

Volgende aflevering Goksaga: Rien ne va plus?¹

Mr. J.C.M. van der Beek en mr. M. de Koning*

Op 6 maart 2007 heeft het Hof van Justitie een prejudiciële uitspraak gedaan die een nadere uitleg vormt van de uitspraak in de zaak *Gambelli* over de beoordeling van de Italiaanse regelgeving op het gebied van kansspelen in het licht van de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten. Deze uitspraak is ook van belang voor de beoordeling van de Nederlandse regelgeving inzake kansspelen en het huidige beleid waarbij buitenlandse partijen die kansspelen over internet willen aanbieden daarvoor geen vergunning krijgen. Dit artikel beschrijft de omstandigheden en de beslissing van het HvJ EG in de zaak *Placanica*. Vervolgens komt aan de orde hoe dit arrest zich verhoudt met het *Gambelli*-arrest alsook daaraan voorafgaande arresten van het HvJ EG. Het artikel evalueert ten slotte de gevolgen van dit arrest voor het Nederlandse kansspelbeleid, waarbij onder meer de recente Nederlandse uitspraak in de zaak *Compagnie Financière Régionale* wordt behandeld.

- *HvJ EG 6 maart 2007, zaken C-338/04, C-359/04, C-360/04, Placanica, Palazzese en Sorricchio, n.n.g.*; zie <http://www.curia.eu.int>.
- *ABRvS 14 maart 2007, LJN: BA0670, Raad van State, 200600283/1, Minister en Holland Casino/CFR*.

Placanica c.s.

Inleiding en achtergrond

Met de hartenkreet 'Rien ne va plus' begint advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer zijn conclusie en wijst daarmee het Hof erop dat het niet langer een grondig onderzoek van de gevolgen van de fundamentele vrijheden van het EG-Verdrag voor kansspelen uit de weg kan gaan. Al in twee eerdere arresten heeft het Hof zich moeten uitspreken over vragen die gerezen waren naar aanleiding van de Italiaanse regelgeving op het gebied van kansspelen, namelijk in de zaken *Zenatti* en *Gambelli*.² De onderhavige zaak vertoont gelijkenis met deze twee eerdere zaken wat betreft de feiten en de EG- en nationale rechtshouders. In feite verwijt de AG het Hof dat het met name in het *Gambelli*-arrest nauwkeuriger had moeten zijn en zich overeenkomstig het voorstel van de AG in die zaak concreet had moeten uitspreken over de invloed van de EG-bepalingen inzake de vrijheden op de

Italiaanse regelgeving. De onderhavige verwijzing had dan volgens de AG vermeden kunnen worden.

De Italiaanse regelgeving op het gebied van kansspelen die in alle drie genoemde zaken aan de orde was hield het navolgende in.

Een marktdeelnemer die in Italië een activiteit in de kansspelsector wenste uit te oefenen diende daarvoor in het bezit te zijn van zowel een concessie als een vergunning. In Italië was een gelimiteerd aantal concessies verleend door middel van een aanbestedingsprocedure³ waarvan bepaalde soorten marktdeelnemers, te weten vennootschappen waarvan de individuele aandeelhouders niet te allen tijde kunnen worden geïdentificeerd (dat wil zeggen kapitaalvennootschappen waarvan de aandelen op gereguleerde markten zijn genoteerd), waren uitgesloten. De verlening van de vergunning was afhankelijk van het bezit van een concessie. In geval van overtreding van de regeling konden strafrechtelijke sancties worden opgelegd, met een maximum van drie jaar hechtenis.

In het *Gambelli*-arrest heeft het Hof bepaald dat de Italiaanse regelgeving de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten beperkte en dat diende te worden nagegaan of deze beperkingen toelaatbaar waren in het licht van de uitzonderingen van artikelen 45 en 46 EG of gerechtvaardigd waren door dwingende redenen van algemeen belang. Van een uitzondering in de zin van genoemde artikelen was volgens het Hof geen sprake. Het Hof heeft het vervolgens aan de nationale rechter overgelaten om te toetsen of van een rechtvaardiging op grond van dringende redenen sprake was en heeft hem daarbij de volgende aanwijzingen gegeven. De beperkingen:

- moeten gebaseerd zijn op dwingende redenen van algemeen belang, zoals 'de bescherming van de consument', 'fraudebestrijding', het voorkomen dat 'tot geldverkwisting door gokken' wordt aangespoord, of het bestrijden van 'maatschappelijke problemen', mits de genomen maatregelen ertoe 'bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt' (punt 67); wanneer een lidstaat derhalve, om geldmiddelen te verwerven, op nationaal vlak een beleid van sterke uitbreiding van de weddenschappen voert, kan hij zich niet 'op de met de beperking van de gelegenheden tot spelen gediende maatschappelijke orde beroepen' (punten 68 en 69); dit noemden wij eerder 'de "hypocrietetest"';
- moeten op dezelfde wijze en aan de hand van dezelfde criteria worden toegepast op alle marktdeelnemers van de Gemeen-

* Mr. J.C.M. van der Beek is advocaat en partner bij Kennedy Van der Laan en Mr. M. de Koning is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

¹ Met veel dank aan Nathalie Voogd, die aan de totstandkoming van dit artikel heeft bijgedragen.

schap (punt 70), met dien verstande dat het in strijd is met het non-discriminatiebeginsel indien de Italiaanse marktdeelnemers er gemakkelijker aan kunnen voldoen (punt 71);

- mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is ter bereiking van het nagestreefde doel. Dit evenredigheidsvereiste geldt voor de sancties tegen personen die weddenschappen aangaan (punt 72) en tussenpersonen die de dienstverrichting door een in een andere lidstaat gevestigde bookmaker vergemakkelijken (punt 73), alsook voor de mogelijkheden voor op de gereglementeerde markten van andere lidstaten genoteerde kapitaalvennootschappen om concessies voor het beheer van sportwedenschappen te verkrijgen (punt 74).

Interessant is dat slechts enkele maanden na de Gambelli-uitspraak de Corte Suprema di Cassazione (de Italiaanse Hoge Raad) de gelegenheid kreeg de beginselen van de uitspraak toe te passen. Het Corte Suprema oordeelde dat de Italiaanse regelgeving in overeenstemming is met de EG-bepalingen inzake vrijheid van vestiging en dienstverlening. Het expansieve beleid van de Italiaanse overheid op het gebied van kansspelen met het oog op met vergroten van staatsinkomsten werd in overeenstemming geacht met redenen van openbare orde en veiligheid, die een rechtvaardiging vormden voor de belemmering van de EG-vrijheden, omdat de Italiaanse bepalingen op het gebied van kansspelen er niet toe strekten vraag en aanbod te beperken, maar om deze, ter voorkoming van strafbare feiten, in controleerbare banen te leiden; dat wil zeggen: de activiteiten te 'kanaliseren'. Het feit dat de Britse bookmaker die inbreuk had gemaakt op de Italiaanse regelgeving al aan het toezicht van een lidstaat was onderworpen achtte het Corte Suprema niet van belang, aangezien de vergunning volgens haar een territoriaal karakter had. Volgens de Italiaanse Hoge Raad was er geen sprake van discriminatie omdat de nationale bepalingen inzake transparantie van de eigendomsstructuur van de concessiehouders gelijkelijk voor Italianen en voor onderdanen van andere lidstaten gelden.

In de onderhavige zaak meenden twee Italiaanse tribunalen toch nogmaals prejudiciële vragen te moeten stellen aan het Hof van Justitie, omdat zij kennelijk twijfelden aan de juistheid van de uitspraak van het Corte Suprema.

Feiten

Voor de genoemde tribunalen speelden – vanwege overtreding van de regelgeving inzake kansspelen – strafzaken tegen de heren Massimo Placanica, Christian Palazzese en Angelo Sorricchio. De

verdachten beheerden centra voor datatransmissie waarin gokkers toegang konden krijgen tot de server van een Britse bookmaker. Zij hadden voor hun werkzaamheden een vergunning aangevraagd, maar niet verkregen. De Britse bookmaker had op haar beurt geïnformeerd naar de mogelijkheid om een concessie te verkrijgen, maar kwam daarvoor niet in aanmerking omdat zij deel uitmaakte van een concern dat op een gereglementeerde markt was genoteerd. Het Openbaar Ministerie meende dat de drie heren strafbare feiten hadden gepleegd door als beheerder van een centrum voor datatransmissie voor rekening van de Engelse bookmaker weddenschappen te hebben ingezameld, zonder de vereiste vergunning te bezitten. De tribunalen stelden prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van de Italiaanse regelgeving met de EG-vrijheden en meer in het bijzonder de vraag of de doelstellingen van openbare orde waarop de Corte Suprema zich had beroepen een rechtvaardiging kunnen vormen voor de betrokken beperkingen.

Het arrest

Het Hof wijst er allereerst op dat het al eerder in het Gambelli-arrest heeft geoordeeld dat de Italiaanse regeling waarbij het – op straffe van strafrechtelijke sancties – verboden is om zonder concessie of vergunning activiteiten te verrichten in de sector kansspelen, een beperking vormt van het recht van vrije vestiging en het recht van vrij verkeer van diensten in de zin van artikelen 43 en 49 EG-Verdrag. Het Hof herhaalt vervolgens dat nagegaan moet worden of een beroep op de uitzondering van artikelen 45 en 46 EG kan worden gedaan en of een rechtvaardiging bestaat op grond van dringende redenen van algemeen belang. Het Hof noemt hierbij dezelfde dringende reden van algemeen belang als in het Gambelli-arrest. Het Hof erkent dat de lidstaten een beoordelingsvrijheid hebben om het gewenste beschermingsniveau voor de bescherming van de consument en de maatschappelijke orde te bepalen gezien de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard en de mogelijke morele en financieel schadelijke gevolgen van kansspelen voor het individu en de samenleving. Daarbij moeten echter de beperkingen die de lidstaten opleggen voldoen aan de voorwaarden met betrekking tot de evenredigheid ervan die in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd.⁴ Het Hof preciseert dat voor elk van de bij nationale regeling opgelegde beperkingen afzonderlijk moet worden onderzocht of zij geschikt is om de verwezenlijking van het doel te waarborgen en zij niet verder gaat dan noodzakelijk is. De beperkingen dienen bovendien zonder discriminatie te worden toegepast.

Vervolgens bespreekt het Hof in het licht van deze voorwaarden de vereisten van een concessie en een vergunning, de aanbestedingen en de strafrechtelijke bepalingen onder de Italiaanse regelgeving.

Wat betreft het vereiste van de concessie overweegt het Hof allereerst dat het systeem leidt tot een beperking van het aantal marktdeelnemers. Voorzover deze beperking samenhangt met de doelstelling om de gelegenheden tot spelen te beperken, merkt het Hof op dat beperkingen van het aantal marktdeelnemers weliswaar in beginsel gerechtvaardigd kunnen zijn, maar dat dan sprake moet zijn van een streven om de gelegenheden tot spelen daadwerkelijk te verminderen en de activiteiten op dit gebied op samenhangende en stelselmatige wijze te verminderen. Dit komt neer op de eerder genoemde 'hypocrisietoets' uit het Gambelli-arrest. Vaststaat dat de Italiaanse overheid juist een expansiebeleid op het gebied van kansspelen voert, zodat bovengenoemde doelstelling geen rechtvaardig-

² Zie *NTER* 2000, nr. 1/2, J.C. van Haersolte: Arresten Låara en Zenatti bevestigen Schindler-beginselen; *NTER* 2004 nr. 6, J.C.M. van der Beek en M. de Koning: de Goksaga: nieuwe grenzen aan de beperkingen van gokken over de grenzen.

³ In 1998 was een aanbestedingsprocedure uitgeschreven om 1000 concessies te verlenen voor het beheer van weddenschappen op sportwedstrijden. Tegelijkertijd werd een aanbestedingsprocedure gestart voor het verlenen van 671 nieuwe concessies voor weddenschappen op paardenrennen en werden 329 concessies hiervoor automatisch verlengd. In 1999 werden uiteindelijk de verschillende concessies verleend voor een periode van zes jaar, met de mogelijkheid van verlenging voor zes jaar.

⁴ HvJ EG, 24 maart 1994, C-275/92, *Schindler*; HvJ EG, 21 september 1999, C-124/97, *Laärä*; HvJ EG, 21 oktober 1999, C-67/98, *Zenatti*; HvJ EG, 25 mei 2000, C-6/01, *Anomar*; HvJ EG, 6 november 2003, C-243/01, *Gambelli*.

ging kan vormen voor de maatregelen, dat wil zeggen de eis van de concessie.

Door de Italiaanse regering wordt echter in deze zaak als werkelijk doel van de Italiaanse regelgeving genoemd het voorkomen van criminaliteit door het kanaliseren van de kansspelactiviteiten in controleerbare circuits. Een gecontroleerd expansiebeleid ter bevordering van toegestane en gereglementeerde activiteiten zou hiermee verenigbaar zijn. Uit onderzoek zou zijn gebleken dat verboden clandestiene weddenschapsactiviteiten in Italië een groot probleem vormen, waarvoor een uitbreiding van de toegestane en gereglementeerde activiteiten een oplossing zou kunnen bieden.

Volgens het Hof kan een stelsel van concessies in deze omstandigheden inderdaad een doeltreffend mechanisme vormen waarmee controle op de actieve marktdeelnemers mogelijk is. Het Hof zegt echter niet te kunnen beoordelen of de beperking van het aantal concessies beantwoordt aan deze door de Italiaanse regering aangevoerde doelstelling van het voorkomen van criminele en frauduleuze activiteiten. Dit dient door de nationale rechter te worden nagegaan, evenals de vraag of deze beperkingen voldoen aan de voorwaarde van de evenredigheid.

Wat betreft het vereiste van een vergunning merkt het Hof op dat een systeem van vergunningen waardoor marktdeelnemers in de kanspelsector en hun lokalen worden onderworpen aan een initiële controle en voortdurend toezicht bij zou dragen aan het voorkomen van criminele en frauduleuze activiteiten en dat deze maatregel evenredig lijkt te zijn. In het onderhavige geval is het echter uitsluitend mogelijk om een vergunning te krijgen indien men in het bezit is van een concessie, zodat aan de vergunningsregeling dezelfde bezwaren kleven als aan de regeling inzake de concessies.

Vervolgens gaat het Hof in op de aanbestedingsprocedure. De Italiaanse regeling leidt tot de totale uitsluiting van alle op de gereglementeerde markten genoteerde vennootschappen, dat wil zeggen van de grootste communautaire marktdeelnemers in de kanspelsector. Ongeacht de vraag of de uitsluiting gelijkelijk geldt voor Italiaanse en buitenlandse vennootschappen, gaat deze uitsluiting verder dan noodzakelijk is voor het bereiken van het doel. Er zijn immers ook andere middelen om rekeningen en activiteiten van deze vennootschappen te controleren die een minder vergaande beperking vormen. Het Hof gaat vervolgens in op de gevolgen die voor de Italiaanse overheid voortvloeien uit deze onrechtmatige uitsluiting van bepaalde partijen. Italië zal procedureregels moeten opstellen ter bescherming van de rechten die de marktdeelnemers hebben op grond van het Gemeenschapsrecht, waarbij de eis geldt dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan de regels die krachtens nationaal recht zouden gelden en dat de uitoefening van deze rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag zijn. Het Hof noemt het intrekken en herverdelen van de oude concessies en het uitschrijven van een nieuwe aanbesteding als mogelijke oplossingen. Bij het ontbreken van een dergelijke procedure kan het feit dat een marktdeelnemer geen concessie bezit, niet leiden tot sancties tegen hem.

De strafrechtelijke sancties van het Italiaanse kansspelbeleid komen tot slot aan de orde. Het Hof stelt dat, hoewel het strafrecht in beginsel tot de bevoegdheden van de lidstaten behoort, daarvoor de grens geldt dat het strafrecht niet de fundamentele vrijheden van het EG-recht mag beperken. Uit rechtspraak blijkt bovendien dat een lidstaat geen straf mag opleggen om de reden dat niet aan een administratieve verplichting is voldaan, als het voldoen aan die verplichting in strijd met het Gemeenschapsrecht is geweigerd of onmogelijk is gemaakt.⁵ In de omstandigheden van de Placanica-zaak mocht de

Italiaanse Republiek geen strafrechtelijke sancties opleggen aan de verdachten nu de vergunning afhankelijk werd gesteld van het bezit van een concessie, waarvan de voorwaarden voor verlening in strijd waren met het EG-recht.

Commentaar

Bij lezing van de conclusie van de AG valt op dat het Hof ook in deze zaak weer niet zo ver is gegaan als de AG voorstelde; zijn hartenkreet 'Rien ne va plus' is door het Hof niet geheel opgevolgd.

In zijn conclusie besteedt de AG eerst interessante overwegingen aan de bevoegdheid van het Hof om prejudiciële vragen te beantwoorden van lagere rechters, zoals in casu de tribunalen, indien het in een eerder arrest al aanwijzingen heeft gegeven aan de rechter in laatste ressort, doch deze naar de mening van de lagere rechter niet op de juiste wijze zijn opgevolgd door die hoogste nationale rechter. Op deze overwegingen zal in dit kader echter niet nader worden ingegaan.

Inhoudelijk is van belang dat de AG op twee punten aanzienlijk verder gaat dan het Hof in zijn afwijzing van de Italiaanse regelgeving. Ten eerste meent hij, anders dan het Hof, dat bij de regelingen inzake de concessie en de vergunning sprake is van discriminatoire maatregelen, die alleen al om die reden in strijd zijn met het EG-recht. Naar zijn mening worden door de Italiaanse vereisten voor de concessie in andere lidstaten gevestigde ondernemingen zwaarder getroffen dan Italiaanse ondernemingen; buitenlandse ondernemingen zouden om in aanmerking te komen voor een concessie hun gehele interne structuur moeten aanpassen. De vraag is overigens of dit niet ook voor Italiaanse ondernemingen zou gelden. Het Hof doet daarentegen geen uitspraak over het discriminatoire karakter van de regeling, maar merkt slechts op dat het vereiste terzake van kapitaalvennootschappen verder gaat dan noodzakelijk is.

Ten tweede merkt de AG wat betreft de geschiktheid en evenredigheid van de Italiaanse regelingen op dat het in strijd is met de verplichtingen die op grond van het EG-Verdrag op de lidstaten rusten, dat door de Italiaanse overheid geen rekening wordt gehouden met de in de lidstaat van herkomst op de desbetreffende dienstverlener uitgevoerde controles en verificaties. De AG wijst erop dat kansspelen in nagenoeg alle lidstaten wettelijk zijn geregeld en dat de regelingen gebaseerd zijn op redenen die grotendeels met elkaar overeenstemmen. Uit vaste EG-jurisprudentie volgt dat wanneer een organisator in een andere lidstaat voldoet aan de daar geldende voorwaarden, dit voor de lidstaat waar de dienst wordt verricht moet volstaan als afdoende waarborg voor de integriteit van de organisator. In het onderhavige geval was de Britse bookmaker inderdaad in het Verenigd Koninkrijk toegelaten op grond van de daar geldende regelgeving op het gebied van kansspelen. Er zijn volgens de AG geen rechtvaardigingen voor een dubbele controle. Het Hof volgt de AG daarin niet. Het Hof gaat slechts in op het vergunningsvereiste dat voor de Italiaanse agenten geldt en merkt daarover op dat een dergelijk vergunningsvereiste op zichzelf een geschikte en evenredige maatregel is om criminaliteit te bestrijden (zij het dat de samenhang met het concessievereiste het in dit geval ontoelaatbaar maakte). Wat betreft het concessievereiste, dat voor de Britse bookmaker geldt, merkt het Hof slechts op dat de nationale rechter moet nagaan of de beperkingen die uit deze regeling voortvloeien voldoen aan de voorwaarden met betrekking tot de evenredigheid zoals deze in

⁵ HvJ EG, 19 januari 1999, C-348/96, *Calfa*.

vaste rechtspraak zijn geformuleerd. Het Hof maakt hier niet duidelijk of de nationale rechter in dat kader ook zal moeten meewegen als er sprake van is dat de buitenlandse marktdeelnemers in hun lidstaat van oorsprong al onderworpen zijn aan regelgeving en toezicht die eveneens fraude en criminaliteit beogen te beperken. Een dergelijk verplichting lijkt wel voort te vloeien uit de bestaande EG-jurisprudentie.⁶

Naast deze verschillen met het standpunt van de AG, is het opvallend dat het Hof in dit arrest de 'hypocrisietoets' nader heeft gepreciseerd. Uit het Gambelli-arrest leek men te kunnen afleiden dat wanneer voor de beperkende nationale regelgeving een beroep werd gedaan op fraudebestrijding, de bescherming van de consument of de bestrijding van maatschappelijke problemen, de genomen maatregelen er altijd toe zouden moeten bijdragen dat de weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze werden beperkt. Een beleid van sterke uitbreiding van weddenschappen zou zich hiermee nooit kunnen verenigen.

In het onderhavige arrest lijkt het Hof hier enigszins van terug te komen. Uit het arrest kan worden afgeleid dat uitsluitend wanneer een lidstaat als doelstelling van de regelgeving aanvoert dat het de goklust van de consument of het spelaanbod en daarmee de gelegenheden tot spelen wil beperken, de daarop gebaseerde beperkingen in de regelgeving zich niet verhouden met een tegelijkertijd toegepast expansiebeleid op het gebied van kansspelen. Er is dan in dat geval geen sprake van een samenhangende en stelselmatige beperking van het gokken en er is derhalve niet voldaan aan de 'hypocrisie-toets'.

Uit het arrest valt naar onze mening af te leiden dat er omstandigheden zijn waaronder een dergelijk expansiebeleid zich wel verhoudt met beperkende regelgeving. Dit kan volgens het arrest het geval zijn indien de doelstelling van de regelgeving is om de gokactiviteiten uit het criminele circuit te trekken, door de mogelijkheden van het gokken in het legale circuit te verruimen, en aldus de gokactiviteiten te 'kanaliseren'. Uit het arrest valt echter ook af te leiden dat in dat geval getwijfeld kan worden aan de geoorlooftheid van de regelgeving indien deze leidt tot een beperking van het aantal aanbieders. Een dergelijke beperking kan waarschijnlijk niet noodzakelijk geacht worden voor (of zelf contraproductief zijn aan) het doel van het kanaliseren door uitbreiding van kansspelen in het legale circuit. Het Hof heeft de beantwoording van deze vraag helaas aan de nationale rechter overgelaten, waardoor er nog steeds geen volledige zekerheid hierover is gegeven.

⁶ Zie onder andere arrest HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, p. I-4221, *Säger*.

⁷ Op grond van artikel 27 h lid 1 Wok in samenhang met het Koninklijk Besluit van 23 februari 2004 (*Stb.* 2004, 87) wordt slechts aan één rechtspersoon een vergunning verleend voor het organiseren van speelcasino's. De minister bepaalt de duur van de vergunning.

⁸ Het parlement heeft de voorgestelde wetswijziging als controversieel bestempeld en er is nog geen debat over geweest. Op 12 maart 2007 heeft de minister het parlement verzocht het debat te voeren.

⁹ Op 31 maart 2007 kondigde de Minister van Justitie aan dat hij juridische maatregelen zal nemen, te beginnen met een waarschuwingsbrief, tegen tabakswinkels die illegale lotto- en toetspelen aanbieden. <http://www.justitie.nl/actueel/persberichten/archief-2007/Justitie-pakt-illegale-lotto-en-toto-in-tabakswinkels-aan.aspx>.

¹⁰ Zie bijv. Hoge Raad 18 februari 2005, LJN: AR4841, C03/306HR, *De Lotto/Ladbrokes*.

Gevolgen voor de Nederlandse situatie

Hoewel de uitspraak in de Placanica-zaak uiteraard verweven is met de Italiaanse regelgeving, kunnen een aantal overwegingen wel relevant zijn voor de Nederlandse situatie. Relevant is dat de overwegingen in de Placanica-zaak een aantal nieuwe preciseringen geven voor de vraag welke eisen aan een systeem van concessies en vergunningen gesteld mogen worden en wanneer deze disproportioneel zijn. Indien de gestelde eisen te ver gaan, zo concludeert het Hof in het Placanica-arrest, dan mag ook geen sprake zijn van strafrechtelijke handhaving.

Nederland kent een vergunningstelsel dat anders van aard is dan het stelsel in Italië. In Nederland bestaat er één vergunninghouder voor casino's (Holland Casino) en één voor sportwedstrijden (De Lotto). De Nederlandse wet bepaalt niet met zoveel woorden dat andere aanbieders geen vergunning kunnen verkrijgen.⁷ De wet bevat slechts eisen voor het verkrijgen van een vergunning. Voor zover ons bekend is, is nog nooit in een procedure betoogd dat die voorwaarden, die zijn gericht op goede doelen, belasting etc., op zichzelf discriminatoir zouden zijn; het is zeer wel mogelijk voor buitenlandse aanbieders om aan de voorwaarden te voldoen. De overheid geeft echter in de praktijk geen vergunningen meer uit, waardoor de huidige vergunninghouders een feitelijk monopolie hebben. Dit monopolie wordt in de praktijk steeds verlengd en uitgebreid. Er wordt voor de activiteiten van de monopolisten uitgebreid reclame gevoerd en er vindt steeds uitbreiding van bestaand aanbod plaats, zowel fysiek (bijv. locaties Holland Casino) als virtueel (bijv. proef Holland Casino op internet).⁸

Het aanbieden van kansspelen zonder vergunning is ook in Nederland strafbaar. In de praktijk is er echter, ondanks diverse aankondigingen van harder optreden tegen illegale kansspelen,⁹ in Nederland tot op heden weinig van handhaving door politie en justitie te merken. Er zijn ons geen strafrechtelijke uitspraken bekend. Handhaving vindt in Nederland in feite plaats doordat vergunninghouders op basis van de Langemeijer-correctie, civielrechtelijk optreden tegen illegale aanbieders. Op basis van onrechtmatige daad kunnen zij via de (voorzieningen)rechter een verbod onder dwangsom afdwingen voor de illegale aanbieder om de Nederlandse markt te betreden.¹⁰

Het Placanica-arrest geeft niet met zoveel woorden uitsluitel over de vraag of een één vergunning- d.w.z. een monopolistisch systeem, als een geschikt en voldoende proportioneel systeem voldoet aan de voorwaarden van het EG-recht. Verdedigd zou kunnen worden dat de door de Nederlandse regering aangevoerde dringende redenen van algemeen belang, voor zover deze, evenals in het geval van Italië, kennelijk gelegen zijn in de wens de exploitatie van kansspelen en weddenschappen te 'kanaliseren' in verband met de bestrijding van misdaad en fraude, onvoldoende rechtvaardiging vormen voor het beperken van het aantal vergunningen. In de Placanica-zaak heeft het Hof immers ook de Italiaanse rechter opgedragen om na te gaan of de regeling, voor zover daarbij het aantal in de kanspelsector actieve marktdeelnemers wordt beperkt, daadwerkelijk beantwoordt aan de aangevoerde doelstelling, namelijk bestrijding van criminaliteit en fraude in deze sector. Daarnaast moest de Italiaanse rechter nog nagaan of aan de voorwaarden van evenredigheid was voldaan. Uit het arrest valt ook af te leiden dat wanneer sprake is van een expansiebeleid van de overheid op het gebied van kansspelen, beperkingen door nationale regelgeving in ieder geval niet hun rechtvaardiging kunnen vinden in doelstellingen die onder andere de beperking van gokverslaving of het aantal spelgelegenheden betref-

fen; dit komt in strijd met de hypocrisietoets. Voor de Nederlandse situatie is dit van belang, aangezien de Nederlandse overheid inderdaad de beperking van gokverslaving als doelstelling noemt en er sprake is van een expansiebeleid.

Eveneens zou verdedigd kunnen worden, overeenkomstig hetgeen de AG heeft opgemerkt, dat door de wijze waarop de vergunningsregeling in Nederland wordt uitgevoerd de mogelijkheid voor buitenlandse ondernemingen om een vergunning te verkrijgen wordt beperkt en er derhalve sprake is van een discriminatoire regeling die alleen al om die reden in strijd is met de EG-bepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Bovendien zou verdedigd kunnen worden dat het verplicht stellen van een Nederlandse vergunning verder gaat dan noodzakelijk is in die gevallen dat de desbetreffende aanbieder van kansspelen in zijn lidstaat van herkomst al onderworpen is aan controle en toezicht en daar in het bezit is van een vergunning of toelating onder de nationale regelgeving, indien deze eveneens ziet op dezelfde doelstellingen als door de Nederlandse overheid wordt aangevoerd.

In het Placanica-arrest wordt geen antwoord gegeven op de in Nederland bestaande actuele vraag hoeveel uitbreiding en reclame door vergunninghouders nog toegestaan is. Op grond van het arrest lijkt ruimte te bestaan voor een expansiebeleid van een overheid op het gebied van kansspelen indien de doelstelling van de overheid uitsluitend verband houdt met het kanaliseren van activiteiten in verband met de wens om het gokken uit de illegaliteit te krijgen. Daarbij zullen echter wel de in het Gambelli-arrest en eerdere arresten getrokken grenzen van de proportionaliteit gelden. Wanneer de uitbreiding excessief is en niet meer te rechtvaardigen is in het licht van de aangegeven doelstelling van het 'kanaliseren' van de exploitatie van kansspelen, zal dit in strijd kunnen komen met de regels van het EG-recht.

Minister en Holland Casino / Compagnie Financière Régionale

Amper een week nadat het Hof uitspraak had gedaan in de Placanica-zaak, kreeg de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State de gelegenheid om de overwegingen van het Hof toe te passen in het hoger beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Breda van 2 december 2005 in de zaak Compagnie Financière Régionale ('CFR') tegen de Ministers van Justitie en Economische Zaken.¹¹

CFR wilde een speelcasino vestigen in Bergen op Zoom. De Minister van Justitie (mede handelend namens de Minister van Economische Zaken) wees de aanvraag voor een vergunning af op 1 april 2003. Tegen dit besluit maakte CFR bezwaar, doch dit bezwaar werd ongegrond verklaard. CFR stelde beroep in. De Rechtbank Breda deed vervolgens een verrassende uitspraak: de Rechtbank vernietigde de beslissing op bezwaar omdat zij van oordeel was dat het Nederlandse kansspelbeleid niet aan de Europese eisen voldoet.¹² De minister ging tegen deze uitspraak in hoger beroep en de stichting 'Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland' (beter bekend als 'Holland Casino') voegde zich in deze zaak.¹³ De Afdeling deed vervolgens op 14 maart 2007 uitspraak.¹⁴

De uitspraak

Volgens de Afdeling staat vast dat artikel 27 h lid 1 van de Wet op de Kansspelen ('Wok'),¹⁵ een beperking vormt van het recht van vrije vestiging van artikel 43 EG-Verdrag en het recht van het vrije dienstenverkeer van artikel 49 EG-Verdrag. Beperkingen op het recht

van vrije vestiging en het recht van het vrije dienstenverkeer zijn slechts mogelijk als dwingende redenen van algemeen belang die beperkingen rechtvaardigen. De Afdeling vat vervolgens de Europese jurisprudentie op dit gebied van de afgelopen jaren samen met een citaat van de overwegingen 63 tot en met 67 uit de Gambelli-zaak.

Met betrekking tot het eerste onderdeel van de uit de EG-jurisprudentie volgende toets, oordeelt de Afdeling dat de doelstelling achter de Nederlandse regels, te weten consumentenbescherming en voorkomen van illegaliteit, criminaliteit en gokverslaving, aangemerkt kunnen worden als dwingende redenen van algemeen belang. De Afdeling oordeelt voorts dat de Wok geen beperkingen op het gebied van nationaliteit schept. Artikel 27 h Wok, waarin de vergunningsplicht geregeld is, treft volgens de Afdeling eenieder even zwaar omdat een verwijzing naar nationaliteit ontbreekt.

Ten aanzien van het geschiktheids- en evenredigheidsvereiste gaat de Afdeling in op de argumenten van de minister en Holland Casino enerzijds en die van CFR anderzijds.

Argumenten van de minister en Holland Casino

De minister en Holland Casino voerden aan dat de beperkingen die voortkomen uit artikel 27 h Wok geschikt zijn om de beoogde doelen te bereiken. De beperkingen dragen ertoe bij dat de activiteiten met betrekking tot casinospelen op een samenhangende en systematische wijze worden beperkt.¹⁶ Ter verdediging van deze stelling voerden de minister en Holland Casino ten eerste aan dat het systeem van slechts één vergunninghouder de controle eenvoudiger maakt, waaronder het toezicht meer effect zou hebben. Het huidige systeem voorkomt ook dat er concurrentie tussen vergunninghouders ontstaat. Ten tweede stelden zij dat indien meerdere vergunninghouders toegestaan zouden worden, daarmee ook gokverslaving zou toenemen. In een systeem met meerdere vergunninghouders zullen zij alle moeite doen om hun winst te maximaliseren en zoveel mogelijk klanten te trekken, waardoor meer gevallen van gokverslaving zich kunnen voordoen.¹⁷

Argumenten van CFR

CFR bracht vier argumenten in tegen de stellingen van de minister en Holland Casino. Allereerst voerde CFR aan dat het verlenen van een vergunning aan slechts één partij voor onbepaalde duur in haar ogen tot gevolg heeft dat andere partijen feitelijk geen toegang tot de markt hebben. Dit kan leiden tot een ongerechtvaardigde belemmering van toegang tot de Nederlandse casinomarkt. In feite is het verlenen van slechts één vergunning discriminatoir, zo stelde CFR. Ten

¹¹ Rechtbank Breda, 2 december 2005, LJN: AU7389, Minister en Holland Casino / Compagnie Financière Régionale.

¹² Zie *NTER*, 2006, nr. 4, p. 69-74, M. de Koning, 'De Goksaga duurt voort!'.

¹³ De minister moest overigens ook nog een nieuwe beslissing op bezwaar nemen naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Breda. Niet verrassend verklaarde de minister op 24 februari 2006 het beroep van CFR opnieuw ongegrond en stelde CFR opnieuw beroep in.

¹⁴ ABRvS 14 maart 2007, LJN: BA0670, Raad van State, 200600283/1, Minister en Holland Casino / CFR.

¹⁵ Zie voetnoot 7.

¹⁶ De minister en Holland Casino verwijzen hierbij naar overweging 67 van het Gambelli-arrest.

¹⁷ De minister haalt hierbij het rapport 'Een spel met grenzen: De Nederlandse casinomarkt' aan.

tweede wees CFR op de opening van nieuwe Holland Casino vestigingen, de groei van de bezoekers en de toename van de reclamegelden en -uitingen. Deze feiten verhouden zich slecht met het restrictieve beleid dat de minister zegt te voeren. CFR had ook haar twijfels over het preventiebeleid dat Holland Casino dient te voeren. CFR bracht ten derde te berde dat ook met meerdere vergunninghouders en een vergelijkbare regeling dezelfde doelstellingen bereikt kunnen worden. Slechts één vergunninghouder toelaten vond CFR aldus niet gerechtvaardigd. Als een onafhankelijke toezichthouder zou worden ingevoerd, zou daarmee ook een einde komen aan de problematische positie van de Staat als grootste financiële belanghebbende. Het kansspelbeleid zou meer samenhangend en stelselmatig worden als de banden tussen de toezichthouder en de vergunninghouder verbroken zouden worden. Tot slot stelde CFR dat de inkomsten die de Staat verwerft met speelcasino's geen neveneffect vormen, maar een doel op zich zijn, gelet op het financiële belang dat de Staat bij Holland Casino heeft en dat deze situatie zich niet verhoudt met de hypocrisietoets.

Oordeel Afdeling

De Afdeling kwam tot het oordeel dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de beperking van artikel 27 h lid 1 Wok op de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet gerechtvaardigd zou zijn. Daartoe overwoog de Afdeling het volgende.

De Afdeling is in de eerste plaats niet van mening dat het huidige vergunningsstelsel andere spelers op de Nederlandse casinomarkt blijvend uitsluit. Bij dit oordeel haalt de Afdeling aan dat de minister tijdens de zitting heeft aangegeven dat onder omstandigheden de vergunning kan worden ingetrokken, gewijzigd en ook aan een ander (mogelijk buitenlands) bedrijf dan de huidige vergunninghouder zou kunnen worden verleend indien dat nodig zou zijn op basis van maatschappelijke ontwikkelingen of Europese jurisprudentie.

Vervolgens stelt de Afdeling dat lidstaten zelf moeten beoordelen of de beperkende maatregelen die zij (wensen te) treffen noodzakelijk zijn om het gekozen doel te bereiken. De Afdeling acht het één-vergunningstelsel een geschikt middel. De omstandigheid dat ook andere maatregelen mogelijk zijn, zoals CFR naar voren bracht, doet daar volgens de Afdeling niets aan af. Het huidige stelsel met slechts één vergunninghouder is in elk geval geschikt om de bedoelde activiteiten te beperken: de controle op de vergunninghouder in het huidige systeem is volgens de Afdeling inderdaad makkelijker. Het betoog van de minister en Holland Casino dat een stelsel met meerdere vergunninghouders leidt tot meer concurrentie, een toename van de klantenkring en daarmee tot gokverslaving komt de Afdeling niet onaannemelijk voor.

Vervolgens vindt de Afdeling met CFR dat de uitvoering van dit beleid, met een groeiend aantal vestigingen van Holland Casino en een ruim reclamebudget, op zichzelf minder goed passen in de desbetreffende doelen. Maar, zo meent de Afdeling, dit moet men zien tegen de achtergrond van het Nederlandse kansspelbeleid als geheel. Immers, in Nederland is er geen sprake van een absoluut verbod op casinospelen, maar eerder van het reguleren en beheersen van kansspelen en het kanaliseren van speelzucht. In Nederland worden naast beperkende maatregelen, ook maatregelen getroffen om gokactiviteiten te kanaliseren waardoor ze beheersbaar worden. De

Afdeling vindt dat er onvoldoende reden is om te veronderstellen dat de verschillende maatregelen die Nederland kent buiten de grenzen van een samenhangend en stelselmatig beleid gaan.

Tot slot oordeelt de Afdeling dat het feit dat er sprake is van een financieel belang bij het kansspelbeleid nog niet wil zeggen dat een dergelijk belang meer is dan een gunstig neveneffect van het (restrictieve) beleid.

Conclusie

De Afdeling is naar onze mening met te lange halen te snel thuis. Hoewel verwezen wordt naar het Placanica-arrest, vindt men dit bij de inhoudelijke beoordeling niet meer terug.

Ten eerste is de motivering van de Afdeling dat er geen sprake zou zijn van een discriminatoir karakter van de regelgeving naar onze mening onjuist. Niet voldoende is dat er in de regelgeving geen expliciete verwijzing is naar een nationaliteits eis. Indien het voor buitenlandse partijen in feite onmogelijk is om een vergunning te verkrijgen kan sprake zijn van een discriminatoire situatie. De rechtvaardiging die door de Afdeling wordt aangevoerd in de zin dat 'onder omstandigheden de vergunning kan worden ingetrokken, gewijzigd en ook aan een ander (mogelijk buitenlands) bedrijf dan de huidige vergunninghouder zou kunnen worden verleend indien dat nodig zou zijn op basis van maatschappelijke ontwikkelingen of Europese jurisprudentie', snijdt geen hout.

Ten tweede kan betwijfeld worden of de overwegingen van de Afdeling ter zake van de geschiktheid en evenredigheid in overeenstemming zijn met de EG-jurisprudentie en meer in het bijzonder met het Placanica-arrest. De eventuele geschiktheid van een één vergunningstelsel om de beweerdelijke doelstellingen van beperking van de goklust te bereiken, betekent nog niet dat een dergelijke beperking evenredig is. De motivering dat het de Afdeling niet onaannemelijk voorkomt dat een stelsel met meerdere vergunninghouders leidt tot meer concurrentie, een toename van de klantenkring en gokverslaving, lijkt ons niet voldoende. Maar het belangrijkste bezwaar is nog wel dat de Afdeling, naar onze mening in strijd met het Gambelli- en Placanica-arrest, in feite oordeelt dat een expansiebeleid, zoals dat door de Nederlandse overheid wordt gevoerd, zich wel verdraagt met de doelstellingen van beperking van de goklust. Het 'van twee walletjes eten' dat door het Placanica-arrest lijkt te worden afgestraft, wordt door de Afdeling gehonoreerd. De Nederlandse overheid mag van de Afdeling een expansiebeleid voeren omdat zij de gokactiviteiten wil kanaliseren en mag tegelijkertijd het aantal marktdeelnemers beperken omdat zij de goklust wil beperken. De Afdeling lijkt hiermee de hypocrisietoets uit het Gambelli-arrest, zoals nader uitgewerkt in het Placanica-arrest niet goed te hebben uitgevoerd.

De vraag of (feitelijke) exclusiviteit op het gebied van kansspelen zich verhoudt met het EG-recht zal overigens binnenkort door het Hof beantwoord worden in een op dit moment aanhangige prejudiciële procedure voor het Hof. Een Portugese rechter heeft het Hof van Justitie een vraag gesteld over de exclusiviteitsregeling voor kansspelen via internet in de Portugese wet.¹⁸ Een Portugese vennootschap en een vennootschap die beheerst wordt door het recht van Gibraltar organiseerden, exploiteerden en maakten reclame voor kansspelen via het internet in strijd met het Portugese staatsmonopolie. De Portugese Staat legde beide vennootschappen geldboeten op. Beide vennootschappen hebben deze boetes aangevochten. De verwijzende Portugese rechter stelt het Hof nu de vraag of de Portugese exclusiviteitsregeling ten gunste van de staatsmonopolist,

¹⁸ HvJ EG, 2 februari 2007, C-42/07, *Liga en Baw*.

die tevens voor gokken op internet geldt, een belemmering vormt van het vrij verkeer van diensten, vrijheid van vestiging en vrij verkeer van kapitaal (artikelen 49, 43 en 56 EG-Verdrag) als er sprake is van een dienstverrichter die gevestigd is in een andere lidstaat, waar hij soortgelijke diensten verricht terwijl hij in Portugal geen vestiging heeft.

Afsluiting: Onderzoek van de Europese Commissie en WTO-ontwikkelingen

In het licht van onze conclusies in de zaak CFR is het interessant om te vermelden dat op 4 april 2006 de Europese Commissie heeft aangekondigd dat het een onderzoek start naar beperkingen op kansspeldiensten in zeven EG-lidstaten, waaronder Nederland. De eerste stap in deze procedure onder artikel 226 EG-Verdrag is een reeks verzoeken om informatie.¹⁹ De Europese Commissie had de Nederlandse regering al in april 2005 aangeschreven over de inbreuk op het EG-Verdrag. De minister had daarop in een uitgebreide brief gereageerd met een verdediging van het Nederlandse beleid. Behalve deze twee brieven²⁰ zijn er helaas geen stukken openbaar gemaakt.

Ondanks het feit dat de Nederlandse hoogste rechters, de Hoge Raad en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State tot nu toe hebben aangenomen dat er geen reden is om aan te nemen dat het Nederlandse beleid strijdig is met het EG-Verdrag, is het naar onze mening zeker niet ondenkbaar dat de Europese Commissie toch zal oordelen dat de Nederlandse regelgeving inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Het is overigens vreemd dat de Nederlandse rechter nooit heeft gemeend een prejudiciële vraag te hebben moeten stellen. Zou dat wel gebeurd zijn, dan was er wellicht al door een antwoord uit Luxemburg duidelijkheid geweest over de geoorlooftheid van de Wok en het Nederlandse vergunningenbeleid.

Ook buiten Europa staat kansspelbeleid volop in de belangstelling. De World Trade Organization ('WTO') heeft onlangs voor het eerst geoordeeld in een geschil over online kansspelen.²¹ De Caribische mini-eilandstaat Antigua en Barbuda ('Antigua'), waar veel online casino's zijn gevestigd, kwam in juni 2003 bij de WTO op tegen het Amerikaanse verbod van internationale kansspelen via het internet. Volgens Antigua is het Amerikaanse (federale) beleid hypocriet, omdat Amerikaanse bedrijven wel gokspelen mogen aanbieden op het Amerikaanse grondgebied en vanuit andere landen, terwijl buitenlandse bedrijven dat niet mogen. In 2005 oordeelde het geschilbeslechtend orgaan van de WTO dat het Amerikaanse beleid in strijd was met de verplichtingen van de Verenigde Staten onder de Algemene Overeenkomst over Handel in Diensten ('GATS'). Dit multinationale handelsakkoord, dat liberalisering van dienstverrichtingen binnen de WTO beoogt, is bindend voor alle leden van de WTO. Het Amerikaanse beleid zou mededinging onvoldoende bevorderen.

De Verenigde Staten kondigden toentertijd aan dat zij het beleid op kansspelen via het internet zouden wijzigen zodat dit onder de GATS-verplichtingen zou passen. Maar uiteindelijk kwam niets van deze belofte terecht en Antigua wendde zich opnieuw tot de WTO om het geschil definitief te beslechten. De aangezochte arbiters oordeelden dat de Verenigde Staten zich niet aan de eerdere uitspraak van het geschilbeslechtend orgaan van de WTO hebben gehouden. Het Amerikaanse beleid is volgens de arbiters inderdaad in strijd met de GATS-verplichtingen. Antigua hoopt dat deze uitspraak ertoe zal leiden dat de Verenigde Staten in onderhandeling treden met het ministatje over toelating tot de Amerikaanse kansspelmarkt.²² Maar de Verenigde Staten kondigden al aan dat het huidige beleid in stand zal blijven.²³

Uit bovenstaande ontwikkelingen blijkt wel dat het einde van de goksaga nog lang niet in zicht is.²⁴

¹⁹ Persbericht van de Europese Commissie van 4 april 2006 (IP/06/436).

²⁰ TK 24557, 2005/2006, nr. 74.

²¹ World Trade Organization, 30 april 2007, 'United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services. Report of the Panel', WT/DS285/RW, via: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/285rw-a_e.pdf.

²² W. Giles, 'U.S. ban on internet gambling rejected', Washington Post, 31 maart 2007, via: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/03/30/AR2007033002161.html>.

²³ Volgens de Verenigde Staten heeft Antigua slechts gebruik gemaakt van een tikfout bij het opstellen van de GATS-verplichtingen: begin jaren '90 zou de regering-Clinton niet duidelijk hebben gemaakt dat de GATS-verplichtingen zich niet uitstrekten tot kansspelen, zie D. Palmer, 'U.S. to keep internet gambling ban', Reuters.com, 4 mei 2007, via: <http://www.reuters.com/article/internetNews/idUSWAT00742720070504?pageNumber=1>.

²⁴ Behalve de in vnt. 18 genoemde zaak zijn bij het HvJ EG ook nog de volgende kansspelzaken aanhangig: C-260/04 (Commissie/Italië), C-409/09 (Winner Wetten) en C-526/06 (Nationale Loterij).