

Gelijke kansen op de kansspelmarkt?

Een onderzoek naar de verenigbaarheid met het Europees recht van het huidige stelsel voor loterijvergunningen in Nederland

prof. dr. mr. H.H.B. Vedder

27 juli 2018

Inhoud

1	Executive summary	3
2	Een korte inleiding op de Nederlandse loterijenmarkt	4
3	Concurrentie op de markt voor loterijen	6
4	Regulering van de loterijenmarkt door de Nederlandse overheid en vragen van GDL	8
5	Europeesrechtelijke randvoorwaarden voor de regulering van de loterijenmarkt in Nederland	10
6	Het vrije verkeer van diensten	11
7	Regels inzake geliberaliseerde markten	13
8	Regels inzake staatssteun	16
9	Slotsom en oplossingsrichting	18

1 Executive summary

Nederland is een lidstaat van de Europese Unie en zal haar beleid en regulerend optreden dus moeten vormgeven binnen de randvoorwaarden die het Europees recht daaraan stelt. Zoals ik hieronder zal uitleggen, levert het overschrijden van deze randvoorwaarden juridische en financiële risico's op voor de Nederlandse overheid. Hoe groot deze risico's zijn, is niet in abstracto te zeggen, maar eerdere zaken en thans lopende procedures bieden een redelijke mate van voorspelbaarheid. In dit rapport zal worden ingegaan op de randvoorwaarden die voortvloeien uit de regels inzake het vrije dienstenverkeer, de staatssteunregels en de regels inzake liberalisatie. Met name deze laatste zijn van belang gelet op het voornemen van de Nederlandse overheid de loterijmarkt verder te liberaliseren en de staatsonderneming Nederlandse Loterij te privatiseren. Zeker bij verdere liberalisatie en privatisering geldt dat het Europees recht een strenger kader oplevert ter verzekering van een eerlijke en open markt waarop alle aanbieders gelijke kansen hebben. Elke afwijking van deze basisregel zal objectief gerechtvaardigd moeten worden, en dat is volgens deze opinie niet mogelijk.

Dit voornemen van de Nederlandse overheid vormt de basis voor deze opinie. Verder onderzoek is gedaan op basis van publiek toegankelijke bronnen en (rechtsgeleerde) analyses van de relevante bronnen.

De opinie is als volgt opgebouwd. Eerst wordt een korte inleiding gegeven op de huidige organisatie en het functioneren van de markt voor loterijen. Daarna komen de beleidsvoornemens van de Nederlandse overheid aan de orde in combinatie met de vragen die door de GDL zijn gesteld. Het leeuwendeel van het rapport bestaat uit een weergave van de Europeesrechtelijke randvoorwaarden waarbinnen de beleidsvoornemens ten uitvoer moeten worden gebracht. Meer bepaald zal daarbij worden ingegaan op het Europees recht inzake het vrije dienstenverkeer, de staatssteunregels en de regels inzake liberalisatie van markten.

De uitkomst van dit onderzoek is dat het huidige beleid een ongelijk speelveld tot gevolg heeft tussen twee concurrenten. Dit wordt veroorzaakt doordat de Nederlandse Loterij profiteert van een gunstiger wettelijk kader dat haar in staat stelt een aantrekkelijker aanbod te doen, met name wat betreft de hoogte van de prijzen, aan de consument. Dit ongelijk speelveld is onverenigbaar met de Europese regels inzake het vrije dienstenverkeer, liberalisatie en staatssteun. Deze regels kunnen worden gehandhaafd door de Commissie en zijn inroepbaar in nationale procedures tegen de staat waarbij de rechter de bepalingen van het wettelijk kader die leiden tot dit ongelijk speelveld, buiten toepassing kan verklaren. Dit levert een aanzienlijk juridisch risico op voor de staat dat zich kan vertalen in een financieel risico voor de staat als deze aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die deze onverenigbaarheid oplevert.

Deze aansprakelijkheid is eenvoudig te vermijden door ervoor te zorgen dat alle aanbieders van loterijspelen aan dezelfde voorwaarden moeten voldoen waardoor zij zich op een gelijk speelveld bevinden waar zij concurreren om de gunst van de consument. De hiervoor nodige aanpassing kan eenvoudig op grond van de Wet op de Kansspelen worden gerealiseerd.

2 Een korte inleiding op de Nederlandse loterijenmarkt

De Nederlandse loterijenmarkt maakt deel uit van de markt voor kansspelen. Dit is een streng gereguleerde markt vanuit de doelstellingen van het tegengaan van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit.¹ Deze doelstellingen moeten onder meer bereikt worden door de zogeheten ‘kanalisering’. Dit is een beleid dat erop gericht is de behoefte aan kansspelen te kanaliseren door middel van een aanbod van legale en gecontroleerde kansspelen. Hierdoor zou minder vraag zijn naar illegale en dus ook ongecontroleerde kansspelen met alle risico’s van dien. De kanaliseringsgedachte vraagt van de overheid een behoedzaam evenwicht tussen enerzijds het creëren van een voldoende aantrekkelijk aanbod en anderzijds het voorkomen dat het aanbod zodanig aantrekkelijk wordt dat het resulteert in een vergroot risico op kansspelverslaving.

In deze regulering is een centrale rol weggelegd voor de Kansspelautoriteit die toezicht houdt op grond van de Wet op de Kansspelen (Wok) en verantwoordelijk is voor het verlenen van vergunningen voor het organiseren van kansspelen. Daarnaast is het Ministerie van Justitie en Veiligheid nauw betrokken bij de vergunningverlening, bijvoorbeeld door het opstellen van de Beleidsregels voor niet-incidentele artikel 3 loterijvergunningen.² De Nederlandse overheid is, kortom, nauw betrokken bij de organisatie van de markt voor loterijen. De Wok voorziet verschillende soorten loterijen op basis van de verschillende voorwaarden voor een vergunning op grond van deze wet:

- loterijen met een afdracht aan het algemeen belang in de zin van artikel 3 Wok;
- de staatsloterij in de zin van Titel II (artikel 8 – 14) Wok en
- de lotto voorzien in Titel IVa (artikel 27a-f) Wok.

De staatsloterij heeft het exclusieve recht op het organiseren van de loterij in de zin van Titel II Wok en wordt daarom gekarakteriseerd als een prijzenloterij. Ik merk hierbij uitdrukkelijk op dat het voorbehouden van deze karakterisering aan de staatsloterij miskent dat in wezen alle loterijen prijzenloterijen zijn. Het is immers de kans op het winnen van een aanzienlijke prijs die de deelname aan de loterij uiteindelijk drijft. Economisch onderzoek naar het functioneren van de kansspelmarkt laat ook duidelijk zien dat het soms gemaakte onderscheid tussen de prijzenloterij en de goededoelenloterij, een tegenstelling suggereert die in werkelijkheid slechts gradueel is.³ Dit zal hieronder nader worden toegelicht. De niet-incidentele vergunningen op grond van artikel 3 Wok zijn op dit moment verleend aan:

- Nationale Postcode Loterij;
- BankGiro Loterij;
- VriendenLoterij;
- Samenwerkende Non-profit Loterijen (Jantje Beton, Scouting, Zonnebloem, KWF, Grote Clubactie);
- Fairshare

¹ TK 2008, 24 557, nr. 93, p. 6.

² Stert. 2016, 37159.

³ SEO, *Financiële consequenties beleidsopties herinrichting loterijmarkt*, rapport 2017-23, p. 37, 38.

- Lottovate.⁴

Deze verschillende vergunningen resulteren in verschillende voorwaarden waaronder de loterij georganiseerd kan worden. De meest in het oog springende voorwaarde betreft het verplichte percentage van de inleg dat moet worden afgedragen. Bij artikel 3 loterijen is een verplichte minimale afdracht van 50% van de inleg naar goede doelen. Voor de staatsloterij is de minimale afdracht van 15% geschrapt. Voor de lotto is een verplichte minimale afdracht van 18% voorzien. Voor zowel de staatsloterij als de lotto is een minimaal percentage van de inleg vastgesteld dat moet worden uitgelooft als prijzen. Deze verschillende voorwaarden ten aanzien van de afdracht resulteren in verschillende prijzen. Dit resulteert in de onderstaande tabel.⁵

	Nederlandse Loterij	GDL
Omzet	1103	930
Afdracht	149 (13,5%)	465 (50%)
Kosten	228 (20,7%)	180 (19%)
Prijzen	726 (65,8%)	285 (31%)

Het is duidelijk dat GDL, ondanks een vergelijkbare omzet, een aanmerkelijk lagere prijzenpot beschikbaar heeft.⁶ Dit is van belang omdat het beschikbare geld om prijzen uit te keren van invloed is op de aantrekkelijkheid van een loterij. Deze aantrekkelijkheid is weer van belang gelet op het feit dat loterijen actief zijn op een kansspelmarkt en hun diensten dus in onderlinge concurrentie aanbieden.

Naast het onderscheid op basis van de vergunning kan nog op basis van tal van andere criteria en overwegingen een onderscheid worden gemaakt tussen verschillende vormen van loterijen. Er bestaat algemene overeenstemming dat loterijen een afgebakende aparte categorie vormen ten opzichte van andere (online en offline) kansspelen.⁷

⁴ Lottovate en Fairshare bieden op dit moment nog geen kansspel aan op grond van hun vergunning.

⁵ Cijfers in miljoenen Euro over 2016. Percentages betreffen de verhouding tot de omzet. Ontleend aan jaarverslagen 2016 Nederlandse Loterij, Goede Doelen Loterijen

⁶ Ook het eigen vermogen van de Nederlandse Loterij is aanzienlijk hoger dan dat van GDL.

⁷ Besluit in zaaknr 3040, *NPL- SUFA*, rn. 43 – 45 en besluit in zaaknr. 5.0783.24, *SENS-SNS*, rn. 95. Zie verder SEO, *Financiële consequenties beleidsopties herinrichting loterijmarkt*, rapport 2017-23, p. 24 – 28.

3 Concurrentie op de markt voor loterijen

Of en in welke mate er concurrentie bestaat tussen de verschillende vormen en soorten loterijen, is voorwerp geweest van economisch onderzoek.⁸ De conclusie van deze onderzoeken is dat er geen substitutierelatie is tussen zogeheten ‘prijzenloterijen’ en goededoelen loterijen, maar dat deze complementair zijn.⁹ Deze conclusie is gebaseerd op een zwak negatieve correlatie tussen de deelname aan een goede doelenloterij en een ‘prijzenloterij’. Ik merk op dat een correlatie een tamelijk simpele statistische analyse is en een beperkte indicator van substitutie vormt en dus niet zonder meer daarmee gelijkgesteld mag worden. Een nauwkeuriger en realistischer beeld van de werkelijkheid ontstaat wanneer uit dit economisch onderzoek blijkt dat de voorwaarde voor dit gebrek aan substitutie is dat de loterijen voldoende van elkaar verschillen. Deze verschillen kunnen bestaan uit de hoogte van de prijzen, trekkingsfrequentie en nadruk op baten voor goede doelen.¹⁰

Deze conclusies stemmen overeen met het feit dat de deelnemers aan de Goede Doelen Loterijen ook deelnemen aan kansspelen van de Nederlandse Loterij, zodat van volledige complementariteit geen sprake zal zijn, net zoals van perfecte substitutie geen sprake zal zijn. Deze bevindingen stemmen overeen met het vastgestelde gedrag van spelers die in significante mate overstappen van de ene loterij op een andere loterij of ook deelnemen aan een andere loterij naar aanleiding van de hoogte van de in die andere loterij te winnen prijs.¹¹

Met name de hoogte van de prijzen komt naar voren als een belangrijk criterium voor de aantrekkelijkheid van een loterij. Dit blijkt uit zowel intern onderzoek van de GDL¹² als de economische onderzoeken die gedaan zijn door de ACM¹³ en – in mindere mate – door SEO.¹⁴ Dit sluit aan bij hetgeen de ACM heeft overwogen over de mogelijkheden van concurrentie binnen de voorwaarden van de Wok. De ACM acht concurrentie denkbaar op de volgende parameters: introductie van nieuwe spelen of spelvarianten, extra trekkingen, aanpassing van prijzenschema’s, hoge jackpots en het uitkeringspercentage.¹⁵ Uit de marktanalyse van de ACM blijkt verder dat de aanbieders van loterijen ook daadwerkelijk concurreren op – onder meer – de hoogte van de prijzen.¹⁶

Uit dit economisch onderzoek kan worden afgeleid dat er een zekere mate van concurrentie is tussen de goededoelen loterijen enerzijds en ‘prijzenloterijen’ anderzijds.¹⁷ De exacte mate van concurrentie, c.q. de concurrentiedruk die van de aanwezigheid van beide partijen uitgaat, kan hier in het midden blijven. Voorover de geringe substitutie een indicator is van een

⁸ SEO, *Lotsbestemming*, rapport 2010-62a en SEO, *Financiële consequenties beleidsopties herinrichting loterijmarkt*, rapport 2017-23.

⁹ SEO, *Lotsbestemming*, rapport 2010-62a, p. 14.

¹⁰ SEO, *Lotsbestemming*, rapport 2010-62a, p. 15.

¹¹ Besluit in zaaknr 3040, *NPL- SUFA*, rn. 63.

¹² Blauw en MiCompany 2015, analyse loterijdata EDM 2016

¹³ Besluit in zaaknr 3040, *NPL- SUFA*, rn. 60 – 64.

¹⁴ SEO, *Financiële consequenties beleidsopties herinrichting loterijmarkt*, rapport 2017-23, p. 138.

¹⁵ ACM, Besluit in zaaknr. 5.0783.24, *SENS-SNS*, Rn. 38.

¹⁶ Besluit in zaaknr 3040, *NPL- SUFA*, rn. 64 – 67.

¹⁷ SEO, *Lotsbestemming*, rapport 2010-62a, p. 37, Kansspelautoriteit, *Marktscan landgebonden kansspelen 2016*, p. 44, 45 en de uiteenzetting van argumenten in SEO, *Financiële consequenties beleidsopties herinrichting loterijmarkt*, rapport 2017-23, p. 137, 138.

afwezigheid van een concurrentierelatie, geldt dat de gevonden minimale substitutie alleen bestaat op voorwaarde dat de beide loterijen voldoende verschillend zijn. Indien de objectieve verschillen tussen beide loterijen afnemen, zal de concurrentierelatie tussen hen toenemen.

Voor zover al sprake zou zijn van twee verschillende markten – een markt voor goededoelenloterijen en een markt voor ‘prijzenloterijen’ – dan geldt dat dit niet houdbaar is als de loterijen zich profileren op soortgelijke wijze of anderszins weinig differentiatie vertonen. In dit verband wijs ik erop dat de Nederlandse Loterij zich sinds de fusie met de Lotto nadrukkelijker als ‘algemeen belang’ loterij presenteert, met name in verband met sportactiviteiten.¹⁸ Daarmee vervalt een deel van het onderscheid tussen de ‘prijzenloterij’ en de goededoelenloterij. Zowel de Goede Doelen Loterijen als de Nederlandse Loterij hebben in hun marketinguitingen een loterij- en een maatschappelijk gezicht, waarbij opvalt dat dit maatschappelijk gezicht van de Nederlandse Loterij pas relatief recent wordt benadrukt.¹⁹

Dit laatste is van belang voor de toepasselijke regels die de randvoorwaarden vormen voor de regulering van de kansspelmarkt door de Nederlandse overheid. Deze regulering komt hierna aan de orde.

¹⁸ Het jaarverslag van de Nederlandse Loterij over 2016 en dat over 2017 meldt nadrukkelijker dan voorgaande jaarverslagen dat de afdracht aan sportorganisaties plaatsvindt. Het jaarverslag over 2014, bijvoorbeeld, wijdt 1 van de 66 pagina's aan maatschappelijke betrokkenheid terwijl het jaarverslag over 2017 er 7 van de 128 pagina's over bevat.

¹⁹ Vgl. de jaarverslagen overheidsdeelnemingen opgesteld door het Ministerie van Financiën. In het jaarverslag over 2015 geldt als kernstrategie van de Staatsloterij in essentie het tegengaan van de dalende omzet, terwijl in het verslag over 2016 meer gerept wordt van de bijdrage aan het algemeen belang in Nederland. Ministerie van Financiën, Jaarverslag beheer staatsdeelnemingen 2015, p. 22, respectievelijk Jaarverslag beheer staatsdeelnemingen 2016, p. 25. Het Jaarverslag beheer staatsdeelnemingen over 2014 bevat evenmin op het algemeen belang gerichte overwegingen inzake de strategie, p. 85.

4 Regulering van de loterijenmarkt door de Nederlandse overheid en vragen van GDL

De Nederlandse overheid is nauw betrokken bij de regulering van de Nederlandse kansspelmarkt en de loterijenmarkt in het bijzonder. Deze betrokkenheid neemt twee vormen aan. Ten eerste reguleert de overheid de markt door middel het regelgevend optreden in de vorm van de Wok en op grond daarvan vastgestelde beleidsregels en gedelegeerde regels en het handelen van de Kansspelautoriteit. Ten tweede is de overheid als aandeelhouder van Nederlandse Loterij middelijk actief op de kansspelmarkt.

De nauwe betrokkenheid van de Nederlandse overheid heeft tal van gevolgen. Zo moesten de Eerste en Tweede Kamer instemmen met de fusie tussen de Staatsloterij en Stichting de Nationale Sporttotalisator (De Lotto).²⁰ In dit debat is de dubbele rol van de staat als middelijk marktdeelnemer en regelgever c.q. toezichthouder ook ter sprake gekomen.²¹ Deze dubbele rol krijgt een extra lading door het voornemen van de overheid de Nederlandse Loterij te privatiseren.²² In dat verband streeft de overheid naar een zo groot mogelijke waarde voor de Nederlandse Loterij, zodat de opbrengsten voor de staatskas zo hoog mogelijk zijn bij privatisering.²³

In haar hoedanigheid van regelgever is de staat al geruime tijd bezig met het formuleren van plannen voor het moderniseren van de markt voor kansspelen. Deze plannen omvatten het reguleren van kansspelen op afstand alsook verscheidene scenario's voor het openstellen van de Nederlandse loterijenmarkt.²⁴ In verband met dit laatste is het wachten nog op een visie op de loterijenmarkt, maar naar aanleiding van de *Lottovate*-uitspraak²⁵ zijn de Beleidsregels niet-incidentele artikel 3 loterijvergunningen aangepast zodat een onbeperkt aantal vergunningen aangevraagd kan worden op grond van artikel 3 Wok.²⁶

Deze aanpassing en de overwogen wijzigingen zijn in belangrijke mate ingegeven door de Europeesrechtelijke randvoorwaarden die gelden voor een Nederlandse loterijenmarkt. Dit blijkt al uit het feit dat de *Lottovate*-uitspraak is gestoeld op het Europees recht inzake het vrije verkeer van diensten.

Behalve het Europees krachtenveld, is de Nederlandse loterijenmarkt ook onderhevig aan een nationaal politiek krachtenveld. We zien dit in de recente aanpassing van de voorschriften die door de Kansspelautoriteit zijn verbonden aan de vergunning voor de Staatsloterij op grond

²⁰ Hoofddossier TK 34 315.

²¹ Zie met name TK 34 315, nr. 3, p. 23, waar de problematiek van 'dubbele petten' wordt besproken.

²² Het deelnemingsbeleid van de Staat der Nederlanden neergelegd in de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, voorziet dat er geen principiële redenen zijn voor een permanente deelname in de toenmalige onderneming die de staatsloterij dreef. Dit geldt thans voor de Nederlandse Loterij, TK 34 315, nr. 3, p. 19.

²³ TK 34 315, nr. 3, p. 20.

²⁴ Hoofddossier 33 996, wijziging van de Wet op de kansspelen, de Wet op de kansspelbelasting en enkele andere wetten in verband met het organiseren van kansspelen op afstand, is thans nog in behandeling.

²⁵ Rb. Amsterdam 12 mei 2016, *Lottovate / Kansspelautoriteit*, ECLI:NL:RBAMS:2016:3120.

²⁶ Beleidsregels van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 12 juli 2016, kenmerk 782071, betreffende de verlening van niet-incidentele kanspelvergunningen door de raad van bestuur van de kansspelautoriteit op grond van artikel 3 van de Wet op de kansspelen voor het organiseren van loterijen (Beleidsregels niet-incidentele artikel 3 loterijvergunningen), Stcrt. 2016, 37159.

waarvan de minimale afdracht van 15% is komen te vervallen.²⁷ Deze wijziging is saillant om twee redenen. Ten eerste is als reden gegeven dat het geschrapte voorschrift het deelnemingenbeleid zou kunnen hinderen omdat dit beleid ook zou voorzien in een mogelijkheid tot vaststellen van de afdracht.²⁸ Het deelnemingenbeleid noemt de hoogte van de afdracht alleen in het kader van de vermogenspositie van de onderneming waarin de overheid een deelneming heeft; niet in het kader van het verzekeren van een gelijk speelveld. De tweede reden is dat dit voorschrift vorig jaar is ingevoegd om een gelijk speelveld te creëren.²⁹

Naar aanleiding van deze veranderingen en de concurrentie die GDL ervaart met de Nederlandse Loterij heeft GDL de vraag opgeworpen of het huidige stelsel wel verenigbaar is met de Europese regels. Meer bepaald vraagt GDL of de huidige regeling inzake verplichte afdracht leidt tot een verstoord speelveld en daarom in strijd is met de Europese regels inzake de interne markt. Hierna wordt een aantal van deze regels beschreven en toegepast op de regulering van de loterijenmarkt in Nederland. In dat verband wordt de regulering getoetst aan de regels inzake het vrije dienstenverkeer, de regels inzake geliberaliseerde markten en de regels inzake staatssteun. De grondgedachte van al deze regels is dat er op een markt zoveel mogelijk sprake moet zijn van een gelijk speelveld; een *level playing field*. Het is de overheid dus niet toegestaan om aanbieders van een vergelijkbaar of concurrerend product verschillende aan verschillende regels te onderwerpen die resulteren in verschillende kosten of verschillende concurrentiekracht. Mocht dit wel het geval zijn, dan dient dit verschil objectief gerechtvaardigd te worden op een grond die kwalificeert als dwingende reden van algemeen belang. Dit zal hieronder nader worden toegelicht. Daarbij zal met name worden ingegaan op de uitlegging van de interne marktregels door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof), aangezien deze instantie de algemeen geformuleerde regels als laatste instantie bindend kan uitleggen met betrekking tot een specifieke nationale context.

²⁷ Besluit van de raad van bestuur van de kansspelautoriteit van 22 december 2017, kenmerk 01.022.265, inzake wijziging van de voorschriften verbonden aan de vergunning tot het organiseren van de staatsloterij, Stcrt. 2018, 253.

²⁸ De toelichting bij het besluit, zie voetnoot 26, verwijst in dit verband naar paragraaf 6.4 van de Nota deelnemingenbeleid 2013, zie voetnoot 21.

²⁹ Besluit van de raad van bestuur van de kansspelautoriteit van 22 augustus 2017, kenmerk 01.014.103, inzake wijziging van de voorschriften verbonden aan de vergunning tot het organiseren van de staatsloterij, Stcrt. 2017, 48827. Zie met name de toelichting bij artikel II waar we lezen dat '[o]p deze wijze worden nieuwe inzichten en technieken doorgevoerd bij de staatsloterij en wordt voorkomen dat de verplichtingen voor de staatsloterij te veel gaan afwijken ('level playing field'-gedachte) van die van de lotto en niet-incidentele vergunningen op basis van artikel 3 (niet-incidentele loterijvergunningen).'

5 Europeesrechtelijke randvoorwaarden voor de regulering van de loterijenmarkt in Nederland

Als lidstaat van de Europese Unie is Nederland onderworpen aan de regels inzake de interne markt. Deze omvatten in ieder geval een verbod op belemmeringen van het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging en de mededingingsregels. Deze regels zijn van toepassing op alle economische activiteiten. Het staat buiten kijf dat kansspelen een economische activiteit vormen in de zin van het Europees recht, zodat de interne marktregels van toepassing zijn.³⁰ Zij vormen daarmee het Europeesrechtelijk kader waarbinnen de regulering van de Nederlandse loterijmarkt kan plaatsvinden. Overschrijding van de regels van dit kader levert juridische en financiële risico's op voor de Nederlandse overheid.

³⁰

Zie onder meer zaak C-243/01, *Gambelli*, r.o. 51 – 52 en gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica*, r.o. 42 – 44.

6 Het vrije verkeer van diensten

Op de keper beschouwd verbieden de interne marktregels elke belemmering van het vrije verkeer of verstoring van de concurrentie.³¹ Van een belemmering is al sprake als een nationale regel of optreden van de overheid de toegang tot de markt minder aantrekkelijk kan maken, bijvoorbeeld doordat een marktmodel dat toetreding gemakkelijker zou maken, verboden is.³² Het ongelijke speelveld dat ontstaat door de verschillende regels ten aanzien van de afdracht en dus beschikbare prijzen, levert een dergelijke belemmering op.³³ Een dergelijke belemmering kan bestaan ook als de getroffen diensten verschillend zijn en verschillende markten bedienen.³⁴

De vervolgvraag is dan die naar de objectieve rechtvaardiging van de belemmering. Hiervoor geldt in wezen een tweestappen benadering. De eerste stap is het vaststellen van een dwingende reden van algemeen belang die een rechtvaardiging vormt voor de belemmering. De tweede stap is het vaststellen van de evenredigheid van de belemmering in het licht van de genoemde rechtvaardigingsgrond(en).³⁵ Het staat buien kijf dat de hierboven al genoemde redenen die aan de Wok ten grondslag liggen, het tegengaan van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit, kwalificeren als dwingende redenen van algemeen belang.³⁶

Interessanter in dit verband is de toetsing van de evenredigheid van de maatregelen, neergelegd in de Wok en vastgesteld op grond van de Wok, in het licht van deze doelstellingen. Het Hof heeft meermaals vastgesteld dat de toets van evenredigheid onder meer vergt dat de maatregel de doelstellingen op samenhangende en stelselmatige wijze worden nagestreefd door de nationale regelgeving.³⁷

Voor de coherentie van het Nederlands stelsel dat voorziet in uiteenlopende afdrachten en beschikbaar prijzengeld voor loterijen zou als argument kunnen worden aangedragen dat goeddoelenloterijen en 'prijzenloterijen' twee verschillende kansspelen vormen die beide beantwoorden aan een verschillende vraag. De kanalisatiegedachte kan dan een rechtvaardiging vormen in die zin dat voorkomen moet worden dat spelers die alleen willen deelnemen aan één van beide vormen van loterij tot deelname aan illegale kansspelen worden gedwongen. Deze redenering voldoet hoogstwaarschijnlijk niet aan de vereisten die kunnen

³¹ F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2017, p. 329, 330 en 354.

³² Gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica*, r.o. 44 en zaak C-49/16, *Unibet*, r.o. 32.

³³ Naar analogie, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica*, r.o. 61.

³⁴ Gevoegde zaken C-430/99 en C-431/99, *Sea-Land Service Inc.*, r.o. 36- 38.

³⁵ Eventueel kan het noodzakelijk zijn te toetsen aan het verbod van discriminatie; aangezien de Nederlandse regels gelden ongeacht de plaats van vestiging van de aanbieder van de kansspelen, zal discriminatie geen probleem opleveren.

³⁶ Zaak C-203/08, *Betfair*, r.o. 30.

³⁷ Zie, in het algemeen zaak C-169/07, *Hartlauer*, r.o. 54 – 61. Met betrekking tot de regulering van kansspelen zie zaak C-243/01, *Gambelli*, r.o. 51 – 52, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica*, r.o. 49, zaak C-46/08, *Carmen Media Group*, r.o. 64 en, meest recent, zaak C-3/17, *Sporting Odds Ltd*, r.o. 27 - 33. Dit wordt kortweg ook wel als het vereiste van coherentie aangeduid.

worden afgeleid uit de jurisprudentie van het Hof.³⁸ Ten eerste zijn er geen aanwijzingen dat er een dergelijke categorie van spelers bestaat om de eenvoudige reden dat er geen illegale 'goede doelenloterijen' of 'prijzenloterijen' bestaan.³⁹ Ten tweede zou het consistent en coherent nastreven van deze doelstelling vereisen dat beide groepen van spelers een even aantrekkelijk aanbod van kansspelen aangeboden krijgen. Dat is op dit moment niet het geval aangezien de deelnemer aan een goededoelen loterij alleen kan spelen om relatief lagere prijzen. Gelet op het feit dat spelers deelnemen aan een kansspel vanwege de te winnen prijzen en de invloed van de hoogte van de prijs op de aantrekkelijkheid van een loterij, is er geen reden voor de differentiatie op basis van afdracht voor zover die tot verschillende beschikbare prijzen leidt. Als de staat hierin consequent zou willen zijn, dan moet de differentiatie tussen 'goede doelenloterijen' en 'prijzenloterijen' worden doorgevoerd voor zowel de organisatie van de loterijen, bijvoorbeeld inzake de afdracht, als de marketing van deze loterijen. De Nederlandse Loterij zou dan door de staat verplicht moeten worden zich als als pure 'prijzenloterij' te profileren, teneinde die groep consumenten aan te spreken. In dat verband zou de afdracht die plaatsvindt door de Nederlandse Loterij geschrapt moeten worden en recente nadruk die de Nederlandse Loterij legt op haar maatschappelijke betrokkenheid met name in verband met sport, uitgesloten moeten worden. Reclame uitingen inzake TeamNL en marketing die de rol van de Nederlandse Loterij benadrukt bij het organiseren en faciliteren van de sport in Nederland zouden dan op zijn minst sterk aan banden gelegd moeten worden. Het moge duidelijk zijn dat een dergelijke regel praktisch zeer moeizaam en amper handhaafbaar zal zijn, niet in de laatste plaats omdat het beperken van commerciële uitingen ook getoetst kan worden aan de vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM.⁴⁰ De keerzijde van deze medaille zou dan zijn dat GDL, in aanvulling op de al bestaande minimum afdracht, een minimum verplichting ten aanzien van het profileren als 'goede doelenloterij' opgelegd zou krijgen, hetgeen nog moeilijker handhaafbaar zal zijn. Het feit dat een volledige differentiatie tussen de zogeheten 'prijzenloterij' enerzijds en 'goede doelenloterijen' anderszijds niet haalbaar zal zijn, maakt dat het meer voor de hand ligt dat voor alle aanbieders van loterijen hetzelfde afdrachtpercentage wordt voorgeschreven.

Het huidige Nederlandse stelsel, waarbij voor twee vergelijkbare en concurrerende aanbieders van loterijdiensten verschillende voorwaarden gelden die resulteren in een duidelijk afwijkend aanbod is daarmee dus niet gerechtvaardigd op grond van een dwingend vereiste.

³⁸ Zie zaak C-203/08, *Betfair*, r.o. 40 - 46, waar het Hof het transparantiebeginsel van toepassing verklaart. Het transparantiebeginsel wordt gezien als middel om gelijke kansen voor alle ondernemingen te verzekeren. Vgl. B.J. Drijber, *Juridische toetsing visie loterijenmarkt*, 28 april 2014, p. 6.

³⁹ SEO, *Consumentengedrag online legale en illegale kansspelen*, rapport 2015-16, p. 5 bevat dan ook geen vragen inzake loterijen.

⁴⁰ Vgl. EHRM 24 februari 1994, *Casado Coca t. Spanje*, zaaknr 8/1993/403/481, A/285-A en zie voor een bespreking in het algemeen: W. Skouris (red.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe: A Study in Comparative Constitutional Law* (Baden-Baden: Nomos, 1994)

7 Regels inzake geliberaliseerde markten

Nauw verwant aan de interne markt regels zijn de regels inzake geliberaliseerde markten. Deze maken deel uit van de mededingingsregels en bouwen voort op de gedachte van vrije en onvervalste mededinging. Hier hebben niet alleen de ondernemingen, maar ook de lidstaten de nodige rechten en plichten. Artikel 106(1) VWEU bevat de verplichting voor de overheid om ten aanzien van een onderneming met bijzondere of exclusieve rechten geen maatregel te nemen of te handhaven die in strijd is met de Verdragen. Deze bepaling wordt in de praktijk het meest toegepast in combinatie met artikel 102 VWEU, het verbod op misbruik van een machtspositie. Nu lijkt in de Nederlandse loterijenmarkt geen sprake van misbruik van een machtspositie door Nederlandse Loterij, maar wanneer de artikelen 106(1) en 102 VWEU in onderlinge samenhang worden gelezen verplichten zij de overheid tot het verzekeren van, onder meer, een gelijk speelveld.

Dit blijkt uit het arrest *DEI*.⁴¹ In die zaak betrof het een voormalig monopolie voor elektriciteitsopwekking in Griekenland. Door de omzetting van de Europese elektriciteitsliberalisatierichtlijnen had Griekenland de jure haar elektriciteitsmarkten opengesteld, maar in de praktijk bleek toetreding tot de markt onmogelijk omdat de vergunningen voor het ontginnen van de inheemse bruinkoolreserves alleen aan staatsbedrijf DEI werden gegund. Doordat concurrenten geen bruinkool konden winnen, hadden zij geen toegang tot eigen voorraden van de enige primaire brandstof voor elektriciteitsopwekking die kon concurreren met de prijzen die DEI rekende. Dit ongelijk speelveld, als gevolg van het publiekrechtelijk optreden van de Griekse overheid, was voldoende om strijdig te zijn met artikel 106(1) juncto 102 VWEU.

Het arrest DEI is alleen van toepassing indien er sprake is van een markt met een exclusief of bijzonder recht dat resulteert in een economische machtspositie. Gelet op het uitsluitende recht voor de Nederlandse Loterij op het organiseren van een loterij onder Titel II Wok, zal er sprake zijn van een exclusief recht in de zin van artikel 106(1) VWEU. Indien zou worden uitgegaan van een zelfstandige markt voor het organiseren van 'prijzenloterijen' zonder enige substitutie met een algemene markt voor loterijen of een afzonderlijke markt voor goededoelenloterijen, dan is het marktaandeel van de Nederlandse Loterij 100%, hetgeen overeenkomt met een perfecte machtspositie. Hierboven is de stelling betrokken dat er sprake is van één algemene markt voor loterijen. Binnen deze grotere markt is de Nederlandse Loterij de grootste speler gemeten naar omzet.⁴² Het is in dit verband ook vermeldenswaardig dat het Ministerie van Financiën in het jaarverslag deelnemingen uitdrukkelijk vermeldt dat de Nederlandse Loterij de grootste aanbieder is en de ambitie heeft de marktleider te zijn.⁴³ Een zeer aanzienlijk marktaandeel vormt een belangrijke indicator voor het bestaan van een machtspositie, en kan op zichzelf al voldoende bewijs vormen van een machtspositie, aldus de vaste rechtspraak van het Hof.⁴⁴ Het enkele feit dat het marktaandeel van de Nederlandse Loterij groter is dan dat van GDL is nog geen onomstotelijk bewijs van een machtspositie, gelet

⁴¹ Zaak C-553/12 P, *DEI*.

⁴² Zie de tabel hierboven op p. 5. Gemeten naar omzet bedraagt het marktaandeel van de Nederlandse Loterij 54%. De GDL hebben een marktaandeel van 45% en de Samenwerkende Non-profit Loterijen hebben een marktaandeel van 1,2%

⁴³ Ministerie van Financiën, Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2016, p. 2, 7, 25 en 75.

⁴⁴ Zaak C-62/86, *Akzo*, r.o. 60.

op het marktaandeel van GDL dat niet aanmerkelijk kleiner is dan dat van de Nederlandse Loterij. De bijzondere gunstige voorwaarde die de Nederlandse Loterij in staat stellen hogere prijzen te bieden, vormt echter wel een bijkomende factor die wijst op een machtspositie voor de Nederlandse Loterij. Ook de beschermde positie op de loterijmarkt,⁴⁵ de aanzienlijke vermogenspositie van de Nederlandse Loterij⁴⁶ en de door de Nederlandse staat toegestane strategie inzake het behouden en vergroten van een positie als marktleider⁴⁷ zijn aanwijzingen voor dominantie van deze onderneming. Daarmee is dus sprake van een door artikel 106 juncto 102 VWEU bestreken situatie op de Nederlandse markt voor loterijen. De Nederlandse overheid dient zich dan – in de woorden van het Hof – te onthouden van maatregelen die resulteren in ongelijke kansen voor de marktdeelnemers. Het Hof overwoog in het arrest *DEI* als volgt:⁴⁸

Uit de rechtspraak van het Hof volgt namelijk dat een stelsel van onvervalste mededinging, zoals dat waarin het Verdrag voorziet, slechts kan worden gewaarborgd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers.

Hieruit volgt dat indien de ongelijkheid van kansen tussen de marktdeelnemers, en dus de vervalste mededinging, is toe te schrijven aan een overheidsmaatregel, een dergelijke maatregel dan in strijd is met artikel [106, lid 1, VWEU] juncto artikel [102 VWEU].

Deze verplichting op grond van het Europees recht geldt onafhankelijk van het bestaan van daadwerkelijk misbruik door de onderneming met het exclusieve recht, in casu de Nederlandse Loterij.⁴⁹ Hiervoor is alleen vereist dat de overheidsmaatregelen de marktstructuur aantasten door ongelijke mededingingsvoorwaarden voor de ondernemingen te scheppen, door het voor het overheidsbedrijf waaraan exclusieve rechten zijn toegekend, mogelijk te maken om haar machtspositie op een andere markt in stand te houden.

Op grond hiervan kom ik tot de conclusie dat de Nederlandse overheid handelt in strijd met de liberalisatieregels door verschillende regels voor de afdracht te hanteren voor de loterijen die worden georganiseerd door de Nederlandse Loterij en de GDL. Deze situatie zou eventueel verenigbaar kunnen zijn met het Europees recht als de staat kan aantonen dat er sprake is van een dienst van algemeen economisch belang die door deze maatregelen op evenredige wijze wordt nagestreefd. Het lijkt me niet waarschijnlijk dat het aanbieden van kansspelen als dienst van algemeen economisch belang kan worden aangemerkt. Eerst en vooral heeft deze dienst geen universeel karakter in die zin dat het een dienst is die ten goede moet komen aan alle burgers van een land onder uniforme voorwaarden die geen afbreuk doen aan de toegankelijkheid. Verder is er ook geen enkel precedent in de Europese rechtspraak dat hierop wijst. Daarnaast geldt dat hetgeen hiervoor is gesteld met betrekking tot de rechtvaardiging in het kader van het vrije dienstenverkeer hier naar analogie worden toegepast. Ook hier geldt dat de maatregel, verschillende afdrachtpercentages voor de twee

⁴⁵ Zaak 80/87, *Bodson*, r.o. 27 – 29. Zie verder, naar analogie, Beschikking 89/113, *Decca Navigator System*, rn. 8 en 92.

⁴⁶ Zaak 27/76, *United Brands*, r.o. 122. Zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, r.o. 48.

⁴⁷ Zie voetnoot 44 hierboven.

⁴⁸ Zaak C-553/12 P, *DEI*, r.o. 43, 44. Verwijzingen naar andere arresten zijn weggelaten.

⁴⁹ Zaak C-553/12 P, *DEI*, r.o. 45.

soorten loterijen, niet evenredig is ten opzichte van het doel omdat zij niet in een logisch en coherent verband staat tot dit doel.

8 Regels inzake staatssteun

Artikel 107 VWEU bevat een verbod van staatssteun dat is gekoppeld aan de verplichting staatssteun aan te melden bij de Commissie die het dan verenigbaar kan verklaren met de interne markt.⁵⁰ Om als staatssteun te kwalificeren dient een maatregel aan vijf cumulatieve vereisten te voldoen

- 1) Het moet gaan om een maatregel met staatsmiddelen bekostigd
- 2) Die een bepaalde onderneming of productie
- 3) Begunstigt
- 4) Waardoor de mededinging wordt vervalst
- 5) Met een invloed op de handel tussen de lidstaten

In het geval van de bijzondere voorwaarden die van toepassing zijn op de Nederlandse Loterij staat buiten kijf dat het gaat om een ‘bepaalde onderneming’, aangezien het organiseren van een loterij als economische activiteit is aangemerkt waardoor Nederlandse Loterij kwalificeert als onderneming.⁵¹ Verder geldt de bijzondere voorwaarde inzake het lagere afdrachtpercentage en de daaruit volgende hoge prijzen alleen voor de Nederlandse Loterij, waarmee de maatregel voldoende bepaald is, zodat aan het tweede vereiste is voldaan. Dat hier sprake is van een begunstiging die de Nederlandse Loterij is evenmin voor discussie vatbaar, net zoals de mededingingsvervalsing. Zoals hiervoor al is uiteengezet, is de hoogte van de prijzenpot een belangrijke concurrentiefactor.⁵² De hoogte van de afdracht bepaalt, met de kosten van het organiseren van de loterij, het percentage van de inleg dat beschikbaar is voor uitkering als prijs. Marktonderzoek toont aan dat deelnemers aan een loterij overstappen of ook deelnemen aan een andere loterij als deze een kans biedt op hogere prijzen. Deze beschermde positie voor de Nederlandse Loterij zal toetreding tot de markt voor loterijen in Nederland minder aantrekkelijk maken, zodat er sprake is van een invloed op de handel tussen de lidstaten.

Ten aanzien van het verbod van staatssteun is de voornaamste discussie mogelijk over het vereiste van staatsmiddelen. Dit vereiste komt erop neer dat de maatregel de overheid direct of indirect daadwerkelijk of potentieel iets zal moeten kosten. Wanneer, bijvoorbeeld, de overheid verhandelbare rechten met een marktwaarde om niet verdeelt, zal dit een overdracht van staatsmiddelen inhouden.⁵³ Hiervan is alszodanig geen sprake in de Nederlandse situatie, zodat voor toepasselijkheid van het staatssteunverbod aangetoond moet worden dat de staat inkomsten laat liggen door af te zien van een hogere afdracht aan de staat, althans een afdracht die vergelijkbaar is met de afdracht die zij heeft opgelegd aan de goeddoelende loterijen. Het is op voorhand niet te zeggen of hiervan sprake is, zodat de risico's op grond van het verbod van staatssteun onduidelijk zijn. Bepaalde rechtspraak wijst op een ruim begrip staatsmiddelen zodat daarvan al snel sprake zal zijn⁵⁴; andere arresten van het Hof

⁵⁰ De aanmelding vindt plaats op grond van artikel 108(3) VWEU en de verenigbaarheid met de interne markt kan op grond van artikel 107(3) VWEU worden vastgesteld.

⁵¹ Zie, inzake paardenwedenschappen als kansspelen die als economische activiteit kwalificeren, Zaak C-83/98 P, *Ladbroke Racing*.

⁵² Hierboven, p. 6.

⁵³ Zaak C-279/08, *NOx emissiehandel*, r.o. 103 – 111.

⁵⁴ Gevoegde zaken C-399/10P en C-401/10P, *Bouygues SA*, r.o. 99 – 110 en Zaak C-657/15 P, *Viasat*, r.o. 35 – 39.

laten juist een beperkter begrip zien.⁵⁵ De Commissie heeft vastgesteld dat het vaststellen van een lager belastingtarief voor kansspelen de overdracht van staatsmiddelen inhoudt.⁵⁶ De conclusie is dus dat er risico's voortvloeien uit de kwalificatie als staatssteun van het lagere afdrachtpercentage door de Nederlandse Loterij. Dit wijst erop dat de kwalificatie van de lagere afdracht een reëel risico is, waarbij een beroep bij het Gerecht tegen deze vaststelling door de Commissie de enige methode is om een mogelijk (te) ruime interpretatie door de Commissie aan te vechten.

Deze risico's kunnen beperkt worden door het stelsel aan te melden voor goedkeuring door de Europese Commissie of door een aanpassing van het stelsel zodat alle partijen een gelijke afdracht moeten doen.

⁵⁵ Zaak C-222/07, *UTECA*, r.o. 44, 45.

⁵⁶ Besluit in zaak SA.35200 (2012/N), *Rennwett- und Lotteriegesezt (RWLG)*, rn. 31 en besluit in zaak SA.46216, *Horsrace Betting Levy for Great Britain*, rn. 72 – 74.

9 Slotsom en oplossingsrichting

De slotsom van dit onderzoek is dat er sprake is van één markt voor loterijen. Binnen deze markt vindt enige differentiatie plaats op basis van de diensten die worden aangeboden door de verschillende loterijen. Deze differentiatie is onvoldoende om te kunnen spreken van afzonderlijke markten voor 'prijzenloterijen' en goededoelen loterijen.

Dat er sprake is van één grote markt voor loterijen wordt gestaafd door en verklaart de concurrentie tussen de Nederlandse Loterij en de GDL.

Op deze markt is sprake van een ongelijk speelveld door het lagere percentage dat de Nederlandse Loterij moet afdragen waardoor zij een hoger percentage van de inleg beschikbaar heeft voor uitkering als prijs.

Dit ongelijk speelveld is onverenigbaar met de regels inzake het vrije verkeer van diensten en de mededingingsregels. Deze onverenigbaarheid kan worden aangevoerd in een nationale procedure gestart door een marktpartij – zoals er al vele zijn gevoerd in verband met het Nederlandse kansspelbeleid – en door de Europese Commissie.

In deze procedures loopt de Nederlandse overheid een zeker juridisch risico dat kan vertalen in een financieel risico als een benadeelde partij de gederfde inkomsten als gevolg van dit ongelijk speelveld zou verhalen op de overheid. Gelet op het duidelijke karakter van de schending van het Europees recht zou een dergelijke schadevergoedingsactie niet kennelijk kansloos zijn.

Het ongelijk speelveld zou op twee manieren gelijk gemaakt kunnen worden. De eerste en meest zekere wijze is een aanpassing van de Wok op grond waarvan voor alle loterijen hetzelfde afdrachtpercentage zou gelden. Op deze manier zijn gelijke kansen in de concurrentie om de hoogte van de beschikbare prijzen het beste gegarandeerd en blijft de mogelijkheid bestaan van een differentiatie op basis van het deel van de afdracht dat een (bepaalde soorten) goede doelen en/of de staatskas wordt gedaan. De tweede, aanmerkelijk minder zekere manier, is een verplichte differentiatie tussen enerzijds de prijzenloterij en anderzijds de goededoelen loterij. Deze oplossingsrichting brengt aanzienlijke kosten met zich mee in de vorm van de noodzaak tot voortdurend toezicht op de naleving van de verplichting tot differentiatie. Daarnaast zullen er kosten zijn doordat, zeker in een geliberaliseerde en geprivatiseerde markt voor kansspelen, de marktpartijen zowel de prikkel als de mogelijkheid hebben dergelijke regels aan te vechten, met aanzienlijke rechtsonzekerheid tot gevolg. De Nederlandse overheid heeft inmiddels een behoorlijke ervaring met de bereidheid tot procederen in de kansspelsector.

De eerste optie, een werkelijk gelijk speelveld met gelijke afdracht voor alle loterijen, neemt al deze risico's en kosten weg en verdient daarom de voorkeur vanuit juridisch perspectief en zodat er gelijke kansen zijn voor alle aanbieders van loterijen.