen al ter discussie kan worden gesteld, staat het niet aan het Hof om zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van de wetgevers der Lid-Staten waar deze activiteit wettig wordt uitgeoefend [...].”⁵²

In deze zaak gaat het Hof van Justitie ook in op het onderscheid tussen de toepassing van het vrije verkeer van goederen en het vrije verkeer van diensten. Volgens het Hof moet de organisatie van loterijen inclusief de verzending van reclamemateriaal en loterijbriefjes, die betrekking heeft op de vormgeving van een loterij, worden beschouwd als een vorm van dienstverrichting.⁵³ De invoer en verspreiding van die briefjes of van reclame, die normaal gesproken onder het vrije verkeer van goederen zou vallen, maakt immers deelname aan een loterij mogelijk. Dat het belang van het vrije verkeer van diensten ten opzichte van goederen is toegenomen, kan deels verklaard worden door de opkomst van het Internet en wordt ook erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie.⁵⁴

Waar het vrije verkeer van diensten activiteiten van tijdelijke aard betreft, gaat het bij de vrijheid van vestiging in de zin van Artikel 49 VWEU om het duurzaam “*deelnemen aan het economisch leven van een andere lidstaat*”.⁵⁵ Deze vrijheid van vestiging omvat, volgens het Hof van Justitie in de zaak *Gebhard* “*de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening*

⁴⁹ HvJ EU 15 november 2016, C-268/15 (*Ullens de Schooten*).

⁵⁰ Kapteyn & VerLoren van Themaat, Kluwer, Deventer, 2003, p. 494-495. Zie ook HvJ EU 30 januari 2018, zaak C-360/15 en C-31/16 (*Visser Vastgoed/Appingedam*), waarin voor de Drl is uitgemaakt dat deze ook van toepassing is in zuiver interne situaties.

⁵¹ Italiaanse kunstschaten-zaak; Waalse afvalstoffen-zaak.

⁵² HvJ EU 24 maart 1994, C-275/92 (*Schindler*), r.o. 32.

⁵³ HvJ EU 24 maart 1994, C-275/92 (*Schindler*), r.o. 22.

⁵⁴ Zo bepaalde het Hof in de zaak *Visser Vastgoed (Appingedam)* dat voorschriften van een bestemmingsplan niet de goederen zelf, maar de voorwaarden voor de geografische ligging van activiteiten in verband met de verkoop van bepaalde goederen, dus de voorwaarden voor toegang tot die activiteiten, betreffen. Het ging hier om de detailhandel in schoenen die zo onder het vrije verkeer van diensten en de dienstenrichtlijn werd geschaard. Zie HvJ EU 30 januari 2018, gev. zaken C-360/15 en C-31/16 (*Visser Vastgoed (Appingedam)*), r.o. 90-91.

⁵⁵ HvJ EU 30 november 1995, C-55/94 (*Gebhard*), r.o. 25-26.

daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen”.⁵⁶ Beide vrijheden, die van diensten en het vestigingsrecht, zijn relevant voor de toets van het Nederlandse loterijstelsel.

2.3 Wat is nu precies verboden op grond van de Verdragsbepalingen inzake vestiging én diensten waardoor de inrichting van loterijen door de lidstaten wordt beïnvloed?

Nu duidelijk is dat het organiseren en aanbieden van loterijen binnen de werkingssfeer van de artikelen 49 en 56 VWEU vallen, is het van belang te bekijken welke maatregelen van de lidstaten verboden zijn op grond van deze Verdragsvrijheden. Eerst wordt kort ingegaan op de rechtspraak van het Hof van Justitie en de vrijverkeerbepalingen, waarna vervolgens de verschillende verboden en vereisten die in het huidige stelsel gelden en de denkrichtingen voor een toekomstig scenario (zie tabel in paragraaf 1.4), worden besproken.

2.3.1 De verbodsnormen van de vrijverkeerbepalingen en het aanbieden van loterijen

In een aantal uitspraken heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten over de relatie tussen het kansspelbeleid van EU-lidstaten en de vrijverkeerbepalingen uit het EU-Werkingsverdrag. Het gaat dan vooral om het vrije verkeer van diensten dat in artikel 56 VWEU is neergelegd.

In Artikel 49 VWEU staat: *“In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.”*

Voor wat betreft het vrije verkeer van diensten staat de verbodsnorm in Artikel 56 VWEU: *“In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.”*

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie over de artikelen 49 en 56 VWEU kan worden afgeleid dat niet alleen discriminerende maatregelen zijn verboden, maar ook maatregelen die zonder onderscheid naar nationaliteit van toepassing zijn en de toegang tot de dienstenmarkt beperken. In de zaak *Gebhard* waarin de vrijheid van vestiging centraal stond, bepaalde het Hof dat *“nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast (i), zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang (ii), zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen (iii), en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (iv)”*.⁵⁷ Uitgangspunt is dus dat zowel onderscheidmaatregelen met als zonder onderscheid onder de verbodsnorm vallen. Cruciaal voor de beoordeling of de vrijheden in het geding zijn, is het markttoegangs criterium. Dit betekent dat de regulering van loterijen die ook buitenlandse aanbieders van kansspelen raakt en hun dienstverrichting beperkt of belemmert, al snel onder de verbodsnormen valt en gerechtvaardigd dient te worden.

⁵⁶ HvJ EU 30 november 1995, C-55/94 (*Gebhard*), r.o. 23.

⁵⁷ HvJ EU 30 november 1995, C-55/94 (*Gebhard*), r.o. 37.

Voor het vrije verkeer van diensten geldt hetzelfde. In de bovengenoemde zaak *Schindler* overweegt het Hof: “*Volgens de rechtspraak van het Hof (zie arrest van 25 juli 1991, zaak C-76/90, Säger, Jurispr. 1991, blz. 1-4221, r. o, 12) kan ook een nationale wettelijke regeling die zonder onderscheid van toepassing is, onder artikel 59 EEG-Verdrag vallen, indien zij de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere Lid-Staat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt of anderszins belemmert.*”⁵⁸

Uit het voorgaande blijkt dat nationale wet- en regelgeving die het houden van loterijen en aanbieden van kansspelen beperken of verbieden in beginsel als een verboden belemmering op de vrijheid van vestiging of het vrije verkeer van diensten moet worden beschouwd.

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie over kansspelen gaat het dan bijvoorbeeld om:

- het verbieden van loterijen (zaak C-175/92, *Schindler*);
- het voorbehouden van de exploitatie van speelautomaten aan één enkel openbaar lichaam (zaak C-124/97, *Läära*);
- het voorbehouden van het recht om weddenschappen af te sluiten op uitslagen van sportevenementen aan bepaalde instellingen aan de hand van een vergunningstelsel (zaak C-67/98, *Zenatti*; zaak C-234/01, *Gambelli*; gev. Zaken C-338/04, C-359/04 & C-360/04, *Placanica*);
- een verbod op kansspelen waarbij de mogelijkheid echter bestaat om de exploitatie van spelen toe te kennen aan overheidslichaam (zaak C-42/07, *Liga Portuguesa*);
- een gesloten vergunningstelsel en een verbod op het aanbieden van interactief kansspelen via het internet (zaak C-203/08, *Betfair*; zaak C-258/08, *Ladbrokes*);
- een verbod op het aanbieden en promoten van kansspelen zonder vergunning (gev. zaken C-447/08 en C-448/08, *Sjöberg en Gerdin*);
- een overheidsmonopolie op de organisatie van sportweddenschappen en loterijen en een verbod op de organisatie van kansspelen via internet (zaak C-409/06, *Winner Wetten*; zaak C-46/08, *Carmen Media*; zaak C-336/14, *Sebat Ince*);
- het afhankelijk stellen van een vergunning voor het organiseren van kansspelen van een concessie (zaak C-49/16, *Unibet Hongarije*);
- een zonder overgangperiode invoeren van een veel hogere forfaitaire belasting op de exploitatie van speelautomaten in speelzalen (Zaak C-98/14, *Berlington Hungary*);
- verplichtingen voor houders van concessies voor de exploitatie van casino's om de rechtsvorm van een naamloze vennootschap aan te nemen en hun zetel op het nationale grondgebied te hebben (zaak C-64/08, *Engelmann*).

2.3.2 Vormt het *winstverbod* een belemmering van het vrije verkeer van diensten en/of het vestigingsrecht, de vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom?

Op basis van Artikel 6 sub b van de Beleidsregels Niet-Incidente artikel 3 Loterijvergunningen zijn al vanaf 2016 enkele voorwaarden aan de verlening van vergunningen voor goededoelenloterijen verbonden, waaronder de voorwaarde dat de vergunninghouder de vergunning

⁵⁸ HvJ EU 24 maart 1994, C-275/92 (*Schindler*), r.o. 43.

zonder winstoogmerk dient te exploiteren.⁵⁹ Deze bepaling luidt: “*Deze nadere voorschriften houden in ieder geval in dat de vergunninghouder bij het organiseren van het vergunde kansspel: [...] de vergunning zonder winstoogmerk en op doelmatige en doeltreffende wijze exploiteert*”. Dit leidt feitelijk tot een verbod op de commerciële exploitatie van loterijen.

De vraag of een winstverbod onder de verbodsnormen van de vrijverkeerbepalingen valt, is niet eerder in de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende kansspelen aan de orde geweest. Maar ook al is niet specifiek bepaald dat een winstverbod het vrije verkeer belemmert, er kan wel op grond van diezelfde jurisprudentie eenvoudig afgeleid worden dat het gezien kan worden als een belemmering. Zo betrof de bestreden regeling in de hierboven genoemde *Schindler*-zaak een verbod op loterijen waarop enkele bij wet bepaalde uitzonderingen mogelijk waren. Het ging om kleinschalige loterijen die met een onbaatzuchtig doel werden georganiseerd. Zoals hierboven al gesteld, besloot het Hof van Justitie dat deze regeling een beperking van de vrijheid van dienstverrichting vormde.⁶⁰ Dit kan dus snel worden aangenomen, ook ten aanzien van het winstverbod dat het vrije verrichten van loterijen minder aantrekkelijk maakt. Aanbieders van loterijen worden immers ontmoedigd om actief te worden in Nederland, omdat bij goed rendement niet vrijelijk over de winst kan worden beschikt.

De vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal worden evengoed beperkt. In de zaak *Idryma Typou* bepaalde het Hof van Justitie namelijk dat: “[n]ationale maatregelen die het verwerven van aandelen van de betrokken ondernemingen kunnen blokkeren of beperken, of beleggers uit andere lidstaten ervan kunnen weerhouden in die ondernemingen te investeren, moeten ook worden aangemerkt als beperkingen in de zin van artikel 63, lid 1, VWEU. Het vrije verkeer van kapitaal is, naast het vrije verkeer van goederen, personen en diensten, ook een van de vier vrijheden inzake de interne markt (zie ook artikel 26 VWEU). De verbodsnorm wordt net zo breed uitgelegd als de overige Verdragsvrijheden, waaronder de vrijheid van vestiging. In het hoofdgeding werkt de betrokken nationale maatregel ontradend voor de beleggers en belemmert het dus hun toegang tot de markt voor deelnemingen in vennootschappen.”⁶¹ Indien beslissende invloed in een vennootschap wordt verkregen, kan volgens het Hof van Justitie daarnaast de vrijheid van vestiging worden belemmerd. Hieruit kan worden afgeleid dat een winstverbod niet aantrekkelijk is voor beleggers in een vennootschap en daarom als zodanig ook een belemmering vormt in de zin van artikel 49 VWEU.

2.3.3 Vormt het *pooling*verbod een belemmering voor het vrije verkeer van diensten en/of het vestigingsrecht?

Onder ‘poolingverbod’ verstaat Artikel 7 lid 3 van de Beleidsregels Niet-Incidente artikel 3 Loterijvergunningen dat het een vergunninghouder niet is toegestaan de inleg van verschillende loterijen te combineren voor het uitkeren van prijzen.⁶² Niet uit de regelgeving, maar uit de praktijk blijkt dat deze voorwaarde niet wordt gekoppeld aan de vergunningen die aan Staatsloterij B.V. en

⁵⁹ Artikel 6 sub b Beleidsregels Niet-Incidente artikel 3 Loterijvergunningen luidt: “*Deze nadere voorschriften houden in ieder geval in dat de vergunninghouder bij het organiseren van het vergunde kansspel: [...] de vergunning zonder winstoogmerk en op doelmatige en doeltreffende wijze exploiteert*”.

⁶⁰ HvJ EU 24 maart 1994, C-275/92 (*Schindler*), r.o. 44-45.

⁶¹ HvJ EU 21 oktober 2010, C-81/09 (*Idryma Typou*), r.o. 55-56.

⁶² Artikel 7 lid 3 Beleidsregels Niet-Incidente artikel 3 Loterijvergunningen luidt: “[...] verbindt als voorschrift aan de vergunning dat de vergunninghouder geen inleg van andere deelnemingsbewijzen dan de inleg van de deelnemingsbewijzen aan het aan hem vergunde kansspel aanwendt voor de uitkering van gewonnen prijzen en premies”.

Lotto B.V. zijn verleend, de zogenoemde ‘éénstelselvergunningen’. Zo organiseert Lotto B.V. bijvoorbeeld de Eurojackpot met een gepoolde inleg vanuit 18 lidstaten.⁶³

Het Hof heeft zich niet eerder uitgesproken over de (on)toelaatbaarheid van het combineren van inleg of een verbod daarop. Nu uit de rechtspraak volgt dat al snel sprake is van een belemmering, kan worden aangenomen dat het poolingverbod een beperking vormt van de vrijheid van dienstenverrichting. Uit een door PwC in 2020 uitgevoerd onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie en Veiligheid blijkt dat toetreding van buitenlandse marktpartijen aan goeddoelenloterijen mogelijk is, maar een effectieve deelname niet te verwachten is nu het segment voor buitenlandse marktpartijen niet aantrekkelijk is door, onder andere, het poolingverbod.⁶⁴

2.3.4 Vormt een *verplichte afdracht* een belemmering voor het vrije verkeer van diensten en/of het vestigingsrecht?

Het systeem dat vergunninghouders van loterijen verplicht een minimumpercentage af te dragen aan goede doelen valt ook onder het vrije verkeer van diensten en het vestigingsrecht. Op grond van Artikel 1 Beleidsregels niet-incidentele artikel 3 loterijvergunningen in samenhang met Artikel 2 onder b van het Kansspelbesluit geldt voor goeddoelenloterijen een afdrachtspercentage van minimaal 40% van de omzet aan goede doelen.

In het kader van de verschillende denkrichtingen die bestaan over de herziening van het loterijstelsel worden naast het percentage van 40% ook andere percentages genoemd:⁶⁵

- 25%. Dit afdracht-percentage realiseert naar verwachting een uniform open stelsel;
- 33%. Dit afdracht-percentage is een middenpositie;

Het afdracht-percentage van 40% dat sinds 1 januari 2020 geldt, leidt naar verwachting tot een significant hogere opbrengst van goeddoelenloterijen dan voorheen. Van belang hierbij is dat hoe hoger de verplichte afdracht is voor goede doelen, hoe minder aantrekkelijk het prijzenschema is voor consumenten. Omdat een hogere afdracht aan goede doelen ten koste gaat van de prijzenpot, wordt het product minder aantrekkelijk voor spelers en zal de loterijmarkt op termijn een geringere omvang hebben dan bij een lagere afdracht. Een “te” hoge afdracht is, anders dan het op het eerste gezicht lijkt, uiteindelijk niet in het belang van de begunstigden van de goeddoelenloterijen. Andersom geldt dat hoe aantrekkelijker het prijzenschema, hoe minder loterijen hun maatschappelijke rol kunnen vervullen.

In de rechtspraak betreffende kansspelen is niet eerder bepaald dat dit een belemmering op het vrije verkeer vormt.⁶⁶ Maar gezien de brede uitleg die in de rechtspraak wordt gegeven aan de

⁶³ *Kamerstukken II 2018/19*, 24 557, 152.

⁶⁴ *Kamerstukken II 2019/2020*, 24 557, 171, bijlage: Marktordening van het loterijstelsel, Eén markt voor loterijproducten?, p. 19.

⁶⁵ SEO (2017), Financiële consequenties beleidsopties herinrichting loterijmarkt.

⁶⁶ In de toelichting op de verlaging van de minimaal verplichte procentuele afdracht wordt foutief vermeld dat nationale regelingen met een afdrachtsverplichting in de rechtspraak van het Hof in beginsel verenigbaar met het Unierecht zijn bevonden. In een voetnoot wordt verwezen naar de volgende overwegingen uit de arresten van het HvJEU in *Schindler* (par. 57-61), *Laara* (32-43) en *Zenatti* (30-36). Echter, deze overwegingen gaan voornamelijk over de doelstellingen van kansspelbeleid waarmee beperkingen kunnen worden goedgekeurd en geven de beleidsvrijheid van overheden aan. In deze overwegingen wordt niet bepaald dat afdrachtsverplichtingen verenigbaar zijn met het Unierecht.

verbodsnormen van de artikelen 49 en 56 VWEU, is het aannemelijk dat ook een dergelijke eis een beperking van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten vormt.

De afdracht kan bijvoorbeeld worden vergeleken met een verhoging van de belasting, aangezien in beide gevallen de aanbieder minder overhoudt. Hierover heeft het Hof van Justitie zich wel uitgesproken en bepaald dat het aan de verwijzende rechter is om na te gaan of de belastingverhoging daadwerkelijk het vrij verrichten van speelautomaten zou hebben belemmerd of minder aantrekkelijk zou hebben gemaakt.⁶⁷ Dit zou in casu het geval zijn geweest wanneer de belastingverhoging tot gevolg had dat de exploitatie van speelautomaten werd beperkt tot casino's, waarvoor die verhoging niet gold.⁶⁸ Het toepassen van deze overweging op de verplichting een minimumpercentage af te dragen aan goede doelen ondersteunt de conclusie dat hiermee het vrij verrichten van loterijen minder aantrekkelijk wordt gemaakt.

Het opleggen van een verplichte afdracht voor loterijen aan goede doelen kan vooral belemmerend werken wanneer een loterij die reeds een vergunning heeft in een andere EU-lidstaat en daar (mogelijk) ook onderworpen is aan verplichtingen waaronder een afdracht aan goede doelen, zal moeten voldoen aan dubbele voorwaarden, namelijk voorwaarden die gelden in de lidstaat van oorsprong (of herkomst) en in de ontvangende lidstaat, in casu Nederland.

Er moet wel worden opgemerkt, zoals hierboven reeds is besproken, dat het beginsel van wederzijdse aanvaarding volgens het Hof van Justitie niet van toepassing is op het gebied van loterijen, maar dit speelt vooral een rol bij de beoordeling van de rechtvaardigingsgronden (zie hierna). Het feit dat een eis van verplichte afdracht sowieso een afschrikwekkende werking kan hebben en daarmee de toegang tot de markt beperkt, is voldoende voor de toepassing van de verbodsnormen uit de artikelen 49 en 56 VWEU (zie hierboven).

2.3.5 In hoeverre is de vestigingseis aan aanbieders van loterijen om een nevenvestiging te hebben in NL een belemmering voor het vestigingsrecht?

Een andere voorwaarde die sinds 2016 aan de verlening van vergunningen voor goededoelenloterijen wordt verbonden, is het vestigingsvereiste op de aanbieder. Wanneer de hoofdvestiging van de aanbieder zich buiten Nederland bevindt, is het de aanbieder slechts toegestaan loterijen aan te bieden vanuit een nevenvestiging in Nederland, zo blijkt uit Artikel 3 lid 2 van de Beleidsregels Niet-Incidentele artikel 3 Loterijvergunningen.⁶⁹ Dit zou in strijd kunnen zijn met de vrijheid van vestiging, zoals neergelegd in artikel 49 VWEU.

Het Hof van Justitie heeft zich in het *Engelmann* arrest uitgesproken over de vraag of de verplichting een vestiging op het nationale grondgebied op te richten al dan niet een beperking vormt op het vrij verkeer van diensten en het vestigingsrecht in de zin van de artikelen 49 en 56 VWEU. In deze zaak stelde Oostenrijk de voorwaarde aan concessiehouders hun zetel op het nationale grondgebied te hebben. Deze verplichting vormde volgens het Hof een beperking op de vrijheid van vestiging. Volgens het Hof resulteert deze beperking erin dat vennootschappen die zijn gevestigd in een andere lidstaat worden gediscrimineerd en verhinderd via een agentschap, een filiaal of een

⁶⁷ HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14 (*Berlington Hungary e.a.*), r.o. 40.

⁶⁸ HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14 (*Berlington Hungary e.a.*), r.o. 41.

⁶⁹ Artikel 3 lid 2 Beleidsregels Niet-Incidentele artikel 3 Loterijvergunningen luidt: “Indien de hoofdvestiging van de aanvrager zich buiten Nederland bevindt, verbindt de raad van bestuur als voorschrift aan de vergunning dat deze uitsluitend wordt geëxploiteerd door een nevenvestiging van de aanvrager die zich wel in Nederland bevindt”.

dochteronderneming hun diensten te exploiteren.⁷⁰ De Nederlandse regelgeving verplicht aanbieders niet hun zetel in Nederland te hebben; het is aanbieders toegestaan hun hoofdvestiging buiten Nederland te hebben. Echter, het Hof verduidelijkt later dat ook de eis een dochteronderneming op te richten in de lidstaat waar de dienst wordt aangeboden, indruist tegen het vrij verrichten van diensten en discriminerend werkt.⁷¹ Hieruit volgt dat het vestigingsvereiste in Nederland een beperking vormt op de vrijverkeerbepalingen.

2.4 Hoe kan nationale wetgeving op het terrein van kansspelen – i.h.b. loterijen – die een belemmering vormen voor het vrij verkeer, alsnog worden gerechtvaardigd?

De brede werkingssfeer van de verbodsnormen van de artikelen 49 en 56 VWEU brengt al snel de excepties in het vizier. Er zijn twee soorten ‘excepties’ op de verbodsnormen inzake het vrije verkeer. Bij de eerste geven de verdragsexcepties de lidstaten de mogelijkheid om discriminerende of belemmerende maatregelen onder specifieke voorwaarden te rechtvaardigen. Het gaat bij de vrijheid van vestiging en het vrije dienstenverkeer om de artikelen 51 en 52 VWEU en daarin specifieke rechtvaardigingsgronden van de uitoefening van openbaar gezag, openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.

Bij de tweede gaat het om de in de jurisprudentie van het Hof van Justitie ontwikkelde zogenaamde ‘rule of reason’. Op basis daarvan mogen lidstaten, naast de specifieke gronden die in de verdragsexcepties worden genoemd, onder voorwaarden ook een beroep doen op (ongeschreven) dwingende vereisten van algemeen belang.⁷²

Bij de beoordeling van de excepties moet ook rekening gehouden worden met de veranderende Verdragscontext. Deze context is omschreven in de paragraaf 1.7.1 en volgende van Deel I waarbij meer nadruk ligt op niet-economische, sociale doelstellingen die binnen een sociale markteconomie waarop de interne markt rust, moeten worden gerealiseerd.

2.4.1 Mogen economische belangen een rol spelen?

De excepties op het vrije verkeer kunnen alleen worden ingeroepen om niet-economische belangen te beschermen. Economische overwegingen mogen echter wel een rol spelen, zolang de beperkende maatregel uiteindelijk maar een (verder liggend) niet-economisch belang dient. Dit blijkt onder andere uit het *Campus Oil* arrest uit 1984 waarin het Hof van Justitie maatregelen die Ierland genomen had ten behoeve van de bevoorrading en leveringszekerheid van olie als gerechtvaardigd beschouwde. Het Hof van Justitie bepaalde dat een Ierse maatregel die alle importeurs verplichtte om een bepaald vastgesteld percentage aardolieproducten van een nationale leverancier te betrekken het vrij verkeer van goederen beperkte, maar gerechtvaardigd kon worden met een beroep op de openbare veiligheid, zoals neergelegd in Artikel 36 VWEU. Volgens het Hof zijn aardolieproducten van uitzonderlijk belang als energiebron in de moderne economie en van fundamenteel belang voor het bestaan van een Staat. En wanneer eenmaal vaststaat dat de regeling gerechtvaardigd kan

⁷⁰ HvJ EU 9 september 2010, C-64/08 (*Engelmann*), r.o. 32.

⁷¹ HvJ EU 28 februari 2018, C-3/17 (*Sporting Odds*), r.o. 35, 37-38.

⁷² S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market – The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies* (Europa Law Publishing, Groningen 2006), Chapter 2; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms* (Oxford University Press, Oxford, 2019), p. 167-190; 503-514. Kapteyn & VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen – Na Maastricht* (Kluwer, Deventer, 1995), p. 347-445.

worden door de bescherming van de openbare veiligheid, sluit de toepassing van Artikel 36 niet uit dat de lidstaat tegelijkertijd doelstellingen van economische aard nastreeft.⁷³

De zaak *Evans Medical* ging over een Brits invoerverbod op het verdovend geneesmiddel ‘diacetylmorfine’, waarvoor een Brits bedrijf het alleenrecht op de productie en verwerking voor medisch gebruik had gekregen. Volgens het Hof van Justitie kan een beperkende maatregel op het vrije verkeer van goederen niet worden gerechtvaardigd door “*het streven van een Lidstaat om het voortbestaan van een onderneming te verzekeren. Daarentegen kan de noodzaak om een duurzame bevoorrading van het land voor essentiële medische doeleinden te verzekeren, wat artikel 36 van het Verdrag betreft, wel een belemmering van het intracommunautaire handelsverkeer rechtvaardigen, voor zover deze doelstelling binnen het kader van de bescherming van de gezondheid en het leven van personen valt.*”⁷⁴

Het is niet gemakkelijk om een duidelijk onderscheid tussen economische en niet-economische overwegingen te maken, maar uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat, wanneer economische overwegingen cruciaal zijn voor het realiseren van publieke doelstellingen, de beperkende maatregelen gerechtvaardigd zijn.⁷⁵ Deze jurisprudentie is mogelijk van belang bij de regulering van kansspelen in Nederland wanneer publieke, maatschappelijke doelstellingen in het verlengde liggen van de doelstelling van het voorkomen van concurrentievervalsing (zie hierna, paragraaf 2.4.3).

2.4.2 Op welke belang kan een lidstaat een beroep doen ter rechtvaardiging van een beperkend loterijstelsel?

Ter rechtvaardiging van de hierboven besproken belemmeringen staan mogelijk twee typen uitzonderingen ter beschikking: de verdragsrechtelijke uitzonderingen en de in de rechtspraak ontwikkelde ‘rule of reason’ uitzonderingen.

2.4.2.1 De beperkte relevantie van de verdragsrechtelijke uitzonderingen

De verdragsrechtelijke uitzonderingen moeten in beginsel restrictief worden uitgelegd en toegepast. Dat wil zeggen dat er geen ‘algemeen voorbehoud’ is voor vanuit de openbare orde en veiligheid genomen maatregelen.⁷⁶ Dit zou in de weg staan aan het functioneren van het EU-recht en in het bijzonder de interne markt. Deze gronden hebben vooral betrekking op migratie van personen en niet of veel minder op markttoegang.⁷⁷ Daar staat tegenover dat lidstaten meer ruimte hebben binnen de kaders van de verdragsrechtelijke uitzonderingen om hun eigen beleid vorm te geven en zelfs, onder voorwaarden, discriminerende maatregelen toe te passen.

⁷³ HvJ EU 10 juli 1984, 72/83 (*Campus Oil*), r.o. 7. In de bewoordingen van het Hof is een dergelijke maatregel te rechtvaardigen vanwege het “[...] uitzonderlijk belang als energiebron in de moderne economie, van fundamenteel belang zijn voor het bestaan van een staat, daar niet alleen de goede werking van de economie, doch vooral van de instellingen en belangrijkste overheidsdiensten en zelfs het overleven van de bevolking ervan afhankelijk zijn.” r.o.34.

⁷⁴ HvJ EU 28 maart 1995, C-324/94 (*Evans Medical*).

⁷⁵ Zie ook S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market – The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies* Europa Law Publishing, 2006, p. 52-55.

⁷⁶ HvJ EU 15 mei 1986, 222/84 (*Marguerite Johnston tegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*), r.o. 26.

⁷⁷ Kapteyn & VerLoren van Themaat (2003), p. 607

Voor het kansspelbeleid is mogelijk de openbareorde-exceptie die neergelegd is in Artikel 51 VWEU relevant. Maar hierop kan volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie in beginsel alleen een beroep worden gedaan indien er sprake is van een “werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast”.⁷⁸ Deze rechtspraak heeft betrekking op migratierechten van personen die op grond van hun persoonlijk gedrag de toegang tot een lidstaat worden geweigerd.

In de *Josemans* zaak lijkt het Hof van Justitie de openbare orde-exceptie echter ruimer te willen uitleggen, ook al is niet duidelijk of we hier nu te maken hebben met de (expliciete) toepassing van de Verdragsexceptie van Artikel 51 VWEU of een dwingende eis van algemeen belang, de zogenaamde ‘rule of reason-exceptie’. In deze zaak ging het om een regeling van de gemeente Maastricht die, ter bestrijding van drugstoerisme, coffeeshops verbood om niet in Nederland woonachtige personen toe te laten. Ook al beschouwde het Hof van Justitie de verkoop van cannabis in coffeeshops weliswaar als een activiteit die buiten de werkingssfeer van de vrijverkeerbepalingen valt, de regeling moest niettemin worden gerechtvaardigd aangezien de verkoop van eetwaren en dranken in coffeeshops wel binnen de reikwijdte van het vrije verkeer valt en er sprake was van een discriminerende regeling.

Volgens het Hof van Justitie is het “*tegenaan van het drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast een onderdeel van de drugsbestrijding. Zij houdt verband met de handhaving van de openbare orde alsook met de bescherming van de gezondheid van de burgers, zowel op het niveau van de lidstaten als op dat van de Unie.*”⁷⁹ Hiermee lijkt gesuggereerd te worden dat in sommige gevallen de openbareorde-exceptie breder kan worden uitgelegd, hetgeen ook interessant kan zijn voor lidstaten die de organisatie en het aanbieden van loterijen aan strenge regelgeving onderwerpen, ook al wordt (verderop) in de uitspraak niet expliciet verwezen naar de verdragsexceptie.

Er is weinig rechtspraak over het invoeren van de openbareorde-exceptie door lidstaten als rechtvaardiging voor het inperken van activiteiten van *ondernemingen*.⁸⁰ Wanneer voor een lidstaat fundamentele waarden of grondrechten die bijvoorbeeld door de grondwet worden beschermd op het spel staan, is het Hof van Justitie bereid om een beroep op artikel 51 VWEU toe te staan.⁸¹ In andere situaties is dat vooralsnog onduidelijk.

2.4.2.2 De Rule of Reason is cruciaal voor de regulering van kansspelen

Voor loterijen en kansspelen heeft het Hof van Justitie er vooralsnog voor gekozen om de ‘rule of reason’ toe te passen. Deze open categorie van excepties is vooral van belang voor de regulering van kansspelen. In de rechtspraak over het vrije verkeer heeft het Hof verschillende publieke, niet economische belangen aanvaard die een rechtvaardigingsgrond voor lidstaten kunnen vormen om het vrije verkeer op de interne markt te beperken.⁸² Waar in de zaak *Schindler* de bescherming van de consument en de bescherming van de maatschappelijke orde als doelstellingen van algemeen belang centraal stonden,⁸³ heeft het Hof van Justitie in daaropvolgende zaken allerlei, soms met

⁷⁸ HvJ EU 27 oktober 1977, 30/77 (*Bouchereau*), r.o. 35.

⁷⁹ HvJ EU 16 december 2010, C-137/09 (*Josemans*), r.o. 65.

⁸⁰ Barnard (2019), p. 490.

⁸¹ HvJ EU 14 oktober 2004, C-36/02 (*Omega*), r.o. 32.

⁸² De Vries (2006), p. 52-55.

⁸³ HvJ EU 24 maart 1994, C-275/92 (*Schindler*), r.o. 58.

elkaar samenhangende nationale belangen, aanvaard die beperkende regels voor kansspelen rechtvaardigen:

- Belangen van morele, religieuze of culturele aard;
- Gelegenheid tot spelen te verminderen;
- Belangen die verband houden met de moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving van kansspelen en weddenschappen;
- Belangen om te voorkomen dat de in de kanspelsector actieve marktdeelnemers bij criminele en frauduleuze activiteiten worden betrokken;
- Bestrijding van criminaliteit;
- Bescherming van consumenten van kansspelen tegen door marktdeelnemers gepleegde fraude;
- Uitsluiten particulier winstbejag zodat geen profijt kan worden getrokken uit de exploitatie van een maatschappelijke kwaal of uit de zwakheid van spelers.

In tegenstelling tot de verdragsexcepties, zoals de openbareorde-exceptie, kan op deze ‘rule of reason’ exceptie in beginsel geen beroep worden gedaan in geval van (direct) discriminerende maatregelen. Het gevolg is dat, wanneer bijvoorbeeld een direct of indirect onderscheid gemaakt wordt tussen Nederlandse aanbieders van loterijen en aanbieders uit andere lidstaten, er geen beroep gedaan zou kunnen worden op de in de rechtspraak erkende uitzonderingsgronden. Niettemin heeft het Hof van Justitie in een aantal zaken dit strikte onderscheid tussen verdragsexcepties en ‘rule of reason’ exceptie verlaten. Indirect discriminerende maatregelen, d.w.z. maatregelen die op het eerste oog zonder onderscheid van toepassing zijn, maar die als gevolg hebben dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen eigen onderdanen en onderdanen van een andere lidstaat, kunnen wel gerechtvaardigd worden met een beroep op de ‘rule of reason’.⁸⁴

Dat de openbareorde-exceptie, onder de voorwaarden die hierna worden besproken, wel expliciet discriminerende maatregelen toelaat, betekent dat de vraag onder welke exceptie beperkende maatregelen voor loterijen vallen, van belang blijft.

Concluderend kan echter worden opgemerkt dat, gezien de ruime discretionaire bevoegdheid van de lidstaten op het terrein van kansspelen, een beroep op een rechtvaardigingsgrond, al snel openstaat, waarschijnlijk ook in geval van sommige discriminerende maatregelen. Cruciaal is dan wel of de maatregel voldoet aan het proportionaliteitsvereiste (zie hierna, paragraaf 4.3).

2.4.2.3 Welke doelstelling moet bovenaan staan?

Uit bovenstaande lijst van verschillende doelstellingen en algemene belangen die in de rechtspraak door het Hof van Justitie zijn aanvaard, lijkt het alsof het niet uitmaakt welke doelstelling de regulering van het loterijstelsel nu uiteindelijk dient, zolang het maar gaat om een niet-economisch, publiek belang.

Dat is niet helemaal juist. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het streven naar het verminderen van de gelegenheid tot spelen - en daarbij het terugdringen van kansspelverslaving - het ‘hoofdbestanddeel’ van de rechtvaardigingsgrond zou moeten zijn. Dit is vooral van belang voor de afdrachtplicht aan goede doelen (zie hierna, paragraaf 4.3.5.).

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, (Oxford University Press, Oxford 2019), p. 303 e.v.

Het Hof van Justitie stelt in zijn rechtspraak dat beperkingen die worden ingegeven ter financiering van activiteiten met een maatschappelijk nut geen objectieve rechtvaardigingsgrond vormen. Voor het eerst in *Schindler* in 1994 heeft het Hof van Justitie bepaald dat kansspelen weliswaar in belangrijke mate kunnen bijdragen tot de financiering van onbaatzuchtige activiteiten of activiteiten in het algemeen belang, maar dat dit geen objectieve rechtvaardigingsgrond vormt voor beperkingen op de vrijheid van dienstverrichting.⁸⁵ Vervolgens oordeelt het Hof van Justitie in 1999 in *Zenatti* dat een beperking op het vrij verkeer van diensten slechts toelaatbaar is wanneer deze *daadwerkelijk* beantwoordt aan het streven de gelegenheden tot spelen te verminderen en de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect hebben, maar deze mag niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid vormen.⁸⁶ Deze zaak betrof een regeling die het recht om weddenschappen af te sluiten, voorbehield aan bepaalde instellingen. De regeling was ingegeven door verschillende doelstellingen en weddenschappen werden slechts toegestaan voor zover zij een maatschappelijk nut konden hebben.⁸⁷

Tot slot refereert het Hof in 2003 in *Gambelli* aan het *Zenatti*-arrest met de herhaling dat beperkingen in elk geval dienen te beantwoorden aan het streven de gelegenheid tot spelen *echt te verminderen* en mag de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn.⁸⁸

2.4.3 Aan welke voorwaarden moet zijn voldaan voor een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond?

De belangrijkste voorwaarde is dat de nationale maatregel voldoet aan het proportionaliteitsvereiste. Dit betekent in beginsel dat de maatregel ten eerste geschikt moet zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en ten tweede dat de maatregel niet verder mag gaan dan nodig is voor het beoogde doel.⁸⁹ In sommige gevallen toetst het Hof van Justitie of er een juiste afweging van belangen heeft plaatsgevonden. Dit wordt de proportionaliteit *stricto sensu* genoemd.⁹⁰

Daarnaast zien we in zaken waarbij lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid hebben om beleidsdoelstellingen te verwezenlijken, zoals in de ‘gokzaken’, een zogenaamde procedurele invulling van de proportionaliteitstoets waarbij het Hof van Justitie aan lidstaten de twee volgende eisen van goed bestuur (‘good governance’) oplegt: (i) coherentie en consistentie en (ii) transparantie (zie ook paragraaf 1.7.3).⁹¹

De eerste eis van coherentie en consistentie brengt mee dat het realiseren van het doel dat de maatregel nastreeft op coherente en stelselmatige wijze moet geschieden, wil die maatregel aan voornoemd geschiktheids criterium voldoen.⁹² In casu zou dit betekenen dat overheidshandelen met

⁸⁵ HvJ EU 24 maart 1994, C-257/92 (*Schindler*), r.o. 60.

⁸⁶ HvJ EU 21 oktober 1999, C-67/98 (*Zenatti*), r.o. 36.

⁸⁷ HvJ EU 21 oktober 1999, C-67/98 (*Zenatti*), r.o. 30.

⁸⁸ HvJ EU 6 november 2003, C-243/01 (*Gambelli*), r.o. 62.

⁸⁹ Zie voor proportionaliteit o.a. J.H. Jans, ‘De rol van het evenredigheidsbeginsel bij minimumharmonisatie’ in: A. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht* (Kluwer, Deventer 2005), p. 111-123.

⁹⁰ De Vries (2006)

⁹¹ S. Prechal (2008) ‘Topic One: National Applications of the Proportionality Principle - Free movement and procedural requirements: proportionality reconsidered’ *Legal issues of economic integration* 35(3), p. 201-216.

⁹² HvJ EU 21 december 2011, *Europese Commissie tegen Republiek Oostenrijk*, zaak C-28/09 (*Tirolse luchten*).

oog op de bescherming van het algemeen belang blijkt moet geven van samenhang en stelselmatigheid.

De tweede eis van transparantie verlangt dat marktbeperkingen zo transparant mogelijk moeten zijn om zo de negatieve invloed op de interne markt zoveel mogelijk te beperken. Dat betekent dat de beperkingen duidelijk en ondubbelzinnig, objectief kenbaar voor marktdeelnemers en zoveel mogelijk *vooraf* openbaar bekend moeten zijn.⁹³

Hierna wordt nader ingegaan op de relevante elementen van de proportionaliteitstoets: de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de eisen van goed bestuur ('good governance'). Aangezien de proportionaliteit *stricto sensu* slechts een beperkte rol speelt in de rechtspraak van het Hof van Justitie, wordt hier niet nader op ingegaan.

Een belangrijk uitgangspunt ter beoordeling van de proportionaliteit van elke nationale maatregel is dat lidstaten geen gemeenschappelijke overtuiging hoeven te hebben over de wijze van bescherming.⁹⁴ De omstandigheid dat een lidstaat voor een ander stelsel van bescherming kiest, kan dan ook niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de regeling. De regeling dient enkel te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen.⁹⁵ Verder geldt dat voor iedere beperking afzonderlijk moet worden onderzocht of zij geschikt is om de verwezenlijking van de nagestreefde doelen te waarborgen en of zij niet verder gaat dan noodzakelijk is.⁹⁶

De rechtspraak laat lidstaten dus voldoende speelruimte om loterijen naar nationale behoeften te reguleren ter verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang, zoals traditioneel door lidstaten op dit terrein wordt nagestreefd. De met het Verdrag van Lissabon versterkte sociale dimensie van de (interne) markt onderstreept het belang van de speelruimte die lidstaten moeten hebben op belangrijke, maatschappelijke vraagstukken, zoals de wijze van regulering van kansspelen en loterijen. Maar lidstaten moeten de algemene (publieke) doelstellingen die aan een restrictief gokbeleid ten grondslag liggen wel duidelijk expliciteren en de voorwaarden uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie respecteren.

2.4.3.1 Geschiktheid

De vraag naar de geschiktheid van een maatregel heeft betrekking op het causale verband tussen de maatregel enerzijds en de beoogde doelstellingen anderzijds. Het uitgangspunt in de rechtspraak van het Hof van Justitie is dat, gezien het bijzondere karakter van loterijen, lidstaten hier een ruime discretionaire bevoegdheid hebben om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers en voor de bescherming van de maatschappelijke orde.⁹⁷ Dit betekent dat lidstaten de vrijheid hebben om de omvang van de bescherming op het gebied van kansspelen te bepalen. Volgens het Hof van Justitie zijn “[d]e lidstaten [...] vrij om hun beleidsdoelstellingen op het

⁹³ W.T. Eijssbouts, J.H. Jans, A. Prechal, A.A.M. Schrauwen en L.A.J. Senden (red.), *Europees Recht. Algemeen Deel*, Europa Law Publishing 2020, p. 147. Een interessante vraag is welke gevolgen een toets van het transparantiebeginsel voor handhaving door de Ksa en handhavingsbeslissingen brengt. Daar dit rapport niet over handhaving gaat, wordt dit verder niet besproken, maar het is een aspect dat aandacht verdient.

⁹⁴ HvJ EU 14 oktober 2004, C-36/02 (*Omega*), r.o. 37.

⁹⁵ HvJ EU 21 september 1999, C-124/97 (*Läärä e.a.*), r.o. 36.

⁹⁶ HvJ EU 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (*Placanica*), r.o. 49.

⁹⁷ HvJ EU 24 maart 1994, C-257/92 (*Schindler*), r.o. 61.

gebied van kansspelen te bepalen en om in voorkomend geval het gewenste beschermingsniveau nauwkeurig te omlijnen” (zie ook hierboven).⁹⁸

In de *Gambelli* zaak stelt het Hof van Justitie wel grenzen aan deze beoordelingsvrijheid.

Samenhangende en stelselmatige wijze van beperken van gokactiviteiten

In de eerste plaats bepaalt het Hof van Justitie voor wat betreft de geschiktheid van een nationale maatregel om doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken, dat gokactiviteiten alleen op *samenhangende en stelselmatige wijze* mogen worden beperkt:

“Ofschoon het Hof in de reeds aangehaalde arresten Schindler, Läära e.a. en Zenatti heeft aanvaard dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, is om te beginnen vereist dat de beperkingen die op dergelijke gronden en op het noodzakelijke voorkómen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken, dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt.”⁹⁹

De “hypocrisietoets”: loterijen stimuleren voor vergroting financiën verkleint kans van slagen op rechtvaardigingsgronden

In de tweede plaats introduceert het Hof van Justitie in de *Gambelli* zaak de zogenaamde ‘hypocrisietoets’. Het bleek namelijk dat de Italiaanse staat, om geldmiddelen te verwerven, op nationaal vlak een beleid van sterke uitbreiding van de kansspelen en weddenschappen voerde, waarbij hij de concessiehouders in Italië beschermde:

“Welnu, wanneer de autoriteiten van een lidstaat de consumenten aansporen en aanmoedigen om deel te nemen aan loterijen, kansspelen of weddenschappen opdat de schatkist er financieel beter van zou worden, kunnen de autoriteiten van deze staat zich niet op de met de beperking van de gelegenheden tot spelen gediende maatschappelijke orde beroepen ter rechtvaardiging van maatregelen als die in het hoofdgeding.”¹⁰⁰

De hypocrisietoets komt erop neer dat “*lidstaten niet selectief [mogen] bepalen welke soort gokken zij wel willen bevorderen en welke soort gokken niet (bijvoorbeeld vormen die door ondernemingen in het buitenland worden aangeboden en waarvan de middelen niet naar de staatskas vloeien)*”.¹⁰¹

⁹⁸ HvJ EU 21 september 1999, C-124/97 (*Läära e.a.*), r.o. 35-36.

HvJ EU 6 november 2003, C-234/01 (*Gambelli*), r.o. 67. Zie voor online kansspelen ook zaak HvJEU 8 september 2009, C-42/07 (*Liga Portuguesa*), r.o. 61.

¹⁰⁰ HvJ EU 6 november 2003, C-234/01 (*Gambelli*), r.o. 70.

¹⁰¹ J.C.M. van der Beek & M. de Koning (2004) ‘De goksaga: nieuwe grenzen aan de beperkingen van gokken over de grenzen’, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 11(6), p. 140.

2.4.3.2 Noodzakelijkheid: voorwaarden die andere lidstaten stellen zijn niet per se voldoende waarborg tegen fraude én criminaliteit

Ook al moeten de beperkingen in beginsel aan het proportionaliteitsvereiste voldoen,¹⁰² de vraag of doelstellingen gemakkelijker kunnen worden behaald met minder ingrijpende regels lijkt voorsnog binnen de beoordelingsvrijheid van lidstaten te vallen, ook al is de rechtspraak niet consistent (zie hierna).¹⁰³ En op andere beleidsterreinen wordt de eis van een minder belemmerend alternatief wel geëxpliciteerd.¹⁰⁴

In dit kader komt overigens ook de vraag naar de toepassing van de zogenaamde wederzijdse-aanvaardingsregel op, die zowel in het kader van de verbodsnormen van de vrijverkeerbepalingen als in het kader van de excepties een rol speelt. Deze regel die oorspronkelijk voortvloeit uit de jurisprudentie op het terrein van het vrije verkeer van goederen (*Cassis de Dijon*-zaak),¹⁰⁵ komt erop neer dat marktdeelnemers die op rechtmatige wijze hun diensten aanbieden in het land waar zij zijn gevestigd en daar aan de wettelijke voorwaarden voldoen (land van oorsprong), hun diensten ook in andere EU-lidstaten moeten kunnen aanbieden (land van ontvangst).¹⁰⁶

Dit belangrijke beginsel geldt echter niet voor het terrein van kansspelen. Het Hof van Justitie zegt hierover in de zaak *Liga Portuguesa* het volgende:

“De sector van de via het internet aangeboden kansspelen is niet geharmoniseerd op communautair niveau. Een lidstaat kan dus van oordeel zijn dat het enkele feit dat een marktdeelnemer als Bwin rechtmatig via het internet dergelijke diensten aanbiedt in een andere lidstaat waar hij is gevestigd en in beginsel reeds aan wettelijke voorwaarden en aan controles wordt onderworpen door de bevoegde autoriteiten van deze staat, niet kan worden beschouwd als een voldoende waarborg dat de nationale consumenten worden 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.”¹⁰⁷

Maar er kan niet op algemene wijze worden aangenomen dat exploitanten gevestigd in andere lidstaten zich bezighouden met criminele activiteiten.¹⁰⁸ In latere rechtspraak herhaalt het Hof van Justitie niettemin dat een lidstaat zich op het standpunt mag stellen dat het voldoen aan wettelijke voorwaarden en controles van een andere lidstaat onvoldoende waarborg vormt voor het beschermen van de consumenten tegen fraude en criminaliteit.¹⁰⁹

2.4.3.3 Regels van goed bestuur (‘good governance’): van inhoudelijk naar ‘procedurele’ toets én eisen van transparantie en rechtszekerheid

In steeds meer zaken, vooral die waar de beleidsterreinen ‘gevoelig’ zijn, bijvoorbeeld, omdat de regelgevende bevoegdheid in de eerste plaats bij lidstaten rust, past het Hof van Justitie een zogenaamde procedurele proportionaliteitstoets toe. Daarmee wordt een inhoudelijke toets van een

¹⁰² HvJ EU 8 september 2009, C-42/07 (*Liga Portuguesa*), r.o. 59.

¹⁰³ HvJ EU 21 september 1999, C-124/97 (*Läära e.a.*), r.o. 39.

¹⁰⁴ Zie ook C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, (Oxford University Press, Oxford 2019), p. 438.

¹⁰⁵ HvJ EU 20 februari 1979, C-120/78 (*Cassis de Dijon*).

¹⁰⁶ Zie, bijvoorbeeld, Barnard (2019), p. 440.

¹⁰⁷ HvJ EU 8 september 2009, C-42/07 (*Liga Portuguesa*), r.o. 69.

¹⁰⁸ HvJ EU 6 oktober 2009, C-153/08 (*Commissie/Spanje*), r.o. 39.

¹⁰⁹ HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (*Sporting Exchange*), r.o. 33.

nationale maatregel vermeden. In de zaak *Unibet* vat het Hof van Justitie zijn rechtspraak op dit terrein samen:

“Wil een [...] wettelijke regeling gerechtvaardigd zijn [...] dan moet volgens de rechtspraak van het Hof een stelsel van concessies en vergunningen voor de organisatie van kansspelen voorts zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf bekend zijn, zodat een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten, opdat deze niet op willekeurige wijze kan worden gebruikt [...].

De publieke autoriteiten die de concessies verlenen, moeten bovendien de *transparantieplichting* in acht nemen. Zonder noodzakelijkerwijs te vereisen dat een aanbesteding wordt uitgeschreven, houdt deze transparantieplichting in, die van toepassing is wanneer een geïnteresseerde onderneming gevestigd kan zijn in een andere lidstaat dan die waar de betrokken dienstenconcessie wordt gegund, dat de concessie verlenende instantie aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen door de opdracht officieel aan te kondigen. Dit kan bijvoorbeeld door de opdracht op een officiële website of andere vergelijkbare middel bekend te maken, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de gunningsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.¹¹⁰

Bovendien vereist het *rechtszekerheidsbeginsel*, waarvan het *vertrouwensbeginsel* het rechtstreekse uitvloeisel is, met name dat rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn, in het bijzonder wanneer die regels nadelige gevolgen kunnen hebben voor particulieren en ondernemingen.¹¹¹”

2.4.3.4 Is het winstverbod te rechtvaardigen?

Volgens het Hof van Justitie hebben lidstaten ook ten aanzien van het uitsluiten van commerciële exploitatie een ruime discretionaire bevoegdheid bij de vormgeving van hun kansspelbeleid. In het *Sjöberg en Gerdin* arrest overwoog het Hof van Justitie: *“overeenkomstig het eigen waardesysteem van de lidstaten en gelet op de beoordelingsbevoegdheid waarover zij beschikken, mag een lidstaat de exploitatie van kansspelen beperken door ze aan openbare of liefdadigheidsinstellingen toe te wijzen”*.¹¹² Ook dit laatste is echter niet onbegrensd en de uitvoering daarvan - die een beperking op de vrije dienstverrichting vormt - evenmin.

Geschiktheid

Met het uitsluiten van een winstogmerk kan worden voorkomen dat aanbieders een excessief aanbod aan loterijen organiseren om hun winst te maximaliseren ten nadele van de consument voor wie het risico op kansspelverslaving toeneemt. De regeling strekt er immers toe te voorkomen dat loterijen uitsluitend op commerciële basis worden geëxploiteerd en worden beheerd door particuliere organisaties die zelf kunnen beschikken over de winsten uit deze activiteit. Dit kan een rechtvaardiging van de beperking op de vrijheden vormen wanneer het onaanvaardbaar wordt

¹¹⁰ Zie voor meer informatie over wat de eis tot een passende mate van openbaarheid inhoudt: E.R. Manunza ‘Alle aanbestedingen zijn interstatelijk’ in: E.R. Manunza en L.A.J. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Wolf Legal Publishers 2006, p. 71-91. Daarin bespreekt auteur ook de vragen of het Europees recht de nalatige nationale overheid tot maatregelen verplicht; op wie de plicht tot aankondiging van de concessieopdracht wordt gelegd; welke soorten opdrachten moeten worden gepubliceerd; en ten slotte hoe dient de aankondiging van de opdracht plaats te vinden.

HvJ EU 9 september 2010, C-64/08 (*Engelmann*), r.o. 49-50.

¹¹¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-49/16, (*Unibet International Ltd*), r.o. 41-43.

¹¹² HvJ EU 8 juli 2010, C-477/08 en C-488/08 (*Sjöberg en Gerdin*), r.o. 43.

geacht dat individueel profijt wordt getrokken uit de exploitatie van een maatschappelijke kwaal of uit de zwakheid van spelers en hun tegenslag. Betreffende de geschiktheid van de beperking bestaan dus geen aanmerkelijke bezwaren. Tegelijkertijd kan een winstverbod het lastiger maken om een afdrachteis aan ondernemingen te stellen (zie hierna); door aan winstmakende ondernemingen een afdrachteis te stellen, kan een deel van de opbrengsten voor goede doelen worden gebruikt. Winst en goede doelen kunnen wel hand in hand gaan. Maar als wij het winstverbod als zodanig beschouwen, kan een dergelijk verbod gezien worden als een geschikte maatregel om spelers te beschermen, doordat excessief aanbod wordt voorkomen.

Het winstverbod – noodzakelijk, consistent en coherent?

In het licht van de discretionaire ruimte die het Europees recht de lidstaten biedt en de doelstellingen van het Nederlandse beleid, lijkt een winstverbod te kunnen worden gerechtvaardigd. Bovendien sluit een winstverbod goed aan bij de doelstelling van het realiseren van een sociale markteconomie die de discretionaire ruimte die lidstaten hebben op het terrein van de regulering van gevoelige beleidsgebieden, zoals kansspelen, ondersteunt en versterkt. Maar de beperking die uit een winstverbod voortvloeit, dient niettemin noodzakelijk te zijn én het stelsel dient in zijn geheel consistent en coherent te zijn.

De vraag is in de eerste plaats of het winstverbod noodzakelijk is om de doelstelling van de spelersbescherming te bereiken. In het kansspelbeleid wordt een onderscheid gemaakt tussen ‘riskante kansspelen’ en ‘overige kansspelen’. Loterijen vallen onder de categorie overige kansspelen waarvan een minder groot risico voor de speler uitgaat dan van de riskante kansspelen die aanleiding kunnen geven tot dwangmatig speelgedrag. Een recent onderzoek van de Ksa naar de verslavingsrisico’s van kansspelen bevestigt dit: het verslavingsrisico voor goededoelenloterijen wordt als laagst beoordeeld in vergelijking met andere kansspelen.¹¹³ De noodzakelijkheid van de maatregel is hierdoor twijfelachtig. Hoewel uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, met name de *Stoß* zaak waarin de vraag wordt beantwoord of de vrijverkeerbepalingen in de weg staan aan de regionale publieke monopolies, volgt dat het niet vereist is dat een lidstaat ter rechtvaardiging van een regeling studies hoeft over te leggen waaruit de risico’s van het kansspel blijken,¹¹⁴ zou het niettemin in het licht van de noodzakelijkheidseis raadzaam kunnen zijn om behoedzaam met een winstverbod om te gaan.

Vervolgens staan ook de consistentie en coherentie van het gehele stelsel onder druk. Hoewel een beleidsmatig onderscheid bestaat tussen riskante en overige kansspelen, vindt dit onderscheid geen doorwerking in het winstverbod en is het de aanbieders van de minst risicovolle kansspelen – de loterijen – verboden winst te maken. Daarmee wordt onduidelijk welke doelstellingen van algemeen belang nu precies worden beoogd met de invoering van een winstverbod. Dit punt speelt nog duidelijker bij de verplichting een minimum percentage af te dragen aan goede doelen, zoals hierna zal worden uiteengezet.

¹¹³ D.E. de Bruin, *Assessment verslavingsgevoeligheid Nederlandse kanspelaanbod*, Den Haag/Utrecht: Kansspelautoriteit/CVO- Research & Consultancy 2017.

¹¹⁴ HvJ EU 8 september 2010, gev. zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07 (*Stoß*), r.o. 71-72.

2.4.3.5 Is een minimumpercentage afdracht aan goede doelen te rechtvaardigen?

Ook al valt de regeling van een minimumpercentage aan afdracht binnen de beoordelingsvrijheid van lidstaten, deze vrijheid is niet onbegrensd.

Bij de geschiktheid kunnen vraagtekens worden geplaatst

Overeenkomstig het eigen waardesysteem van de lidstaten en gelet op de beoordelingsbevoegdheid waarover zij beschikken, mag een lidstaat de exploitatie van kansspelen beperken door ze aan openbare of liefdadigheidsinstellingen toe te wijzen.¹¹⁵ Dit kan een rechtvaardiging vormen wanneer het onaanvaardbaar wordt geacht dat individueel profijt wordt getrokken uit de exploitatie van een maatschappelijke kwaal of uit de zwakheid van spelers en hun tegenslag. Daarnaast kan een beperking worden gerechtvaardigd wanneer de regeling ertoe strekt te voorkomen dat loterijen uitsluitend op commerciële basis worden geëxploiteerd en worden beheerd door particuliere organisaties die zelf kunnen beschikken over de winsten uit deze activiteit.¹¹⁶

De afdrachtsverplichting wordt gezien als “*een geschikt instrument om het loterijenaanbod te beperken en de vraag naar loterijproducten te kanaliseren naar een veilig en gereguleerd aanbod waarin de speler wordt beschermd tegen de aan kansspelen inherente risico's zoals kansspelverslaving en fraude*”.¹¹⁷ Met de afdrachtsverplichting wordt beoogd een toekomstbestendig loterijstelsel op te zetten waarbij ook doelstellingen van ‘filantropie’ op een afgewogen manier worden meegenomen. Dit sluit ook goed aan bij de grotere nadruk die sinds het Verdrag van Lissabon ligt op het verwezenlijken van sociale doelstellingen in het licht van het realiseren van een sociale markteconomie. Maar om te kunnen beoordelen of de belemmeringen op de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten uiteindelijk kunnen worden gerechtvaardigd, moet eerst - zoals hierna wordt besproken - duidelijk worden welke doelstellingen nu uiteindelijk worden beoogd met een verplichte afdracht.

Het ondersteunen van Nederlandse goede doelen

Indien het ondersteunen van Nederlandse goede doelen voorop staat, is de minimum afdracht echter niet zonder meer te rechtvaardigen. De hoofddoelstelling is dan het ondersteunen van goede doelen en niet zozeer “de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord.”

In de zaak *Gambelli* stelt het Hof van Justitie: “*Welnu, wanneer de autoriteiten van een lidstaat de consumenten aansporen en aanmoedigen om deel te nemen aan loterijen, kansspelen of weddenschappen opdat de schatkist er financieel beter van zou worden, kunnen de autoriteiten van deze staat zich niet op de met de beperking van de gelegenheden tot spelen gediende maatschappelijke orde beroepen ter rechtvaardiging van maatregelen als die in het hoofdgeding.*”¹¹⁸

Naar analogie van de *Gambelli* uitspraak kan worden geredeneerd dat wanneer consumenten worden aangespoord deel te nemen aan loterijen opdat goede doelen daarmee worden gediend, het

¹¹⁵ HvJ EU 8 juli 2010, C-447/08 en C-448/08 (*Sjöberg en Gerdin*), r.o. 43.

¹¹⁶ HvJ EU 8 juli 2010, C-447/08 en C-448/08 (*Sjöberg en Gerdin*), r.o. 42.

¹¹⁷ Nota van Toelichting bij de wijziging van het Kansspelbesluit, Besluit van 9 oktober 2019, houdende wijziging van het Kansspelenbesluit in verband met de verlaging van de minimaal verplichte procentuele afdracht ten behoeve van enig algemeen belang en een andere wijziging, Stb 2019, 353.

¹¹⁸ HvJ EU 6 november 2003, C-243/01 (*Gambelli*) r.o. 69.

vergunningenstelsel niet zonder meer gerechtvaardigd kan worden met een beroep op het voorkomen dat burgers worden aangespoord tot het deelnemen aan loterijen.

Niettemin stelt het Hof van Justitie in dezelfde zaak dat: *“Zoals uit punt 36 van het reeds aangehaalde arrest Zenatti blijkt dienen de beperkingen in elk geval te beantwoorden aan het streven, de gelegenheden om te spelen echt te verminderen, en mag de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn.”*¹¹⁹

Wanneer de goededoelenafdracht gezien wordt als een gunstig neveneffect van de beperkende maatregelen die als hoofddoel de beperking van gokverslaving kent, zou dat niet problematisch zijn in het licht van het vrije verkeer. Hierin wordt er wel vanuit gegaan dat de goede doelen onder sociale activiteiten geschaard kunnen worden. De bijdrage van de inkomsten van loterijen aan de financiering van activiteiten in het algemeen belang, zoals maatschappelijk en charitatief werk, sport en cultuur, kan een gunstig neveneffect vormen, maar kan dus geen zelfstandige rechtvaardigingsgrond zijn voor een beperking op de vrijheid van dienstverrichting. Wanneer dergelijke beperkingen ingegeven door het maatschappelijk nut, echter duidelijk beantwoorden aan het streven de gelegenheden tot spelen te verminderen, kunnen zij wel worden gerechtvaardigd, aldus het Hof van Justitie in *Zenatti*.¹²⁰

De vraag is wat nu het streven van de Nederlandse wetgever precies is. Een expansief gokbeleid ter ondersteuning van (Nederlandse) goede doelen, of het daadwerkelijk verminderen van de gelegenheid tot deelname aan loterijen?

De beperking van gokverslaving

Doordat het minimum afdrachtpercentage de waarde van het ‘gokproduct’ beperkt, aangezien aanbieders van loterijen minder financiële prikkels hebben om loterijen te organiseren en de prijzenpot verlaagd wordt, wordt ook de gokverslaving aangepakt. Indien aangetoond kan worden dat dit het hoofddoel of het werkelijke doel is¹²¹ van een open vergunningenstelsel met verplichte afdracht, lijkt de geschiktheid van de regeling aangetoond.

Bovendien lijkt de invoering van een vergunningenstelsel met verplichte afdracht aan goede doelen voor alle partijen te voldoen aan de eis dat gokactiviteiten op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt. In de *Läärä* zaak stelt het Hof van Justitie het volgende:

*“Naar wat in de verwijzingsbeschikking en in de opmerkingen van de Finse regering wordt verklaard, wordt met de in geding zijnde wettelijke regeling beoogd het exploiteren van de goklust van de mens aan banden te leggen, de aan die activiteiten verbonden risico’s van bedrog en andere criminele handelingen te vermijden, en die activiteiten slechts toe te staan voor zover ermee wordt beoogd, fondsen te werven voor caritatieve instellingen of ter ondersteuning van andere doelen van algemeen nut. Gelijk het Hof in het arrest Schindler (punt 58) overwoog, moeten deze overwegingen in hun onderlinge samenhang worden beschouwd.”*¹²²

¹¹⁹ HvJ EU 6 november 2003, C-243/01 (*Gambelli*) r.o. 62.

¹²⁰ HvJ EU 21 oktober 1999, C-67/98 (*Zenatti*), r.o. 36.

¹²¹ HvJ EU 6 maart 2007, gev. zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (*Placanica*), r.o. 52-55.

¹²² HvJ EU 21 september 1999, C-124/97 (*Läärä e.a.*), r.o. 32-33.

De hoogte van het percentage

De hoogte van het afdrachtpercentage heeft vooralsnog nauwelijks invloed op de rechtvaardigingsgronden. In de eerste plaats zullen bij een heel hoog percentage goede doelen beter ondersteund worden. Dit zou problematisch kunnen zijn gezien het feit dat de rechtspraak van het Hof van Justitie vooral vereist dat de regulering van kansspelen dient om de goklust van mensen aan banden te leggen. Tegelijkertijd zullen in dit geval de prijzen ook lager zijn, hetgeen een positieve invloed heeft op het voorkomen van kansspelverslaving. Dat betekent dat hetgeen hiervoor is opgemerkt onverkort geldt voor hogere afdrachtpercentages. Van belang blijft dat de doelstelling van het voorkomen en bestrijden van gokverslaving bovenaan blijft staan.

Het moet wel opgemerkt worden dat een hoog percentage een grotere invloed zou kunnen hebben op de vrijheid van ondernemerschap, dat ook de contractsvrijheid en het eigendomsrecht omhelst, beide grondrechten welke in het EU-Handvest zijn vervat. Deze grondrechten moeten worden meegenomen bij de toetsing van de afdrachtpercentages aan de rechtvaardigingsgronden en beperken de speelruimte van de wetgever (zie paragraaf 2.5).

2.4.3.6 Kan het poolingverbod gerechtvaardigd worden en zo ja, op basis van welke gronden?

Uit de toelichting op de Beleidsregels Niet-Incidente artikel 3 Loterijvergunningen blijkt dat het combineren van inleggelden verkregen uit verschillende loterijen een voor goededoelenloterijen ongewenste praktijk is, omdat het kan leiden tot marktverstoring en het *level playing field* tussen de verschillende aanbieders kan aantasten. Door te voorkomen dat de prijzenpot wordt verhoogd met inleggelden die in het buitenland zijn gegenereerd, kan de transparantie over de werkelijke omvang van de beschikbare prijzengelden en een zo eerlijk mogelijke en overzichtelijke opzet van de loterijen worden gewaarborgd. De wetgever acht dit van fundamenteel belang voor de speler en tevens noodzakelijk voor het houden van effectief toezicht door de Ksa. Het poolingverbod lijkt in de eerste plaats concurrentievervalsing tegen te gaan. Het verhogen van de prijzenpot door loterijaanbieders met gelden vanuit het buitenland heeft een concurrentievervalsend effect ten opzichte van Nederlandse ondernemingen. Aanbieders kunnen zo een aantrekkelijker aanbod genereren, ten nadele van concurrerende aanbieders op de Nederlandse markt. In de tweede plaats beschermt het poolingverbod de consument wiens inleggeld anders zou kunnen worden gebruikt voor de organisatie van andere kansspelen waarmee één of meerdere door hem beoogde goede doelen niet worden gesteund.¹²³

Het poolingverbod lijkt daarbij dus niet alleen geschikt om concurrentievervalsing te voorkomen maar enigszins ook om de consument te beschermen die immers anders niet zou weten of en, zo ja, welke goede doelen worden ondersteund. De doelstelling van het voorkomen van concurrentievervalsing is echter een 'economische doelstelling', welke in beginsel niet gerechtvaardigd kan worden, vooral wanneer het verbod om de prijzenpot op te hogen met gelden verkregen in het buitenland de bescherming van de concurrentie op de Nederlandse markt dient (zie hierover paragraaf 2.4.1). Dit is anders wanneer consumentenbescherming voorop staat en/of wanneer beargumenteerd kan worden dat de doelstelling van het voorkomen van concurrentievervalsing ten opzichte van Nederlandse aanbieders van loterijen uiteindelijk een verder liggend, niet-economisch doel, namelijk de bescherming van het consumenten, dient. Men zou kunnen betogen dat, verwijzend naar onze eerdere opmerkingen over het belang van de sociale markteconomie sinds het Verdrag van Lissabon, gecombineerde economische en sociale (of

¹²³ Beleidsregels niet-incidentele artikel 3 loterijvergunningen, *Stcrt* 2016, nr. 37159.

publieke) doelstellingen meer ruimte zouden moeten krijgen, ook binnen de context van de vrijverkeerbepalingen. Er is geen expliciete rechtspraak hierover, maar Nederland kan overwegen dit argument te gebruiken ter versterking van de keuze het poolingverbod te handhaven.

2.4.3.7 Kan het vestigingsvereiste gerechtvaardigd worden en zo ja, op basis waarvan?

Het uitgangspunt van de rechtspraak van het Hof van Justitie over kansspelen is dat een lidstaat het recht heeft de economische activiteiten te controleren die zich op zijn grondgebied afspelen, hetgeen hij niet zou kunnen doen indien hij zou moeten vertrouwen op controles die een andere lidstaat heeft uitgevoerd door middel van een regelgevingskader waar hij geen vat op heeft.¹²⁴ Lidstaten mogen eigen vergunningen verlenen en hoeven in andere lidstaten verleende vergunningen in beginsel niet volgens het principe van wederzijdse aanvaarding te erkennen. De vraag over de conformiteit met het EU-recht hangt vooral af van de voorwaarden die aan de vergunning worden verbonden en de beoogde doelstellingen.

Uit de toelichting op de Beleidsregels Niet-Incidentele artikel 3 Loterijvergunningen blijkt dat een nevenvestiging in Nederland is vereist in het kader van doorlopend en effectief toezicht door de Ksa, met name op de openbaarheid van de trekking. Tevens worden hiermee de doelstellingen van het kansspelbeleid nagestreefd, waaronder consumentenbescherming en het voorkomen van criminaliteit en fraude.¹²⁵ Middels het vestigingsvereiste kan de Ksa erop toe zien dat de loterijaanbieder de van toepassing zijnde regelgeving naleeft.

Geschiktheid van het vestigingsvereiste

Volgens het Hof van Justitie in *Engelmann* vormt de vestigingseis echter een discriminerende beperking die slechts kan worden gerechtvaardigd op grond van de openbare orde, de openbare veiligheid en/of de volksgezondheid.¹²⁶ In deze zaak gaat het Hof van Justitie niet expliciet in op het discriminerend karakter van de vestigingseis en de rechtvaardigingsgrond, maar concentreert zich op evenredigheidsvereiste. Het Hof overweegt hiertoe:

*“Zonder dat hoeft te worden nagegaan of dit doel onder de noemer „openbare orde” kan vallen, kan dienaangaande worden volstaan met de vaststelling dat de absolute uitsluiting van in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemers onevenredig is, omdat dit verder gaat dan noodzakelijk is ter bestrijding van criminaliteit. Er bestaan immers verschillende middelen om de activiteiten en de rekeningen van deze marktdeelnemers te controleren.”*¹²⁷

In een later arrest van dat jaar stelt het Hof van Justitie zich meer terughoudend op. In *Dickinger en Ömer*, een zaak die dezelfde Oostenrijkse regeling betrof, bepaalde het Hof van Justitie dat het aan de verwijzende rechter is om vast te stellen of de door de Oostenrijkse regering aangevoerde rechtvaardigingsgronden onder het begrip openbare orde kunnen vallen en om na te gaan of het vereiste voldoet aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie erkende criteria van noodzakelijkheid en evenredigheid.¹²⁸ Hierin dient de verwijzende rechter met name te onderzoeken

¹²⁴ HvJ EU 15 september 2011, C-347/09 (*Dickinger en Ömer*), r.o. 98.

¹²⁵ Beleidsregels niet-incidentele artikel 3 loterijvergunningen, *Stcrt* 2016, nr. 37159.

¹²⁶ HvJ EU 9 september 2010, C-64/08 (*Engelmann*), r.o. 34-35.

¹²⁷ HvJ EU 9 september 2010, C-64/08 (*Engelmann*), r.o. 37.

¹²⁸ HvJ EU 15 september 2011, C-347/09 (*Dickinger en Ömer*), r.o. 83. Het Hof stelt dat het een discriminerende beperking vormt die enkel gerechtvaardigd kan zijn uit hoofde van een van de redenen in artikel 46 EG (bescherming openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid) (r.o. 79). Het legt uit dat het begrip openbare orde enerzijds een werkelijke en

of er andere, minder beperkende, middelen bestaan die kunnen waarborgen dat de spelen even streng worden gecontroleerd.¹²⁹

Het is in de eerste plaats van belang dat het Hof van Justitie een beroep op de openbareorde-exceptie in deze gevallen niet bij voorbaat uitsluit. Waarschijnlijk heeft dit te maken met de ruime beoordelingsvrijheid van lidstaten om kansspelen en loterijen te reguleren en sluit deze rechtspraak aan bij de hierboven genoemde *Josemans* zaak over het Nederlandse softdrugsbeleid. Doorslaggevend voor een geslaagd beroep op de Verdragsexceptie dan wel de ‘Rule of Reason’ lijkt uiteindelijk de proportionaliteitstoets.

In de tweede plaats vindt het Hof van Justitie dat een dergelijke beperking in ieder geval niet kan worden gerechtvaardigd wanneer deze erop gericht is de opbrengsten voor de schatkist te maximaliseren.¹³⁰

Recent heeft het Hof van Justitie zich weer uitgesproken in lijn met het *Engelmann* arrest. *Sporting Odds* betrof een Hongaarse regeling die uitsluitend vergunningen voor het aanbieden van onlinekansspelen verleende aan concessiehouders die op het nationale grondgebied een casino exploiteren. Het Hof van Justitie concludeert dat de voorwaarde van een vaste inrichting of de oprichting van een dochteronderneming in de lidstaat waar de dienst wordt verricht verder gaat dan wat als evenredig kan worden beschouwd, aangezien het voorschrift niet onmisbaar is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken en minder restrictieve maatregelen bestaan.¹³¹

Twijfels over de noodzakelijkheid van de vestigingseis

In een Kamerbrief in het wetsvoorstel Kansspelen op afstand wordt inzicht gegeven in de redenering waarom ervoor wordt gekozen het vestigingsvereiste slechts op te leggen aan aanbieders zonder vestiging binnen de EU:

“Een vestigingsvereiste in Nederland voor vergunninghouders die elders binnen de EU/EER gevestigd zijn, vormt een discriminatoire beperking van het vrije dienstenverkeer. Onder andere uit een recente uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over het Hongaarse stelsel, volgt dat een vestigingsvereiste niet te rechtvaardigen is.[HvJ EU 28 februari 2018, C-3/17 (Sporting Odds), ECLI:EU:C:2018:130]. Het Hof oordeelde in die zaak dat de maatregel verder gaat dan noodzakelijk is, aangezien minder vergaande maatregelen mogelijk zijn om het beoogde doel te bereiken (daarmee de nationale rechter geen ruimte latend om tot een ander oordeel te komen). Een vestigingsvereiste voldoet dus niet aan het noodzakelijkheidsvereiste. In het licht van het Europees recht is het daarom niet houdbaar om van vergunninghouders die gevestigd zijn binnen de EU/EER, een vorm van vestiging in Nederland te vereisen.”¹³²

In de jurisprudentie vinden we indicaties dat er minder vergaande beperkingen dan een vestigingsvereiste mogelijk zijn om deze doelstellingen te bereiken. Zo betrof *HIT en HIT LARIX* een regeling waarin slechts een vergunning werd verleend in het geval de wettelijke bepalingen van

voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang impliceert, en anderzijds als rechtvaardiging van een afwijking van een fundamenteel verdragsbeginsel restrictief moet worden uitgelegd (r.o. 82).

¹²⁹ HvJ EU 15 september 2011, C-347/09 (*Dickinger en Ömer*), r.o. 84.

¹³⁰ HvJ EU 15 september 2011, C-347/09 (*Dickinger en Ömer*), r.o. 81.

¹³¹ HvJ EU 28 februari 2018, C-3/17 (*Sporting Odds*), r.o. 43-44.

¹³² *Kamerstukken II* 2017/18, 24 557, 148, p. 2. Dit wordt herhaald in een Kamerbrief *Kamerstukken I* 2017/18, 33 996, G, p. 47 – 48, in de Nota naar aanleiding van het verslag *Kamerstukken I* 2018/19, 33 998, I, p. 12 en in het Besluit kansspelen op afstand *Kamerstukken II* 2019/2020, 33 996, 76, p. 44. De minister voor rechtsbescherming geeft een nog uitgebreidere uiteenzetting in *Kamerstukken II* 2019/2020, 33 996, 77, p. 18 – 19.

de lidstaat waaraan de aanbieder is onderworpen ten minste overeenkomen met die in het land waar die worden aangeboden, in dit geval de Oostenrijkse wettelijke bepalingen.¹³³ Volgens het Hof van Justitie voldoet deze regeling aan de evenredigheidsvoorwaarde wanneer de regeling zich beperkt tot het eisen van waarborgen voor consumentenbescherming die gelijkwaardig zijn aan de nationale regeling.¹³⁴ De betreffende regeling gaat niet verder dan nodig wanneer voor de verkrijging van de vergunning enkel het bewijs wordt geëist dat de bescherming tegen de gevaren van het spel van gelijkwaardig niveau is.¹³⁵ De regeling zou onevenredig zijn indien zij voorschreef dat in de andere lidstaat identieke regels moeten gelden of indien zij regels bevatte zonder rechtstreeks verband met de bescherming tegen de gevaren van het spel.¹³⁶

Daarnaast heeft het Hof van Justitie zich in *Unibet International* uitgesproken over het slechts verlenen van vergunningen aan ‘betrouwbare kansspelaanbieders’. Voor zover dit begrip inhield dat kansspelaanbieders ten minste tien jaar kansspelen op het grondgebied van de lidstaat hebben georganiseerd, overwoog het Hof van Justitie dat de regeling discriminerend werkt nu nationale aanbieders gemakkelijker aan deze voorwaarde kunnen voldoen.¹³⁷ Als de termijn ten minste drie jaar betreft, is het Hof van Justitie van mening dat de regeling geen voordeel biedt voor de nationale aanbieders en kan de rechtvaardiging worden gevonden in de doelstelling van algemeen belang.¹³⁸

Coherentie en consistentie

De consistentie en coherentie van deze regeling in het stelsel vormt geen probleem. Een vestigingsvereiste geldt niet voor de Lotto en Staatsloterij, maar het onderscheid tussen deze loterijen en goededoelenloterijen is gerechtvaardigd, nu de Lotto en Staatsloterij haar hoofdvestiging zich binnen Nederland bevindt.

2.5 De juridische toelaatbaarheid van de Nederlandse loterijwetgeving moet ook worden getoetst aan het EU-Handvest van de Grondrechten

Relevant voor de vormgeving van de Nederlandse kansspelregulering is ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest) dat fundamentele Europese rechten bevat, ook al lijkt de toegevoegde waarde van het EU-Handvest ingeval van toetsing aan de vrijverkeerbepalingen vooralsnog beperkt. Aangezien in rechtszaken steeds vaker een beroep wordt gedaan op het EU-Handvest en ook het Hof van Justitie zich hierover heeft uitgesproken met betrekking tot de regulering van kansspelen, toetsen wij voor de volledigheid de Nederlandse loterijwetgeving aan het EU-Handvest.

Voor loterijen en meer in het algemeen voor kansspelen zijn met name de vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom van belang. De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken (artikel 16).¹³⁹ Op basis van het recht op eigendom heeft eenieder het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken (artikel

¹³³ HvJ EU 12 juli 2012, C-176/11 (*HIT en HIT LARIX*), r.o. 18.

¹³⁴ HvJ EU 12 juli 2012, C-176/11 (*HIT en HIT LARIX*), r.o. 29.

¹³⁵ HvJ EU 12 juli 2012, C-176/11 (*HIT en HIT LARIX*), r.o. 31.

¹³⁶ HvJ EU 12 juli 2012, C-176/11 (*HIT en HIT LARIX*), r.o. 32.

¹³⁷ HvJ EU 22 juni 2017, C-49/16 (*Unibet International*), r.o. 44-45.

¹³⁸ HvJ EU 22 juni 2017, C-49/16 (*Unibet International*), r.o. 46.

¹³⁹ Dit artikel is gebaseerd op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, dat de vrijheid om een economische of een handelsactiviteit uit te oefenen heeft erkend. Zie o.a. HvJ EU 14 mei 1974, zaak 4/73 (*Nold*), r.o. 14, en van 27 september 1979, zaak 230/78 (*SpA Eridania e.a.*), r.o. 20 en 31).

17).¹⁴⁰ Met name de vrijheid van ondernemerschap is een Unierechtelijk grondrecht dat inmiddels onderwerp is van levendige rechtspraak van het Hof van Justitie, waarbij in verschillende uitspraken het belang van de vrijheid van ondernemerschap is onderstreept.¹⁴¹

2.5.1 In hoeverre is het EU-Handvest relevant voor de toets van de juridische toelaatbaarheid van het juridische loterijstelsel?

De vraag is in hoeverre de grondrechten uit het EU-Handvest randvoorwaarden creëren voor de Nederlandse kansspelregulering. Relevant is allereerst Artikel 6 lid 1 VEU dat bepaalt “[d]e Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de Grondrechten (...) dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.” Dit uitgangspunt wordt in Artikel 51(1) EU-Handvest nader uitgewerkt. De Europese lidstaten zijn gehouden de grondrechten uit het Handvest te respecteren “wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen”. Alleen in deze situatie is het EU-Handvest van toepassing.

Uit het arrest *Pfleger* van het Hof van Justitie uit 2014 blijkt dat een lidstaat, die een nationale maatregel introduceert waarmee het vrije verkeer op de interne markt wordt belemmerd, onder de reikwijdte van het EU-Handvest valt en derhalve gehouden is om zich aan deze grondrechten te houden. Het Hof concludeert in dit arrest, waarin een Oostenrijks vergunningensysteem voor kansspelautomaten centraal stond, dat de grondrechten uit het EU-Handvest ook van toepassing zijn op een situatie waarin een nationale regeling een beperking van het vrij verkeer vormt en een lidstaat een beroep doet op een rechtvaardigingsgrond. In dit arrest werd beroep ingesteld door de eigenaren van kansspelautomaten in Oostenrijk. Deze automaten waren in beslag genomen door de bevoegde autoriteiten wegens het ontbreken van een verplichte vergunning. Het Hof van Justitie concludeert in deze zaak dat:

*“[...] een nationale regeling, die de uitoefening van een of meerdere door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden blijkt te belemmeren, slechts in aanmerking kan komen voor de in het Unierecht neergelegde uitzonderingen om die belemmering te rechtvaardigen voor zover dat in overeenstemming is met de grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. Die verplichting om de grondrechten in acht te nemen valt duidelijk binnen de werkingssfeer van het Unierecht en dus van het Handvest.”*¹⁴²

De nationale regeling kon in het arrest *Pfleger* derhalve alleen worden gerechtvaardigd als deze ook in overeenstemming was met de grondrechten uit het EU-Handvest. Het beroep op een rechtvaardigingsgrond moet derhalve ook voldoen aan de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht en de in het EU-Handvest neergelegde grondrechten. Als gevolg valt de toepassing van een uitzondering op de vrij verkeer regels door een lidstaat onder het toepassingsbereik van het EU-Handvest.¹⁴³

Rekening houdend met deze dimensie bij de regulering van loterijen is van belang voor rechtszaken die potentiële loterijenmarktspelers bij de nationale rechter zouden kunnen aanspannen.

¹⁴⁰ Zie ook Artikel 1 van het aanvullend protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

¹⁴¹ Zie, bijvoorbeeld, HvJEU 24 november 2011, C-70/10 (*Scarlet Extended*); HvJEU 18 juli 2013, C-426/11 (*Mark Alemo-Herron and Others v Parkwood Leisure Ltd*); Zie ook P. Oliver, Companies and their fundamental rights: a comparative perspective, *International and Comparative Law Quarterly*, 2015; P. Oliver, What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?.

¹⁴² HvJEU 30 april 2014, C-390/12 (*Pfleger e.a.*), r.o. 36.

¹⁴³ Artikel 51 lid 1 EU-Handvest.

2.5.2 Het winstverbod, de minimum afdracht en nevenvestiging in het licht van het EU-Handvest

Uit de analyse in de vorige paragrafen volgt dat de Nederlandse loterijwetgeving belemmerend werkt voor de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten. Volgens het Hof van Justitie in de *Pfleger* zaak geldt dat “*een beperkende nationale regeling in de zin van artikel 56 VWEU [...] eveneens een beperking kan inhouden van de vrijheid van beroep, de vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom zoals neergelegd in de artikelen 15 tot en met 17 van het Handvest*”.¹⁴⁴ Het EU-Handvest is dus van belang bij de Europeesrechtelijke beoordeling van het winstverbod, het poolingverbod, de verplichte afdracht en de eis van nevenvestiging.

Een grote inperking op de vrijheid van ondernemerschap en het eigendomsrecht

Daar een winstverbod de kern van de vrijheid van ondernemerschap raakt, kan dit ook nog problematisch zijn in het licht van Artikel 16 EU-Handvest.¹⁴⁵ Volgens het Hof van Justitie in de *Sky Österreich* zaak omvat “*de bij genoemd artikel 16 verleende bescherming [...] de vrijheid om een economische activiteit of een handelsactiviteit uit te oefenen, de contractsvrijheid en de vrije mededinging, zoals voortvloeit uit de toelichtingen bij dit artikel, die overeenkomstig artikel 6, lid 1, derde alinea, VEU en artikel 52, lid 7 van het Handvest voor de uitlegging daarvan in acht moeten worden genomen [...]. Voorts behelst de contractsvrijheid onder meer de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer [...] alsmede de vrijheid om de prijs voor een verrichting te bepalen [...]*.”¹⁴⁶ In dit verband is ook een toets aan Artikel 17 EU-Handvest - het recht op eigendom - en Artikel 1 Eerste Protocol EVRM (EP EVRM) belangrijk. Zonder nader op diepgaande wijze op de rechtspraak over deze grondrechten in te gaan, is het gezien de relevantie van deze grondrechten van belang dat volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een recht of belang dat geen fysieke vorm heeft onder het begrip ‘eigendom’ valt. Wanneer dit recht een objectief vast te stellen economische waarde vertegenwoordigt,¹⁴⁷ zoals de winst van een dergelijke waarde, kan deze winst als eigendom in de zin van Artikel 1 EP EVRM en dus Artikel 17 EU-Handvest worden gezien.

Een verplichte afdracht voor aanbieders van loterijen aan goede doelen beperkt eveneens de vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom uit het EU-Handvest. Hoe hoger de afdracht, hoe groter de inperking is op de handelingsvrijheid van ondernemers.

Wat betreft de eis van vestiging geldt, zoals ook blijkt uit de hierboven besproken *Pfleger* zaak, dat hier de vrijheid van ondernemerschap in het geding is. Of dat in gelijke mate geldt voor het poolingverbod is overigens vooralsnog onzeker.

Maar de rechten en beginselen uit het EU Handvest zijn niet absoluut

Doch maakt het Hof van Justitie in zijn rechtspraak duidelijk dat de artikelen 16 en 17 EU-Handvest geen absoluut karakter kennen, net zoals dat het geval is bij de vrijverkeerbepalingen en dat de overheid daar beperkingen aan kan stellen.

¹⁴⁴ HvJ EU 30 april 2014, C-390/12 (*Pfleger e.a.*), r.o. 57.

¹⁴⁵ HvJ EU 30 april 2014, C-390/12 (*Pfleger e.a.*), r.o. 57. Zie ook S. Peers, T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (Eds), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary* (Hart Publishing, Oxford, 2014), p. 437-463.

¹⁴⁶ HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11 (*Sky Österreich*), r.o. 42-42.

¹⁴⁷ EHRM 12 juli 2016, 562/05 (*SIA AKKA/LAA/Letland*), r.o. 54; zie ook het advies over het Reguleren van Winstuitkering door Zorgaanbieders van 17 december 2018 (Mr. J.M. Veenbrink, dr. L.R. Glas en prof. mr. J.W. van de Gronden - Vaksectie Internationaal en Europees recht, Radboud Universiteit).

Grondrechten uit het EU-Handvest worden onderworpen aan de beperkingen zoals genoemd in Artikel 52, lid 1 EU-Handvest: *“Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkend rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”*

Wat betreft artikel 16 EU-Handvest overweegt het Hof van Justitie: *“Volgens de rechtspraak van het Hof heeft de vrijheid van ondernemerschap echter geen absolute gelding, maar moet deze in relatie tot haar maatschappelijke functie worden beschouwd [...]. Op basis van die rechtspraak en gelet op de bewoordingen van artikel 16 van het Handvest [...] kan door de overheid op een groot aantal wijzen in de vrijheid van ondernemerschap worden ingegrepen. Met dit overheidsingrijpen kunnen, in het algemeen belang, beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit worden gesteld.”*¹⁴⁸

Dit betekent dus dat het aanbieden van loterijen door bijvoorbeeld een winstverbod, het stellen van een minimum afdrachtpercentage of een eis van nevenvestiging, ook wanneer de grondrechten uit het EU-Handvest, zoals hier de vrijheid van ondernemerschap, in het geding zijn, beperkt mag worden. Er zal uiteindelijk een afweging gemaakt moeten worden aan de hand van de proportionaliteitstoets of de wetgever de ondernemingsvrijheid (en het recht op eigendom) niet te zeer heeft beperkt.¹⁴⁹ Wat betreft het minimum afdrachtpercentage voor goede doelen, hoe hoger het afdracht-percentage, hoe moeilijker de beperkende wetgeving gerechtvaardigd kan worden in het licht van de vrijheid van ondernemerschap. Dit ligt dus mogelijk anders wanneer getoetst wordt aan de vrijverkeerbepalingen, zoals hierboven in paragraaf 2.4.3.5 uiteen is gezet. Voor de vestigingseis geldt dat dit waarschijnlijk een te ingrijpende beperking op het vrije verkeer en de ondernemersvrijheid vormt.

2.6 Concluderende opmerkingen

De regulering van loterijen beperkt al snel het vrije verkeer op de interne markt en de grondrechten op eigendom en vrijheid van ondernemerschap die in het EU-Handvest zijn vervat. De nadruk ligt daarom op de rechtvaardigingsgronden. Het Hof van Justitie heeft inmiddels in een indrukwekkend aantal zaken op het terrein van kansspelen benadrukt dat lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid hebben om kansspelen en dus loterijen te reguleren, maar dat deze bevoegdheid niet onbegrensd is. In welke mate de veranderende verdragscontext - sinds het Verdrag van Lissabon - met meer nadruk op sociale, maatschappelijke en publieke doelstellingen en op een interne markt die gegrondvest is op de sociale markteconomie, invloed heeft op de beoordeling van de proportionaliteit van het Nederlandse loterijstelsel, is vooralsnog lastig te duiden.

Taboe blijven in ieder geval vereisten of verboden die gericht zijn op het verwezenlijken van economische doelstellingen en die niet voldoen aan het proportionaliteitsvereiste. Uit de

¹⁴⁸ HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11 (*Sky Oostenrijk*), r.o. 45-46.

¹⁴⁹ Zie, bijvoorbeeld, M. Everson & R. Correia Goncalves, Article 16 – Freedom to Conduct a Business, in: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (Eds), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary* (Hart Publishing, Oxford, 2014), p. 461. S. A. de Vries, De aansprakelijkheid van ISP's en illegaal downloaden van films: botsende grondrechten voor het Hof van Justitie, in: A. Pahladsingh & S. de Vries, *JHG EU-Handvest Selecties*, SDU, Den Haag, 2016, p. 320-321.

rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt verder dat van de verschillende publieke belangen die gepaard gaan met de regulering van loterijen, het belang van het terugdringen van kansspelverslaving bovenaan staat.

2.6.1 Concluderende opmerkingen ten aanzien van het poolingverbod en de vestigingseis

- Het *poolingverbod* en de *vestigingseis* zijn het meest problematisch in het licht van de Artikelen 49 en 56 VWEU (De vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten).
- De doelstelling van het voorkomen van concurrentievervalsing die met het *poolingverbod* wordt nagestreefd lijkt vooral van economisch aard te zijn, hetgeen volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie geen gerechtvaardigde doelstelling kan zijn voor inbreuken op het vrije verkeer. Pas als duidelijk aangetoond kan worden dat (verder liggende) doelstellingen van niet-economische aard, zoals consumentenbescherming, worden nagestreefd, zou het poolingverbod gerechtvaardigd kunnen worden.
- De *vestigingseis* is indirect discriminerend en vormt daarmee een ernstige beperking van het vrije verkeer. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie, o.a. de zaken *Engelmann*, *Omer* en *Unibet*, worden vestigingseisen - zeker wanneer een lange termijn geldt voor buitenlandse aanbieders van loterijen - vaak gezien als onevenredig. In ieder geval zal de lidstaat moeten onderzoeken of er geen minder belemmerende alternatieven bestaan die evengoed waarborgen dat de spelen worden gecontroleerd.
- Met de openstelling van het loterijstelsel, zoals in de tweede en derde toekomstige denkrichtingen voorgesteld die in paragraaf 1.4 zijn besproken, vervalt de vanzelfsprekendheid van de hoofdvestiging van de Lotto en Staatsloterij in Nederland. Indien als gevolg hiervan voor deze loterijen een vestigingseis zou worden geïntroduceerd, moet men zich wel realiseren dat dit een waarschijnlijke onevenredige belemmering van het vrije verkeer vormt.
- Bovendien is de eis van nevenvestiging problematisch in het licht van het EU-Handvest en in het bijzonder de daarin vervatte grondrecht op de vrijheid on ondernemerschap.

2.6.2 Concluderende opmerkingen ten aanzien van het winstverbod

- Een regeling die het winstoogmerk bij de exploitatie van kansspelen strikt beperkt, kan volgens het Hof van Justitie in de zaak *Schindler* verenigbaar zijn met de vrijverkeerbepalingen. Een winstverbod kan ook passen - indien goed beargumenteerd - in het streven van de EU naar een sociale markteconomie.
- De doelstellingen van het winstverbod dienen echter wel duidelijk, coherent en consistent te worden geformuleerd. Daar bestaan wel twijfels over voor wat betreft het Nederlandse loterijstelsel.
- Er moet dus behoedzaam met een winstverbod worden omgegaan. Uitgangspunt moet zijn dat een winstverbod dient ter beperking of terugdringing van kansspelverslaving.
- Daarnaast is het winstverbod problematisch in het licht van het EU-Handvest en in het bijzonder de daarin vervatte grondrechten op eigendom en de vrijheid on ondernemerschap.

2.6.3 Concluderende opmerkingen ten aanzien van de minimum afdracht aan goede doelen

- Wanneer een minimum afdracht voor goede doelen wordt ingegeven door het maatschappelijk nut en beantwoordt aan het streven de gelegenheden tot spelen te verminderen, kan zij worden gerechtvaardigd, aldus het Hof van Justitie in *Zenatti*.
- Maar uit het arrest *Zenatti* blijkt ook dat de beperkingen op het vrije verkeer in elk geval moeten beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen daadwerkelijk te verminderen.
- De financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit toegelaten spelen mogen volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie slechts een gunstig neveneffect zijn en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn. Dit betekent dus dat de vraag of een uniform minimum afdrachtpercentage toegelaten is, afhangt van de wijze waarop die is geformuleerd en vooral van de doelstellingen die de regeling nastreeft.
- Een open loterijstelsel met vergunningen en een verplicht afdracht-percentages moet dus zo worden vormgegeven dat de *hoofddoelstelling* niet stoelt op het ondersteunen van goede doelen in Nederland, maar gericht is op het terugdringen van kansspelsverslaving.
- Daarnaast beperkt een eis van een minimum percentage dat moet worden afgedragen aan goede doelen de vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom zoals neergelegd in de Artikelen 16 en 17 van het EU-Handvest, maar kan wel gerechtvaardigd worden in het licht van Artikel 52 lid 1 EU-Handvest indien blijkt dat de verplichte afdracht uiteindelijk de doelstelling van het terugdringen van kansspelsverslaving dient.
- De hoogte van het percentage kan van belang zijn in de beoordeling van welke doelstelling nu precies wordt beoogd en of de eisen geschikt en noodzakelijk zijn. Dit is met name van belang wanneer ook de vrijheid van ondernemerschap in het geding is. Hoe hoger het afdrachtpercentage, hoe sterker deze vrijheid wordt ingeperkt.

DEEL III¹⁵⁰

De wettelijke monopolies: is de rechtstreekse verlening van vergunningen in overeenstemming met het Europees recht?

3.1. Inleiding

In dit Deel III richten we ons op beantwoording van een gedeelte van onderzoeksvraag 1 die het loterijstelsel in algemene zin beoogd te beoordelen en die luidt “In hoeverre kan het huidige juridische loterijenstelsel - in algemene zin - in overeenstemming worden bevonden met het Europees recht waarvan in het bijzonder de regels inzake het vrije verkeer van diensten en het vestigingsrecht? Zo niet geeft u een korte bespreking van wat als problematisch geldt”. Specifiek toetsen wij in dit gedeelte het systeem van de wettelijke monopolies aan het Europees recht. Het antwoord hierop hangt van de volgende twee vragen af.

De eerste vraag “*in hoeverre het huidige Nederlandse duale stelsel in overeenstemming is met de eisen van coherentie en consistentie zoals door het Europees recht gesteld*” is reeds aan bod geweest in Deel I bij dit rapport.

De tweede vraag die in dit Deel III aan de orde komt is *in hoeverre de rechtstreekse gunningen binnen de wettelijke monopolies in overeenstemming zijn te beschouwen met het Europees recht.*

In wezen gaat het bij deze tweede vraag om het bezien in hoeverre het rechtstreeks verstrekken van vergunningen aan de twee dochterondernemingen van de Nederlandse Loterij B.V. - de Staatsloterij B.V. en de Lotto B.V. - in overeenstemming is met de competitieverplichtingen die het Europees recht stelt voor de verstrekking van vergunningen, aangezien deze niet in competitie worden vergund en dit - zoals eerder behandeld - een belemmering van de vrijheid van diensten vormt. Het gaat zowel om de vergunning die op grond van Artikel 9 WOK aan de Staatsloterij B.V. voor onbepaalde tijd is verleend voor het houden van een staatsloterij als om de vergunning die aan de Lotto B.V. is verleend voor bepaalde tijd voor het houden van het lottospel op basis van Artikel 27 WOK.¹⁵¹

De ABRvS deed op 10 maart 2021 in twee zaken uitspraak. De eerste van deze twee zaken werd aangespannen door Stichting Speel Verantwoord - inmiddels de Nederlandse Online Gambling Associatie (NOGA) - en ging over de vergunningverleningen aan Lotto B.V. en aan Staatsloterij B.V. De tweede zaak werd door Sporting Exchange Limited (Betfair) aangespannen en gaat over de vergunningsverlening aan de Lotto B.V. Gevraagd om in beide zaken te oordelen over (o.a.) de vraag of de tenaamstelling van de verleende vergunningen mocht worden gewijzigd,¹⁵² besloot de rechter dat de vergunningen aan de Lotto B.V. en aan de Staatsloterij B.V. rechtstreeks verleend

¹⁵⁰ Bevindingen en inzichten in dit Deel III zijn grotendeels gebaseerd op een advies over dezelfde materie dat E.R. Manunza in 2016 schreef voor de Kansspelautoriteit “over de vraag of de Nederlandse Loterij B.V. onder een van de twee uitzonderingen op het transparantiebeginsel als genoemd in het *Betfair*-arrest valt”.

¹⁵¹ <https://www.nederlandseloterij.nl/vergunningen>. De vergunning voor het lottospel is verleend voor de periode 2017-2021: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2019-29571.html>. Aan de Lotto B.V. is ook vergunning verleend voor een instantloterij op grond van art. 14 WOK maar deze valt buiten het bestek van deze studie <https://www.nederlandseloterij.nl/vergunningen/instantloterij>

¹⁵² ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:470 (NOGA) en ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:468 (Sporting Exchange Limited [Betfair]).

hadden mogen worden (meer over deze zaken in paragraaf 3.4.2).¹⁵³

Door de beslissing in laatste instantie in deze zaken lijkt in ieder geval een einde te zijn gekomen aan de discussie die in de laatste jaren diverse malen bij de Nederlandse rechter is gevoerd over de vraag naar de juridische (on)toelaatbaarheid van de rechtstreekse vergunningsverlening aan de Staatsloterij B.V. voor het houden van een staatsloterij. Deze vergunning is immers verstrekt voor ‘onbepaalde tijd’ hetgeen een nieuwe analyse van die vraag in dit rapport overbodig maakt en blijft daarom verder buiten beschouwing. Anders is de situatie als het gaat om dezelfde vraag, maar dan ten aanzien van de vergunningen die met regelmaat aan de Lotto B.V voor ‘bepaalde’ tijd worden verstrekt. Het Nederlandse vergunningsstelsel en de ondernemingsrechtelijke organisatie van de kansspelen is steeds aan verandering onderhevig. Bij iedere nieuwe vergunningverlening en mogelijke reorganisatie opent zich namelijk de mogelijkheid voor potentiële gelaedeerde partijen om die rechtstreekse verstrekking bij de rechter aan te vechten op grond van nieuwe feiten en omstandigheden.

Aangezien een van de denkrichtingen die het ministerie van Justitie & Veiligheid overweegt voor de toekomstige inrichting van het loterijstelsel, het behouden van het huidige duale stelsel is, is het nuttig om in dit rapport enkele aspecten die de vergunningverleningen aan de Lotto B.V. betreffen nader te analyseren.

Vertrekpunt voor deze analyse is het *Betfair* arrest van 3 juni 2010 waarin het Hof van Justitie in antwoord op prejudiciële vragen van de ABRvS bepaalde dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting van toepassing zijn op procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan één exploitant op het gebied van de kansspelen.¹⁵⁴ Het Hof formuleerde een tweetal uitzonderingen op de Europeesrechtelijke eis om de vergunningen op basis van het transparantiebeginsel in competitie te verstrekken. Deze twee uitzonderingen creëren de mogelijkheid om een vergunning op het terrein van de kansspelen zonder competitieve procedure - onderhands dus - te verstrekken:

- (i) aan een openbare exploitant wanneer het beheer van deze laatste onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat dan wel
- (ii) aan een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.¹⁵⁵

Vanuit Europeesrechtelijk oogpunt is het dus fundamenteel om te bepalen of de Lotto B.V. als vergunninghouder een ‘openbare exploitant’ dan wel ‘particuliere exploitant’ is en of het toezicht dat op de Lotto B.V. wordt uitgeoefend ‘rechtstreeks’ plaatsvindt dan wel ‘streng’ is. Dit vergt een analyse van zowel de statutaire organisatie van de holdingmaatschappij de Nederlandse Loterij B.V., waaronder de Lotto B.V. sinds 30 maart 2016 valt na een fusie van de tot dan toe bestaande stichtingen SNS met SENS (Stichting Exploitatie Nederlandse Loterij), als van de Lotto B.V.

¹⁵³ Zie p. 5.2.5 van de uitspraak ECLI:NL:RVS:2021:468 genoemd in de voorgaande voetnoot. Beide zaken

¹⁵⁴ HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (*Sporting Exchange Ltd tegen Minister van Justitie*).

¹⁵⁵ In de letterlijk bewoordingen van het Hof: “hoe dan ook kunnen worden geacht te zijn gerechtvaardigd, indien de betrokken lidstaat zou besluiten de vergunning te verlenen aan of te verlengen voor een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen” (r.o. 59).

Verder is ook een analyse noodzakelijk van de relevante rechtsverhoudingen die van invloed kunnen zijn op vorm en mate van toezicht. Voor de vergunningverleningen aan de Lotto B.V. zijn de rechtsverhoudingen relevant (i) tussen de Staat en de holdingmaatschappij de Nederlandse Loterij B.V.; (ii) tussen de Staat en de dochtermaatschappij Lotto B.V.; (iii) tussen de holdingmaatschappij de Nederlandse Loterij B.V. en de dochtermaatschappij Lotto B.V.¹⁵⁶

Bij de toepassing van de *Betfair* uitzonderingen gaat het kortom binnen het Europees recht om het bepalen van de vorm en de mate van Staats-(overheids-)toezicht op de vergunninghouder. Het verbaast daarom niet dat Advocaat-Generaal Bot in zijn conclusie bij het *Betfair* arrest¹⁵⁷, die een gelijkkluidende strekking heeft als het arrest, uitdrukkelijk verwijst naar jurisprudentie uit het aanbestedingsrecht waarin het inbestedingsvraagstuk als uitzondering op de aanbestedingsplicht is geïntroduceerd, en specifiek naar het *Teckal* arrest uit 1999.¹⁵⁸ Het Hof van Justitie formuleerde in het *Teckal* arrest een uitzondering op de aanbestedingsplicht voor de situatie waarin de overheid een dienst ‘in eigen beheer’ uitvoert - binnen de eigen organisatie dus (*inbesteden*) -, in plaats van die door een derde via een competitieve procedure te laten uitvoeren (*aanbesteden*). Bepalend daarbij is de vorm van toezicht.

We herinneren eraan dat het Europees aanbestedingsrecht onder de regels van de interne markt valt en dus ook onder het vrij verkeer van diensten en dat een aanbestedingsprocedure als een meer gereguleerde vorm van verstrekking van een opdracht in competitie dient te worden gezien. Het gaat hier kortom om een voldoende vergelijkbaar terrein. Dit is van belang, want, zoals we eerder in paragraaf 1.7.3 bespraken, de Europeesrechtelijke beginselen van consistentie en coherentie stellen eisen aan de interpretatie en de toepassing van het Europees recht en beleid.¹⁵⁹ Dit betekent dat concepten consistent dienen te worden gebruikt en normen niet alleen verenigbaar moeten zijn met de regelgeving waar ze deel van uitmaken, maar ook met andere relevante onderdelen van het recht en van het rechtssysteem in het algemeen, algemene rechtsbeginselen inbegrepen. Dit brengt mee dat de eisen over toezicht die het Hof van Justitie formuleerde in zijn - inmiddels talrijke - inbestedingsjurisprudentie ook relevant (kunnen) zijn voor deze materie, en dit is reden om deze in dit rapport te bespreken. Dit is relevant zelfs nu het Hof in de *Betfair* zaak wel de conclusie van de Advocaat-Generaal overneemt om uitzonderingen toe te laten voor een rechtstreekse verlening van vergunningen zonder competitie, maar niet de expliciete verwijzing naar het *Teckal*-arrest.¹⁶⁰

In het hiernavolgende behandelen we eerst de ondernemingsrechtelijke organisatiestructuur van de Nederlandse Loterij B.V. en vervolgens die van de Lotto B.V., omdat deze beschrijving essentieel

¹⁵⁶ De rechtsverhoudingen onder i en iii zijn geen onderdeel geweest van zaken die bij de ABRvS hebben gespeeld noch bij de ‘gewone’ rechter (hierover meer in paragraaf 3.4.2).

¹⁵⁷ Overwegingen 129 e.v.

¹⁵⁸ HvJ EU 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal Srl tegen Comune di Viano en Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*), ro. 41-42.

¹⁵⁹ Zie wat wij eerder schreven in Deel I paragraaf 1.7: “Het belang van deze bredere beschouwing wordt onderstreept door het gegeven dat het Hof van Justitie zich in zijn interpretatie van het Unierecht vooral bedient van de doelgerichte (*teleologische*) en systematische interpretatiemethoden. De systematische interpretatiemethode vindt zijn grondslag in het ideaal van coherentie en non-contradictie van recht en beleid. Deze methode geeft uitdrukking aan een basaal vereiste van consistentie dat concepten consistent worden gebruikt en normen niet alleen verenigbaar moeten zijn met de regelgeving waar ze deel van uitmaken maar ook met andere relevante onderdelen van het recht en van het rechtssysteem in het algemeen, algemene rechtsbeginselen inbegrepen (zie ook de paragraaf hierna).

¹⁶⁰ Om ons betoog goed te volgen is relevant zich te realiseren dat de *Teckal*-uitspraak een centrale rol voor de A-G heeft gehad bij het formuleren van de *Betfair*-uitzonderingen. Zie r.o. 145 e.v. van de conclusie van AG Y. Bot 19 december 2009.

is om te bepalen of de mate en vorm van toezicht voldoende is om onder één van de twee *Betfair* uitzonderingen te vallen.

Vervolgens bespreken wij in paragraaf 3.4.2 hoe de Nederlandse rechter - ook in laatste instantie met de uitspraken van de ABRvS op 10 maart 2021 - aan deze Europeesrechtelijke eisen heeft getoetst. We sluiten af met een bespreking van inzichten uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgens *Betfair* en volgens *Teckal* en van de nationale rechter, die van belang zijn voor een correcte regulering en organisatie van de loterijen. Omdat de centrale vraag die aan dit rapport ten grondslag ligt de Europeesrechtelijke toelaatbaarheid van het loterijstelsel betreft, beperken we ons tot een toets aan het Europees recht. Aspecten van het Nederlandse burgerlijk wetboek en/of vennootschapsrecht blijven daarom buiten beschouwing.

3.2. De ondernemingsrechtelijke organisatie van de Nederlandse Loterij B.V.

Op 30 maart 2016 is SNS met SENS (Stichting Exploitatie Nederlandse Loterij) gefuseerd en is er een nieuwe B.V. de “Nederlandse Loterij B.V.” opgericht door de Staat der Nederlanden en twee particuliere organisaties NOC*NSF (*het Nederlands Olympisch Comité*de Nederlandse Sport Federatie*) en ALN (*Stichting Aanwending Loterijgelden Nederland*)¹⁶¹. De Staatsloterij en SNS, die eerst aparte stichtingen waren, zijn omgezet in B.V.s, respectievelijk als Staatsloterij B.V en Lotto B.V, en vallen als dochtervennootschappen onder de holdingmaatschappij. Op 9 oktober 2017 en 8 juli 2020 zijn de statuten van de Nederlandse Loterij B.V. achtereenvolgens aangepast.

3.2.1 Gewone aandelen en stemrechtloze aandelen van de Nederlandse Loterij B.V.

Uit de kamerbrief van 9 oktober 2015 blijkt dat de Staat - via het ministerie van financiën - (iets meer dan) 99% van de aandelen van de Nederlandse Loterij B.V. bezit. Dit is het percentage van alle gewone aandelen waaraan een stemrecht verbonden is in de Algemene Vergadering (AV). Alle bevoegdheden die in de statuten aan de AV toekomen, komen aan de Staat toe met uitzondering van de rechten verbonden aan de (rest van de) aandelen die in handen zijn van NOC*NSF en ALN - die als particuliere partijen gelden - en waaraan geen stemrecht in de AV is verbonden. Doch behouden deze partijen alsnog zeggenschap binnen de organisatie via de rechten van de stemrechtloze aandelen, zoals we later bespreken in paragraaf 3.5.1.¹⁶² Volgens deze kamerbrief zijn de aandeelhoudersrechten en instrumenten van de Staat conform het Burgerlijk Wetboek en conform de standaard statuten die de Staat hanteert. Sindsdien is de verdeling van de aandelen niet gewijzigd.¹⁶³

Volgens het tweede lid van Artikel 19 van de statuten van de Nederlandse Loterij B.V. is *voorafgaande toestemming* van de AV enkel ‘vereist’ voor besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de met haar verbonden onderneming. Wanneer de AV voorafgaande toestemming verleent is het *de facto* de Staat die dat doet, omdat de Staat 99% van de aandelen in handen heeft en omdat het voor de rest

¹⁶¹ “Nederlands Olympisch Comité * Nederlandse Sport Federatie”, respectievelijk stichting “Aanwending Loterijgelden Nederland”. Deze Stichting keert gelden uit aan instellingen die werkzaam zijn op het gebied van maatschappelijk welzijn, volksgezondheid en cultuur. De afdracht verkregen uit de betreffende kansspelen zijn haar enige inkomstenbron.

¹⁶² Art. 35 van de statuten van de Nederlandse Loterij B.V. verlang schriftelijke voorafgaande goedkeuring van de stemrechtloze aandeelhouders voor het nemen van belangrijke beslissingen (zie hierna paragraaf 3.5.1). Van belang is ook het feit dat de Nederlandse Loterij B.V. een deel van haar winst rechtstreeks aan deze organisaties dient af te dragen.

¹⁶³ Zie bijvoorbeeld het Jaarverslag over 2019 van Nederlandse loterij B.V. op p. 82.

om stemrechtloze aandelen gaat. Uit sub c en d van dezelfde bepaling, Artikel 19, blijkt dat deze goedkeuring *ex ante* bijvoorbeeld bij investeringen binnen en buiten Nederland boven een bepaalde drempel dient plaats te vinden. Met de statutenwijziging in 2017 is deze drempel verhoogd van 2 miljoen euro en 1 miljoen euro naar respectievelijk 5 miljoen euro en 2,5 miljoen euro (sub d). Ook werd in de statuten een verhoging van 2 miljoen euro naar 5 miljoen euro opgenomen ten aanzien van de goedkeuring van bestuursbesluit door de AV bij het verrichten van andere rechtshandelingen (sub 9).

Maar ten aanzien van bepaalde besluiten heeft de AV enkel een raadplegende stem en enkel een rol bij benoeming en ontslag. Wel heeft de AV op grond van lid 5 van Artikel 19 de bevoegdheid om besluiten van het bestuur die niet onder lid 2 staan vermeld aan haar voorafgaande goedkeuring te onderwerpen na schriftelijke duidelijke omschrijving en mededeling aan het bestuur.

Verder besluit de AV volgens Artikel 6 over de uitgifte van aandelen; over de verkrijging van eigen aandelen besluit volgens Artikel 9 het bestuur, maar is wel goedkeuring van de AV nodig. Deze AV besluit weer wel in geval van kapitaalvermindering volgens Artikel 11 en over het vruchtgebruik, Artikel 12, is de goedkeuring van de AV nodig.

De benoeming van de bestuurders geschiedt op grond van Artikel 15 door de AV (*de facto* de Staat) op bindende voordracht van de raad van commissarissen (RvC). Sinds de wijziging van de statuten in 2020 moeten er ten minste vijf en kunnen er maximaal zeven commissarissen plaatsnemen in de RvC. Het bindende karakter van de voordracht kan echter weer door besluit van de AV ontnomen worden (Artikel 21 lid 1). Op basis van lid 4 en 5 geschiedt het schorsen en ontslaan van de bestuurder door de AV (*de facto* de Staat) na het horen van de RvC. Op voorstel van de RvC stelt de AV het bezoldigingsbeleid van het bestuur vast volgens lid 6.

Uit Artikel 3 lid 1a van de statuten van de holdingmaatschappij de Nederlandse Loterij B.V. blijkt vervolgens dat de holding toezicht houdt op de dochtermaatschappijen. Deze bepaling luidt namelijk: ‘De Vennootschap heeft ten doel: (a) het oprichten van, het op enigerlei wijze deelnemen in, het besturen van en *het toezicht houden op*, het exploiteren van en het promoten van ondernemingen, vennootschappen en andere rechtspersonen welke direct of indirect (online) kansspelen of daaraan gerelateerde activiteiten organiseren of anderszins betrokken zijn bij deze ondernemingen, vennootschappen en andere rechtspersonen (cursivering auteurs)’.

De zinssnede ‘het toezicht houden op’ wordt niet nader ingevuld in de statuten en dit helpt niet om daaruit de mate en vorm van het toezicht te bepalen.

Het overige aandelenbelang van net geen 1% is, zoals gezegd, in handen van de organisaties NOC*NSF en ALN. Hun aandelen hebben geen stemrecht, waardoor ze *de facto* niet mee kunnen beslissen/geraadpleegd kunnen worden, tenzij het de bijzondere rechten betreft. Doch zijn aan deze stemrechtloze aandelen, naast winstrechten, ook enkele bijzondere en ingrijpende

goedkeuringsrechten (Artikel 35 ‘Bijzondere besluiten’) ¹⁶⁴ verbonden om aan NOC*NSF en ALN een passende zeggenschap te verstrekken. Het betreffen aandeelhouders- en bestuursbesluiten die dermate zwaarwegend zijn dat deze niet kunnen worden genomen zonder hun *voorafgaande* instemming, omdat hiermee bijvoorbeeld de rechten van de houders van de stemrechtloze aandelen kunnen worden gewijzigd, zoals de goedkeuring van het wijzigen van het structuurregime, een wijziging van de doelomschrijving in de statuten, het wijzigen van de statutaire winstrechten die NOC*NSF en ALN hebben en het vervreemden/ontbinden van (delen van) de fusieorganisatie. Verder is deze voorafgaande goedkeuring ook vereist ten aanzien van een wijziging in de taken en bevoegdheden van het bestuur, zoals het opstellen van de strategie van de vennootschap of het

¹⁶⁴ Deze bepaling luidt: “Artikel 35. Bijzondere besluiten. De Algemene Vergadering behoeft de voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de Vergadering van houders van Stemrechtloze Aandelen ten aanzien van de volgende besluiten:

a. statutenwijziging waarbij een wijziging wordt aangebracht waarbij: (i) een of meer van de hierna te noemen artikelen worden gewijzigd: artikel 2 lid 3, artikel 3, artikel 4 lid 1, lid 2, leden 4 tot en met 9, artikel 7 lid 2, artikel 12 leden 2 en 4, artikel 13, artikel 16 leden 2 tot en met 5, artikel 19 lid 1 onder w, lid 2 sub a tot en met c en onder e, lid 3, artikel 26, artikel 31, artikel 32, artikel 33, artikel 34 lid 1, artikel 35 en artikel 36 leden 3 en 4; (ii) artikel 1 wordt gewijzigd, voor zover de daarin opgenomen definities voor de onder (i) genoemde artikelen van belang zijn; en/of (iii) een andere wijziging (waaronder mede begrepen een toevoeging of verwijdering) wordt gemaakt die met de onder (i) en (ii) bedoelde artikelen strijdig is. b. uitgifte van Aandelen, alsmede de machtiging van een ander orgaan tot het nemen van een besluit tot uitgifte van Aandelen; c. intrekking van Stemrechtloze Aandelen; d. juridische fusie; e. juridische splitsing. f. een besluit tot ontbinding van de Vennootschap.”

Waarbij het specifiek gaat bij respectievelijk artikel 2 lid 3 om een wijziging van het structuurregime (toepassing van de artikelen 2:268 t/m 2:271 a en 2:274 BW - zien op raad van commissarissen); bij Artikel 3 om een wijziging in het doel van de vennootschap; bij Artikel 4 lid 1, 2, 4-9 om een wijziging in de aandelen; bij Artikel 7 lid 2 om een wijziging in het voorkeursrecht bij uitgifte van stemrechtloze aandelen; bij Artikel 12 lid 2 om een wijziging in de uitsluiting van plaatsen van pandrecht op aandelen; bij Artikel 12 lid 4 om een wijziging in de mogelijkheid af te wijken van de bepaling dat stemrecht toekomst aan de houder van Gewone aandelen wanneer daarop een recht van vruchtgebruik is gevestigd; bij Artikel 13 om een wijziging in de algehele blokkeringsregeling, inhoudende dat een aandeelhouder eerst zijn aandelen moet aanbieden aan zijn medeaandeelhouders alvorens hij deze kan overdragen aan anderen; bij Artikel 16 lid 2-5 om een wijziging in de volgende taken en bevoegdheden van het bestuur: opstellen van de strategie van de vennootschap; de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen moeten ten minste twee keer per jaar worden geïnformeerd over de strategie en de financiële (inclusief begroting) en operationele gang van zaken; na goedkeuring van raad van commissarissen, vaststellen van vierjarenbegroting, investeringsplan, protocol ten aanzien van interne beheers/controle systemen, financieringsplan en business plan; aandeelhouders ontvangen deze documenten (met uitzondering van protocol t.a.v. interne beheers/controle systemen) binnen veertiend dagen; bij Artikel 19 lid 1 onder w: een wijziging in de vereiste goedkeuring van de raad van commissarissen betreffende het vaststellen van het jaarlijkse investeringsplan, interne beheers/controle systemen, jaarlijks financieringsplan, jaarlijks businessplan, strategie en het afwijken van vastgestelde plannen; bij Artikel 19 lid 2 onder a - c en e: een wijziging in de vereiste goedkeuring van de algemene vergadering voor belangrijke veranderingen van de identiteit of het karakter van de vennootschap, waaronder in ieder geval een overdracht van de onderneming, het aangaan/verbreken van duurzame samenwerkingen, het verkrijgen/vergroten/vervreemden van een deelneming van de vennootschap, sluiting. Bij Artikel 19 lid 3 om een wijziging in de vereiste goedkeuring van de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen betreffende de inkoop van aandelen, verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap, aangaan/vergroten/vervreemden van samenwerkingsverbanden en het uitoefenen van zeggenschapsrechten op aandelen in het groepskapitaal. Bij Artikel 26 om een wijziging in de algehele winst en verliesregeling, bijvoorbeeld storting in reserves, uitkeringen, bestemming van resterende winst, bestemming van uitkeringen van reserves, tussentijdse uitkeringen en berekening van uit te keren bedrag per aandeel. Bij Artikel 31, artikel 32, artikel 33 om een wijziging in de regeling betreffende vergaderingen van houders van Soort aandelen, waaronder oproeping, onderwerpen waarover besloten wordt, plaats van vergadering, vergaderingsgerechtigde, bij welke meerderheid wordt besloten, aanwijzing voorzitter, bijhouden notulen en besluitvorming buiten vergadering. Bij Artikel 34 lid 1 om een wijziging in de regeling betreffende statutenwijziging. Bij Artikel 35 om een wijziging in de goedkeuringsregeling van de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen betreffende de statutenwijziging van bovenstaande lijst, uitgifte van aandelen, intrekking van stemrechtloze aandelen, juridische fusie, juridische splitsing, besluit tot ontbinding. Bij Artikel 36 lid 3 – 4 om een wijziging in de uitkeringsregeling wanneer na voldoening van schulden nog vermogen is overgebleven.

vaststellen - na goedkeuring van RvC - van de vierjarenbegroting, het investeringsplan, het protocol ten aanzien van interne beheers/controle systemen, financieringsplan en business plan; voor een wijziging in de vereiste goedkeuring van de AV voor belangrijke veranderingen van de identiteit of het karakter van de vennootschap, waaronder in ieder geval een overdracht van de onderneming; het aangaan/verbreken van duurzame samenwerkingen; het verkrijgen, vergroten, vervreemden van een deelneming van de vennootschap of de sluiting; een wijziging in de algehele winst en verliesregeling, bijvoorbeeld storings in reserves, uitkeringen, bestemming van resterende winst, bestemming van uitkeringen van reserves, tussentijdse uitkeringen en berekening van uit te keren bedrag per aandeel; een wijziging in de regeling betreffende statutenwijziging; en meer.

Voor het overige is het bestuur en de RvC van de holdingmaatschappij bevoegd, in onafhankelijkheid, te handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De Staat kan daarbij alle inlichtingen van de dochters opvragen; tevens moeten bepaalde voorgenomen besluiten in de dochtervennootschappen ook aan de Staat als aandeelhouder ter goedkeuring worden voorgelegd als het besluiten betreft waarvoor de Staat ook in de holdingmaatschappij goedkeuring moet geven.

De Staat stelt als enige aandeelhouder met gewoon stemrecht de jaarrekening vast en beslist daarnaast over de bestemming van de winst van de holdingmaatschappij nadat het bestuur hierover een voorstel aan de aandeelhouders heeft gedaan. Verder zijn op grond van de kansspelvergunningen, de Staatsloterij B.V. en Lotto B.V. verplicht afdrachten aan de Staat en NOC*NSF/ ALN te betalen.

3.3 De ondernemingsrechtelijke organisatie van de Lotto B.V.

De statuten van de Lotto B.V. zijn op 12 maart 2013 en laatstelijk op 30 maart 2016 gewijzigd en op 31 maart geregistreerd. Volgens Artikel 3 van de statuten zijn de twee belangrijkste doelen van de Lotto B.V. (a) de verwerving van gelden door middel van het (doen) houden van kansspelen en (b) de verdeling van de verworven gelden in het belang van instellingen werkzaam ten algemene nutte, bestaande uit afdrachten aan het NOC*NSF en Stichting ALN. De Lotto B.V. houdt momenteel de wettelijk monopolies voor de lotto, de toto en voor de instantloterij die onderhands zijn gegund.¹⁶⁵ Beide vergunningen lopen van 1 januari 2017 tot 31 december 2021.

Volgens Artikel 14 van de statuten wordt het bestuur van de Lotto B.V. gevormd door één of meerdere bestuurders, en is het bestuur belast met het besturen van de Lotto B.V. op basis van Artikel 16 lid 1. Uit hoofdstuk 4 lid 6 blijkt dat de Nederlandse Loterij B.V. momenteel de enige bestuurder van de Lotto B.V. is. In paragraaf 3.6.1 en 3.6.2 wordt gezien of deze vorm van *indirecte* betrokkenheid van de Staat via het aandeelhouderschap in de Nederlandse Loterij B.V. als afdoende toezicht is te beschouwen.

¹⁶⁵ Besluit van de raad van bestuur van de kansspelautoriteit van 23 december 2016, kenmerk 10509, inzake de verlening van een vergunning tot het organiseren van lotto's; Besluit van de raad van bestuur van de kansspelautoriteit van 23 december 2016, kenmerk 10510, inzake de verlening van de vergunning tot het organiseren van instantloterijen. Besluit van de raad van bestuur van de kansspelautoriteit van 29 juni 2017, kenmerk 10389, inzake de verlening van een vergunning tot het organiseren van de totalisator.

3.3.1 Aandeelhouders van de Lotto B.V.

Op basis van Artikel 4 van de laatste statutenwijziging van de Lotto B.V., zoals die op 30 maart 2016 in de Kamer van Koophandel zijn ingeschreven, bevat de Lotto B.V. één of meer aandelen met een nominale waarde van één euro. Hoofdstuk 4 van de statuten bepalen dat het geplaatste kapitaal honderd euro bedraagt, zijnde honderd aandelen (lid 1). Bij de oprichtingsstatuten van de Lotto B.V. (30 maart 2016) is bepaald dat NOC*NSF en ALN ieder vijftig van deze aandelen houden (lid 2). Aandeelhouders met stemrecht zijn bevoegd om het stemrecht uit te oefenen in de AV (Artikel 28 lid 3), en ieder aandeel geeft recht op het uitbrengen van één stem (Artikel 28 lid 6).

Uit een uittreksel van de Kamer van Koophandel (zie onder “concernrelaties; akte 41151075) blijkt dat één dag na de statutenwijziging - op 31 maart 2016 - een aandelenoverdracht van alle aandelen van NOC*NSF en ALN aan de Nederlandse Loterij B.V. plaats heeft gevonden, kennelijk bij een niet openbare notariële akte; overdracht die op 1 april 2016 bij KvK is geregistreerd. Een overdracht van aandelen kan grote consequenties hebben voor de beoordeling van de *Betfair* uitzonderingen. Een wijziging van de aandeelhouders kan er namelijk voor zorgen dat de vergunning ontvanger in plaats van een particuliere exploitant een openbare exploitant wordt. Een eventuele wijziging van de status van de vergunninghouder – van particuliere naar openbare - brengt een verandering mee van de vorm van toezicht - van ‘streng’ naar ‘rechtstreeks’ - die door de *Betfair* uitzonderingen wordt vereist. We baseren onze analyse op de officiële statuten zoals die laatstelijk zijn gewijzigd en bij de Kamer van Koophandel zijn ingeschreven, maar houden tevens rekening met deze akte waaruit blijkt dat een dag na de statutenwijziging alle aandelen van de private partijen aan de Nederlandse Loterij B.V. zijn overgedragen. In de zaken die op 10 maart 2021 door de ABRvS zijn beslecht, wordt niet op die statuten ingegaan noch melding gemaakt van een eventuele aandelenwijziging, maar wordt de Lotto B.V. wel als ‘volle dochter’ van de holdingmaatschappij de Nederlandse Loterij B.V. aangemerkt.

3.3.2 Bevoegdheden van de AV van de Lotto B.V.

Uit de statuten van de Lotto B.V. wordt duidelijk dat de rechten van de AV ver strekken. Zo stelt de AV het aantal bestuurders en hun titulatuur vast (Artikel 14). De AV benoemt de bestuurders en kan een bestuurder te allen tijde schorsen en ontslaan (Artikel 15). Ook kan de AV besluiten tot vermindering van het geplaatste kapitaal (Artikel 11) en heeft AV een goedkeuringsrecht ten aanzien van de overdracht van aandelen (Artikel 13).

Het bestuur van de Lotto B.V. (De Nederlandse Loterij B.V.) moet de AV ten minste tweemaal per jaar informeren over de strategie en de financiële en operationele gang van zaken binnen de Lotto B.V. en de met haar verbonden onderneming. Maar de begroting en het beleidsplan dienen te worden goedgekeurd door de AV (Artikel 21 lid 2) en de AV stelt de jaarrekening vast (Artikel 23). De AV controleert daarnaast ook of het bestuur zich houdt aan de goedgekeurde en vastgestelde begroting (Artikel 21 lid 4). Het bestuur dient zich te gedragen naar de aanwijzingen van de AV - welke beide de Nederlandse Loterij B.V. zijn -, en is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap (Artikel 16 lid 5). Het bestuur verschaft de AV onverwijld alle verlangde inlichtingen, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet (Artikel 16 lid 6).

Het bestuur behoeft (schriftelijke) goedkeuring van de AV voor een uitgebreide lijst besluiten (Artikel 19 lid 1 sub a-o), waaronder het verlenen van vertegenwoordigingsbevoegdheid (a), het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking van de Lotto B.V. met een andere rechtspersoon (c), het aangaan, vergroten of verkleinen van een deelneming van de vennootschap (d), het doen van een investering of een desinvestering boven bepaalde drempelbedragen (e), het staken van (een onderdeel) van de Lotto B.V. (f), een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de Lotto B.V. (g), de inkoop van aandelen (h), en het verwerven van nieuwe activiteiten die niet expliciet passen binnen de statutaire doelomschrijving van de Lotto B.V. (i). Eveneens is de AV bevoegd andere besluiten van het bestuur aan haar voorafgaande goedkeuring te onderwerpen (Artikel 19 lid 2).

De AV is bevoegd te besluiten over de bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen uit de winst (Artikel 25 lid 1 en 2). Ook is de AV bevoegd om op voorstel van het bestuur te besluiten tot uitkering van reserves of te besluiten tot uitkering van een interim-dividend (Artikel 25 lid 3 en 4).

Maar de bevoegdheden van de AV zijn uiteraard volgens de statuten niet onbegrensd. De AV kan immers slechts besluiten tot wijziging van de statuten, juridische fusie, juridische (af)splitsing, omzetting of tot ontbinding van de Lotto B.V. na schriftelijke goedkeuring van de minister van Financiën.

3.4 Eerste eis uit de *Betfair* uitzonderingen: ‘openbare’ of ‘particuliere’ exploitant

De juridische toelaatbaarheid van de rechtstreekse vergunningverleningen in het licht van de *Betfair* uitzonderingen vereist, zoals eerder opgemerkt, een antwoord op de vraag of de Lotto B.V. die vergunninghouder is als ‘openbare exploitant’ of ‘particuliere exploitant’ moet worden aangemerkt. De Europese jurisprudentie - die leidend is nu het Europees recht voorrang heeft boven het nationaal recht - biedt weinig aanknopingspunten om dit onderscheid te kunnen maken, zoals wij hierna bespreken. Dat is ook het geval bij de Nederlandse jurisprudentie.

3.4.1 De Europese rechter en zijn interpretatie van ‘particuliere’ en ‘openbare’ exploitant

In de Europese jurisprudentie wordt het onderscheid tussen openbare en particuliere exploitant voor het eerst gemaakt door het Hof van Justitie in *Betfair*, maar behoudens een verwijzing in rechtsoverweging 59 naar twee andere arresten - *Läärä* uit 1999 en *Liga Portuguesa* uit 2009 -¹⁶⁶ gaat de rechter niet in op het verschil tussen een openbare en een particuliere exploitant. Ook in latere jurisprudentie wordt op dit onderscheid niet ingegaan.¹⁶⁷ In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat de zaak *Läärä* ten grondslag ligt aan de uitzondering betreffende de ‘openbare exploitant’ en dat *Liga Portuguesa* eenzelfde rol vervult voor de ‘particuliere exploitant’.¹⁶⁸

In *Läärä* omschrijft het Hof van Justitie namelijk de exclusieve vergunninghouder RAY als ‘*een publiekrechtelijke vereniging (is), wier werkzaamheid door de staat wordt gecontroleerd*’ (r.o. 40). In *Liga Portuguesa* refereert het Hof aan de exclusieve vergunninghouder Santa Casa als ‘*één*

¹⁶⁶ HvJ EU 8 september 2009, C-42/07 (*Liga Portuguesa*); HvJEU 21 september 1999, C-124/97 (*Läärä e.a.*).

¹⁶⁷ HvJ EU 24 maart 1994, C-275/92 (*Schindler*); HvJEU 21 september 1999, C-124/97 (*Läärä e.a.*); HvJEU 21 oktober 1999, C-67/98 (*Zenatti*); HvJEU 6 november 2003, C-243/01 (*Gambelli e.a.*); HvJEU 6 maart 2007, gev. zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (*Placanica*); HvJ EU 13 september 2007, C-260/04 (*Commissie vs. Italië*); HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, *Ladbroke Betting & Gaming en Ladbroke International*); HvJEU 8 september 2009, C-42/07 (*Liga Portuguesa*).

¹⁶⁸ Noot bij *Betfair* door C.J. Wolswinkel, JB 2010/171.

enkele door de overheid streng gecontroleerde marktdeelnemer (r.o. 67). Terzijde kan worden opgemerkt dat - anders dan in *Betfair* - het voorwerp van geschil in deze zaken niet de vraag betreft of er sprake was van een gerechtvaardigde beperking op het transparantiebeginsel, maar om de vraag of exclusieve vergunningstelsels een gerechtvaardigde beperking kunnen vormen op het beginsel van vrije dienstenverrichting.

Of een instelling publiek dan wel particulier is, hangt af van de juridische vraag die men zich stelt.¹⁶⁹ Zo kan eenzelfde instelling tegelijkertijd als een onderneming vanuit mededingingsrechtelijke oogpunt worden aangemerkt en als een overheid en dus als een aanbestedende dienst vanuit aanbestedingsrechtelijke, interne markt oogpunt. Van belang is te herinneren aan het feit dat in het Europees recht het begrip ‘overheid’ en ‘Staat’ een functionele uitleg dient te krijgen. Dit betekent dat de invulling daarvan veelal *ad hoc* dient te geschieden aan de hand van de criteria uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het Europees recht bevat namelijk geen specifieke definitie van wat, in materiële zin, onder nationale overheid moet worden verstaan. De functionele benadering van de Europese wetgever en het Hof brengt mee dat bij de uitleg van dit begrip niet wordt gekozen voor één uniforme, op objectieve en formele criteria gebaseerde definitie die in het Unierecht algemene gelding heeft, maar voor diverse definities die telkens met *ad hoc* opgestelde criteria worden ingevuld en die om deze reden van elkaar verschillen, afhankelijk van het doel dat in die bepaalde situatie wordt nagestreefd. Een Unierechtelijk leidend beginsel in al deze verschillende benaderingen is het effectiviteitsbeginsel. Dit beginsel brengt mee dat een *ruime* interpretatie van de begrippen ‘overheid’ en ‘Staat’ in bepaalde omstandigheden nodig is om simpele ontduiking van EU-discipline tegen te gaan. Hetzelfde beginsel brengt mee dat dit begrip bij uitzonderingen op Unierechtelijke bepalingen *eng* dient te worden geïnterpreteerd.¹⁷⁰ Deze functionele interpretatie betekent praktisch gezien dat men de kenmerken en de functie van de entiteit in kwestie in beschouwing moet nemen bij het vaststellen of een entiteit als publiek of privaat, als overheid of Staat, moet worden aangemerkt. Daarbij moet met name worden gelet op de samenstelling en de taak van de entiteit in kwestie, bijvoorbeeld of deze in de wet zijn geregeld, en of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie met de overheid.¹⁷¹

Daarnaast verwijst de Advocaat-Generaal La Pergola in zijn conclusie in *Läärä* naar de volgende definitie van “openbaar bedrijf”: “*elk bedrijf waarop overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen. Een dergelijke invloed wordt vermoed (...) wanneer de overheden, al dan niet rechtstreeks, de meerderheid van het geplaatste kapitaal bezitten, of over de meerderheid van de stemrechten beschikken of meer dan de helft der leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht van het betrokken bedrijf kunnen benoemen*”. Deze definitie komt uit de richtlijn betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven¹⁷² en wordt door de Advocaat-Generaal gehanteerd om de vraag te beantwoorden of het publiekrechtelijk lichaam RAY een “onderneming” is in de zin van het

¹⁶⁹ Deze alinea over de vraag hoe te beoordelen of een instelling publiek dan wel privaat is in het Europees recht is ontleend aan E.R. Manunza: *Europese aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit, Een beschouwing over de vraag of privatiseringsoperaties en de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit een belemmering vormen voor de voltooiing van de Europese markt voor overheidsopdrachten*, Dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, reeks Europese Monografieën, deel 68, Kluwer, Deventer, april 2001, pag.63 e.v..

¹⁷⁰ Aldus E.R. Manunza in de voorgaande noot aangehaalde dissertatie.

¹⁷¹ Idem als in voorgaande noot.

¹⁷² Artikel 2 van Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PBL 195, blz. 35, zoals nadien gewijzigd).

mededingingsrecht. Of dit de definitie is die in de context van de *Betfair* uitzonderingen gehanteerd dient te worden, is niet met zekerheid te stellen.

In dat geval, zou in ieder geval het karakter van de Nederlandse Loterij B.V. als ‘openbare exploitant’ wel vaststaan doordat een van deze alternatieve criteria is vervuld, de meerderheid van het geplaatste kapitaal is immers in handen van de Staat. Voor de Lotto B.V. geldt dat, anders dan in de statuten vermeld - na een aandelenoverdracht dat één dag (op 31 maart 2016) - na de statutenwijziging plaats vond - thans alle aandelen in de handen van de Nederlandse Loterij B.V. zijn. In de statuten staat dus nog steeds dat de aandelen voor 100% in handen zijn van private partijen. Daarom is het te overwegen - mede gezien het belang hiervan - om de statuten op dat punt aan te passen.

3.4.2 De Nederlandse rechter en zijn interpretatie van ‘particuliere’ en ‘openbare’ exploitant

Nu het Hof van Justitie niet expliciet op het onderscheid openbare en particuliere exploitant ingaat, waardoor het niet met zekerheid vast te stellen is onder welke van de twee *Betfair* uitzonderingen de Lotto B.V. dient te vallen, is het van belang na te gaan wat de Nederlandse rechter op dat punt heeft geconcludeerd.

In de uitspraak van de ABRvS uit 2011 in de *Betfair* zaak wordt niet op het onderscheid tussen particuliere en openbare exploitanten ingegaan; de rechter stelt eenvoudigweg vast dat “niet in geschil” is dat Stichting Nationale Sporttotalisator (Stichting Lotto) - de rechtsvoorganger van de huidige Lotto B.V. - de exclusieve vergunninghouder voor sportprijsvragen, de lotto en het cijferspel, geen openbare exploitant is.¹⁷³ Hetzelfde bepaalt de ABRvS ten aanzien van Scientific Games Racing B.V. (SGR), de - toenmalige - exclusieve vergunninghouder voor het organiseren van een totalisator op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen.

Ook de rechtbank Den Haag gaat in de uitspraken van maart 2016,¹⁷⁴ net als de ABRvS in het hoger beroep van deze zaken in 2018,¹⁷⁵ niet in op de vraag of de Stichting Lotto en SGR particuliere of openbare exploitanten zijn.¹⁷⁶ De rechter toetst direct aan de eis van ‘strengere controle’ die op particuliere exploitanten dient te worden uitgeoefend om aan de relatieve *Betfair* uitzondering te kunnen voldoen.¹⁷⁷ De Lotto was toentertijd een stichting en Scientific Games Racing een B.V., die volgens de ABRvS ‘geen bijzondere relatie met de overheid’ had (zie *Betfair*, r.o. 2.10.10). Tegenwoordig is in statuten van de Lotto B.V. bepaald dat NOC*NSF en ALN - private partijen dus - ieder vijftig van de aandelen houden. Zoals we eerder hebben vermeld, heeft er een aandelenoverdracht plaatsgevonden op 31 maart 2016 - direct dus na de laatste statutenwijziging

¹⁷³ ABRvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8768, r.o. 2.10.7. Dezelfde conclusie wordt getrokken voor Scientific Games Racing B.V. (SGR), de - toenmalige - exclusieve vergunninghouder voor het organiseren van een totalisator op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen.

¹⁷⁴ Rechtbank Den Haag 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2385, ECLI:NL:RBDHA:2016:2389, ECLI:NL:RBDHA:2016:2903, ECLI:NL:RBDHA:2016:12693, ECLI:NL:RBDHA:2016:13057, ECLI:NL:RBDHA:2016:13060, ECLI:NL:RBDHA:2016:13062, ECLI:NL:RBDHA:2016:13064 en ECLI:NL:RBDHA:2016:14132.

¹⁷⁵ ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466 en ECLI:NL:RVS:2018:1467.

¹⁷⁶ Rechtbank Den Haag 7 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2385; ECLI:NL:RBDHA:2016:2389; ECLI:NL:RBDHA:2016:2390.

¹⁷⁷ ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466 en ECLI:NL:RVS:2018:1467, r.o. 6.7.

van de Lotto B.V. die op 30 maart 2016 plaatsvond – waarmee alle aandelen van genoemde private partijen aan de Nederlandse Loterij B.V. zijn overgedragen.

Zonder expliciet op het punt van de statuten en aandelenoverdracht in te gaan, bepaalt de ABRvS op 10 maart 2021 in de door NOGA aangespannen zaak dat de Nederlandse Loterij B.V. en haar dochtermaatschappijen (waaronder de Lotto B.V. dus) als *geheel* een openbare exploitant zijn.¹⁷⁸ De ABRvS bespreekt niet het aandeelhouderschap van de verschillende B.V.s, maar betreft alleen de her-organisatie van de kansspelen in algemene zin bij haar overweging: *‘In haar uitspraak van 2 mei 2018, heeft de Afdeling een oordeel gegeven over de vraag of SNS een particuliere exploitant is op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen en kwam zij tot de conclusie dat dit na een statutenwijziging het geval is. Inmiddels zijn de rechtsvormen van Stichting de Nationale Sporttotalisator (SNS) en van Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (SENS) omgezet van stichtingen naar besloten vennootschappen en gefuseerd. Na de fusie, waarbij de holding Nederlandse Loterij B.V. met als dochters Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. is opgericht, zijn, naar partijen niet hebben bestreden, Lotto B.V. en Staatsloterij B.V., geen particuliere exploitant meer, maar een openbare exploitant. Daarom moet worden beoordeeld of Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. onder rechtstreeks toezicht staan van de Staat.’*¹⁷⁹

In haar uitspraak van 10 maart 2021 wijst de ABRvS het argument van Betfair af dat *“de feitelijke situatie van Betfair gelijk dient te zijn aan de situaties die centraal staan in de arresten van het Hof in de zaken Laara en Liga Portuguesa”* en bepaalt dat *‘de inrichting van openbare exploitanten en het toezicht van de overheid daarop van lidstaat tot lidstaat [kan] verschillen.’*¹⁸⁰ De Afdeling bepaalt kortom dat de vaststelling of er sprake is van openbare dan wel van particuliere exploitant überhaupt van ondergeschikt belang is en besluit de vraag of Lotto B.V. een openbare exploitant is die onder rechtstreeks toezicht van de Staat valt op haar *‘eigen merites’* te beoordelen.¹⁸¹

3.5 Tweede eis uit de *Betfair* uitzonderingen: ‘rechtstreeks toezicht’ of ‘strenge controle?’

Hoe dan ook en los van de vraag of de Lotto B.V. als openbare dan wel als particuliere exploitant moet worden aangemerkt, geldt voor *beide* uitzonderingen dat ‘rechtstreeks toezicht’ dan wel ‘strenge controle’ noodzakelijk is om een uitzondering op de Europeesrechtelijke transparantieplichting te kunnen rechtvaardigen. Maar net zoals voor het onderscheid tussen particuliere of openbare exploitant, gaat het Hof van Justitie noch in het *Betfair* arrest, noch in zijn daaropvolgende jurisprudentie in op het onderscheid tussen ‘rechtstreeks toezicht’ en ‘strenge controle’. Wel stelt het Hof in het *Betfair* arrest dat de exclusieve exploitant in een dermate afhankelijke relatie ten opzichte van de Staat of de overheid moet staan dat de realisering van de nagestreefde doelstellingen van algemeen belang *“zoals onder meer het doel de consument te beschermen, fraude te bestrijden, te voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, en maatschappelijke problemen in het algemeen te vermijden”*¹⁸² niet in het gedrang komen.

¹⁷⁸ ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:470 (NOGA), r.o.5.2.3.

¹⁷⁹ ABRvS, 10 maart 2021, NOGA, r.o. 5.2.1.

¹⁸⁰ ABRvS, 10 maart 2021, *Betfair*, r.o. 5.2.3.

¹⁸¹ ABRvS, 10 maart 2021, *Betfair*, r.o. 5.2.3.

¹⁸² Volgens r.o. 26 van het eerder aangehaalde *Betfair* arrest van het HvJEU.

Deze ratio bevestigt de ABRvS in de *Betfair* zaak van 23 maart 2011 ten aanzien van de eis van ‘strengere controle’: *“Uit overweging 59 [van het Betfair arrest van het HvJEU] en de daar vermelde arresten van het Hof van Justitie leidt de ABRvS af dat het door het Hof van Justitie gestelde criterium van een strenge controle door de overheid betrekking heeft op de bijzondere relatie die de particuliere exploitant aan wie de vergunning wordt verleend heeft met de overheid die als gevolg daarvan een strenge controle kan uitoefenen, die de overheid niet kan uitoefenen op een exploitant met wie zij zodanige relatie niet heeft. Via die strenge controle wordt het algemeen belang, de met de Wok nagestreefde doelstellingen, geborgd. Bij de openbare exploitant is die borging verzekerd door het rechtstreeks toezicht door de Staat.”* (r.o. 2.10.8)

Doorslaggevend voor de vraag naar de juridische toelaatbaarheid van de rechtstreekse gunning is kortom wegens de verwijzing naar Staat in brede zin ook de onderlinge relatie tussen de Staat, de Nederlandse Loterij B.V. en de Lotto B.V. De relatie van de Nederlandse Loterij B.V. resp. de Lotto B.V. met de Staat moet dermate afhankelijk zijn dat de doelstellingen die met het kansspelbeleid nagestreefd worden, gerealiseerd kunnen worden.

Bij afwezigheid van Europese jurisprudentie bespreken wij in de volgende paragraaf hoe de Nederlandse rechter de tweede *Betfair*-eis toetst. Omdat in de toekomst bij iedere nieuwe vergunningverlening nieuwe procedures tegen de rechtstreekse vergunningverleningen aan de Lotto B.V. kunnen worden aangespannen op basis van nieuwe feiten of omstandigheden, bespreken we in de daaropvolgende paragraaf ook hoe op basis van het Europees recht deze tweede eis dient te worden geanalyseerd en toegepast.

3.5.1 De eis van ‘rechtstreeks toezicht’ en ‘strengere controle in de jurisprudentie van de Nederlandse rechter

Bij de Nederlandse rechter stond de toets van ‘strengere controle’ centraal, zoals blijkt uit de beslissingen van de ABRvS in *Betfair* uit 2011, van de rechtbank Den Haag van maart 2016 en het daarop ingestelde hoger beroep dat diende bij de ABRvS in 2018.¹⁸³ De ABRvS in *Betfair* en de rechtbank Den Haag besloten uiteindelijk dat er in de aan hun (resp.) oordeel onderworpen zaken geen sprake was van een strenge controle; de ABRvS kwam in 2018 tot een tegenovergesteld oordeel.¹⁸⁴

In twee uitspraken van 10 maart 2021 heeft de ABRvS voor het eerst aan ‘rechtstreeks toezicht’ getoetst en dan wel om de volgende redenen.¹⁸⁵ Het ging in beide zaken om de vraag of de wijziging van de tenaamstelling van de verleende sporttotalisatorvergunning aan de Stichting de Nationale Sporttotalisator naar de Lotto B.V. rechtmatig is, nu die naam na de fusie en de oprichting van de Nederlandse Loterij B.V. gewijzigd is.¹⁸⁶ De gewijzigde tenaamstelling vormde voor *Betfair* en

¹⁸³ Rechtbank Den Haag 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2385, ECLI:NL:RBDHA:2016:2389, ECLI:NL:RBDHA:2016:2903, ECLI:NL:RBDHA:2016:12693, ECLI:NL:RBDHA:2016:13057, ECLI:NL:RBDHA:2016:13060, ECLI:NL:RBDHA:2016:13062, ECLI:NL:RBDHA:2016:13064 en ECLI:NL:RBDHA:2016:14132.

¹⁸⁴ ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466 en ECLI:NL:RVS:2018:1467.

¹⁸⁵ ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:470 (NOGA) en ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:468 (Sporting Exchange Limited [*Betfair*]).

¹⁸⁶ ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:470 en ECLI:NL:RVS:2021:468, r.o. 5.2.1

NOGA de aanleiding om in hun respectievelijke zaak aan de orde te stellen dat de onderhandse vergunningverlening aan Lotto B.V. onrechtmatig was verlopen.

Na de overwegingen van het Hof van Justitie in het *Betfair* arrest in herinnering te hebben gebracht, beslist de Afdeling dat de fusie waarmee de Nederlandse Loterij B.V. is opgericht - met de Lotto B.V. en de Staatsloterij B.V. als dochters -, verandering heeft gebracht in de organisatie van de kansspelen. De Lotto B.V. is volgens de bestuursrechter dan ook een ‘volle dochter’ van de holding Nederlandse Loterij B.V. en deze laatste is een staatsdeelneming waarvan alle aandelen met stemrecht in handen zijn van de Staat.¹⁸⁷ Aan deze aandelen zijn volgens de bestuursrechter belangrijke bevoegdheden toegekend, waaronder het benoemen en/of ontslaan van bestuurders en van de RvC en het vaststellen van bijbehorend beloningsbeleid, het goedkeuren van grote investeringen en het goedkeuren van belangrijke veranderingen in de identiteit of het karakter van de onderneming.¹⁸⁸ Daarom is hierop volgens de bestuursrechter het beleid over staatsdeelnemingen volgens de Nota Deelnemingenbeleid 2013 van toepassing.¹⁸⁹ Op basis van de aandelenverdeling in de Nederlandse Loterij B.V. komt de ABRvS tot het oordeel dat de Staat de volledige zeggenschap heeft over de belangrijke aandeelhoudersbesluiten en de bevoegdheden volledig kan benutten. De ABRvS concludeert dat de Lotto B.V., als ‘volle dochter’ van de holding Nederlandse Loterij B.V., als openbare exploitant kan worden aangemerkt die onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat.¹⁹⁰ Daarbij laat de ABRvS zich niet leiden door de aandelenverdeling, zoals die in de statuten van de Lotto B.V. is bepaald (100% private partijen), maar door het feit dat er een aandelenoverdracht van al die aandelen plaats heeft gevonden, waardoor deze nu voor 100% in de handen van de Nederlandse Loterij B.V. zijn. Doch betreft de ABRvS niet bij haar oordeel de wijze waarop het toezicht op de Lotto B.V. volgens de statuten van de Lotto B.V. vorm is gegeven. Evenmin betreft de Afdeling bij de toets het feit dat de houders van stemrechtloze aandelen in de Nederlandse Loterij B.V. - die in de handen zijn van de private aandeelhouders - alsnog verregaande rechten ten aanzien van belangrijke beslissingen kunnen uitoefenen via de schriftelijke goedkeuring die ze hebben op grond van Artikel 35 van de statuten van de Nederlandse Loterij B.V. ‘Bijzondere besluiten’. Dit artikel bepaalt dat de AV de schriftelijke goedkeuring behoeft van de Vergadering van de houders van Stemrechtloze aandelen ten aanzien o.a. van het wijzigen van de doelomschrijving in de statuten; het wijzigen van de statutaire winstrechten die NOC*NSF en ALN hebben; uitgifte van aandelen; intrekking van stemrechtloze aandelen; en het vervreemden/ontbinden van (delen van) de fusieorganisatie (juridische fusie/juridische splitsing). Het betreft hier besluiten die dermate zwaarwegend zijn dat deze niet kunnen worden genomen zonder instemming van de houders van stemrechtloze aandelen, omdat hiermee bijvoorbeeld hun rechten wijzigen. Dit vormt een aanleiding om te twijfelen aan de vorm van het toezicht dat de Staat via de AV uitoefent.

Het is daarom de vraag of dit de wijze is waarop aan de Europeesrechtelijke *Betfair*-eisen dient te worden getoetst. In de volgende paragraaf laten we zien wat wel - mogelijk in toekomstige geschillen - een rol kan gaan spelen bij die beoordeling.

¹⁸⁷ ABRvS 10 maart 2021, *Betfair*, r.o. 5.2.5; ABRvS 10 maart 2021, *NOGA*, r.o. 5.2.3.

¹⁸⁸ ABRvS 10 maart 2021, *Betfair*, r.o. 5.2.4; ABRvS 10 maart 2021, *NOGA*, r.o. 5.2.2.

¹⁸⁹ ABRvS 10 maart 2021, *Betfair*, r.o. 5.2.4; ABRvS 10 maart 2021, *NOGA*, r.o. 5.2.2.

¹⁹⁰ ABRvS 10 maart 2021, *Betfair*, r.o. 5.2.5; ABRvS 10 maart 2021, *NOGA*, r.o. 5.2.3.

3.5.2 Hoe aan de eis van ‘rechtstreeks toezicht’ en ‘strengere controle’ te toetsen volgens het Europees recht

De vraag is nu hoe verder aan het begrip ‘rechtstreeks toezicht’ dan wel ‘strengere controle’ te toetsen bij gebrek aan jurisprudentie van de Europese rechter die specifiek ingaat op de invulling van deze begrippen in loterijzaken. De Europeesrechtelijke beginselen van consistentie en coherentie stellen immers duidelijke eisen aan de interpretatie en de toepassing van het Europees recht en beleid.¹⁹¹ Concepten dienen consistent te worden gebruikt en normen dienen niet alleen verenigbaar te zijn met de regelgeving waar ze deel van uitmaken, maar ook met andere relevante onderdelen van het recht en van het rechtssysteem in het algemeen, algemene rechtsbeginselen inbegrepen. Leidend kan zijn de jurisprudentie van de Europese rechter op een voldoende vergelijkbaar terrein.

De Advocaat-Generaal Bot in zijn conclusie in de *Betfair-zaak* vond de *Teckal* doctrine een voldoende vergelijkbaar terrein. Ook in de literatuur is met regelmaat verwezen naar de *Teckal* doctrine¹⁹² en is gesteld dat de *Betfair* uitzondering(en) ‘enigszins vergelijkbaar’¹⁹³ of zelfs ‘doelt op’¹⁹⁴ de *Teckal* doctrine.¹⁹⁵ Ook Advocaat-Generaal Widdershoven bevestigde dit in zijn conclusie van 25 mei 2016, door te beargumenteren dat: *‘deze uitzondering lijkt te zijn geïnspireerd door de in het gereguleerde aanbestedingsrecht onder voorwaarden geaccepteerde uitzondering op een openbare aanbesteding van diensten in geval van ‘inbesteding’, waarin de aanbestedende dienst de dienst zelf uitvoert, of van ‘quasi-inbesteding’, waarin de activiteit wordt verricht door een dienst waarop de aanbestedende dienst toezicht houdt zoals op haar eigen diensten’* (par. 3.8).¹⁹⁶

In haar uitspraak van 10 maart 2021 overweegt de ABRvS dat zij “geen aanleiding ziet om de *Betfair*-uitzonderingen te ‘vereenzelvigen’ met de *quasi-inhouse* uitzondering”¹⁹⁷ en lijkt - bij een onzorgvuldige lezing - daarmee een einde te willen maken aan de discussie over het verband tussen de *Teckal* en de *Betfair* uitzondering(en) in jurisprudentie en in de literatuur.

Betfair voerde in deze zaak namelijk aan dat “het feit dat *Lotto B.V.* onderdeel is geworden van een staatsdeelneming, niet automatisch maakt dat *Lotto B.V.* een openbare exploitant is die onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat” en stelde dat “*Lotto B.V.* niet voldoet aan de voorwaarden van de *quasi-inhouse* uitzondering”.¹⁹⁸

Dat de twee uitzonderingen niet te vereenzelvigen zijn, kan niet worden ontkend: beide uitzonderingen, *Teckal* en *Betfair*, hebben immers een andere ontstaansgeschiedenis. Doch moet

¹⁹¹ Zie wat wij eerder schreven in Deel I paragraaf 1.7 over het belang van deze bredere beschouwing dat ingegeven wordt door het gegeven dat het Hof van Justitie zich in zijn interpretatie van het Unierecht vooral bedient van de doelgerichte (*teleologische*) en systematische interpretatiemethoden.

¹⁹² S. van den Bogaert, A. Curvers, ‘Money for nothing: The case law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling’, *CMLR* 2011, p. 1188-1190; M. Koppenol-Laforce, W. Wefers Bettink, A. Koburg, ‘Online kansspelen in Nederland: the next level’, *Mediaforum*, 2012-9, p. 276. Zie ook het eerder aangehaald advies van E.R. Manunza aan de Kansspelautoriteit uit 2016 te downloaden via de website van de webpaginaprofiel van de Universiteit Utrecht van E.R. Manunza.

¹⁹³ C.J. Wolswinkel, Noot bij RvS 2011, AB 2011/230 (punt 4).

¹⁹⁴ H.M. Stergiou, ‘Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel’, *NTER*, 2011, p. 84.

¹⁹⁵ Zie echter ook Van der Beek over de vraag of het Hof impliciet verwijst naar de *Teckal* doctrine: “dat lijkt niet het geval te zijn nu het Hof van Justitie uitsluitend naar de arresten *Läärä* en *Liga Portuguesa* verwijst en niet naar de ruime jurisprudentie op het gebied van ‘quasi-inbesteding’, J.C.M. Van Beek, ‘Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga’, *NTER* 2010, p. 315-316p. 315.-316.

¹⁹⁶ Conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, *appellante v. de burgemeester van Vlaardingen*, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

¹⁹⁷ ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:468 (*Sporting Exchange Limited [Betfair]*), r.o. 5.2.3. Onder *quasi-inhouse* wordt hier de *Teckal*-uitzondering verstaan.

¹⁹⁸ ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:468 (*Sporting Exchange Limited [Betfair]*), r.o. 5.2.

niet uit het oog verloren worden dat het bij beide - *Teckal* én *Betfair* - gaat om een situatie waarin de uitvoering van een dienst aan de eis wordt onttrokken om de uitvoerder op basis van objectieve en transparante criteria in een competitieve procedure te selecteren, welke wordt vereist op basis van het vrij verkeer.

Het gaat kortom bij beide uitzonderingen om de vraag hoe een inbreuk op het vrij verkeer te kunnen rechtvaardigen en daar speelt de mate en vorm van toezicht een fundamentele rol. Het Hof van Justitie erkent zowel in *Betfair* als in *Teckal* dat (i) de overheid over de bevoegdheid dient te blijven beschikken om ervoor te kiezen een dienst zelf uit te kunnen voeren en (ii) dat dit mogelijk moet zijn, ook wanneer de dienst door een externe rechtspersoon wordt uitgevoerd (iii) maar dat dit alleen mogelijk is als de overheid daarop strenge controle, rechtstreeks toezicht of een toezicht “als op haar eigen diensten” of uitoefent. De vorm en mate van toezicht zijn kortom de doorslaggevende elementen om de rechtvaardigingsgrond te kunnen construeren, zowel bij *Teckal* als *Betfair*.

Anders dan in de *Betfair* jurisprudentie heeft het Hof van Justitie in de omvangrijke *Teckal* jurisprudentie de kans gehad enkele aspecten van het toezicht nader te interpreteren. Om aan de Europeesrechtelijke beginselen van consistentie en coherentie te voldoen - zoals eerder opgemerkt -,¹⁹⁹ blijft van groot belang om te zien wat voor gevolgen de *Teckal* jurisprudentie heeft voor het loterijenvraagstuk. Die vergelijking levert kortom nuttige informatie op voor de wetgever én de rechter over de wijze waarop de mate van afhankelijkheid van de Nederlandse Loterij B.V. en de Lotto B.V. ten opzichte van de Staat dient te worden bepaald.

Een verschil tussen *Teckal* en *Betfair* is dat er op het terrein van kansspelen geen specifieke bevoegdheid in het VWEU opgenomen is voor de EU-wetgever om bindende secundaire wetgeving in de vorm van richtlijnen of verordeningen vast te stellen. Bij overheidsopdrachten ligt dat anders. Op dit laatste terrein heeft de EU al vanaf de jaren zeventig secundaire regulering aangenomen in de vorm van richtlijnen en verordeningen om deze markt te liberaliseren. Van belang is nu wel om te illustreren hoe deze twee terreinen enigszins naar elkaar toe groeien. Zo heeft de EU in 2014 na jaren van onderhandelingen met lidstaten en stakeholders uiteindelijk concessieovereenkomsten - die vergunningen kunnen zijn - wel voor liberalisering opengesteld via richtlijn 2014/23/EU.²⁰⁰ Vanaf dit moment dienen vergunningen die als concessies kunnen worden aangemerkt via competitieve procedures te worden verstrekt. Onderscheidend element tussen een concessieovereenkomst en een vergunning is dat een ‘gewone’ vergunning doorgaans geen uitvoeringsplicht bevat, maar een uitvoerder de bevoegdheid verleent een bepaalde (economische) activiteit te exploiteren. Deze bevoegdheid berust veelal niet op een contractuele relatie of overeenkomst onder bezwarende titel. Slechts onder bepaalde omstandigheden, indien bijvoorbeeld een uitvoeringsplicht is verbonden aan een schaarse vergunning, zoals in het geval van de kansspelen, moet een vergunning worden aangemerkt als een concessie (zie ook overweging 14 uit de considerans bij richtlijn 2014/23/EU).²⁰¹

¹⁹⁹ Wij vroegen in voorgaande noten al aandacht voor wat wij eerder schreven in Deel I paragraaf 1.7 over het belang van deze bredere beschouwing.

²⁰⁰ Geïmplementeerd in Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, Stb. 542 van 8 november 2012; met de wijzigingen als gepubliceerd in: Stb. 241 van 30 juni 2016, 243.

²⁰¹ Zie ook Artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 dat een concessieovereenkomst definieert als “een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten

Nu het huidige juridische loterijstelsel zowel een éénvergunningstelsel (toekenning van exclusief recht) als een meervergunningstelsel bevat, zouden (met name de laatste) loterijvergunningen als concessies kunnen worden aangemerkt en onder deze secundaire regulering kunnen vallen, maar preambule nr. 35 van richtlijn 2014/23/EU verduidelijkt dat dit niet het geval is en dat kansspelen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren:

“De richtlijn dient de vrijheid van de lidstaten om, overeenkomstig de Uniewetgeving, methoden te kiezen voor het organiseren en controleren van de werking van kansspelen en weddenschappen, mede door middel van vergunningen, onverlet te laten”. En verder: “Het is passend van het toepassingsgebied van deze richtlijn concessies voor de exploitatie van loterijen uit te sluiten die door een lidstaat aan een ondernemer zijn gegund op grond van een uitsluitend recht dat is verleend in het kader van een procedure waaraan geen bekendheid is gegeven, overeenkomstig toepasselijke nationale wettelijke en bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen die in overeenstemming zijn met het VWEU. Deze uitsluiting wordt gerechtvaardigd door het feit dat een ondernemer een uitsluitend recht geniet, waardoor er geen sprake kan zijn van toepassing van een mededingingsprocedure, en is tevens ingegeven door de noodzaak om voor de lidstaten de mogelijkheid te behouden de kansspelsector om redenen van bescherming van de openbare orde en de samenleving nationaal te reguleren.”

Meer specifiek ten aanzien van concessies voor loterijen, die onder CPV-code 92351100-7 (loterijdiensten) vallen, bepaalt Artikel 10 lid 9 van richtlijn 2014/23/EU (die specifiek over uitsluitingen gaat) dat de richtlijn niet van toepassing is op een dergelijke concessie die door een lidstaat aan een ondernemer is gegund op basis van een uitsluitend recht. De laatste alinea van deze bepaling verbindt daaraan wel de eis dat ook de toekenning van een dergelijk exclusief recht aan openbaarheid moet worden onderworpen: “De toekenning van een dergelijk exclusief recht geschiedt op grond van bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.” Toekenning van een exclusief recht voor de exploitatie van loterijen dient kortom aan transparantie te worden onderworpen,²⁰² maar een dergelijke transparantieverplichting gaat niet zo ver dat pas aan de verplichting is voldaan wanneer alle procedurele bepalingen uit de concessierichtlijn in acht zijn genomen.

Richtlijn 2014/23/EU codificeert enkele uitspraken van het Hof van Justitie over de competitieve verdeling van exclusieve vergunningen voor kansspelen die we eerder bespraken in Deel I en die deel uitmaken van een inmiddels uitgebreide verzameling aan jurisprudentie van het Hof.

In de beantwoording van de prejudiciële vragen van de nationale rechter in zaken waar particuliere exploitanten zich door de beperkingen bij kansspelen gediscrimineerd achtten, heeft het Hof de ruimte gevonden om in ieder geval te verduidelijken dat kansspelen ‘diensten’ zijn in de zin van artikel 56 van het VWEU.²⁰³ Daarnaast oordeelde het Hof dat de verstrekking van de vergunningen voor de exploitatie daarvan onder de fundamentele regels van het VWEU valt, waarvan in het

of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder een overheidsopdracht voor werken, en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling.” Door de definitie wordt duidelijk dat niet alle vergunningen onder de werkingssfeer van de concessierichtlijn 2014/23/EU vallen.

²⁰² Zie over de gevolgen van de eis tot een bekendmakingvooraf: E.R. Manunza, ‘Alle aanbestedingen zijn interstatelijk’ in: E.R. Manunza en L.A.J. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Wolf Legal Publishers 2006, pp. 71-91. Zie ook E.R. Manunza, R.G.T. Bleeker, ‘De invloed van het Europees recht op het Nederlandse aanbestedingsrecht’ In A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M.H. Wissink (Eds.), *De invloed van het Europees recht op het Nederlandse Privaatrecht* (pp. 741-810). Kluwer, 2014, Deel 81-II, Bijzonder deel.

²⁰³ Zie bijv. HvJ EU 24 maart 1994, C-275/92 (*Schindler*), ro. 25.

bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieplichting.²⁰⁴

Een ander verschil is dat in de *Teckal* uitzondering bepalend is voor de vaststelling van de mate van toezicht, de relatie tussen de overheid die de opdracht verleent en de partij die het uitvoert (opdrachtnemer). Het bepalen van de mate van afhankelijkheid (het toezicht) is noodzakelijk om van een relatie ‘binnen dezelfde overheidsinstantie(s)’ te kunnen spreken, wat het kenmerk is van inbesteden. Dit is dus anders dan in de *Betfair* uitzonderingen waar het toezicht door de Staat (dan wel de overheid) kan worden uitgeoefend die niet de directe opdracht- of concessieverlenende instantie is. Doch zelfs dit verschil is tijdens de laatste revisie van de aanbestedings- en concessierichtlijnen, die per 1 juli 2016 in het Nederlands recht zijn geïmplementeerd via de Aanbestedingswet 2012, kleiner geworden. Deze richtlijnen hebben de mogelijkheid ingevoerd om het toezicht door diverse overheidsinstanties *gezamenlijk* te laten uitoefenen. Maar het verschil blijft wel aanwezig nu zelfs in dit laatste geval de overheidsinstanties die het - zij het gezamenlijk - toezicht uitoefenen, allen concessieverlenende instanties (of overheidsopdrachtgevers) zijn.

In het voorgaande hebben we de argumenten uiteengezet op basis waarvan de twee terreinen als voldoende vergelijkbaar kunnen worden beschouwd voor zover het gaat over de eisen die aan het toezicht dienen te worden gesteld om een inbreuk op het vrij verkeer te kunnen rechtvaardigen. Daarom bespreken wij in de volgende paragrafen de eisen die de *Teckal* jurisprudentie aan het toezicht stelt voor zover dat voor onze toets relevant is; er wordt speciale aandacht besteedt aan de eis dat om aan de *Teckal* uitzondering te voldoen, private participatie in het aandelenkapitaal niet mogelijk is.

3.6 Met de *Teckal* uitzondering wordt erkend dat de overheid de beslissingsruimte behoudt om zelf te bepalen hoe een dienst wordt uitgevoerd

Binnen het kader van een coherente en consistente interpretatie van het Europees recht is het de vraag welke voorwaarden er aan toezicht binnen de *Teckal* uitzondering worden gesteld en hoe dit begrip geïnterpreteerd moet worden. Het startpunt van deze uitzondering is dat de overheid binnen het Europees recht het prerogatief behoudt om zelf te bepalen hoe zij de uitvoering van bepaalde soorten diensten (maar ook leveringen en werken) wenst: intern binnen de eigen organisatie (de zogenoemde ‘publieke weg’) of extern door een derde partij te selecteren. De gemaakte keuze is vervolgens wel aan strikte eisen en voorwaarden verbonden. Discretionaire beslissingsruimte bestaat kortom voor de overheid in deze situaties uitsluitend ten aanzien van de keuze ‘inbesteden of aanbesteden’. Geen regel verplicht de overheid namelijk om diensten (maar ook leveringen en werken) door derden onder bezwarende titel te laten uitvoeren. Noch het Europees, noch het nationaal recht verlangt dat overheden de uitvoering van diensten aan derden, en specifiek aan commerciële partijen op de markt overlaten. Of die derde partij nu een andere overheid is of een overheidsbedrijf, een commerciële marktpartij, een sociale onderneming of zelfs een burgerinitiatief is overigens voor de toepassing van de aanbestedingsregels die in *Teckal* aan de

²⁰⁴ HvJ EU 13 september 2007, C-260/04 (*Commissie vs. Italië*), ro. 22-24. Zie verder meer in Deel I van dit onderzoek.

orde waren niet relevant.²⁰⁵ Ook in geval de overheid voor de *publieke weg* kiest (inbesteden), ontstaan verplichtingen van juridische aard. Anders gezegd: de overheid heeft de vrijheid om te kiezen voor uitvoering via de publieke weg, maar zodra die keuze is gemaakt, bepaalt het Europees recht welke eisen en voorwaarden in acht dienen te worden genomen.

Dit is dus te vergelijken met het terrein van de loterijen waar de overheid ook een exclusieve - publieke of private - exploitant mag aanwijzen, maar zich daarbij wel moet houden aan de eisen en voorwaarden die het Hof van Justitie heeft geformuleerd.

Het Hof van Justitie heeft vanaf 1999 eisen en voorwaarden geformuleerd die bepalen wanneer uitvoering in eigen beheer (publieke weg) niet in strijd komt met het aanbestedingsrecht en de fundamentele verdragsvrijheden.²⁰⁶ Het nulpunt van deze jurisprudentie is de zaak *Teckal* uit 1999 waarin het Hof de randvoorwaarden formuleerde om de scheidingslijn tussen inbesteden en aanbesteden te kunnen trekken.²⁰⁷ De verwijzende rechter legde het Hof de vraag voor of de aanbestedingsregels van toepassing zijn wanneer een territoriaal lichaam aan een samenwerkingsverband (AGAC) waarvan het deel uitmaakt, opdraagt goederen te leveren en diensten te verlenen. AGAC was een samenwerkingsverband voor energie- en milieubeheer gevormd door verschillende gemeenten (een ‘consorzio’), waaronder Viano in de zin van de wet inzake de plaatselijke overheden.²⁰⁸ Deze speciale onderneming, een instelling met rechts-persoonlijkheid, kon zelfstandig ondernemen en had eigen statuten die door de gemeente- en provincieraad waren goedgekeurd. Zoals gebruikelijk, overweegt het Hof *in abstracto* wanneer van een leveringsovereenkomst in de zin van de richtlijnen sprake is. Volgens het Hof is dit het geval indien een overeenkomst wordt gesloten tussen een territoriaal lichaam en een (rechts)persoon die daar *rechtens* van (te) onderscheiden is. Het Hof voegde hieraan toe dat dit ‘(..) *slechts anders is wanneer het territoriale lichaam op de betrokken (rechts)persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze (rechts)persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen*’.²⁰⁹ Deze twee voorwaarden zijn cumulatief van aard. Er moet aan beide voorwaarden zijn voldaan om te mogen inbesteden via een aparte rechtspersoon, die in Nederland zowel via het privaatrecht in de vorm van een stichting, een N.V. of een B.V., kan worden opgericht, als via het publiekrecht in de vorm van een gemeenschappelijke regeling. In de zaak *Stadt Halle* werd in 2005 een derde voorwaarde toegevoegd aan de *Teckal* uitzondering: het verbod op private participatie in het aandelenkapitaal

²⁰⁵ Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012. Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, Stb. 542 van 8 november 2012 (met de wijzigingen als gepubliceerd in: Stb. 241 van 30 juni 2016). Zie ook Artikel 2 richtlijn 2014/24/EU: “schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.” Zo ook het Hof van Justitie in r.o. 42 uit het *Teckal* arrest. HvJEU 18 november 1999, zaak C-107/98 (*Teckal*).

²⁰⁶ Zie voor een bespreking van deze uitzondering hoofdstuk 5 van de in eerdere voetnoot aangehaalde dissertatie van E.R. Manunza: *Europese aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit, Een beschouwing over de vraag of privatiseringsoperaties en de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit een belemmering vormen voor de voltooiing van de Europese markt voor overheidsopdrachten*, Dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, reeks Europese Monografieën, deel 68, Kluwer, Deventer, april 2001. Zie ook verder in andere context de dissertatie van W.A. Janssen, *EU Public Procurement Law & Self-organisation: A Nexus of Tensions & Reconciliations*, Den Haag: Eleven Publishers, 2018.

²⁰⁷ HvJ EU 18 november 1999, zaak C-107/98 (*Teckal*), r.o. 49.

²⁰⁸ Wet van 8 juni 1990, nr. 142, houdende bepalingen inzake de organisatie van de plaatselijke overheden, zoals gewijzigd met de Wet van 25 maart 1993, nr. 81 en met de Wet van 15 mei 1997, nr. 127 (*ordinamento delle autonomie locali*). Gepubliceerd in G.U.R.I. van 12 juni 1990.

²⁰⁹ HvJEU 18 november 1999, zaak C-107/98 (*Teckal Srl tegen Comune di Viano en Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*), r.o. 50. Toevoeging tussen haakjes toegevoegd door de auteurs van dit rapport.

van de gecontroleerde rechtspersoon. Het Hof van Justitie bepaalde dat ‘[...] *de gunning van een overheidsopdracht aan een gemengde onderneming zonder oproep tot inschrijving tegen de doelstelling van een vrije en onvervalste mededinging ingaat en tegen het in richtlijn 92/50 bedoelde beginsel van gelijke behandeling van de belanghebbenden, met name omdat een dergelijke procedure een particuliere onderneming die deelneemt in het kapitaal van die onderneming zou bevoordelen tegenover haar concurrenten.*’²¹⁰

Na *Teckal* en *Stadt Halle* zijn in diverse zaken door het Hof van Justitie de voorwaarden om te mogen investeren aangescherpt en is deze uitzondering inmiddels gecodificeerd in de aanbestedingsrichtlijnen uit 2014 (Artikel 17 richtlijn 2014/23/EU, Artikel 12 richtlijn 2014/24/EU en Artikel 28 richtlijn 2014/25/EU); vervolgens is die ook geïmplementeerd in 2016 in de Aanbestedingswet 2012.

Omdat dit relevant is om meer informatie te verkrijgen over de mate en vorm van toezicht dat op de Lotto B.V. dient te worden gehouden, bespreken wij hierna in welke mate er toezicht gehouden moet worden op een externe rechtspersoon vanuit investingsrechtelijk oogpunt (paragraaf 3.6.1) en of een private partij deel mag nemen in het aandelenkapitaal van diezelfde externe rechtspersoon (naar analogie in onderhavige casus: de Nederlandse Loterij B.V. en de Lotto B.V.) (paragraaf 3.6.2). Duidelijk is dat in dergelijke situaties de externe rechtspersoon in een *afhankelijkheidsrelatie* tot de Staat dient te staan om niet van een inbreuk op de vrij verkeer regels te kunnen spreken, in het bijzonder op de aanbestedingsregels die daarvan een uitkristallisering zijn.²¹¹

3.6.1 In welke mate dient volgens de *Teckal* doctrine op een externe rechtspersoon toezicht te worden gehouden om de afwezigheid van competitie bij een rechtstreekse opdrachtverlening te kunnen rechtvaardigen?

Op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is duidelijk dat het toezicht effectief, structureel en functioneel te zijn.²¹² Dit toezicht dient volgens deze jurisprudentie op de strategische doelstellingen en de belangrijke beslissingen te worden uitgeoefend.²¹³ Het moet daarbij gaan om concrete toezichtsbevoegdheden voor de overheidsopdrachtgever(s), zoals vetorechten of bijzondere stemrechten die vastgelegd worden in de statuten van de gecontroleerde rechtspersoon. Van belang is ook dat marktgerichtheid van de - van de opdrachtgever separate - externe rechtspersoon het toezicht kan bemoeilijken; voorbeeld hiervan is de ontplooiing van veel commerciële activiteiten op de markt, zoals het Hof concludeerde in *Parking Brixen*.²¹⁴ Marktgerichtheid kan verder ook worden afgeleid uit andere *ad hoc* omstandigheden, zoals bijvoorbeeld een verruiming van het maatschappelijk doel, omdat de vennootschap nieuwe activiteiten heeft ontplooid of zal ontplooiën en/of een territoriale uitbreiding van de activiteiten van de vennootschap tot het buitenland.²¹⁵

Nu in de statuten van de oprichting van de Nederlandse Loterij B.V. in de mogelijkheid is voorzien om buiten Nederland investeringen te verrichten, zijn dit omstandigheden die in het licht van *Teckal*

²¹⁰ HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*), r.o. 51.

²¹¹ In deze zin bijvoorbeeld AG La Pergola in zijn conclusie van 19 februari 1998 in de Nederlandse zaak BFI-ARA.

²¹² HvJ EU 17 juli 2008, C-351/05 (*Commission v Estonia*).

²¹³ HvJEU, 13 oktober 2005, C-458/03, (*Parking Brixen*), r.o. 65.

²¹⁴ HvJEU, 13 oktober 2005, C-458/03, (*Parking Brixen*).

²¹⁵ HvJEU, 13 oktober 2005, C-458/03, (*Parking Brixen*), r.o. 67.

het toezicht verzwakken. Deze eis valt goed te begrijpen nu het toezicht dient ter rechtvaardiging van de inbreuk op de interne markt vrijheden uit het EU-Werkingsverdrag.

Deze en andere handvatten voor de interpretatie van toezicht zoals door het Hof van Justitie geformuleerd zijn inmiddels door de Europese wetgever met enkele aanpassingen opgenomen in Artikel 17 lid 1 van de richtlijn concessieovereenkomsten 2014/23/EU (geïmplementeerd in artikelen 3.23a en 3.23b Aanbestedingswet 2012).²¹⁶ Dit lid bevat de voorwaarde dat *‘de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie op de betrokken rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten’*. Het ‘toezicht op de eigen diensten’ wordt in lid 3 nader gedefinieerd: *“Een aanbestedende dienst (...) wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op zijn eigen diensten uit te oefenen (...) wanneer hij zowel op strategische doelstellingen als significante beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. (...)”*

Deze bepaling verstrekt in de laatste zinsnede duidelijkheid over de vraag wie toezicht mag houden en de vraag of de toezichthouder alleen de opdrachtgever mag zijn. Dit punt is relevant voor een vergelijking met de Lotto B.V. Deze zinsnede luidt: *“(...) Dat toezicht kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie wordt gecontroleerd”*. Het toezicht kan dus volgens dit lid 1 ook plaatsvinden in een holdingstructuur, maar uiteraard ‘als op de eigen diensten’ alleen en zolang aan alle andere eisen om daarvan te kunnen spreken, is voldaan.²¹⁷

We gaan hieronder kort verder op de vraag door wie toezicht dient te worden uitgeoefend en in het bijzonder of ook gezamenlijke toezicht mag worden gehouden, omdat dit ons een goed vergelijkingskader biedt met de situatie van de Lotto B.V. Een aanbestedende dienst die individueel geen toezicht op een rechtspersoon uitoefent, kan dit ook gezamenlijk doen met andere aanbestedende diensten. Artikel 17 lid 3 sub i-iii bepaalt dat er in dit geval sprake is van toezicht als er aan de volgende drie cumulatieve vereisten is voldaan: (1) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten; individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen; (2) deze aanbestedende diensten zijn in staat gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en (3) de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten. Dit betekent dus dat toezicht (mede) kan worden vormgegeven door een vertegenwoordiging van de controlerende aanbestedende dienst(en) in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon. Verder wordt uit het bovenstaande duidelijk dat het toezicht wordt versterkt wanneer de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende dienst(en).²¹⁸

²¹⁶ We noemen hier alleen de concessierichtlijn wegens de gelijkenissen die vergunningen met concessies vertonen. Zie voor een bespreking van deze bepalingen: W.A. Janssen, *EU Public Procurement Law & Self-organisation: A Nexus of Tensions & Reconciliations*, Den Haag: Eleven Publishers, 2018, pp. 192 en verder.

²¹⁷ Anders dus dan wat het Hof van Justitie in het arrest *Carbotermo* besliste dat het bestaan van een holdingstructuur als een verzwakking van het toezicht moest worden gezien. HvJEU, 11 mei 2006, C-340/04 (*Carbotermo*).

²¹⁸ Hoewel deze drie criteria niet staan vermeld bij toezicht door één aanbestedende dienst kan op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie worden geconcludeerd dat deze criteria ook dan relevant zijn. HvJEU, 13 oktober 2005, C-458/03, (*Parking Brixen*); HvJEU, 11 mei 2006, C-340/04 (*Carbotermo*).

Meer recentelijk heeft het Hof van Justitie ook nog verduidelijkt dat het niet noodzakelijk is om aandelen te bezitten in een rechtspersoon om daarop toezicht uit te kunnen oefenen. In de zaak *Porin Kaupunki* overwoog het Hof: *'Het criterium van het houden van een deel van het kapitaal kan namelijk niet het enige middel vormen om dit doel te bereiken, aangezien de zeggenschap die een aanbestedende dienst uitoefent zoals over zijn eigen diensten ook anders tot uiting kan komen dan via een kapitaalbenadering.'*²¹⁹ Volgens het Hof kan toezicht dus ook worden vormgegeven op alternatieve manieren, zoals via samenwerkingsovereenkomsten waarin mogelijkheden zijn opgenomen om toezicht te houden. Wel is duidelijk dat het Nederlandse ondernemingsrecht veelal toezichts-mogelijkheden geeft aan aandelenhouders, dankzij de verbonden stemrechten of vetorechten, waardoor het belang van aandeelhouderschap nog steeds blijft bestaan.

Als wij nu deze jurisprudentie over toezicht in investingszaken - als voldoende vergelijkbaar terrein binnen het Europees recht - toepassen op de Nederlandse Loterij B.V. en de Lotto B.V. vinden wij punten die niet aan de orde zijn geweest in de procedures die tot de uitspraken van de ABRvS van 10 maart 2021 (in de zaken *Betfair* en *NOGA*) hebben geleid.

Niet ter discussie staat dat de Staat wegens het meerderheidsaandeelhouderschap in de Nederlandse Loterij B.V. bevoegdheden heeft, op basis waarvan toezicht kan worden gehouden, zoals ook de Afdeling concludeerde in deze zaken. Wat vanuit het *Teckal* perspectief beschouwd problematisch is voor wat de Nederlandse Loterij B.V. betreft, is dat de houders van de stemrechtloze aandelen - en dat zijn private partijen - wel een *beslissende* invloed hebben ten aanzien van bepaalde belangrijke beslissingen. Zo hebben de stemrechtloze aandeelhouders enkele bijzondere goedkeuringsrechten op basis van art. 35 'Bijzondere besluiten'. Het gaat hier om besluiten die dermate zwaarwegend zijn dat deze niet kunnen worden genomen zonder instemming van de houders van de stemrechtloze aandelen, omdat hiermee bijvoorbeeld hun rechten wijzigen.

Artikel 22 lid 2 van de statuten, over de benoeming van de Commissarissen, kan verder problematisch zijn, omdat de AV (de facto de Staat) en de ondernemingsraad aan de RvC kandidaten enkel mag *aanbevelen* om als Commissaris te worden voorgedragen (lid 2). Wel heeft de Staat uiteindelijk de facto de mogelijkheid om een voordracht af te wijzen op grond van lid 6.

De situatie is in zoverre anders voor de Lotto B.V. want - anders dan in de statuten vermeld - zijn thans alle aandelen van de private partijen NOC*NSF en ALN aan de Nederlandse Loterij B.V. overgedragen, welke een *beslissende invloed* op de Lotto B.V. uitoefent. De facto is het dus de Staat die via de Nederlandse Loterij B.V. *indirect aandeelhouder* is van de Lotto B.V. De Staat bezit namelijk 99% van de aandelen van de Nationale Loterij B.V. die - zoals beschreven staat in paragraaf 3.3. e.v. - de Lotto B.V. bestuurt. De Staat kan alleen op *indirecte* wijze via de holdingmaatschappij toezicht houden op de Lotto B.V.

Wel geldt dat de AV van de Lotto B.V. belangrijke besluiten - zoals tot wijziging van de statuten, juridische fusie, juridische (af)splitsing, omzetting of tot ontbinding van de Lotto B.V. - enkel kan nemen na schriftelijke goedkeuring van de Minister van Financiën.

Tot slot draagt aan het toezichtsvereiste bij dat de Nederlandse Loterij B.V. de enige bestuurder is van de Lotto B.V. De Staat is dus - via het 99% aandeelhouderschap - ook de *indirecte bestuurder* van de Lotto B.V.

²¹⁹ HvJ EU, 19 juni 2020, C-328/19 (*Porin Kaupunki*), r.o.68.

3.6.2 Kan de Staat toezicht houden op een externe rechtspersoon wanneer een private partij daarin aandelen bezit?

3.6.2.1 Private deelneming in de externe rechtspersoon is volgens het Hof van Justitie niet toegestaan

In het arrest *Stadt Halle* uit 2005 verduidelijkt het Hof van Justitie dat het problematisch is voor het toezicht wanneer een private partij een deelneming heeft in de externe rechtspersoon waarop toezicht dient te worden gehouden door de Staat. RPL Lochau is een in 1996 opgerichte vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is.²²⁰ 75,1% van haar kapitaal behoort toe aan Stadtwerke Halle GmbH, waarvan de enige aandeelhouder, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, voor 100 % in handen is van de gemeente Stadt Halle, en 24,9% aan een particuliere vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.²²¹ In deze zaak concludeert het Hof niet zozeer dat de rechtsvorm (een vennootschap) problematisch is en zelfs niet dat de houders van de private participatie een commerciële oogmerk (kunnen) hebben, maar wel het feit dat die particuliere entiteiten zich laten leiden door “*overwegingen die verband houden met hun eigen particuliere belangen, welke verschillen van de door de aanbestedende dienst nagestreefde doelstellingen van algemeen belang*”.²²² Om die reden werd het toezicht in de zaak *Stadt Halle* niet als op de eigen diensten beschouwd. Duidelijk is dus dat zelfs een minderheidsdeelneming door een private partij een inbesteding frustreert, omdat de overwegingen die de overheid leiden anders zijn dan die van de private aandeelhouders.

Deze conclusie werd bevestigd door het Hof van Justitie in het arrest *Centro/SUCH*.²²³ De rechtspersoon waarop toezicht moest worden gehouden als op de eigen diensten, SUCH, was ten tijde van de onderhandse gunning samengesteld uit publieke leden én uit entiteiten uit de particuliere sector. Het Hof besloot dan ook dat de voorwaarde van ‘toezicht zoals op de eigen diensten’ niet vervuld kan zijn wanneer de voor een overheidsopdracht geselecteerde entiteit een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk is waarbij ten tijde van de gunning van die opdracht niet alleen entiteiten uit de publieke sector zijn aangesloten, maar ook particuliere instellingen (...) die activiteiten zonder winstoogmerk verrichten.²²⁴ Het feit dat het *in casu* ging over een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk doet derhalve niet af aan de conclusie dat een private partij niet mag deelnemen in het aandelenkapitaal om van toezicht te kunnen spreken. De eis is kortom streng.

3.6.2.2 Ook na codificatie van deze jurisprudentie blijft private deelneming in Nederland volgens de *Teckal* doctrine niet toegestaan

Het verbod op private participatie is inmiddels gecodificeerd in de Aanbestedingswet 2012 en de aanbestedingsrichtlijnen, maar met de volgende versoepeling. Het verbod om privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon te bezitten, is thans beperkt tot rechtstreekse participatie van privékapitaal: ‘*er is geen directe privé-deelneming in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van*

²²⁰ HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*).

²²¹ Ten overvloede: De verwijzende rechter noemt RPL Lochau een “overheidsonderneming met particuliere deelneming” en merkt op dat de verdeling van het kapitaal van de vennootschap pas eind 2001 in een vennootschapsovereenkomst is neergelegd, toen sprake was van het voornemen tot gunning van het betrokken project.

²²² HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*), r.o. 49-50.

²²³ HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12 (*Centro/Such*).

²²⁴ HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12 (*Centro/Such*), r.o. 44.

*privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.*²²⁵

Dit betekent dat er een uitzondering is gecreëerd voor private participatie wanneer voldaan is aan de volgende cumulatieve vereisten: (i) die krachtens de nationale wet- en regelgeving is vereist; (ii) die geen controlerende of blokkerende vormen van participatie oplevert; (iii) die in overeenstemming is met het Verdrag, (iv) die geen beslissende invloed uitoefent op de gecontroleerde rechtspersoon.

In het licht van de inbestedingsdoctrine volgens *Teckal* wordt dus niet aan het toezichtsvereiste voldaan nu NOC*NSF en ALN deelnemen (iets minder dan 1%) in het aandelenkapitaal van de Nederlandse Loterij B.V. Dit geldt volgens het Hof zelfs wanneer de gecontroleerde rechtspersoon “*van algemeen nut is zonder winstoogmerk*”.²²⁶ Het feit dat de holdingmaatschappij de Nederlandse Loterij B.V. geen winstoogmerk heeft, maar wel als private onderneming wordt gezien en bedoeld is om ‘financiële voordelen’ te genereren (zie de Kamerbrief uit 2015 in deze zin) zijn geen goede argumenten om voor het slagen aan de toezichtseisen te pleiten. Het is dan ook de vraag of, en zo ja in hoeverre dit ook consequenties kan hebben voor de Lotto B.V. via Artikel 35 van de statuten van de Nederlandse Loterij B.V.

3.7. Concluderende opmerkingen

3.7.1 Concluderende algemene opmerkingen t.a.v. de wettelijke monopolies naar aanleiding van de uitspraken van de ABRvS van 10 maart 2021

De ABRvS deed op 10 maart 2021 in twee zaken uitspraak over de vergunningverlening aan Lotto B.V., die aangespannen werden door respectievelijk Betfair en Stichting Speel Verantwoord, inmiddels de Nederlandse Online Gambling Associatie.

Gevraagd om in beide zaken te oordelen (o.a.) over de vraag of de tenaamstelling van de verleende vergunning mocht worden gewijzigd,²²⁷ besloot de rechter dat:

- Nederland over de ruimte beschikt om een meervergunningstelsel te laten bestaan naast een wettelijk monopoliestelsel, zonder daardoor in strijd te komen met het vereiste van horizontale consistentie uit de Europese jurisprudentie. We verwijzen naar Deel I, paragraaf 1.6 voor de bespreking van de overwegingen van de Afdeling op dat punt.
- de vergunningen aan de Lotto B.V. en de Staatsloterij B.V. rechtstreeks verleend hadden mogen worden (zie paragraaf 3.4.2 voor de bespreking van deze zaken).²²⁸
 - o De ABRvS komt tot deze beslissing door de Nederlandse Loterij B.V. en haar dochtermaatschappijen (waaronder de Lotto B.V. dus) als *geheel* als een openbare exploitant te beschouwen;²²⁹

²²⁵ Artikelen 17 lid 1c en lid 3c richtlijn 2014/23/EU.

²²⁶ HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12 (*Centro Hospitalar de Setúbal en SUCH*) r.o. 44

²²⁷ ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:470 (NOGA) en ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:468 (Sporting Exchange Limited [Betfair]).

²²⁸ Zie p.5.2.5 van de uitspraak genoemd in de voorgaande voetnoot.

²²⁹ ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:470 (NOGA), r.o.5.2.3.

- De ABRvS concludeert dat de Lotto B.V. onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat, omdat:²³⁰
 - de Staat de volledige zeggenschap heeft over de belangrijke aandeelhoudersbesluiten en de bevoegdheden volledig kan benutten;
 - de Lotto B.V. de ‘volle dochter’ van de holdingmaatschappij de Nederlandse Loterij B.V. is die dus als openbare exploitant moet worden aangemerkt en volgens de *Betfair*-uitzonderingen dient dan nagegaan te worden of er sprake is van rechtstreeks toezicht.

Ten aanzien van de vergunningverlening aan de Staatsloterij

Door de beslissing in deze zaken lijkt in ieder geval een einde te zijn gekomen aan de discussie die in de laatste jaren diverse malen bij de Nederlandse rechter is gevoerd over de vraag naar de juridische (on)toelaatbaarheid van de rechtstreekse vergunningsverlening aan de Staatsloterij B.V. voor het houden van een staatsloterij.

Deze vergunning is immers verstrekt voor ‘onbepaalde tijd’ hetgeen een nieuwe analyse van die vraag in dit rapport overbodig maakt en is daarom verder buiten beschouwing gebleven.

Ten aanzien van de vergunningverlening aan de Lotto B.V.

Anders is de situatie als het gaat om dezelfde vraag maar dan ten aanzien van de vergunningen die met regelmaat aan de Lotto B.V. voor ‘bepaalde’ tijd worden verstrekt.

Het Nederlandse vergunningsstelsel en de ondernemingsrechtelijke organisatie van de kansspelen is steeds aan verandering onderhevig. Bij iedere nieuwe vergunningverlening en mogelijke reorganisatie opent zich namelijk de mogelijkheid voor potentiële gelaedeerde partijen om die rechtstreekse verstrekking bij de rechter aan te vechten op grond van nieuwe feiten en omstandigheden. Daarom hebben we in dit Deel III daar wel aandacht aan geschonken.

Nu de rechter beoordeeld heeft dat het juridisch toelaatbaar is om zowel de twee soorten stelsels naast elkaar in stand te laten, alsmede om de tot dan toe verstrekte vergunningen onderhands te verlenen, is het alsnog goede zaak - als er in de toekomst voor zou worden gekozen om de wettelijke monopolies in stand te laten en dus de nieuwe vergunningen nog altijd onderhands te blijven verstrekken - om deze toekomstige rechtstreekse verlening van de vergunningen binnen het monopoliestelsel op een dusdanige wijze in te richten dat deze niet in spanning komt met de Europese vrij verkeer regels.

Er zijn een paar punten die aandacht verdienen, omdat deze niet door de ABRvS in de twee zaken van 10 maart 2021 zijn afgedaan.

Nu de Europeesrechtelijke consistentie- en coherentiebeginselen aandacht verlangen voor de eisen die het Hof van Justitie op een voldoende vergelijkbaar terrein ten aanzien van toezicht heeft geformuleerd, adviseren wij om het belang van de *Teckal* jurisprudentie voor de interpretatie van de *Betfair* uitzonderingen in ogenschouw te nemen. De inzichten die hieruit voortkomen verlangen een verbetering van de wijze waarop het toezicht door de Staat op de vergunninghouders van de wettelijke monopolies, meer specifiek de Lotto B.V., is geregeld.

²³⁰ ABRvS 10 maart 2021, *Betfair*, r.o. 5.2.5; ABRvS 10 maart 2021, *NOGA*, r.o. 5.2.3.

Mocht de organisatie van de kansspelen in de toekomst wijzigen of inmiddels zijn gewijzigd, dan vereist dit uiteraard een nieuwe toets van het toezicht.

3.7.2 Concluderende opmerkingen t.a.v. de Europeesrechtelijke eisen omtrent het toezicht op de Nederlandse Loterij B.V. en de Lotto B.V.

Ten aanzien van het toezicht op de Nederlandse Loterij B.V.

In het licht van *Betfair* dient er rekening mee te worden gehouden dat:

- het feit dat aan de ‘stemrechtloze aandelen’ bevoegdheden zijn verbonden die het toezicht/de controle van de Staat begrenzen (zie Artikel 35 van de statuten), bemoeilijkt de mogelijkheid tot het uitoefenen van (strengere controle dan wel) rechtstreeks toezicht door de Staat. Voor bepaalde belangrijke beslissingen is immers een goedkeurende stem van NOC*NSF en ALN nodig. Het wegnemen van deze bevoegdheden aan de stemrechtloze aandelen versterkt de mate van toezicht door de algemene vergadering en dus *de facto* door de Staat;
- Artikel 22 lid 2 van de statuten die over de benoeming van de Commissarissen kan problematisch zijn, omdat de AV (de facto de Staat) en de ondernemingsraad aan de RvC kandidaten enkel mag *aanbevelen* om als commissaris te worden voorgedragen (lid 2). Wel heeft de Staat uiteindelijk de facto de mogelijkheid om een voordracht af te wijzen op grond van lid 6. Om het toezicht te versterken, verdient het aanbeveling om de samenhang tussen lid 2 en 6 te verbeteren.

In het licht van *Teckal* dient er rekening mee te worden gehouden dat:

- het feit dat NOC*NSF en ALN deelnemen (met iets minder dan 1%) in het aandelenkapitaal is problematisch. Wanneer private partijen deelnemen in het kapitaal - ook al is dat maar voor niet meer dan 1% deelneming - wordt niet aan het vereiste van toezicht voldaan;
- het feit dat de statuten van de Nederlandse Loterij B.V. in de mogelijkheid voorzien om buiten Nederland investeringen te verrichten, verzwakt het toezicht;
- aangezien de AV ten aanzien van bepaalde besluiten enkel een raadplegende stem heeft en enkel een rol bij benoeming en ontslag is het zeer de vraag of dan aan het vereiste van toezicht volgens de *Teckal* doctrine is voldaan.

Ten aanzien van het toezicht op de Lotto B.V.

In het licht van *Betfair* dient er rekening mee te worden gehouden dat:

- het is problematisch voor het toezicht op de Lotto B.V. dat het toezicht door de Staat *indirect* is vormgegeven door middel van een holdingstructuur. De Nationale Loterij B.V. met een meerderheidsaandeel van de Staat is bestuurder van de Lotto B.V., en bezit alle aandelen van de Lotto B.V. Het verdient aanbeveling om te overwegen - mede door de rechten van de Stemrechtloze aandeelhouders in beschouwing te nemen - in hoeverre beter aan rechtstreeks toezicht kan worden voldaan door de Staat *direct* te laten deelnemen in de Lotto B.V. en niet via de Nederlandse Loterij B.V.

In het licht van *Teckal* dient er rekening mee te worden gehouden dat:

- wederom geldt dat wanneer een private partij in het kapitaal deelneemt niet aan het vereiste van toezicht als op eigen diensten wordt voldaan. Het feit dat de aandelen van de Lotto B.V. in 2016 zijn overgedragen aan de Nederlandse Loterij B.V. versterkt het toezicht;

- hoewel het Hof van Justitie in de zaak *Carbotermo* uit 2006 besloot dat een holdingstructuur het toezicht verzwakt, bepaalde de Europese wetgever acht jaar later in Artikel 17 lid 1 (laatste paragraaf) Richtlijn 2014/23/EU expliciet dat toezicht houden door middel van een holdingstructuur mogelijk is; dit neemt niet weg dat door een zorgvuldige analyse van deze zaak en de bepaling in de richtlijn helder wordt dat in een dergelijke situatie dan met andere maatregelen het toezicht alsnog dient te worden versterkt. Het verdient daarom aanbeveling om met dit punt rekening te houden in toekomstige vormgeving van het toezicht, omdat de Staat momenteel indirect bestuurder en indirect aandeelhouder is van de Lotto B.V via de Nederlandse Loterij B.V.