33 Zaak C-203/08, Sporting Exchange Ltd (h.o.d.n. Betfair)/ Minister van Justitie

Arrest van 3 juni 2010 (Tweede kamer), n.n.g., *LJN* BM9210, *NJ* 2010, 490, m.nt. Mok, *JB* 2010, 171, m.nt. Wolswinkel

Verzoek om prejudiciële beslissing – Artikel 49 EG – Beperking vrij verrichten van diensten – Exploitatie van kansspelen via internet – Wederzijdse erkenning – Gesloten vergunningstelsel – Exclusieve vergunning – Transparantieverplichting

Feiten en juridisch kader

Het wettelijke kader voor het reguleren van kansspelen in Nederland wordt gevormd door de Wet op de kansspelen (Wok). Deze regelt alle aspecten van het Nederlandse kansspelbeleid. De kern van de wet wordt gevormd door artikel 1 sub a, dat het aanbieden van kansspelen zonder vergunning verbiedt. Daarnaast verbiedt artikel 1 sub b het 'bevorderen van deelname' aan een illegaal of buitenlands (legaal óf illegaal) kansspel, en het in voorraad hebben van reclamemateriaal.
Voor het overige heeft de wet voornamelijk betrekking op een scala van afzonderlijke vergunningsstelsels die uitzonderingen maken op het basisverbod. Deze hebben betrekking op uiteenlopende kansspelregimes, te weten de goededoelenloterijen, de bijzondere kansspelen (zoals winkelweekacties en kleine kansspelen), de staatsloterij, de instantloterij (krasloten), de sporttotalisator (toto), de totalisator (draf en rensport), de lotto, de casino's, de speelautomaten en de promotionele kansspelen (waaronder de zogenoemde belspelletjes).[1] Voor het onderhavige arrest is vooral het regime voor de sporttotalisator en de totalisator van belang.

Het Nederlandse kansspelbeleid heeft drie hoofddoelen: het tegengaan van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit. Daarnaast noemen diverse beleidsstukken nevendoelen, zoals een rendabele exploitatie, afdrachten aan bepaalde goede doelen of aan de Staat, en handhaafbaarheid van de regelgeving. De hoofddoelstellingen worden nagestreefd met behulp van het systeem van kanalisatie. Dit houdt in dat wanneer duidelijk sprake is van een kennelijk bij de spelers bestaande vraag naar een bepaald kansspel, die vraag door middel van een zorgvuldig gereguleerd aanbod wordt toegeleid naar een legaal aanbod. Dit aanbod mag niet leiden tot verhoging van de vraag, maar moet voor spelers wel aantrekkelijk genoeg zijn om weg te blijven van het illegale aanbod. Titel III van de Wok geeft de Minister van Justitie de bevoegdheid om aan één enkele rechtspersoon vergunning te verlenen voor sportprijsvragen (weddenschappen op de uitslag van sportwedstrijden, met uitzondering van harddraverijen en paardenrennen), plus een daarmee verbonden loterij. Deze moeten worden georganiseerd 'met het oog op de belangen van instellingen werkzaam ten algemene nutte, in het bijzonder op het gebied van sport en lichamelijke vorming, van de cultuur, het maatschappelijk welzijn en de volksgezondheid', en de opbrengsten moeten daaraan ten goede komen. Deze sporttotalisatorvergunning is sinds 1961 in handen van de Stichting Nationale Sporttotalisator (De Lotto). De vergunning werd traditioneel telkens verleend voor vijf jaar. De sporttotalisator en bijbehorende loterij mogen, blijkens een expliciete bepaling in de vergunning, worden aangeboden langs direct elektronische weg.[2]
Op grond van Titel IV van de Wok kan de Minister van Justitie aan één enkele rechtspersoon vergunning verlenen voor de totalisator, een systeem voor weddenschappen op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen. De totalisatorvergunning was tot 1986 verleend aan de Stichting Totalisator Nederland, en daarna achtereenvolgens aan verschillende Nederlandse en buitenlandse organisaties. De laatste vergunninghouder is Scientific Games Racing BV (SGR), en is een volle dochter van een Amerikaanse organisator van kansspelen. De vergunning wordt telkens verleend voor een periode van vijf jaar.

Sporting Exchange biedt onder de naam Betfair vanuit het Verenigd Koninkrijk kansspelen via internet aan. Het gaat daarbij om gokken op sportwedstrijden, zoals voetbal en paardenrennen, casinospelen en poker. Betfair heeft daartoe Britse en Maltese vergunningen. In 2004 heeft Betfair aan de Nederlandse Minister van Justitie een bestuurlijk rechtsoordeel gevraagd over de noodzaak van het hebben van een vergunning op grond van de Wok. Betfair stelde zich op het standpunt dat zij die vergunning niet nodig had, omdat haar Britse vergunning haar in het kader van de wederzijdse erkenning van vergunningen al toegang tot de Nederlandse markt bood. Nadat de minister geweigerd had om een dergelijk rechtsoordeel te geven, vroeg Betfair twee vergunningen aan: een voor sportprijsvragen (al dan niet via internet) en een voor een totalisator (al dan niet via internet), met andere woorden voor de voetbaltoto en voor het paardenwedden.
De minister wees beide vergunningaanvragen van Betfair af en verleende vervolgens vergunningen aan De Lotto en aan SGR.[3] Betfair kwam op tegen elk van deze besluiten. De verschillende procedures zijn in hoger beroep gezamenlijk behandeld door de Afdeling bestuursrechtspraak, die aanleiding zag tot een prejudiciële verwijzing.[4]
De verwijzing draait om twee punten: het bestaan van een plicht tot wederzijdse erkenning van kansspelvergunningen en de eis van een transparante gunningsprocedure bij een éénvergunningstelsel zoals het Nederlandse.

De minister heeft zich bij de afwijzing van de vergunningaanvragen op het standpunt gesteld dat de Wok een gesloten systeem kent van vergunningen. Het voorziet niet in de mogelijkheid tot verlening van vergunningen voor internetgokken. Het aanbieden van deze diensten aan dienstontvangers in Nederland is daarmee ook voor Betfair verboden. Betfair betoogt dat zij geen vergunning nodig heeft voor het aanbieden van haar huidige diensten in het Verenigd Koninkrijk. Zij mag die aanbieden in Nederland, omdat Nederland op grond van het vrij verkeer van diensten en Europese rechtspraak gehouden is de door andere lidstaten aan haar verleende vergunningen te erkennen op grond van het leerstuk van wederzijdse erkenning. Op die grond moet zij worden toegelaten haar diensten via internet aan dienstontvangers in Nederland aan te bieden. De minister stelt dat bij een stelsel van exclusieve vergunningen de wederzijdse erkenning niet aan de orde komt, omdat anders het gesloten stelsel onderuit zou worden gehaald.
De Afdeling leidt uit de rechtspraak van het Hof af dat de vergunning die Betfair in het Verenigd Koninkrijk heeft naar alle waarschijnlijkheid als zodanig geen recht geeft om deze diensten zonder Nederlandse vergunning in Nederland aan te bieden, maar stelt hier voor de zekerheid toch een vraag over.[5] Hierbij toonde de Afdeling een vooruitziende blik, aangezien de verwijzing plaatsvond voordat het Hof het arrest *Liga Portuguesa de Futebol* wees. Daarin werd kort gezegd geoordeeld dat lidstaten dienstaanbieders uit andere lidstaten mogen verbieden om kansspelen via internet aan te bieden.[6]

De Wok kent voor het organiseren van sportprijsvragen en van een totalisator op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen een éénvergunningstelsel. Artikel 16 lid 1 en artikel 24 Wok bepalen dat deze vergunningen telkens slechts aan één rechtspersoon kunnen worden verleend. Aangezien de minister de vergunningen al had verleend aan De Lotto en SGR, bleef er voor Betfair geen meer over. Betfair betoogt, dat het éénvergunningstelsel in strijd is met het vrij verkeer van diensten. De minister beroept zich op de beoordelingsvrijheid van lidstaten bij het reguleren van kansspelen, zoals voortvloeit uit de arresten *Läärä* en *Placanica*.[7]
De Afdeling merkt de doelstellingen van de Wok, te weten het beschermen van de consument, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit en het tegengaan van gokverslaving, aan als dwingende redenen van algemeen belang in de zin van de jurisprudentie van het Hof in de arresten *Gambelli* en *Placanica*, die een beperking van het vrij verkeer van diensten kunnen rechtvaardigen.[8] Een beperking in de vorm van een éénvergunningstelsel merkt de Afdeling vervolgens aan als een geschikt en proportioneel middel. Het vereenvoudigt de controle op de vergunninghouder en voorkomt dat concurrentie tussen vergunninghouders ontstaat die mogelijk leidt tot uitbreiding van gokverslaving, aldus de Afdeling.
De vraag die dan nog overblijft is of bij de verlening van deze exclusieve vergunning een transparante procedure moet worden gevolgd naar het voorbeeld van aanbestedingsprocedures die aan andere gegadigden een eerlijke kans bieden om mee te dingen. De Afdeling leidt uit de rechtspraak van het Hof af dat in geval het gelegenheid bieden tot kansspelen in een concessie wordt uitgegeven aan de transparantieverplichtingen moet worden voldaan bij hernieuwing van de concessies en dat dan ook het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen.[9] Maar of dit ook moet gebeuren bij het verlenen van vergunningen in een éénvergunningstelsel is een vraag die de Afdeling eveneens aan het Hof voorlegt.

Arrest

Wederzijdse erkenning

De eerste vraag van de Afdeling luidt:

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

Het Hof volgt bij de beantwoording van deze vraag de inmiddels bekende redenering. Het stelt eerst vast dat de Wok een beperking van het vrij verkeer van diensten inhoudt. Vervolgens wordt onderzocht of deze beperking gerechtvaardigd wordt uit hoofde van de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, dan wel vanwege dwingende redenen van algemeen belang. In verband met kansspelen heeft het Hof als zulke redenen aangemerkt de bescherming van de consument, de fraudebestrijding, het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, en het vermijden van maatschappelijke problemen. (r.o. 24-26). Lidstaten hebben een zekere beoordelingsvrijheid om te bepalen welke maatregelen hiertoe noodzakelijk zijn, welke vrijheid mede is ingegeven door de verschillen in opvattingen van morele, religieuze of culturele aard. De beperkingen mogen niet onevenredig zijn aan de te bereiken doelstellingen. In casu had de Afdeling conform de opdracht van het Hof in eerdere arresten geoordeeld dat de doelstellingen van de Wok dwingende redenen van algemeen belang vormen die een beperking van het vrij verkeer rechtvaardigen en ook dat de beperkingen voldoen aan de evenredigheidstoets (r.o. 27-31).
Met betrekking tot het punt van Betfair inzake de wederzijdse erkenning overweegt het Hof vervolgens onder verwijzing naar het arrest *Liga Portuguesa* dat geen sprake is van een harmonisatie ten aanzien van kansspelen via internet. Iedere lidstaat mag zich op het standpunt stellen dat het rechtmatig aanbieden ervan in een andere lidstaat niet waarborgt dat de consument wordt beschermd tegen fraude en criminaliteit. Dit, omdat het moeilijk kan zijn om de kwaliteit en betrouwbaarheid van aanbieders in andere lidstaten te beoordelen. Bovendien brengt een aanbod via internet grotere risico's op fraude met zich dan traditionele kansspelen, omdat er geen direct contact is tussen de consument en de marktdeelnemer (r.o. 33-36).

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

De gunningsprocedure

De Afdeling stelt hierover twee vragen, die het Hof als volgt samenvat:

'Met zijn tweede en zijn derde vraag, die tezamen dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter enerzijds te vernemen of de rechtspraak die door het Hof op het gebied van dienstenconcessies is ontwikkeld met betrekking tot de uitlegging van artikel 49 EG alsmede van het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, op het gebied van de kansspelen van toepassing is op de procedure voor de toekenning van een vergunning aan slechts één marktdeelnemer. Anderzijds wenst hij te vernemen of de verlenging van deze vergunning, zonder oproep tot mededinging, een geschikt en evenredig middel kan vormen ter verwezenlijking van op dwingende redenen van algemeen belang gefundeerde doelstellingen.'

Bij de verlening van dienstenconcessies is de transparantieverplichting van toepassing als een onderneming uit een andere lidstaat gegadigde kan zijn voor de concessie. Dit houdt in dat de concessieverlenende instantie aan elke gegadigde een passende mate van openbaarheid moet garanderen. Het verlenen van één vergunning in het kader van de Wok is overheidsoptreden met het doel een economische activiteit, het organiseren van kansspelen, mogelijk te maken. Het Hof overweegt vervolgens dat het feit dat de afgifte van één vergunning niet gelijkstaat met een concessieovereenkomst voor diensten, niet rechtvaardigt dat de eisen van gelijke behandeling en transparantie niet in acht behoeven te worden genomen (r.o. 39-46).

'47. Zoals de advocaat-generaal in de punten 154 en 155 van zijn conclusie heeft opgemerkt is de transparantieverplichting immers een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Een dergelijke verplichting dient ook toepas-

sing te vinden in een systeem waarin de autoriteiten van een lidstaat in het kader van de uitoefening van hun overheidsbevoegdheden aan één enkele ondernemer vergunning verlenen, aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten.'

En ook al heeft een lidstaat beoordelingsvrijheid en mag zij kiezen voor een éénvergunningstelsel, een dergelijk stelsel moet zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet discriminerend en voldoende kenbaar zijn. Een gunningsprocedure die niet voldoet aan de voorwaarden van transparantie en gelijke behandeling belet andere exploitanten om hun interesse in de uitoefening van de activiteit kenbaar te maken en verhindert dat zij hun rechten ontleend aan het Unierecht kunnen doen gelden. Het maakt daarbij niet uit of het gaat om verlening of verlenging van een vergunning. Vervolgens wijst het Hof er in navolging van de A-G op dat moet worden onderscheiden tussen het stelsel in het algemeen, dat (gerechtvaardigde) beperkingen inhoudt met betrekking tot het toelaten van kansspelen op de markt en de procedure voor vergunningverlening. Bij de gunningsprocedure hoeft in een éénvergunningstelsel immers niet te worden gevreesd voor een aanjaageffect dat ontstaat als meer ondernemers met elkaar op de kansspelenmarkt gaan concurreren (r.o. 49-58).

'59. De beperkingen van de in artikel 49 EG neergelegde fundamentele vrijheid die specifiek voortvloeien uit de procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan slechts één exploitant, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, zouden 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 (...).
60. In dergelijke situaties blijkt de toekenning of de verlenging van exclusieve rechten voor de exploitatie van kansspelen ten gunste van één exploitant, zonder oproep tot mededinging, gelet op de met de Wok nagestreefde doelstellingen, niet onevenredig.
(...)
62. Gelet op een en ander dient op de tweede en de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 49 EG in die zin moet worden uitgelegd 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, voor zover het niet gaat om een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.'

Commentaar

In 2008 werd het Nederlandse Ministerie van Justitie opgeschrikt door de prejudiciële verwijzingen van de Afdeling in deze zaak en van de Hoge Raad in de zaak *Ladbrokes*. Als inderdaad buitenlandse aanbieders hetzij fysiek, hetzij via internet in Nederland actief zouden mogen worden, dan zou dat het stelsel van de Wok ernstig ondergraven. Bovendien zou ook het monopolie van Holland Casino op de casinospelen op de tocht komen te staan. Het internetpokeren op buitenlandse sites had inmiddels een hoge vlucht genomen en er waren plannen om Holland Casino het alleenrecht te geven om in Nederland casinospelen, en in het bijzonder pokeren via internet aan te bieden.[10] Het wetsvoorstel daartoe werd echter door de Eerste Kamer afgestemd, enerzijds vanwege de onwenselijkheid van de uitbreiding van gokmogelijkheden, anderzijds omdat de VVD-fractie een monopolie onwenselijk vond.[11]
De ontwikkelingen op EU-niveau droegen bij aan het ongemak, aangezien de Commissie een onderzoek startte naar de uiteenlopende kansspelenregimes en naar liberalisering streefde, zowel van de fysieke kansspelenmarkt als van de internetmarkt.[12] Daarnaast heeft de Europese Commissie in april 2006 Nederland een ingebrekestelling gestuurd, waarin is betoogd dat de Wok in strijd is met artikel 49 EG.[13] Volgens de Commissie is het in strijd met het gemeenschapsrecht om een aanbieder van kansspelen die in een andere lidstaat is gevestigd en daar reeds over een vergunning beschikt niet toe te laten tot de Nederlandse markt. Deze ingebrekestelling werd gevolgd door een met redenen omkleed advies (artikel 226 EG).[14] In dat klimaat stelde de minister een adviescommissie in met de opdracht te adviseren over de wenselijkheid van legalisering van kansspelen via internet.[15] Deze commissie adviseerde – mede op basis van de zich steeds meer uitkristalliserende Europese rechtspraak – positief waar het gaat om poker.[16]
Met enige zorg werd daarom uitgezien naar de uitspraken van het Hof. De zaak *Liga Portuguesa* zorgde al voor enige opluchting, omdat daarin twee belangrijke punten werden beslist: een monopoliesysteem is toelaatbaar en artikel 49 EG verplicht niet tot erkenning van kansspelvergunningen uit andere lidstaten.[17] Toch was men er niet helemaal gerust op, met name op het punt van het openbreken van het éénvergunningstelsel.

Wederzijdse erkenning

Het Hof volgt hier de (weinig verrassende) lijn die in het arrest *Liga Portuguesa* werd getrokken. Aangezien er geen harmonisatie bestaat op het gebied van de regulering, zijn lidstaten niet verplicht om een in een andere lidstaat verkregen vergunning voor een aanbod via internet te erkennen. De rechtvaardiging voor deze beperking van de vrije dienstverrichting vindt het Hof in twee punten. Het eerste punt is dat een lidstaat soms moeilijk de kwaliteit en betrouwbaarheid van aanbieders in andere lidstaten kan beoordelen. Dit is op zichzelf een redelijk verrassende redenering, omdat een systeem van wederzijdse erkenning nu eenmaal is gebaseerd op vertrouwen in de vergunningverlenende staat. Zolang echter de eisen waaraan een aanbieder moet voldoen niet geharmoniseerd zijn, kunnen de toelatingseisen zeer verschillend zijn en in sommige staten kan dan ook een ruim toelatingsbeleid bestaan. Het Hof vindt de kans op fraude daarbij een belangrijk argument, en wel omdat de risico's bij een aanbod via internet groter zijn, aangezien er geen direct contact is tussen speler en aanbieder. Dat internet meer kans biedt op fraude zal niemand betwisten. We hoeven alleen maar te denken aan alle phishing mail die we dagelijks ontvangen. Het gaat daarbij echter om de mogelijkheden die de techniek biedt, en niet zozeer om het ontbreken van contact tussen aanbieder en speler. Dat laatste speelt wel een rol bij de kans dat gokverslaving optreedt. Een goede aanbieder zal daarom verschillende mechanismen inbouwen, zoals een maximum inleg per dag of week, verplichte wachttijd tussen spellenreeksen, enz. Dit is eveneens een reden om een beperking van de vrijheid van dienstverrichting gerechtvaardigd te achten, al komt dat in de redenering van het Hof niet zo duidelijk tot uiting. Het punt van de wederzijdse erkenning is uitgebreid besproken door Janssens en

Hoornaert in *SEW*, en ik verwijs daarom verder naar hun commentaar bij het arrest *Liga Portuguesa*.[18]

Transparantie bij de gunning[19]

De Afdeling heeft al eerder kritisch geoordeeld over het geheel ontbreken van een aanbestedingsprocedure bij het vergeven van kansspelvergunningen voor de landelijke loterijen.[20] De vraag van de Afdeling met betrekking tot het in acht nemen van de transparantieverplichting in de verleningsprocedure was ingegeven door de gelijkenis tussen dienstenconcessies voor kansspelen en exclusieve vergunningen.
In beide gevallen betreft het beslissingen over het uitoefenen van bepaalde economische activiteiten waarvoor slechts een gering aantal plaatsen beschikbaar wordt gesteld. Voor de dienstenconcessies voor kansspelen geldt dat zij weliswaar niet onder de aanbestedingsregels vallen, maar dat het geheel ontbreken van een aanbesteding met het oog op de toewijzing van de concessies niet strookt met het algemene transparantiebeginsel en de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen. Het Hof heeft geoordeeld dat de verdragsbepalingen die op concessies voor openbare diensten van toepassing zijn, meer bepaald de artikelen 43 EG en 49 EG, alsook het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, een bijzondere uitdrukking van het algemene beginsel van gelijke behandeling zijn.[21] De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit houden met name een transparantieverplichting in, zodat de concessieverlenende overheidsinstantie zich ervan kan vergewissen dat deze beginselen in acht worden genomen. De transparantieverplichting houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.[22]
Op de transparantieverplichting kan een uitzondering worden gemaakt voor de kansspelen, als die uitzondering is gebaseerd op de dwingende redenen van algemeen belang die het Hof erkent, te weten doelstellingen van consumentenbescherming, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, alsmede het voorkomen van maatschappelijke problemen in het algemeen.[23] De getroffen beperking moet dan geschikt en noodzakelijk zijn om die doelstellingen van algemeen belang te bereiken. Bij de hernieuwing van de concessies voor de Italiaanse paardenrennen was het Hof van oordeel dat de getroffen maatregelen niet voldeden aan deze eisen. De Italiaanse regering had namelijk besloten de bestaande concessie zonder meer te verlengen en ruim 600 nieuwe concessies te verlenen volgens een transparante verdelingsprocedure. Het Hof zag niet dat de hernieuwing van de oude concessies zonder aanbesteding werd gerechtvaardigd door de ingeroepen noodzaak om met name de ontwikkeling van illegale activiteiten op het gebied van de inzameling en de toekenning van weddenschappen te ontmoedigen, juist omdat voor de nieuwe concessies wel voldaan kon worden aan de transparantieverplichting.[24]

In de literatuur is betoogd dat uit de Europese regelgeving en jurisprudentie volgt dat ook bij de toedeling van exclusieve vergunningen voor kansspelen een transparante verdelingsprocedure moet volgen.[25] Dit betoog is erop gebaseerd dat in de Dienstenrichtlijn al specifieke eisen worden gesteld aan de verdeling van dergelijke vergunningen (artikel 12). Weliswaar zijn de kansspelen uitgezonderd van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn, maar de rechtspraak ten aanzien van de verdeling van concessies voor kansspelen, zoals hiervoor weergegeven, zou op grond van alle gemeenschappelijke kenmerken moeten worden doorgetrokken naar vergunningen. Ook de minister was van oordeel dat op grond van die rechtspraak zou moet worden overgegaan tot een objectieve en transparante gunningsprocedure.[26]

Het Hof trekt de lijn inderdaad door en oordeelt dat de transparantieverplichting een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat is om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Het Hof erkent uitdrukkelijk dat de afgifte van één vergunning niet gelijkstaat aan een dienstenconcessie. Maar wat betreft de gunning is er geen verschil, omdat het niet gaat om de rechtsvorm, maar om de gevolgen van de concessie of vergunning, te weten de mogelijkheid om kansspelen te exploiteren. Die gevolgen zijn voor in andere lidstaten gevestigde ondernemers, die mogelijk geïnteresseerd zijn in het verrichten van de economische activiteit, bij een vergunning dezelfde als bij de concessieovereenkomst (r.o. 47). Het Hof erkent dat een éénvergunningstelsel een beperking van de vrijheid van dienstverrichting is die de lidstaten mogen hanteren, maar zij moeten – zoals bij ieder vergunningssysteem waarmee verkeersvrijheden worden beperkt – voor de vergunningverlening objectieve, niet-discriminerende en tevoren kenbare criteria aanleggen. Het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel brengen vervolgens mee dat zij voldoende bekendheid geven aan die criteria. Belangrijk is verder dat het Hof een dubbele toets aanlegt: eerst op het hanteren van het éénvergunningstelsel als zodanig en vervolgens op de toewijzingsprocedure voor die vergunning. De beperkingen die in de procedure worden gehanteerd, te weten het zonder oproep tot mededinging telkens voor vijf jaar verlenen van de vergunning aan steeds dezelfde rechtspersoon, moeten op zichzelf ook voldoende gerechtvaardigd zijn. De redenering voor de keuze voor een éénvergunningstelsel gaat niet op voor de procedure om die ene vergunning toe te wijzen. Dan hoeft niet meer te worden gevreesd voor een felle concurrentiestrijd om klanten te lokken en gaat het enkel om het aanbod dat het meest aansluit bij de gunningscriteria. Zo lijkt het Hof toe te redeneren naar het oordeel dat het transparantiebeginsel ten volle moet worden toegepast. Maar het Hof biedt meteen de escape erbij.
Er kan een rechtvaardiging voor het uitschakelen van het transparantiebeginsel worden gevonden, zegt het Hof, als de vergunning wordt verleend aan een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de staat of aan een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen (r.o. 59). Dit oordeel komt voort uit de jurisprudentie over het transparantiebeginsel bij aanbestedingen en concessies. Dat gaat volgens het Hof namelijk niet op als de overheid toezicht kan houden op de opdrachtnemer, zoals zij toezicht zou houden op de uitvoering van de eigen diensten en deze opdrachtnemer het merendeel van zijn diensten verricht ten behoeve van de instantie of instanties die hem beheersen.[27] Deze uitzondering vloeit voort uit het feit dat een overheidsinstantie de mogelijkheid heeft om haar taken van algemeen belang te vervullen met haar eigen administratieve en technische middelen, zonder een beroep hoeven te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren.[28] Het Hof verwijst naar de arresten *Läärä* en *Liga Portuguesa*.

In *Läärä* overweegt het Hof dat de Finse RAY het enige lichaam is dat een exploitatievergunning voor speelautomaten heeft. RAY is een publiekrechtelijke vereniging waarvan de werkzaamheid door de staat wordt gecontroleerd en die de te verdelen netto-opbrengst van de exploitatie van de speelautomaten aan

de staat moet afdragen. De bedragen die de staat aldus ten behoeve van doelen van algemeen nut ontvangt, zouden weliswaar ook langs andere weg kunnen worden verkregen, bijvoorbeeld door belastingheffing bij de verschillende ondernemers die de betrokken werkzaamheden in een niet-exclusief stelsel zouden mogen uitoefenen, maar de aan het vergunninghoudend lichaam opgelegde verplichting de opbrengst van haar bedrijf af te dragen, is stellig een doeltreffender middel om, met het oog op de risico's van bedrog en andere criminele handelingen, strikte grenzen te stellen aan de uit die werkzaamheden voortvloeiende winsten, aldus het Hof. In *Liga Portuguesa* overweegt het Hof iets soortgelijks, alleen gaat het daar niet om de afdracht, maar om het in een beheersbare bedding leiden van de exploitatie van kansspelen en het bestrijden van illegaal aanbod.

Anders dan de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (SENS) en de Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland (Holland Casino), die staatsdeelnemingen zijn, staat De Lotto noch SGR onder rechtstreeks overheidsbeheer. Het zijn particuliere exploitanten, waarbij de vraag rijst of zij onder strikt toezicht staan in de zin van de rechtspraak van het Hof. De vergunningvoorwaarden zijn wel zodanig streng, dat van een strikte regulering kan worden gesproken. Zo zit er een maximum aan het aantal te organiseren sportprijsvragen en lotto's en aan de inleg bij bepaalde typen paardenweddenschappen. Bij reclameuitingen wordt gewaakt voor het aanzetten tot onmatig gokken. Verder is bepaald welk deel van de inkomsten ten minste moet worden besteed aan de uitkering van prijzen en is vastgelegd in hoeverre kosten ten laste van de inkomsten mogen worden gebracht.[29] Het toezicht op de naleving wordt gehouden door het College van toezicht op de kansspelen. Hier ligt een parallel met de zaak *Liga Portuguesa*, met name als het gaat om de beheersbaarheid van de exploitatie van de (sport)totalisator en het indammen van de goklust.
Daarnaast speelt het systeem van afdracht een belangrijke rol. De inkomsten van De Lotto moeten namelijk via een vaste verdeelsleutel worden afgedragen en via een vaste verdeelsleutel worden verdeeld over verschillende doelen van maatschappelijke en sociale betekenis. De inkomsten van SGR komen voor 92% ten goede aan de paardensector.[30] Zouden de vergunningen via een open procedure worden verleend, dan zou het veel lastiger worden om het geld op deze manier verdeeld te krijgen en te voorkomen dat het verdwijnt in het criminele circuit. Hier ligt een parallel met de zaak *Läärä*.

Er is wetgeving in voorbereiding tot oprichting van een kansspelautoriteit.[31] Deze krijgt tot taak het verstrekken, wijzigen en intrekken van vergunningen voor diverse vormen van kansspelen. Daarnaast krijgt hij bestuursrechtelijke bevoegdheden tot handhaving van de Wok. Voor zover nu valt na te gaan is met de uitspraak van het Hof op het punt van de transparantie nog geen rekening gehouden als het gaat om de gunningsprocedure die de kansspelautoriteit gaat hanteren. Wel wordt onderzocht op welke wijze in de toekomst transparante gunningsprocedures kunnen worden ingericht.[32] Daarmee is al een voorschot genomen op de kans dat de Afdeling zal oordelen dat de laatste strohalm die het Hof bood in casu niet sterk genoeg zal blijken te zijn.

A.J.C. de Moor-van Vugt

Voetnoten

1 Een overzicht van de verschillende regimes is te vinden in het rapport Legalisatie van kansspelen via internet, Eindrapport van de Adviescommissie kansspelen via internet, augustus 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 24 557, nr. 123.
2 Artikel 6 lid 2 van de Beschikking Sporttotalisator.
3 Respectievelijk Beschikking Sporttotalisator 2004 en Beschikking Totalisator 2005.
4 ABRvS 14 mei 2008, *LJN* BD1483.
5 De Afdeling verwijst naar HvJ EG 17 december 1981, zaak 279/80 (*Webb*), *Jur.* 1981, 3305 en naar EVA-Hof 20 mei 2007, zaak E-3/06 (*Ladbrokes*).
6 HvJ EG 8 september 2009, zaak C-42/07, *SEW* 2010-9, p. 372-379, m.nt. Janssens en Hoornaert.
7 HvJ EG 21 september 1999, zaak C-124/97 (*Läärä*), *Jur.* 1999, p. I-6067, *SEW* 2000, p. 463, m.nt. J.H. Jans en HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C- 338/04, C-359/04 en C-360/04 (*Placanica*), *Jur.* 2007, p. I-1891.
8 HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (*Gambelli*), *Jur.* 2003, p. I-13031.
9 De Afdeling verwijst naar HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*) en naar HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*Commissie/Ierland*).
10 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 362, nr. 1-2, Kansspelen via internet.
11 *Handelingen I* 2007/08, 25, p. 1040-1041.
12 Zie voor de rapportage <http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm>.
13 Brief van 12 juli 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 24 557, nr. 74.
14 Zie het persbericht op <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/330&format=HTML&aged=0&language=NL&guiLanguage= en>.
15 Auteur dezes maakte deel uit van die commissie.
16 Zie het rapport Legalisatie van kansspelen via internet, Eindrapport van de Adviescommissie kansspelen via internet, augustus 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 24 557, nr. 123.
17 HvJ EG 8 september 2009, zaak C-42/07, *SEW* 2010-9, p. 372-379, m.nt. Janssens en Hoornaert.
18 HvJ EG 8 september 2009, zaak C-42/07, *SEW* 2010-9, p. 372-379, m.nt. Janssens en Hoornaert.
19 Zie over het transparantiebeginsel A. Drahmann, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen?* (Preadviezen Jonge VAR 2010), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-198.
20 ABRvS 18 juli 2007, *AB* 2007, 302, m.nt. J.H. Jans.
21 HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), *Jur.* p. I-8585.
22 HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98 (*Telaustria en Telefonadress*), *Jur.* p. I-10745.
23 Zie het arrest *Placanica*.
24 Zie het arrest *Commissie/Italië*.
25 Zie hierover C.J. Wolswinkel, 'Diensten tussen frequenties en kansspelen, Contouren voor een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen', *SEW* 2009-7/8, p. 287-299.
26 *Kamerstukken II* 2008/09, 24 557, nr. 93, p. 7.
27 HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), *Jur.* p. I-8585.
28 HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel Brabant*), *Jur.* p. I-8457.
29 Zie bijvoorbeeld Beschikking Sporttotalisator 2010, *Stcrt.* 2010, 1190 en Beschikking totalisator 2008, *Stcrt.* 2008, 122.
30 Zie rapport KVI, p. 15 en artikel 6 Beschikking totalisator 2008, *Stcrt.* 2008, 122.
31 *Kamerstukken II*, 32 264, Wijziging van de Wet op de kansspelen in verband met de instelling van de kansspelautoriteit.
32 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 264, nr. 6, p. 3.