

WAAROM WIJ (NOG) NIET MOGEN GOKKEN OP HET INTERNET

Of hoe het oneerlijke mededingingsrecht Nederland te hulp schiet én in de steek zal laten als Nederland niet netjes blijft

Jan Kabel

Instituut voor Informatierecht

Inleiding

Gokken is juridisch interessant. Mevrouw Lindman, een Finse, waagt een gokje in Zweden. Het lot van de AB Vemiska Spel Loterij levert haar 1 miljoen Zweedse kronen op (een Zweedse kroon is een oud kwartje). Daar moet ze in Finland belasting over betalen. Dat had ze niet hoeven wanneer ze in Zweden had gewoond en ook niet wanneer ze in een Finse loterij gewonnen had. Riekt naar discriminatie. Het HvJEG moet nog beslissen, maar de AG is het al met haar eens (Conclusie AG Stix-Hackl van 10 april 2003, C-42/02 in de zaak Lindman/Skatterättelsenämnde). Liberalisering van belasting op inkomen uit loterijen is één ding, liberalisering van de Europese gokmarkt is een grotere stap. In alle landen van de Gemeenschap is het aanbieden van gokspelletjes (netter: kansspelen) zonder vergunning verboden. Doorgaans worden vergunning alleen aan nationale aanbieders verleend en niet aan buitenlandse bedrijven. Liberalisering zou betekenen dat ook aanbieders uit andere lidstaten op een nationale markt mogen opereren. Dat doen ze intussen wel. De Suddutsche Klassenloterie opereert ook in Nederland evenals het Engelse Ladbroke. Van harmonisering door richtlijnen of verordeningen is nog geen sprake en de vraag of nationale verboden buitenlanders kunnen tegenhouden, moet dus uiteindelijk door het HvJEG worden beantwoord op basis van het primaire EG-recht. Vooral e-gambling (gokken op het internet) is daarbij actueel.

De nationale vergunninghouders zitten niet te wachten op buitenlandse concurrentie. Een van de rechtsmiddelen om die concurrentie van de nationale markt te houden is te vinden in een bepaalde rubriek van het oneerlijke mededingingsrecht, die van de oneerlijke voorsprong in de concurrentie. De idee daarachter is, dat concurrenten zich onderling aan de regels die voor iedereen gelden moeten houden. In dit geval gaat het dan om de Wet op de Kansspelen (Wok) en het daarop gebaseerde vergunningensysteem dat eisen stelt aan de vergunninghouders. Wanneer een concurrent zich niet aan die regels houdt, heeft hij of zij het gemakkelijker dan degenen die zich wel braaf aan de regels houden. Dat is oneerlijk en de wetsgetrouwe concurrenten kunnen op basis van artikel 6: 162 BW dan een actie uit oneerlijke concurrentie instellen tegen de wetsovertreder. Er zijn de laatste tijd veel van dat soort zaken geweest, waarin een Nederlandse aanbieder een buitenlander van de internetmarkt verdrijft met het argument dat wat Nederlanders niet mogen, aan buitenlanders ook niet is toegestaan uit een oogpunt van oneerlijke concurrentie. Publiek en privaat belang gaan hier gebroederlijk tezamen. Dergelijke acties kunnen natuurlijk alleen met succes worden gevoerd, wanneer er inderdaad sprake is van strakke en daadwerkelijk gehandhaafde eisen. Tot nu toe hebben de Nederlandse vergunninghouders het nog steeds gewonnen. Maar hoe als het publieke beleid verandert?

De zaak

De Engelse bedrijven Ladbrokes en Stanley Int. Betting bieden gokkers, ook die buiten Engeland, de mogelijkheid aan te gokken via het Internet. E-gambling noemen we dat. In Italië pakt de Staat de Italiaanse bemiddelaars aan via een strafrechtelijke vordering, in Nederland pakken de vergunninghouders de buitenlandse aanbieder aan via een vordering uit onrechtmatige daad. Zie bijgaande figuur. Ik noem daarin alleen de Ladbrokes-zaak maar er zijn de laatste tijd tal van gelijksoortige Nederlandse zaken gevoerd.

De Nederlandse vergunninghouders winnen, de Italiaanse Staat verliest. Waarom? En waarom zouden we in Nederland eigenlijk niet mogen gokken via het Internet?

Het probleem

Een heikel probleem. De liberalisering van de markt voor loterijen en andere kansspelen in de EU komt maar moeilijk op gang. Het is daarbij ook nog maar de vraag of die liberalisering wel zo wenselijk is. Wie de standpunten van de lidstaten bekijkt, zoals die in de conclusie van de AG in de Italiaanse Gambelli-zaak (C-243/01, Strafverfahren gegen Piergiorgi Gambelli u./a. van 13 maart 2003, hangend) worden verwoord, zou menen dat de wereld vergaat als dankzij de nieuwe technologische communicatiemogelijkheden iedere EU-burger overal maar kan gokken. Het algemeen belang, de openbare orde, het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de consument, de financiering van sociale, culturele en sportieve activiteiten, het waarborgen van een redelijk welstandsniveau van de Europese burger, al die nobele doeleinden worden aangevoerd als doeleinden die dreigen te worden gefrustreerd door inbreuken op de nationale monopolies voor kansspelen. Ook in de Ladbrokes-zaak (De Nationale Sporttotalisator/Ladbrokes Ltd, Vzv Rb Arnhem 27 januari 2003, *Intellectuele eigendom en reclamerecht* 2003-3, p. 184-188 met ann. JK, *Mediaforum* 2003-3, p. 99-101 met ann. Kamil Mortelmans) worden doeleinden als deze door de rechter beslissend geacht voor de ontoelaatbaarheid van gedaagde's activiteiten op de Nederlandse markt voor kansspelen: het verbod in artikel 1 van de Wet op de kansspelen om kansspelen zonder vergunning aan te bieden dient ter bescherming van het publieke belang bij het inperken van fraudegevoeligheid en van excessieve goklust. Speelt hier nog de vrees voor de excessieve goklust van onze voorouders, de Germanen van wie immers bekend is dat zij huis en haard, vrouw en kinderen verspeelden bij het dobbelspel (zie Tacitus, *Germania*, 24, en verder voor de bonte reeks van historische motieven tot breideling van kansspelen A. Komen en D.W.F. Verkade, *Kansspelen en cadeau-acties*, Kluwer: Deventer 1972, p. 111-123)?

Kan het ook anders?

Het is, gesteld voor die vloed aan argumenten voor beperking, bepaald verhelderend om de analyse te lezen die AG Alber in de Gambelli-zaak ten beste geeft. In zijn analyse betreft hij de eerdere drie zaken op dit terrein: Schindler, Läärä en Zenatti (resp.: C-275/92, C-124/97 en C 67/98). Zijn analyse laat vooral zien dat een coherente aanpak van de markt voor kansspelen een lidstaat de meeste kansen biedt om aan de bepalingen omtrent de vrijheid van dienstverlening en de vrijheid van vestiging te voldoen. Schindler is wat dat betreft een mooi voorbeeld. Het tot de Engelse Lotteries Act van 1993 geldende *absolute* verbod van grote, nationale loterijen kon in Engeland tegenover buitenlandse aanbieders worden gehandhaafd, omdat het inderdaad, behoudens enkele kleine, locale uitzonderingen, een absoluut verbod was. Een relatief verbod (verboden, behoudens vergunning), is ontvankelijker voor Europeesrechtelijke kritiek, naarmate het vergunningstelsel soepeler is. De Italiaanse situatie, zoals beoordeeld in de conclusie van Alber, spreekt in dit opzicht boekdelen. De betrekkelijk recente (2000) Italiaanse wetswijziging heeft het regime voor het aanbieden van kansspelen aanmerkelijk verlicht, laat een zeer agressieve reclamevoering toe en is de basis geweest voor meer dan 1000 verleende concessies aan binnenlandse kansspelaanbieders. In een dergelijke situatie is het lichtelijk hypocriet (juridischer gezegd: disproportioneel) om een buitenlandse aanbieder, in dit geval de in Liverpool gevestigde bookmakersfirma Stanley International Betting die onder een Engelse vergunning via Italiaanse bemiddelaars (o.a. Gambelli) gelegenheid geeft te gokken op de uitslag van voetbalwedstrijden, aan te pakken door de

desbetreffende bemiddelaars strafrechtelijk te vervolgen. De AG concludeert dan ook dat de Italiaanse regeling zich niet verdraagt met de vrijheid van dienstverlening.

De Nederlandse situatie

De situatie in Nederland is ietsje anders dan die in Italië. Maar het gevaar van Italiaanse toestanden is niet helemaal denkbeeldig. Ik geef eerst wat cijfers die duidelijk maken dat de te verdedigen belangen groot zijn. Men zie het volgende staatje dat de resultaten van de grote vergunninghouders (Holland Casino, Bank Giro Loterij, De Lotto, Sponsorloterij, Autotote, Staatsloterij, Nationale Postcode Loterij en Zorgloterij) aangeeft in de periode 1996-2001 (bron: http://www.toezichtkansspelen.nl/cijfers/jaar1996_2001.pdf).

Kerngegevens vergunninghouders 1996 t/m 2001
(in miljoenen euro)

	1996	1997	1998	1999	2000	2001
spelopbrengst	782	853	947	1.050	1.121	1.289
saldo kosten	370	403	449	500	548	644
belastingen	68	76	84	92	105	128
netto opbrengst	344	374	414	458	468	517
belasting in prijzen	35	40	47	51	54	64

Het buitenlandse aandeel, onderzocht in het rapport *Deelname aan buitenlandse kansspelen in Nederland 2002* door Lucien Vermeer en Maroesjka Brouwer, uitg. NIPO Consult Amsterdam, lijkt nog bescheiden, maar is stijgend. Uit het rapport blijkt dat ongeveer 6% van de Nederlandse huishoudens wel eens meedoet aan een buitenlands kansspel. Dat komt neer op een besteding van eveneens 6% van het totaal bedrag dat aan kansspelen wordt besteed. Ongeveer 9% van de buitenlandse kansspelen wordt gespeeld via internet. Het overgrote deel gaat per post. De Duitse lotto is de belangrijkste component op de Nederlandse markt voor buitenlandse kansspelen (56% van het totaal). Ladbrokes verzorgt een gedeelte van de in totaal 2% aan buitenlandse sportprijsvragen en bookmaking.

Private verdediging van publieke belangen

Opvallend is dat van strafrechtelijke handhaving van de Wok in dit opzicht nauwelijks sprake is, het gaat vooral om bestaande vergunninghouders die als eiser wegens oneerlijke mededinging optreden in een civiele procedure. Pres. Rb. Den Haag (14 februari 1997, *NTER* 1997, nr. 4, p. 69-71 met commentaar van Van Zutphen) oordeelt in *De Nationale Postcode Loterij/Schindler*, dat artikel 1 aanhef en onder b. van de Wet op de Kansspelen discrimineert tussen nationale en buitenlandse loterijen, omdat bevordering van deelneming aan buitenlandse loterijen verboden is, onafhankelijk van de vraag of zij al dan niet over een vergunning beschikken. Artikel 1 verbiedt onder a. namelijk:

“gelegenheid te geven om mede te dingen naar prijzen of premies, indien de aanwijzing der winnaars geschiedt door enige kansbepaling waarop de deelnemers in het algemeen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen, tenzij daarvoor ingevolge deze wet vergunning is verleend;”

en verbiedt vervolgens onder b.:

“de deelneming hetzij aan een onder a bedoelde gelegenheid, gegeven zonder vergunning ingevolge deze wet, hetzij aan een overeenkomstige gelegenheid, gegeven buiten het Rijk in Europa, te bevorderen of daartoe voor openbaarmaking of verspreiding bestemde stukken in voorraad te hebben; (curs. K.)”.

De cursieve zinsnede doet het artikel in strijd zijn met art. (ex-) 59 EG-verdrag. Op grond daarvan zou de WoK moeten worden gewijzigd, zoals ook Van Zutphen terecht concludeert (p. 71).

Daarnaast onderzoekt de President de materiële controle die op de buitenlandse loterij wordt uitgeoefend. Dat is belangrijk om antwoord te kunnen geven op de vraag of de buitenlander in Nederland een oneerlijke voorsprong heeft op zijn Nederlandse concurrenten. De, in dit geval Duitse, controle is volgens de President gelijkwaardig aan de Nederlandse en alleen dat is al een reden om de formele overtreding niet onrechtmatig te achten tegenover de Postcode Loterij. In hoger beroep onderzoekt het Hof (Hof den Haag 19 november 1998, *NJ* 1999, 679), net zoals de President, of beide loterijen zodanig van elkaar verschillen, dat Schindler's Süddeutsche Klassen Loterie het als het ware veel makkelijker heeft in Nederland dan de Postcode Loterij. In casu zijn de verschillen niet zo groot dat Schindler een ontoelaatbare voorsprong zou genieten. Het Hof heeft ook nog bekeken of de omzet van Schindler in Nederland bedreigend was voor de NPL en geconcludeerd dat die 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.

Vznr Rb Utrecht (27 februari 2003, LJN nr. AF5121 in de zaak *Holland Casiono/Paramount c.a.*) oordeelt anderzijds dat het zonder vergunning aanbieden in Nederland van interactieve kansspelen (met casinospelen vergelijkbare spelen op het internet) door onder meer een Amerikaanse aanbieder een oneerlijke voorsprong oplevert op Holland Casino, omdat de fysieke controle (op identiteit, overschrijding speelmaxima, het weren van minderjarigen) en de bijbehorende maatregelen die door HC kunnen en moeten worden uitgeoefend, nu eenmaal ontbreken op het internet. Bovendien, maar dat is een betwistbaar argument, zoals wij zullen zien, zou de verplichting van HC om de netto-opbrengst aan de staatskas over te dragen, een verplichting die niet voor Paramount c.a. geldt, HC in een nadelige concurrentiepositie brengen tegenover Paramount c.a.

In de Ladbrokes-zaak worden de Engelse vergunningsvereisten naast de Nederlandse gelegd en wordt geconcludeerd dat Ladbrokes onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij op grond van het Engelse recht gehouden is aan dezelfde (strengere) voorwaarden als het Nederlandse, zoals de voorwaarde het grootste deel van de opbrengsten te besteden aan goede doelen, maximale inleg- en verliesbedragen en het aantal aan te bieden kansspelen. De laatste twee voorwaarden beogen de speler te beschermen en zijn, aldus de president, te beschouwen als rechtvaardiging voor de beperking op het vrije dienstenverkeer. De eerste voorwaarde kan, op zichzelf beschouwd, niet dienen als een afzonderlijke rechtvaardiging voor het wettelijk verbod en het is m.i. maar de vraag of zij wel kan dienen als grond voor een rechterlijk verbod dat is gebaseerd op oneerlijke mededinging wegens wetsovertreding. Economisch voordeel voor de fiscus of voor sociale activiteiten die door opbrengsten uit kansspelen worden ondersteund, is nu eenmaal geen geldige reden voor beperkingen van grensoverschrijdende dienstverlening. Onderzoek naar de proportionaliteit van de Nederlandse beperkingen in de uitspraak niet verricht. Toch is dat een belangrijke toetssteen, zoals weer eens blijkt uit de conclusie van AG Albert in de Gambelli zaak.

De Gambelli-zaak

De Richtlijn elektronische handel is niet van toepassing op kansspelen. Wij moeten het bij e-gambling dus van het primaire EG-recht hebben. Het gaat om een grensoverschrijdende dienstverlening, die door in dit geval de Italiaanse kansspelwetgeving wordt verboden wordt als

geen (Italiaanse) vergunning is verleend. Wat de rechtvaardigingen voor dat verbod betreft: opmerkelijk is dat de AG in Gambelli zegt dat alle gronden die de Italiaanse Staat aanvoert voor het strafrechtelijk verbod reeds gedekt zijn door de Engelse vergunning (punt 112-113). De vraag waar het om gaat is dan vervolgens of de strafrechtelijke aanpak een geschikt middel is om de doeleinden te bereiken die als rechtvaardiging voor een verbod kunnen gelden en of het niet met minder ernstige middelen kan. Ik merk op dat wij in Nederland ook een strafrechtelijke handhaving kennen van het verbod (art. 31 Wok, jo art. 1 onder 1 en 3 van de Wet Economische Delicten). Het voorkomen van strafbare feiten en het tegengaan van fraude zal, aldus de AG, genoegzaam worden tegengaan in de lidstaten van de EU die immers alle een wettelijke regeling kennen met betrekking tot kansspelen en de beteugeling van de gevaren ervan. Het lijkt hem niet nodig dat andere lidstaten dat nog eens overdoen. De vraag hoe de gokzucht beteugeld dient te worden, is vooral, aldus de AG, een vraag naar de coherentie van het gevoerde beleid met betrekking tot kansspelen. In dat opzicht is vooral van belang wat de lidstaat toelaat op nationaal spelgebied. Versoepeling van de normen voor bestaande vergunninghouders en een agressieve promotie voor kansspelen kunnen relevante beoordelingsfactoren zijn. M.i. zal ook van belang kunnen zijn wat de lidstaat in meer positieve zin doet (flankerend beleid om het zo maar eens te noemen) om gokverslaving tegen te gaan. Daarnaast is nog van belang de vraag of er sprake is van een protectionistische regeling. De laatste vraag kan voor Nederland zonder meer bevestigend worden beantwoord. Onderdanen van andere EU-lidstaten kunnen immers, anders dan Nederlanders, geen vergunning krijgen.

Het beleid

Het gaat er dus vooral om dat een lidstaat een coherent beleid voert. Wat die coherentie betreft: in ons land mag niemand, ook de huidige vergunninghouders niet, interactieve kansspelen (e-gambling, virtueel gokken) op internet aanbieden. De huidige vergunningen laten daar geen ruimte voor en nieuwe vergunningen worden daartoe vooralsnog niet verleend (zie M. de Koning en N.M. Wisman, 'Kansspelen op het internet', *NJB* 2001/17, p. 1237 en voor een geval van handhaving van dit verbod: Pres. Rb. den Haag 16 januari 2001, *KG* 2001, 1356, LJN-nummer: AA9524). Op dat punt is de situatie dus te vergelijken met die in de Schindler-zaak en is er ook geen onderscheid tussen binnen- en buitenlandse aanbieders. Zolang aan dat standpunt maar flink kan worden vastgehouden, hoeft m.i. niet gevreesd te worden voor Europeesrechtelijk afgedwongen liberalisering van de interactieve kansspelenmarkt. Niettemin, de verleiding om de bestaande vergunninghouders wel de mogelijkheid te geven het net op te gaan zal groot zijn. Justitie beraadt zich, in overleg met EZ over de invoering van een proefperiode met eisen waaraan m.i. geen buitenlandse aanbieder aan zal kunnen voldoen (Kamervragen 356, TK 2002-2003, Aanslag, p. 747-748). Hoe meer mogelijkheden er aan de bestaande vergunninghouders worden aangeboden, des te zwakker staat Nederland in zijn strijd tegen buitenlandse aanbieders. Dat leert niet alleen het Europese recht, maar ook het recht inzake oneerlijke mededinging. Netjes blijven is dus de enige remedie.