



## **Annotatie bij Rb. Arnhem 31 augustus 2005 (De Lotto/ Ladbrokes)**

Verschenen in *Intellectuele Eigendom & Reclamerecht (IER)* 2005-6, nr. 89, p. 368-375.

**J.J.C. Kabel**

### **Donnerwetter versus Engelse kwartjesvinders [1]**

1. Er zijn de laatste tijd veel van dit soort zaken geweest, waarin een Nederlandse aanbieder een (veelal in Engeland gevestigde) buitenlander van de internetgokmarkt verdrijft met het argument dat wat Nederlanders niet mogen, ook aan buitenlanders niet is toegestaan uit een oogpunt van oneerlijke concurrentie (zie in dit blad: [Vzr. Rb. Arnhem 27 januari 2003](#), *IER* 2003, p. 184 [m.nt. JK](#), *De Nationale Sporttotalisator/Ladbrokes Ltd* en voor de bijbehorende uitspraak in cassatie [HR 18 februari 2005](#), *SEW* 2005, 71 m.nt. Fierstra, LJN AR 4841; zie voor recente literatuur over deze rechtspraak J.C.M. Van der Beek en M. de Koning in *NTER* 2004/6, p. 137-146, 2004/8-9, p. 209-210 en 2005/7-8, p. 153-159). Van strafrechtelijke handhaving van de WoK is in dit opzicht overigens nauwelijks sprake, het gaat vooral om bestaande vergunninghouders die als eiser op basis van oneerlijke mededinging optreden in een civiele procedure. Tot nu toe hebben de Nederlandse vergunninghouders het doorgaans gewonnen. Dat gebeurt hier ook, mede dank zij een bijzondere vorm van *public-private* partnership tussen rechterlijke en uitvoerende macht. Publiek en privaat belang lijken hier als uit één mond te spreken. Dat wekt enig wantrouwen.

2. Waar het m.i. vooral om gaat is de wijze van toetsing die hier wordt toegepast. De Rechtbank kiest voor abstracte, marginale toetsing bij de vraag of de doeleinden van het Nederlandse kansspelbeleid een rechtvaardiging kunnen zijn voor beperkingen op het vrij verrichten van diensten. Zij baseert die keuze op bovengenoemd arrest van de Hoge Raad. De Raad baseerde zich daarbij op [HvJ EG 6 november 2003](#), zaak C-243/01 (Gambelli), *NJ* 2004, 314. Volgens de HR is er geen enkele aanwijzing dat het HvJ EG voor de toepassing op aanbieders van kansspelen uit andere lidstaten van een (mede) op fraudebestrijding gerichte nationale regeling als de Wet op de kansspelen zou eisen, dat wordt aangetoond dat sprake is van (concreet dreigende) fraude of misbruik. Die marginale aanpak is typerend voor de kansspelenmarkt. Op dat gebied vaart het HvJ EG van oudsher een zeer liberale koers. Het Schindler-arrest (24 maart 1994, C-275/92, *Jur.* 1994, p. I-1039) oordeelt dat, gezien de bijzondere aard van kansspelen, die vraagstukken van van "zedelijke, religieuze of culturele aard" met zich meebrengen, de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid moeten te beschikken "om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers en, meer in het algemeen, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere Lid-Staat, voor de bescherming van de maatschappelijke orde, zowel wat betreft de organisatie van loterijen en de omvang van de inleggeden als met betrekking tot de bestemming van de opbrengsten ervan." Er is dus altijd aangenomen dat er voor kansspelen inderdaad sprake is van een (meer) marginale toetsing dan op andere gebieden. De markt voor kansspelen is een typisch nationale markt die zoveel mogelijk met rust wordt gelaten door de EU. Een scriptie-student van me, Koen Advocaat, heeft die markt eens treffend als een 'herenackoord' bestempeld (*Gokken na Gambelli, Nederlands en Brits Kansspelbeleid*, scriptie Amsterdam 2004, waaraan ik ook enkele gegevens over het straks te bespreken Engelse systeem heb ontleend). De Lid-Staten

die zich voegen in kansspel-zaken voor het HvJEG pleiten dan ook onveranderlijk voor handhaving van de nationale regelingen. Een belangrijk, hoewel niet juridisch relevant, verborgen argument in de discussie daar bij is dat liberalisering de spoeling voor publieke inkomsten uit nationale kansspelen dunner maakt. De Tachtigjarige Oorlog tegen Spanje is mede gefinancierd door inkomsten uit staatsloterijen!

3. Op andere markten is het Hof beduidend minder marginaal. Zo gaan al te vèr gaande nationale maatregelen ter bescherming tegen veronderstelde misleiding onherroepelijk voor de bijl, zelfs als het een gewichtig belang als bescherming van de gezondheid betreft (zie bijv. Commissie tegen Oostenrijk, [HvJ EG 23 januari 2003](#), C-221/00). En bij een al even gewichtig belang als bescherming van de pluriformiteit, moest de Oostenrijkse Staat zich laten welgevallen dat de effectiviteit van zijn beschermingsmaatregelen tot op de bodem werd uitgezocht ([HvJEG 26 juni 1997](#), C-368/95 (Familiapress) inzake een verkoopbevorderende prijsvraag). Ik voeg daar nog aan toe dat het bij de WoK gaat om mogelijke strafrechtelijke handhaving; die vorm van handhaving doet het Hof doorgaans de proportionaliteitstoets gestrenger toepassen, maar dat gegeven speelt hier ook kennelijk geen rol.

4. Uit bovengenoemd Schindler-arrest volgt dus dat elke lidstaat vrij is in het kiezen van het beschermingsniveau dat die staat, om redenen van zedelijke, religieuze of culturele aard, noodzakelijk vindt. Anders zou er een benedenwaartse harmonisatie plaatsvinden, waarbij men bij het niveau van de meest tolerante lidstaat uitkomt. De toetsing vindt dus niet plaats op het niveau van de bescherming, maar op het niveau van de vraag of de betrokken beperkingen noodzakelijk zijn om dat niveau te waarborgen. Uit de rechtspraak van het HvJ EG volgt wèl dat de lidstaat van ontvangst (NL) rekening moet houden met het toezicht dat in de lidstaat van oorsprong (UK) wordt uitgeoefend. In deze zaak kan deze vlieger echter niet opgaan, omdat de beperking van de goklust slechts kan worden gerealiseerd door het beperken van het aantal vergunningen. De beperking vindt met andere woorden niet plaats op het niveau van toezicht, waar rekening kan worden gehouden met Brits toezicht, maar op het niveau van de uitgifte van de vergunningen. Wanneer een door Ladbrokes aangevraagde vergunning geweigerd zou zijn door de Nederlandse overheid, zou de equivalentie van het Britse toezicht wel aan de orde moeten worden gesteld. De nationale rechter mag niet eenzijdig bepalen hoe vrijgevig hij wil zijn. De nationale regeling is immers geldig, tenzij zij onverenigbaar is met het EG-verdrag. En dat laatste is bij kansspelregulering slechts het geval als de betrokken beperking niet voldoet aan de marginaal toe te passen evenredigheidstoets.

5. Maar er zijn hier m.i. primair andere aspecten dan louter Europeesrechtelijke aan de orde, te weten die van het nationale recht inzake oneerlijke mededinging. De juiste wijze van toetsing bij die aspecten moet worden gevonden in in het leerstuk van oneerlijke voorsprong door wetsovertreding. Dat leerstuk brengt met zich mee dat de rechter moet letten 'op de betekenis, die de overtreding van de betrokken wetsbepaling heeft in het gegeven samenstel van feiten dat tot de benadeling leidt, en gelet mede op de bijzondere omstandigheden die het geval kenmerken, aan dengeen die zich aan de wetsovertreding schuldig maakt, met het oog op de voor hem voorzienbare gevolgen van zijn handelwijze voor anderen, wier belangen daardoor worden aangetast, door die anderen een van zijn met de wet strijdig handelen als te hunnen opzichte maatschappelijk onbehoorlijk een verwijt kan worden gemaakt' (HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568, *Beukers c.s. /Dorenbos*). Dat betekent onder meer dat de wetsovertredende activiteit de overtreder een wezenlijk voordeel moet bieden en de eiser daadwerkelijk moet benadelen, dat het niet zo moet zijn dat wat eiser gedaagde verwijt ook door hemzelf wordt gedaan (het pot en ketel verwijt) en dat er sprake is van daadwerkelijke handhaving van de gestelde regels. Het is dus m.i. bepaald niet zo, dat, zoals de Rechtbank stelt, een onderzoek naar de vraag of toelating van Ladbrokes tot de Nederlandse markt tot concrete risico's leidt, de grenzen van een civiel geding tussen twee aanbieders van kansspelen over het al dan niet onrechtmatige karakter in verband

met oneerlijke concurrentie, te buiten gaat.

6. De Rechtbank neemt in deze zaak de toetsing van het Hof – door de HR in cassatie in stand gehouden - in de kort geding zaak over. Het Hof ziet het ongeoorloofde van de voorsprong van Ladbrokes in het soepeler vergunningsregime waaronder Ladbrokes opereert in vergelijking met De Lotto en in het gevaar dat het aantal spelers (2000) dat thans met Ladbrokes meespeelt, snel groter kan worden, wanneer Ladbrokes zijn activiteiten in Nederland mag voortzetten. Daardoor zou het optreden van Ladbrokes “grote schade” (dreigen te) berokkenen aan De Lotto. Hof Den Haag 19 november 1998, *NJ* 1999, 679 was nog van oordeel dat de geringe omzet van een buitenlandse loterij (Schindler's Süddeutsche Klassen Loterie) niet bedreigend was voor de Nederlandse Post Codeloterij (NPL); het Hof stelde vast dat die omzet stabiel op ongeveer 2% van de totale Nederlandse bestedingen bleef, terwijl het aandeel van de NPL in twee jaar (1995-1997) beduidend toenam van 15 miljoen tot 443 miljoen. Gelet op de gelijkwaardigheid van de Duitse vergunningsvoorwaarden met de Nederlandse, concludeerde het Hof in die zaak dat Schindler geen onrechtmatige voorsprong verkreeg door zonder Nederlandse vergunning hier Duitse loten aan te bieden. Deze problematiek is in de bodemzaak niet aan de orde gesteld: de Rb neemt klakkeloos aan dat er sprake is van een concurrentievoorsprong.

7. Resteert dus toch een zware nadruk op de in Nederlandse ogen onvolmaaktheid van het Engelse vergunningssysteem. Dat systeem is inderdaad anders dan het Nederlandse. Het lijkt deels op het systeem dat indertijd is voorgesteld door de MDW-Werkgroep Kansspelen (zie het Rapport *Nieuwe ronde, nieuwe kansen*, TK 2000-2001, 24 036, nr. 180), maar door het kabinet is verworpen. De Werkgroep pleitte ervoor de kansspelenmarkt als een gewone markt te zien, met een toezichhoudende taak voor de overheid ter bescherming van consumenten, het tegengaan van gokverslaving en van criminaliteit. Ieder die aan een aantal kwaliteitseisen voldoet, zou moeten worden toegelaten tot de markt. Verplichte opbrengstbestemmingen zouden uit den boze moeten zijn. Dat is ongeveer het Engelse systeem, met dit verschil dat de Engelsen, niet zoals wij, meerdere grote nationale loterijen kennen. Het Engelse systeem is grotendeels lokaal: direct contact tussen aanbieder en speler staat centraal, zodat de consument kan zien wat er met zijn inleg gebeurt en hoe de uitslag tot stand komt. Commerciële, landelijk georganiseerde loterijen zijn verboden, met uitzondering van de National Lottery. De opbrengsten van die loterij worden besteed aan publieke doeleinden. De nieuwe Gambling Act 2005 zet die lijn voort, legaliseert onder andere on-line kansspelen en voert een keurmerksysteem voor aanbieders in. Met buitenlandse loterijen mag wel worden meegespeeld, maar daarvoor mag geen reclame worden gemaakt. Engelse aanbieders mogen op buitenlandse markten opereren. Dat systeem is dus niet onvolmaakt, maar anders. Het bevordert bepaald geen fraude of criminaliteit en of het in Nederland gokverslaving bevordert, lijkt een vraag die uit het zicht verdwenen is. De filosofie achter dat systeem is dat de markt voor kansspelen niet verschilt van andere markten voor recreatie en vrijetijdsbesteding. Dat is bepaald niet de Nederlandse visie. En zeker niet onder Balkenende II. Huls concludeert in zijn oratie (N.J.H. Huls, *God dobbelt niet. Realiteiten en mythen van kansspelregulering*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2004, p. 29-23), dat het restrictieve beleid dat minister Donner voorstaat, gebaseerd is op een paternalistische kanalisatiegedachte, die niet meer past in een samenleving die het gokken als een normale vorm van tijdverdrijf accepteert.

8. De hamvraag is dus of het optreden van Ladbrokes onder het Engelse systeem inderdaad “grote schade” dreigt te berokkenen aan De Lotto. Ladbrokes heeft, anders dan De Lotto, geen last van verplichte opbrengstbestemmingen, van een verplicht uitkeringspercentage, noch van kansspelbelasting, van een maximum inleg per deelnemer, van spelbeperkingen, van een verbod on line kansspelen aan te bieden of van reclamebeperkingen (in eerste instantie in de vorm van zelfregulering). De gedachte is dus dat Ladbrokes aantrekkelijker spelen kan aanbieden. Ik heb in de procedure geen

vergelijking met winstpercentages gezien. Die vergelijkingen zouden toch de doorslag moeten geven voor een consument om mee te doen met een loterij. De vraag die m.i. hoort bij het onderzoek naar de aannemelijkheid van dreigende grote schade als grondslag voor een verbod, is dan of consumenten, gelet op die omstandigheden, inderdaad (zullen) vallen voor het Engelse aanbod. Die m.i. relevante, economische aspecten, zijn vooralsnog in het vage gebleven, anders gezegd, niet vol, maar marginaal getoetst.

---

## Noten

[1] Met dank aan Herman Speyart voor zijn kritisch commentaar op een eerdere versie.

---