ECLI:NL:RVS:2021:468

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	10-03-2021
Datum publicatie	10-03-2021
Zaaknummer	201808735/1/A3 en 201808792/1/A3
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 25 november 2014 heeft de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit aan Stichting de Nationale Sporttotalisator vergunning verleend voor het organiseren van sportprijsvragen en lottos over de periode van 16 januari 2015 tot en met 31 december 2016. Bij besluit van 8 januari 2015 heeft de KSA de aanvraag van Betfair voor een vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen en lottos inclusief cijferspel, afgewezen. De Wok kent voor het organiseren van de kansspelen sportprijsvragen en lottos een éénvergunningstelsel. Deze vergunning wordt de sporttotalisatorvergunning genoemd en kan maar aan één rechtspersoon worden verleend. Tot en met 15 januari 2015 was deze vergunning verleend aan SNS. Bij besluit van 25 november 2014 heeft de KSA de vergunning onderhands opnieuw aan SNS verleend.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

201808735/1/A3 en 201808792/1/A3.

Datum uitspraak: 10 maart 2021

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak in het geding tussen:

The Sporting Exchange Limited handelend onder de naam Betfair, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk),

appellante,

en

de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit,

verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 25 november 2014 heeft de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit (hierna: de KSA) aan Stichting de Nationale Sporttotalisator (hierna ook: SNS en inmiddels Lotto B.V.) vergunning verleend voor het organiseren van sportprijsvragen en lottos over de periode van 16 januari 2015 tot en met 31 december 2016.

Bij besluit van 8 januari 2015 heeft de KSA de aanvraag van Betfair voor een vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen en lottos inclusief cijferspel, afgewezen.

Bij besluiten van 14 januari 2016 en 5 juni 2015 heeft de KSA de door Betfair tegen de besluiten van 25 november 2014 en 8 januari 2015 gemaakte bezwaren ongegrond verklaard.

Bij de uitspraken van 20 oktober 2016 en 7 maart 2016 heeft de rechtbank de door Betfair tegen de besluiten van 14 januari 2016 en van 5 juni 2015 ingestelde beroepen gegrond verklaard, deze besluiten vernietigd en de KSA opgedragen nieuwe besluiten op bezwaar te nemen.

Ter uitvoering van de uitspraken van de rechtbank heeft de KSA de besluiten van 31 maart 2017 en 28 juni 2016 genomen. Bij die besluiten heeft de KSA de door Betfair gemaakte bezwaren opnieuw ongegrond

verklaard.

Bij uitspraak van 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466 heeft de Afdeling de hoger beroepen van de KSA en Lotto B.V. en de incidenteel hoger beroepen van Betfair gegrond verklaard en de uitspraken van de rechtbank van 20 oktober 2016 en 7 maart 2016 vernietigd, voor zover de rechtbank de besluiten van 5 juni 2015 en 14 januari 2016 heeft vernietigd voor zover ze gaan over de sportprijsvragen. De Afdeling heeft de aangevallen uitspraken voor het overige bevestigd. Verder heeft de Afdeling de beroepen van Betfair tegen de nieuwe besluiten van 31 maart 2017 en 28 juni 2016 gegrond verklaard en die besluiten vernietigd. Ten slotte heeft de Afdeling bepaald dat tegen de door de KSA te nemen nieuwe besluiten slechts bij haar beroep kan worden ingesteld.

Bij afzonderlijke besluiten van 20 september 2018 heeft de KSA de bezwaren van Betfair opnieuw ongegrond verklaard.

Tegen deze besluiten heeft Betfair beroepen ingesteld.

De KSA heeft een verweerschrift ingediend en Lotto B.V. heeft een schriftelijke zienswijze ingediend.

Betfair heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaken gevoegd ter zitting behandeld op 30 oktober 2020, waar Betfair, vertegenwoordigd door mr. F.C. Tolboom en mr. K.D. Mekenkamp, beiden advocaat te Amsterdam, de KSA, vertegenwoordigd door mr. C.M. Bitter en mr. G. Dictus, beiden advocaat te Den Haag, en vergezeld door mr. R.G.J. Wildemors, zijn verschenen. Verder is Lotto B.V., vertegenwoordigd door mrs. V.Y.H. van Weperen, A.A. Kleinhout, C. Ockhorst en R.W. Dutilh, advocaten te Amsterdam en Rijswijk, ter zitting verschenen.

Overwegingen

I. Vooraf

1. Het juridische kader, waaronder de relevante bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en de Wet op de kansspelen (hierna: Wok), is opgenomen in een bijlage. De bijlage is onderdeel van de uitspraak.

1.1. Voor een uitgebreide weergave van de voorgeschiedenis in deze zaken verwijst de Afdeling naar haar uitspraak van 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466. Deze zaken zijn een vervolg op deze uitspraak. Hieronder volgt nog een korte schets van de achtergrond van de zaken.

1.2. Verder is van belang dat de periode waarvoor de vergunning die in deze zaak centraal staat gold, inmiddels is verstreken. Toch heeft Betfair nog een belang bij een oordeel over de rechtmatigheid van de besluiten van 20 september 2018. Een oordeel over deze besluiten kan worden betrokken bij toekomstige besluiten. De situatie in deze zaak is dus een andere dan de situatie in zaak nr. 201904061/1/A3, waarin heden ook uitspraak is gedaan (ECLI:NL:RVS:2021:469).

II. Achtergrond van de zaken

2. De Wok kent voor het organiseren van de kansspelen sportprijsvragen en lottos een éénvergunningstelsel. Deze vergunning wordt de sporttotalisatorvergunning genoemd en kan maar aan één rechtspersoon worden verleend. Tot en met 15 januari 2015 was deze vergunning verleend aan SNS. Bij besluit van 25 november 2014 heeft de KSA de vergunning onderhands opnieuw aan SNS verleend. Op grond van die vergunning kon SNS tot en met 31 december 2016 sportprijsvragen en lottos organiseren. Betfair heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Bij besluit van 14 januari 2016 heeft de KSA het bezwaar van Betfair ongegrond verklaard. Kort gezegd, heeft de KSA zich daarbij op het standpunt gesteld dat het éénvergunningstelsel voor sportprijsvragen en lottos, in het licht van het vrij verkeer van diensten als bedoeld in artikel 56 van het VWEU, gerechtvaardigd is. Omdat SNS een particuliere exploitant is op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen, mocht zij deze vergunning bovendien onderhands opnieuw aan SNS verlenen, aldus de KSA. Tegen dit besluit heeft Betfair vervolgens beroep ingesteld bij de rechtbank Den Haag.

2.1. Daarnaast heeft Betfair op 23 december 2014 een aanvraag ingediend voor een vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen en lottos, inclusief cijferspel. De KSA heeft die aanvraag bij besluit van 8 januari 2015 afgewezen, omdat de Wok voor het organiseren van sportprijsvragen en lottos een éénvergunningstelsel kent en deze vergunning bij besluit van 25 november 2014 al was verleend aan SNS. Ook tegen dit besluit heeft Betfair bezwaar gemaakt. Bij besluit van 5 juni 2015 heeft de KSA het bezwaar

van Betfair ongegrond verklaard. De KSA heeft zich op het standpunt gesteld dat hij de vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen en lottos onderhands opnieuw aan SNS mocht verlenen, omdat SNS een particuliere exploitant is op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen. Ook tegen dit besluit heeft Betfair beroep ingesteld bij de rechtbank Den Haag.

2.2. De rechtbank heeft de beroepen van Betfair bij haar uitspraken van 20 oktober 2016 en 7 maart 2016 gegrond verklaard, de besluiten van 14 januari 2016 en 5 juni 2015 vernietigd en de KSA opgedragen nieuwe besluiten op bezwaar te nemen. De rechtbank heeft daarbij gewezen op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) van 3 juni 2010, Betfair, ECLI:EU:C:2010:307. Uit dat arrest volgt dat niet-transparante vergunningverlening een beperking van het vrij verrichten van diensten als bedoeld in artikel 56 van het VWEU is, maar gerechtvaardigd is indien 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. Volgens de rechtbank kan SNS echter niet worden aangemerkt als een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen. De KSA had de vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen en lottos dan ook via een transparante procedure moeten verlenen, aldus de rechtbank.

2.3. Tegen deze uitspraken hebben de KSA en Lotto B.V. hoger beroepen ingesteld. Betfair heeft voorwaardelijk incidenteel hoger beroepen ingesteld. Deze hoger beroepen hebben geresulteerd in de uitspraak van de Afdeling van 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466 (zie verder onderdeel III).

2.4. Verder is voor deze procedure van belang dat de KSA bij besluit van 1 april 2016 de aan SNS verleende vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen en lottos heeft aangepast in verband met de fusie tussen de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (hierna ook: SENS) en de Stichting de Nationale Sporttotalisator in die zin dat zij de tenaamstelling van de vergunning heeft gewijzigd. De tenaamstelling is gewijzigd van Stichting de Nationale Sporttotalisator in Lotto B.V. Ook heeft de KSA enkele vergunningvoorschriften gewijzigd.

III. De uitspraak van de Afdeling van 2 mei 2018

3. In de uitspraak van 2 mei 2018 heeft de Afdeling in de eerste plaats geoordeeld dat de Nederlandse overheid sinds de wijzigingen van de statuten van SNS na de uitspraak van de Afdeling van 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8768, via de minister dan wel de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, gelet op de doelstellingen van het kansspelstelsel, een strenge controle kan uitoefenen op de activiteiten van SNS. Zij staat in een bijzondere relatie tot de Nederlandse overheid die als gevolg daarvan een strenge controle kan uitoefenen, die zij niet kan uitoefenen op een exploitant met wie zij zon relatie niet heeft.

3.1. Vervolgens heeft de Afdeling een oordeel gegeven over de vraag of het éénvergunningstelsel voor de sporttotalisatorvergunning, dat een beperking inhoudt van het vrij verrichten van diensten, gerechtvaardigd is. Daarvoor dient te worden beoordeeld of voor het éénvergunningstelsel een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, of het gaat om een maatregel die geen onderscheid maakt naar nationaliteit en of de beperking van het vrij verrichten van diensten in de vorm van een éénvergunningstelsel evenredig is. Hierover heeft de Afdeling in de eerste plaats overwogen dat met het in artikel 16, eerste lid, en artikel 27b, eerste lid, van de Wok vervatte éénvergunningstelsel een rechtvaardigingsgrond is gemoeid, te weten de algemene belangen van het voorkomen van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van criminaliteit en illegaliteit. In de tweede plaats heeft de Afdeling overwogen dat het wettelijk stelsel in de Wok als zodanig geen discriminatie naar nationaliteit inhoudt. En ten slotte heeft de Afdeling over de evenredigheid van het éénvergunningstelsel overwogen dat moet worden bezien of de beperking geschikt is om de verwezenlijking van de doelen van algemeen belang te waarborgen en of zij niet verder gaat dan ter bereiking daarvan noodzakelijk is. Een nationale regeling is alleen geschikt om de verwezenlijking van de doelen te waarborgen, indien de verwezenlijking van dat doel op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd. Omdat horizontale consistentie van het kansspelstelsel een aspect is bij de beoordeling of het met het kansspelstelsel betrokken doel op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd, heeft de Afdeling in haar uitspraak de regelingen van verschillende kansspelen met elkaar vergeleken.

3.2. De Afdeling heeft in dit kader vastgesteld dat de kansspelsoorten lottos en sportprijsvragen enerzijds en speelautomaten anderzijds verschillen op het gebied van de situatie voorafgaand aan regulering, de kenmerken van de spellen en de daarmee gepaard gaande risicos op het gebied van

kansspelverslaving, consumentenbescherming, criminaliteit en illegaliteit. Mede gelet op de aan de nationale autoriteiten toekomende beoordelingsmarge heeft de Afdeling geoordeeld dat de omstandigheid dat voor lottos en sportprijsvragen een éénvergunningstelsel geldt en dat voor speelautomaten een onbeperkt aantal vergunningen beschikbaar is, niet maakt dat het Nederlandse kansspelstelsel niet horizontaal consistent is. In de vergelijking tussen sportprijsvragen en goede doelen loterijen heeft de Afdeling vastgesteld dat deze kansspelen uit oogpunt van de doelstellingen van het Nederlandse kansspelstelsel relevante verschillen kennen. Sportprijsvragen kennen een behoorlijk groter verslavingsrisico dan goede doelen loterijen en bovendien kennen zij het risico van matchfixing. Om die reden heeft de Afdeling geoordeeld dat de omstandigheid dat voor sportprijsvragen een éénvergunningstelsel geldt en dat voor goede doelen loterijen meerdere vergunningen beschikbaar zijn, niet maakt dat het Nederlandse kansspelstelsel niet horizontaal consistent is. Tussen lottos en goede doelen loterijen bestaan echter minder grote verschillen. Daarbij heeft de Afdeling gewezen op het in het onderzoek van het Centrum voor Verslavingsonderzoek van oktober 2017 (hierna: het CVO-onderzoek) vastgestelde kleine verschil in de verslavingsrisico-scores en de aanwijzingen die volgens de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) maken dat de markt voor loterijen en lottospelen tezamen de meest aannemelijke markt is. De KSA heeft naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende gemotiveerd dat het in overeenstemming met het vereiste van horizontale consistentie en daarom noodzakelijk is dat voor lottos een éénvergunningstelsel geldt, terwijl voor goede doelen loterijen meerdere vergunningen beschikbaar zijn. Daarom heeft de KSA onvoldoende gemotiveerd dat het voor lottos geldende éénvergunningstelsel evenredig is en dat deze beperking van het vrij verrichten van diensten als bedoeld in artikel 56 van het VWEU gerechtvaardigd is.

3.3. Uit deze uitspraak volgt dat de KSA nieuwe besluiten dient te nemen op de bezwaren van Betfair, voor zover de bezwaren zien op lottos. Daarbij heeft de Afdeling bepaald dat tegen deze nieuwe besluiten alleen bij haar beroep kan worden ingesteld.

IV. De bestreden besluiten van de KSA

4. Bij afzonderlijke besluiten van 20 september 2018 heeft de KSA de bezwaren van Betfair opnieuw ongegrond verklaard. Volgens de KSA geldt de restrictie van een éénvergunningstelsel voor goede doelen loterijen niet, omdat zon restrictie zich niet verhoudt met de functie van de goede doelen loterijen. Om die reden zijn er voor de goede doelen loterijen meer en verdergaande restricties van toepassing op het toegestane aanbod dan bij lottos het geval is. De KSA heeft zich onder verwijzing naar de geschiedenis van goede doelen loterijen op het standpunt gesteld dat deze loterijen van oudsher naast de doelstelling van kanalisatie van de speellust naar een veilig en betrouwbaar aanbod nog een belangrijke functie kennen, namelijk dat ieder doel van algemeen belang zijn inkomsten kan vergroten door het organiseren van zon loterij. Als voor goede doelen loterijen een éénvergunningstelsel zou gelden dan zou deze bron van inkomsten alleen beschikbaar zijn voor de toevallige vergunninghouder, met uitsluiting van alle andere doelen van algemeen belang. Deze loterijen zijn juist in het leven geroepen ter financiering van particuliere initiatieven ter ondersteuning van doelen van algemeen belang. Onder verwijzing naar de geschiedenis van lottos heeft de KSA gesteld dat lottos uitsluitend kanalisatie als doelstelling kennen, in het bijzonder gerelateerd aan buitenlands aanbod. Met het aanbod van lottos komt weliswaar ook geld beschikbaar voor doelen van algemeen nut, maar dat is enkel een gunstig neveneffect. Volgens de KSA bestaan tussen goede doelen loterijen en lottos bovendien verschillen wat betreft productkenmerken, spelkarakteristieken en uitkeringspercentages. Daarbij heeft de KSA op een aantal verschillen gewezen, bijvoorbeeld dat de meeste goede doelen loterijen, behalve de loterijen van de Holding Goede Doelen Loterijen NV (hierna: GDL), geen abonnementsvorm kennen, dat het prijzenpakket vaak grotendeels uit prijzen in natura bestaat, dat behalve de GDL de goede doelen loterijen geen jackpot kennen, dat er een groot verschil in uitkeringspercentages bestaat tussen de lotto en de goede doelen loterijen en dat het lottospel dagelijkse spellen kent in de vorm van Lucky Day, terwijl de meeste goede doelenloterijen maximaal veertien spellen kennen (twaalf maandelijkse spellen en maximaal twee extra). Daarnaast is volgens de KSA een relevant verschil dat deelnamebewijzen aan lottos in verband met de kanalisatiedoelstelling worden verkocht bij een groot landelijk dekkend netwerk van detailhandelaren. Een open stelsel zou er volgens de KSA toe kunnen leiden dat deelname aan lottos niet meer via dat verkoopkanaal mogelijk is. Volgens de KSA zijn de verschillen tussen lottos en de goede doelen loterijen dusdanig dat zowel het éénvergunningstelsel voor lottos als het open stelsel voor goede doelen loterijen verenigbaar is met de doelstellingen van het Nederlandse kansspelstelsel. Het stelsel is consistent, aldus

de KSA.

4.1. Omdat het éénvergunningstelsel volgens de KSA gerechtvaardigd is, heeft hij de vergunning bovendien onderhands aan Lotto B.V. mogen verlenen, dus zonder voorafgaande openbare oproep tot mededinging. Lotto B.V. is inmiddels een staatsdeelneming en daarom een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat. Onderhandse vergunningverlening aan een exploitant waarop de Staat rechtstreeks toezicht of strenge controle houdt, is niet in strijd met artikel 56 van het VWEU. De overheid wil nauwkeurig toezien op het aanbod van bepaalde spellen die zij risicovol acht en zij wil de schadelijke gevolgen voor de speler als gevolg van concurrentie elimineren, aldus de KSA.

V. Het geschil in beroep

5. Betfair heeft tegen deze besluiten beroep ingesteld bij de Afdeling. De Afdeling stelt in dit kader vast dat na de uitspraak van 2 mei 2018 in deze procedure twee onderwerpen resteren waarover moet worden geoordeeld. Het eerste onderwerp ziet op de vraag of het in overeenstemming is met het vereiste van horizontale consistentie dat voor lottos een éénvergunningstelsel geldt, terwijl voor goede doelen loterijen meerdere vergunningen beschikbaar zijn. Dat onderwerp zal de Afdeling onder i) behandelen.

5.1. Voor het tweede onderwerp is van belang dat de KSA de tenaamstelling van de aan SNS verleende vergunning heeft gewijzigd in Lotto B.V. (zie overweging 2.4). De Afdeling heeft onder meer in haar uitspraak van 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:774 geoordeeld dat de wijziging van de tenaamstelling van de vergunning een besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Het besluit van 1 april 2016, waarbij de tenaamstelling is gewijzigd, is daarom een wijziging van de eerder bij besluit van 25 november 2014 verleende vergunning en daarmee aan te merken als een besluit in de zin van artikel 6:19 van de Awb. Hoewel de KSA in zijn besluiten van 20 september 2018 het besluit van 1 april 2016 niet expliciet heeft vermeld, heeft hij in die besluiten wél terecht een inhoudelijke beoordeling gegeven over de toelaatbaarheid van de onderhandse wijziging van de tenaamstelling van de bij besluit van 25 november 2014 verleende vergunning. Daarom dient, in het licht van de aangedragen beroepsgronden, te worden beoordeeld of, indien het éénvergunningstelsel een gerechtvaardigde beperking vormt van het vrij verkeer van diensten, de KSA de tenaamstelling van de aan SNS verleende vergunning onderhands heeft mogen wijzigen in verband met de wijziging van de rechtsvorm. Dit tweede onderwerp komt onder ii) aan bod.

i) Horizontale consistentie

5.1.1. Betfair betoogt dat de KSA ten onrechte heeft gesteld dat het éénvergunningstelsel voor lottos een gerechtvaardigde beperking vormt op het vrij verrichten van diensten, als bedoeld in artikel 56 van het VWEU. Daarvoor voert Betfair vier argumenten aan.

Als eerste argument voert zij aan dat lottospelen en goede doelen loterijen vergelijkbare kansspelen zijn, bezien vanuit het reguleringskader van het Nederlandse kansspelstelsel. Voor lottospelen en goede doelen loterijen gelden dezelfde beleidsuitgangspunten, waarbij de kanalisatiegedachte voorop staat. Verder geldt voor zowel lottospelen als voor goede doelen loterijen dat eventuele afdrachten aan goede doelen, sport en de overheid als gunstige neveneffecten worden beschouwd. Dat bij lottospelen de kanalisatiegedachte van belang is en bij goede doelen loterijen de afdrachten aan goede doelen een grotere rol spelen, zoals de KSA suggereert, is onjuist. Bovendien is volgens Betfair van belang dat er amper illegaal aanbod is van lottospelen in Nederland. Daarnaast was het, anders dan de KSA stelt, tot 2016 niet mogelijk om een vergunning voor een goede doelen loterij te bemachtigen voor nieuwe toetreders. Inmiddels wordt het voor goede doelen loterijen niet meer noodzakelijk gevonden om vast te blijven houden aan de beperking van het aanbod. Die noodzaak ontbreekt ook voor de lotto, aldus Betfair. Verder stelt Betfair dat de beleidsdoelstellingen door wetgeving en vergunningvoorschriften voor de lottospelen en de goede doelen loterijen op vergelijkbare wijze worden nagestreefd. Zo zijn de vergunningsvoorschriften die strekken tot het voorkomen van kansspelverslaving, consumentenbescherming en het bestrijden van criminaliteit en illegaliteit, voor de beide kansspelen vrijwel identiek. Ook staan de vergunningen voor de beide kansspelen het toe op een vergelijkbare wijze een loterij te organiseren. Daarbij heeft Betfair een vergelijking gemaakt tussen de modelvergunning artikel 3 Wok van 2 augustus 2016 voor het organiseren van een meerjarige goede doelen loterij (hierna: de modelvergunning) en de verleende vergunning voor het organiseren van lottos. Dat er in de huidige marktsituatie mogelijkerwijs verschillen bestaan in de wijze waarop de twee loterijen worden georganiseerd, betekent niet dat deze loterijen onder de verleende

vergunningen niet op een vergelijkbare wijze kunnen worden georganiseerd. Daarnaast zijn de overige wettelijke vereisten voor organisatoren van lottospelen en van goede doelen loterijen hetzelfde. Betfair wijst er in dit verband op dat de kansspelen tot dezelfde markt behoren en dezelfde productkenmerken vertonen. Daarvoor wijst zij op de besluiten van de ACM, waaruit volgt dat er voldoende aanwijzingen zijn dat één markt voor loterijen en lottospelen de meest aannemelijke markt is. Consumenten beschouwen lottospelen en goede doelen loterijen als één loterij, hetgeen ook volgt uit het onderzoek Financiële consequenties beleidsopties herinrichting loterijmarkt van SEO economisch onderzoek (hierna: het SEO-onderzoek).

Als tweede argument voert Betfair aan dat voor zover de lotto en de goede doelen loterijen verschillen vertonen, deze verschillen, bezien vanuit de doelstellingen van het Nederlandse kansspelstelsel, niet van wezenlijk belang zijn. Het gaat daarbij om een verschil in afdrachtspercentage, het toegestane aantal trekkingen en de bepaling over pooling. Het verschil in afdrachtspercentage is volgens Betfair niet relevant in het kader van de beleidsdoelstellingen. Daarbij wijst zij op het CVO-onderzoek, waaruit blijkt dat voor lottos en goede doelen loterijen een vergelijkbaar verslavingsrisico bestaat. Bij het CVO-onderzoek is de hoogte van de uit te keren prijzen meegenomen. Overigens zijn de prijzen voor de beide kansspelen in de praktijk aanzienlijk. De hoogte van de prijzen is bovendien niet doorslaggevend voor kanalisatie; ook andere motieven spelen een rol bij deelname aan een lottospel. Daarnaast is van belang dat het aanbod zich bij een open vergunningstelsel zal aanpassen en daarmee de kanalisatiegedachte juist zal worden vervuld. Ook het verschil in het aantal toegestane trekkingen is meegenomen in het CVO-onderzoek en deze frequentie heeft nauwelijks invloed op het verslavingsrisico van een loterij. Wat betreft de mogelijkheid van pooling bij lottospelen, heeft de KSA niet gemotiveerd waarom dit verschil relevant is met betrekking tot de beleidsdoelstellingen van het Nederlandse kansspelstelsel, aldus Betfair.

Als derde argument voert Betfair aan dat bij lottospelen geen specifieke risicos bestaan die, in het kader van de beleidsdoelstellingen van het kansspelstelsel, een éénvergunningstelsel voor lottospelen noodzakelijk maken. Deelname aan lottospelen is geen geschikte activiteit om geld mee wit te wassen, omdat de kans om te winnen daarvoor te klein is. Net als bij het open vergunningstelsel voor goede doelen loterijen, kunnen de beleidsdoelstellingen voor lottospelen net zo goed gewaarborgd worden met behulp van een strikte toepassing van de reeds bestaande vergunningsvoorschriften.

Ten slotte voert Betfair als vierde argument aan dat horizontale (in)consistentie van het Nederlandse éénvergunningstelsel en het open stelsel van goede doelen loterijen niet kan worden getoetst door te wijzen naar regulering in andere landen.

- Horizontale consistentie: het toetsingskader

5.1.2. Zoals de Afdeling in haar uitspraak van 2 mei 2018 heeft overwogen, volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat het feit dat voor sommige kansspelen een publiek monopolie geldt, terwijl andere zijn onderworpen aan een stelsel van vergunningen die worden verleend aan particuliere ondernemers, op zich niet tot gevolg heeft dat maatregelen die, zoals het publiek monopolie, op het eerste gezicht het meest beperkend en het meest doeltreffend lijken, niet zijn gerechtvaardigd door de legitieme doelstellingen die ermee worden nagestreefd. Een dergelijk verschil tussen rechtsregelingen doet immers op zich niet af aan de geschiktheid van een dergelijk publiek monopolie om het doel te verwezenlijken waarvoor het is ingevoerd, te weten het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord en verslaafd worden aan het gokken. Een duaal stelsel voor de organisatie van de kansspelmarkt kan met artikel 56 van het VWEU in strijd zijn, indien wordt vastgesteld dat de bevoegde autoriteiten een beleid voeren waarmee eerder wordt beoogd de deelname aan te moedigen aan kansspelen die niet onder het publieke monopolie vallen, dan de gelegenheden tot spelen te verminderen en de activiteiten op dit gebied op een samenhangende en stelselmatige wijze te beperken. Daarmee wordt het doel dat aan de invoering van het monopolie ten grondslag ligt niet meer doeltreffend verwezenlijkt. Zie overweging 10.6.1 van de uitspraak van de Afdeling van 2 mei 2018 en ook punten 23 en 24 van het arrest van het Hof van 28 februari 2018, C-3/17, Sporting Odds.

5.1.3. Verder heeft de Afdeling in overweging 10.6.1 van de uitspraak van 2 mei 2018 het toetsingskader uiteengezet voor de beoordeling van horizontale consistentie van het kansspelstelsel. De Afdeling heeft uit de rechtspraak van het Hof afgeleid dat een beperkende maatregel eerst dan niet als evenredig kan worden beschouwd als uit een vergelijking met de regeling van andere vergelijkbare kansspelen volgt dat de beperking niet noodzakelijk is.

5.1.4. Omdat voor lottos een éénvergunningstelsel geldt en voor goede doelen loterijen een open stelsel waarbij meer vergunningen beschikbaar zijn, is het Nederlandse kansspelstelsel een duaal stelsel. Voor de vraag of dit duale stelsel horizontaal consistent en daarmee gerechtvaardigd is, dient de Afdeling eerst te beoordelen in hoeverre lottos en goede doelen loterijen vergelijkbare kansspelen zijn. Daarna dient, gelet op het toetsingskader hierboven, te worden beoordeeld of ondanks de gelijkenissen, de verschillen tussen deze kansspelen het duale stelsel in het licht van de daarmee te bereiken doelstellingen rechtvaardigen. Bij de beoordeling of het duale kansspelstelsel gerechtvaardigd is, is verder van belang dat tussen de lidstaten aanzienlijke morele, religieuze en culturele verschillen bestaan. Bij gebreke van harmonisatie op het niveau van de Unie, zijn de lidstaten dus in beginsel vrij om hun beleidsdoelstellingen op het gebied van kansspelen te bepalen en om in voorkomend geval het gewenste beschermingsniveau nauwkeurig te omlijnen (zie punt 56 van het arrest van het Hof van 11 juni 2015, Berlington Hungary, ECLI:EU:C:2015:386). Kortom, de beoordelingsmarge, die een lidstaat op grond van deze vaste rechtspraak van het Hof heeft bij de inrichting van zijn kansspelstelsel, speelt een belangrijke rol.

5.1.5. Voor het oordeel over de horizontale consistentie, is verder van belang dat de bij besluit van 25 november 2014 verleende vergunning gold voor een bepaald tijdvak, te weten van 16 januari 2015 tot en met 31 december 2016. Dat betekent naar nationaal recht dat ontwikkelingen die zich na het verlopen van het vergunningstijdvak hebben voorgedaan, niet worden betrokken bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de besluiten van 20 september 2018 (vgl. overweging 6.2.4 van de uitspraak van de Afdeling van 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571). De door het Hof vereiste dynamische toets, waarbij rekening moet worden gehouden met de evolutie van de omstandigheden na de vaststelling van de betrokken regeling, staat daar niet aan in de weg. Relevante ontwikkelingen die zich binnen het vergunningstijdvak hebben voorgedaan, spelen bij de beoordeling van de besluiten van de KSA een rol. Relevante ontwikkelingen die na het vergunningstijdvak hebben plaatsgevonden, kunnen aan de orde komen bij de verlening van een sporttotalisatorvergunning voor een nieuw tijdvak. Daarmee is verzekerd dat de door het Hof vereiste dynamische toets wordt verricht, zij het over de band van de verschillende besluiten passend bij de tijdvakken waarover die besluiten gelden.

- Horizontale consistentie: de gelijkenissen en de verschillen

5.1.6. Betfair stelt terecht dat lottos en goede doelen loterijen gelijkenissen vertonen. Zowel lottos als de goede doelen loterijen staan in meer of mindere mate ten dienste van goede doelen. Voor lottos komt dat tot uitdrukking in artikel 16, gelezen in combinatie met artikel 27b van de Wok. Uit die bepalingen volgt dat de KSA met het oog op de belangen van instellingen werkzaam ten algemenen nutte aan de in artikel 16 bedoelde rechtspersoon een vergunning kan verlenen voor het organiseren van een lotto. Voor goede doelen loterijen volgt uit artikel 3 van de Wok dat een vergunning voor een loterij kan worden verleend, indien met de opbrengst daarvan enig algemeen belang wordt gediend. Verder stelt Betfair in dit kader terecht dat diverse voorschriften uit de modelvergunning voor de goede doelen loterijen vergelijkbaar zijn met de vergunningvoorschriften die in de vergunning voor het organiseren van lottos zijn opgenomen. Het gaat dan om vergunningvoorschriften over het voorkomen van kansspelverslaving, over consumentenbescherming en over het bestrijden van criminaliteit en illegaliteit. Betfair wijst er daarbij ook terecht op dat de vergunningen voor de beide kansspelen het toestaan om op een vergelijkbare wijze een loterij te organiseren. Ten slotte is, zoals Betfair terecht stelt, in dit kader de vraag relevant of lottos en goede doelen loterijen tot hetzelfde marktsegment behoren. Bij dit punt past echter de kanttekening dat indien de kansspelen tot hetzelfde marktsegment behoren, daarmee nog niet is gezegd dat het duale kansspelstelsel horizontaal inconsistent is. Dit punt speelt dus wel een rol bij de beoordeling van de horizontale consistentie, maar is op zichzelf niet doorslaggevend. Betfair heeft bij dit punt niet alleen gewezen op het SEO-onderzoek, maar ook op een recent onderzoek van PwC van mei 2020 getiteld Marktordening van het loterijstelsel: Eén markt voor loterijproducten? en op de Marktvisie kansspelen: Marktordening en markttoezicht vanuit de publieke belangen van de KSA (hierna respectievelijk: het PwC-onderzoek en de Marktvisie). Of deze laatste twee rapporten, gelet op de onder overweging 5.1.5 geschetste toetsing, een rol kunnen spelen in deze procedure, zoals Lotto B.V. zich afvraagt, zal de Afdeling in overweging 5.1.13 beoordelen.

5.1.7. Naast de hiervoor beschreven gelijkenissen tussen de kansspelen, bestaan er, zoals de KSA terecht aanvoert, ook verschillen. Een aantal verschillen die de KSA in zijn besluiten noemt en die hij relevant vindt voor zijn beoordeling, gaat over de wijze waarop de goede doelen loterijen in de praktijk anders

worden georganiseerd dan de lottos. De KSA wijst hierbij bijvoorbeeld op het feit dat veel goede doelen loterijen, in tegenstelling tot lottos, geen abonnementsvorm kennen en dat het prijzenpakket van goede doelen loterijen voor een groot deel uit naturaprijzen, dus producten, bestaat. Naar het oordeel van de Afdeling zijn de verschillen die het gevolg zijn van de praktische organisatie van de loterijen niet relevant voor de beoordeling van de horizontale consistentie van het kansspelstelsel. Een organisator van een loterij of een lotto kan binnen de ruimte die de vergunningvoorschriften hem bieden, bepaalde praktische keuzes maken. Zo staat in artikel A.3 van de modelvergunning dat de vergunninghouder loten mag verkopen via zowel losse verkoop als via abonnementen en zowel via fysieke verkoop als langs elektronische weg. Het is aan de organisator om over de verkoop van de loten een keuze te maken. Omdat de praktische organisatie van een lotto of loterij een keuze van de organisator is en daarmee aan verandering onderhevig, zal de Afdeling de verschillen die te maken hebben met de praktische organisatie niet betrekken bij de beoordeling van horizontale consistentie. Het gaat in deze zaak dus om de vraag of het duale kansspelstelsel, zoals dat volgt uit de wet- en regelgeving en de vergunningvoorschriften die geen ruimte bieden voor praktische keuzes, horizontaal consistent is.

5.1.8. Gelet op de overweging hiervoor, zijn de volgende door de KSA in de wet- en regelgeving en in de vergunningvoorschriften aangehaalde verschillen relevant:

i) het aantal trekkingen: voor lottos zijn dat er in totaal 553 en voor de goede doelen loterijen in totaal 69;

ii) het afdrachtspercentage aan goede doelen: voor lottos is dat 18% en voor de goede doelen loterijen ten tijde van belang 50%;

iii) het percentage aan uit te keren prijzen: voor lottos is dat ten minste 47,5% van de opbrengst en voor de goede doelen loterijen geldt geen percentage;

iv) pooling: Lotto B.V. mag de opbrengst van georganiseerde loterijen combineren met die van andere kansspelen om gezamenlijke prijzen aan te bieden en voor de goede doelen loterijen geldt dat niet.

5.1.9. De Afdeling neemt de onder 5.1.6 en 5.1.8 omschreven gelijkenissen en verschillen mee in haar oordeel over de horizontale consistentie van het Nederlandse kansspelstelsel.

- Horizontale consistentie: de beoordeling

5.1.10. Voor de beoordeling van de horizontale consistentie van het kansspelstelsel, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat de verschillen tussen lottos en goede doelen loterijen niet zozeer te maken hebben met de kansspelen als zodanig, maar met de aard en functie van lottos en de goede doelen loterijen. Dat komt, zoals de KSA terecht in zijn besluiten heeft meegenomen, door de ontstaansgeschiedenis van de twee kansspelen. De geschiedenis van de goede doelen loterijen gaat terug naar de dertiende eeuw, waarbij deze loterijen werden gebruikt om fondsen te verwerven voor particuliere initiatieven ter ondersteuning van goede doelen. De Loterijwet uit 1905 kende, zoals de KSA heeft toegelicht, als hoofdbeginsel dat alleen loterijen geoorloofd waren waarmee geen particulier belang of winstbejag mocht worden nagestreefd. Ze mochten uitsluitend strekken tot een liefdadig doel, bevordering van wetenschap, kunst of een ander algemeen belang. Daarnaast bleef, aldus de KSA, de staatsloterij, waarvoor een bijzondere wettelijke regeling gold, bestaan. Destijds golden drie preventieve doelstellingen die ook nu nog met het kansspelstelsel worden nagestreefd, te weten consumentenbescherming, bescherming tegen exploitatie van speellust en tempering van die speellust. Afhankelijk van het prijzenpakket was ofwel de burgemeester bevoegd om een vergunning voor een goede doelen loterij te verlenen, ofwel de minister van Justitie. De Wok kent met artikel 3 nog steeds een soortgelijke systematiek, aldus de KSA. Met de inwerkingtreding van de Wok in 1964 zijn vervolgens alle kansspelen in één wet gereguleerd. Voor goede doelen loterijen werd geregeld dat zij minimaal 60% van de inleg moesten afdragen aan het goede doel waarvoor ze werden georganiseerd. In de Wok is verder de mogelijkheid gecreëerd voor een vergunning voor het organiseren van de toto, omdat een wildgroei was ontstaan aan voetbaltotos. Eind jaren zestig, begin jaren zeventig bleken steeds meer Nederlanders niet meer aan de toto deel te nemen, maar hun geluk te zoeken bij buitenlandse lottos. Daarom is besloten om ook in Nederland een lotto toe te staan, waarbij Nederlandse deelnemers aan de buitenlandse lottos moesten worden gekanaliseerd naar in Nederland gereguleerd aanbod. Daarvoor moet het prijzenpakket van lottos aantrekkelijk genoeg zijn en is het aanbod van lottos in de loop van de tijd aangepast, aldus de KSA. Een voorbeeld van zon aanpassing is de Lucky Day, een dagelijks kansspel. De KSA heeft geconcludeerd dat bij lottos voorop staat dat de prijzenpot groot genoeg moet zijn om consumenten naar

een Nederlands gereguleerd aanbod te kanaliseren. Bij de goede doelen loterijen staat, aldus de KSA, van oudsher voorop dat ieder doel van algemeen belang zijn inkomsten kan vergroten door het organiseren van zon loterij en dat ze ook om die reden in het leven zijn geroepen.

5.1.11. De keuze om, gelet op de ontstaansgeschiedenis van lottos en de goede doelen loterijen, de aard en functie van die twee kansspelen en de culturele inbedding ervan, een onderscheid te maken al naar gelang de aard en functie van lottos en van de goede doelen loterijen, valt naar het oordeel van de Afdeling onder de hiervoor onder 5.1.4 aangehaalde beoordelingsmarge van de lidstaten. In het licht van die gerechtvaardigde keuze om dit onderscheid te maken, zijn de gelijkenissen en de verschillen tussen lottos en de goede doelen loterijen te verklaren en zijn ze logisch en consistent.

5.1.12. Dat de doelstellingen van het kansspelstelsel voor zowel lottos en de goede doelen loterijen dezelfde zijn, zoals Betfair stelt, is logisch, omdat beide kansspelen onder het nationale kansspelstelsel vallen dat in algemene zin onder andere de algemene belangen van consumentenbescherming en kanalisatie naar een betrouwbaar aanbod beoogt te waarborgen. Om diezelfde reden is ook te verklaren dat de vergunningvoorschriften in de modelvergunning en de aan Lotto B.V. verleende vergunning over kansspelverslaving, consumentenbescherming en het bestrijden van criminaliteit en illegaliteit, nagenoeg identiek zijn. Die vergunningvoorschriften staan zowel in het éénvergunningstelsel voor lottos als in het gereguleerde, maar open stelsel voor de goede doelen loterijen ten dienste van het waarborgen van de algemene belangen die met het kansspelstelsel worden gediend. De KSA heeft toegelicht dat hij daarmee een zekere mate van harmonisatie en standaardisatie op die onderwerpen nastreeft. Dat lottos en de meerjarige goede doelen loterijen wat betreft die vergunningvoorschriften gelijkenissen vertonen, acht de Afdeling gelet op het voorgaande niet doorslaggevend voor de beoordeling dat het kansspelstelsel horizontaal inconsistent is.

5.1.13. Betfair heeft daarnaast gewezen op verschillende rapporten, waaruit volgens haar volgt dat lottos en de goede doelen loterijen tot hetzelfde marktsegment behoren. Anders dan Lotto B.V. betoogt, ziet de Afdeling geen aanleiding deze rapporten buiten beschouwing te laten, enkel omdat ze dateren van na de besluitvorming van de KSA. Maar dat betekent niet dat aan deze rapporten doorslaggevende betekenis toekomt voor het oordeel dat het kansspelstelsel over de periode dat de aan Lotto B.V. verleende vergunning gold, inconsistent was. Daarvoor is het volgende van belang.

5.1.14. In een brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 11 juli 2014 (Kamerstukken II 2013/14, 24 557, nr. 135), heeft het kabinet het voornemen geuit het bestaande kansspelstelsel te willen moderniseren, maar dat het ook onverkort hecht aan de borging van de publieke belangen, te weten het voorkomen van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van fraude en criminaliteit. Een vergaande beperking per kansspelcategorie is, mede gezien de ervaringen in onder andere de speelautomatensector, aldus deze brief niet (langer) noodzakelijk om de publieke belangen te borgen. In de daaropvolgende brief van de minister voor Rechtsbescherming van 5 juli 2019 (Kamerstukken II, 2018/19, 24 557, nr. 152) over datzelfde onderwerp, is vermeld dat loterijen in verschillende mate zowel een kanaliserende als een fondsenwervende rol vervullen. Om deze ook in de toekomst te behouden, houdt het kabinet, aldus deze brief, het loterijstelsel en de regels die gelden voor de verschillende spelen tegen het licht. Daarbij buigt het kabinet zich over de vraag hoe het van oudsher ingerichte stelsel kan worden aangepast, met inachtneming van de doelstellingen van het kansspelstelsel. Deze brief schetst verder de contouren bij het vormgeven van een toekomstbestendig loterijstelsel. Het SEO-onderzoek en het PwC-onderzoek zijn verricht in het kader van dit voornemen van het kabinet om het kansspelstelsel te moderniseren.

5.1.15. In de eerdere uitspraak van 2 mei 2018 heeft de Afdeling het in de brief van 11 juli 2014 geuite voornemen tot modernisering van het kansspelstelsel betrokken bij haar oordeel over de vraag of het bestaande stelsel evenredig is (zie overweging 10.5). Zij heeft in dit verband geoordeeld dat de omstandigheid dat aanleiding wordt gezien om het bestaande stelsel te moderniseren weliswaar een indicatie kan vormen, maar dat deze omstandigheid gelet op de beoordelingsmarge van de lidstaten op zichzelf niet doorslaggevend is voor de vraag of het bestaande stelsel evenredig is.

5.1.16. De Afdeling ziet in de door Betfair aangehaalde onderzoeken geen aanleiding om daar nu anders over te oordelen. Het SEO-onderzoek ziet, gelet op de vraagstelling ervan, op de economische en financiële gevolgen van verschillende mogelijke beleidsopties voor de afzonderlijke loterijen, de deelnemers aan de loterijen en de begunstigden, met name goede doelen, sport en de overheid. Gelet

hierop ziet de Afdeling in dit onderzoek geen aanleiding voor het oordeel dat het bestaande stelsel horizontaal inconsistent en daarmee onevenredig is. Het PwC-onderzoek heeft als onderzoeksvraag of één economische en beleidsmatige markt voor loterijproducten bestaat en wat de implicatie daarvan is voor de marktordening. Zoals de KSA terecht stelt, vallen politieke of ideologische overwegingen buiten de reikwijdte van het rapport en de verleende opdracht. Die overwegingen spelen echter, gelet op de in overweging 5.1.4 genoemde beoordelingsmarge van de lidstaten, wel een rol bij de keuze van de lidstaten voor de inrichting van het kansspelstelsel. Uit het PwC-onderzoek volgt verder, zoals de KSA terecht stelt, dat ook consumentenwelvaart een aspect is dat is betrokken bij het onderzoek. In het PwC-onderzoek staat ook dat op basis van het beschikbare empirische bewijs niet eenduidig valt vast te stellen of in het huidige stelsel sprake is van één markt. In zoverre valt uit dit onderzoek niet zonder meer, zoals Betfair stelt, te concluderen dat de lottos en de goede doelen loterijen tot hetzelfde marktsegment behoren. Uit datzelfde onderzoek volgt bovendien dat de kanalisatiegraad van het Nederlandse loterijenstelsel zeer hoog is en dat de doelstelling van het Nederlandse kansspelstelsel om zoveel mogelijk mensen naar het legale aanbod te leiden voor loterijen behaald lijkt te worden. Over de Marktvisie heeft de KSA ter zitting van de Afdeling toegelicht dat deze nog in consultatie is, dat de definitieve Marktvisie nog niet is vastgesteld en dat in dit document de visie op de toekomst van het beleid wordt geschetst, uitgaande van de wens van het kabinet om te komen tot een modernisering van de kansspelmarkt. Zoals de KSA terecht stelt, is daarmee nog niet gezegd dat het bestaande stelsel niet evenredig is. In de Marktvisie handhaaft de KSA bovendien zijn standpunt dat de wetgever via de Wok ernaar heeft gestreefd spelers naar een restrictief legaal aanbod te kanaliseren met een éénvergunningstelsel wanneer dit kan en met een open stelsel wanneer dat niet anders kan. Dit streven heeft geleid tot een juridisch consistent stelsel van wettelijke monopolies voor loterijen, krasloten, sportweddenschappen en speelcasinos. Naar het oordeel van de Afdeling leiden het PwC-onderzoek en de Marktvisie, bezien in het licht van de beoordelingsmarge van de lidstaten en gelet ook op het tijdvak waarvoor de sporttotalisatorvergunning die in deze zaak centraal staat, gold, niet tot het oordeel dat het bestaande stelsel horizontaal inconsistent is.

5.1.17. Zoals aangegeven, kennen lottos en de goede doelen loterijen niet alleen gelijkenissen, maar ook verschillen. Deze verschillen zijn gezien de gerechtvaardigde keuze om al naar gelang de aard en functie een onderscheid te maken tussen lottos en goede doelen loterijen te verklaren en ze zijn logisch en consistent. De hiervoor onder 5.1.8 genoemde vier uit de wet- en regelgeving en vergunningvoorschriften voortvloeiende verschillen brengen tot uitdrukking dat de goede doelen loterijen van oudsher als functie fondsenwerving kennen en lottos kanalisatie. Omdat bij lottos kanalisatie naar Nederlands gereguleerd aanbod voorop staat, moet het aanbod van lottos ten opzichte van buitenlandse lottos aantrekkelijk zijn. Dat komt tot uitdrukking in het feit dat het aantal trekkingen voor lottos aanzienlijk groter is dan het aantal voor goede doelen loterijen, dat een minimale prijzenpot moet worden aangehouden en dat voor lottos de mogelijkheid van pooling bestaat. Dat voor goede doelen loterijen het fondsenwerven voorop staat, komt voor de meerjarige loterijen tot uitdrukking in het afdrachtspercentage aan goede doelen en dat gelet daarop geen minimale prijzenpot behoeft te worden aangehouden. De KSA heeft verder gemotiveerd dat voor goede doelen loterijen, bezien vanuit de functie van fondsenwerving, noodzakelijkerwijs een gereguleerd, maar open stelsel bestaat. Dat stelsel is open, omdat het niet alleen gaat om meerjarige goede doelen loterijen, zoals de GDL, maar ook om incidentele of eenmalige particuliere initiatieven ter ondersteuning van een specifiek goed doel. Omdat het stelsel open is, zijn, aldus de KSA, voor de meerjarige goede doelen loterijen meer restricties van toepassing op het toegestane aanbod, bijvoorbeeld doordat het aantal trekkingen veel minder is dan bij lottos. Voor lottos geldt volgens de KSA vanwege de kanalisatiefunctie noodzakelijkerwijs een éénvergunningstelsel. De prijzenpot wordt, aldus de KSA, gefinancierd door de inleg van de deelnemers en die moet groot genoeg zijn om de kanalisatiefunctie te kunnen vervullen. In dat verband hebben in de loop der jaren ook aanpassingen aan het aanbod plaatsgevonden, zoals de introductie van Lucky Day. Zowel de KSA als Lotto B.V. hebben gemotiveerd dat een risico ontstaat indien de markt voor lottos wordt opgedeeld tussen meerdere aanbieders, waardoor zij uiteindelijk geen van allen krachtig genoeg zijn om de kanalisatiefunctie te vervullen. Kanalisatie is daarom gebaat bij één sterke aanbieder en de geschiedenis heeft ook uitgewezen dat het éénvergunningstelsel voor lottos effectief is in het kanaliseren van de speler naar dat gereguleerde aanbod. Dat laatste wordt ook bevestigd in het PwC-onderzoek. Naar het oordeel van de Afdeling, kunnen, gelet op het voorgaande, de verschillen tussen de twee kansspelen, ondanks de ook bestaande gelijkenissen, het duale stelsel in het licht van de daarmee te bereiken doelstellingen rechtvaardigen. De

Afdeling gaat dus niet mee in de eerste twee argumenten van Betfair.

5.1.18. Ook in het derde argument van Betfair, te weten dat voor lottos geen specifieke risicos bestaan die een éénvergunningstelsel noodzakelijk maken, ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat het Nederlandse kansspelstelsel horizontaal inconsistent is. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat de KSA en Lotto B.V. hebben gewezen op voorbeelden van illegale lottos. Daarnaast heeft de KSA, ook ter zitting van de Afdeling, gemotiveerd aangegeven dat de kanalisatiefunctie ook is bedoeld om spelers weg te houden bij buitenlands aanbod en dat hij ten aanzien van buitenlandse aanbieders geen mogelijkheden voor toezicht heeft. Ten slotte is in dit verband van belang, dat de KSA ter zitting heeft gemotiveerd dat weliswaar geen enorm illegaal aanbod bestaat, maar dat dit juist het effect lijkt te zijn van de kanaliserende functie van lottos. In het vierde argument van Betfair, dat horizontale (in)consistentie van het Nederlandse kansspelstelsel niet kan worden getoetst door te wijzen naar regulering in andere landen, ziet de Afdeling evenmin aanleiding voor een ander oordeel. Dit standpunt is niet doorslaggevend geweest voor de besluitvorming van de KSA.

5.1.19. De Afdeling komt tot de conclusie dat de KSA de horizontale consistentie van het Nederlandse kansspelstelsel, bezien in het licht van de in overweging 5.1.4 genoemde beoordelingsmarge, de gerechtvaardigde keuze om een onderscheid te maken naar gelang de aard en functie van lottos en van de goede doelen loterijen en in het licht van de algemene belangen die met het kansspelstelsel worden gediend, voldoende heeft gemotiveerd. Daarmee heeft de KSA het in de uitspraak van 2 mei 2018 geconstateerde motiveringsgebrek met zijn besluiten van 20 september 2018 hersteld.

ii) De onderhandse wijziging van de tenaamstelling

5.2. Betfair betoogt verder dat de KSA ten onrechte heeft geconcludeerd dat de onderhandse vergunningverlening aan Lotto B.V. na de fusie met de Staatsloterij B.V., rechtmatig is. Het feit dat Lotto B.V. onderdeel is geworden van een staatsdeelneming, maakt niet automatisch dat Lotto B.V. een openbare exploitant is die onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat. De KSA heeft onvoldoende gemotiveerd dat Lotto B.V. zon openbare exploitant is. Daarvoor voert Betfair twee argumenten aan.

In de eerste plaats betoogt Betfair dat Lotto B.V. niet voldoet aan de voorwaarden van de quasi-inhouse uitzondering. Daarbij is van belang dat Lotto B.V. niet handelt ten behoeve van het algemeen belang, maar enkel tot doel heeft met het organiseren van kansspelen zo veel mogelijk geld te verwerven voor sociale doelen en in het bijzonder voor de sport. Daarmee verricht Lotto B.V. een economische activiteit en rechtstreekse gunning bevoordeelt haar ten opzichte van andere concurrenten. Bovendien blijkt uit de toezichtsrelatie tussen de KSA en Lotto B.V. niet dat sprake is van toezicht als op eigen diensten. Met de fusie is Lotto B.V. grotendeels in handen gekomen van de overheid en in het bijzonder van het Ministerie van Financiën. Hoewel het Ministerie van Veiligheid en Justitie en het Ministerie van Financiën tot de overheid behoren, is daarmee volgens Betfair nog niet gezegd dat zij ook dezelfde belangen nastreven. Door het verschil in belangen is de KSA niet in staat om op Lotto B.V. toezicht te houden, zoals op zijn eigen diensten. Daarbij komt dat Lotto B.V. sterk marktgericht is, waardoor het toezicht meer onzeker wordt.

In de tweede plaats had de KSA niet alleen moeten toetsen aan de quasi-inhouse uitzondering, maar ook aan de feitelijke situatie, zoals die naar voren komt in de kansspelrechtspraak van het Hof. Het Hof heeft in punt 59 van het Betfair-arrest verwezen naar twee arresten, waarin exploitanten worden geacht onder strenge controle of rechtstreeks toezicht van de overheid te staan. Van een vergelijkbare situatie is bij Lotto B.V., ook na de fusie, geen sprake, aldus Betfair. Hoewel de overheid via de algemene vergadering van aandeelhouders indirect de bestuursleden en commissarissen benoemt, blijkt hieruit niet dat deze benoeming op speciale voordracht van de relevante minister of staatssecretaris geschiedt. Ook wordt uit de akte van oprichting niet duidelijk op welke wijze de doelstellingen van het kansspelstelsel in het bijzonder worden gewaarborgd. De KSA heeft dan ook ten onrechte gesteld dat Lotto B.V. kwalificeert als een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat, aldus Betfair.

5.2.1. Zoals de Afdeling hiervoor onder 5.1 heeft overwogen, is het besluit van 1 april 2016 tot wijziging van de tenaamstelling van de aan SNS verleende sporttotalisatorvergunning een besluit in de zin van artikel 6:19 van de Awb. De Afdeling zal daarom, in het licht van de beroepsgronden, beoordelen of de KSA zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de tenaamstelling van de aan SNS verleende vergunning onderhands mocht worden gewijzigd. Voor de achtergronden van de wijziging van de tenaamstelling, wijst de Afdeling op haar uitspraak van 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:774

(overwegingen 2 - 2.7).

5.2.2. Het Hof heeft in zijn arrest van 3 juni 2010, Betfair, ECLI:EU:C:2010:307, geoordeeld dat de beperkingen van de in artikel 56 van het VWEU neergelegde fundamentele vrijheid die specifiek voortvloeien uit de procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan slechts één exploitant 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 (zie punt 59 en punt 2 van het dictum). In haar uitspraak van 2 mei 2018, heeft de Afdeling een oordeel gegeven over de vraag of SNS een particuliere exploitant is op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen en kwam zij tot de conclusie dat dit na een statutenwijziging het geval is. Inmiddels zijn de rechtsvormen van Stichting de Nationale Sporttotalisator (SNS) en van Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (SENS) omgezet van stichtingen naar besloten vennootschappen en gefuseerd. Na de fusie, waarbij de holding Nederlandse Loterij B.V. met als dochters Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. is opgericht, is, naar partijen niet hebben bestreden, Lotto B.V. geen particuliere exploitant meer, maar een openbare exploitant. Daarom moet worden beoordeeld of Lotto B.V. onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat.

5.2.3. Hierover overweegt de Afdeling allereerst dat zij, anders dan Betfair betoogt, geen aanleiding ziet om de Betfair-uitzonderingen te vereenzelvigen met de quasi-inhouse uitzondering. Het Hof heeft in het arrest Betfair specifieke en eigen criteria geformuleerd voor onderhandse verlening of verlenging van vergunningen in het kader van het organiseren van kansspelen. De Afdeling zal dan ook aan de hand van die criteria beoordelen of de KSA het besluit tot wijziging van de tenaamstelling van de sporttotalisatorvergunning terecht heeft gehandhaafd. Het argument van Betfair dat de feitelijke situatie van Lotto B.V. gelijk dient te zijn aan de situaties die centraal staan in de arresten van het Hof van 21 september 1999, Läärä, ECLI:EU:C:1999:435 en van 8 september 2009, Liga Portugesa, ECLI:EU:C:2009:519 volgt de Afdeling evenmin. De inrichting van openbare exploitanten en het toezicht van de overheid daarop kan van lidstaat tot lidstaat verschillen. De Afdeling zal de vraag of Lotto B.V. een openbare exploitant is die onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat daarom op haar eigen merites beoordelen. Daarover het volgende.

5.2.4. De holding Nederlandse Loterij B.V., waarvan Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. volle dochters zijn, is een staatsdeelneming. Dat volgt uit bijlage 1 "Technische uitwerking fusie" van de brief van de staatssecretaris van Financiën van 9 oktober 2015 (Staten-Generaal, 2015/16, 34 315, nr. 1). In die brief gaat de staatssecretaris in op de fusie tussen SNS en SENS. Alle gewone aandelen in de holding, dat zijn er 199, worden door de Staat gehouden en aan deze aandelen is een stemrecht verbonden. NOC*NSF en de Stichting Aanwending Loterijgelden houden via een stichting de overige twee aandelen in de holding, waaraan geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden, zodat zij geen zeggenschap in de holding hebben. Dat Nederlandse Loterij een staatsdeelneming is, betekent ook dat het staatsdeelnemingenbeleid, neergelegd in de Nota Deelnemingenbeleid 2013, van toepassing is. Daarin is uitgewerkt hoe de Staat omgaat met zijn rol als beheerder van een staatsdeelneming. De belangrijkste bevoegdheden die aan de algemene vergadering van aandeelhouders van Nederlandse Loterij, in dit geval de Staat, toekomen zijn, zoals de KSA terecht heeft gesteld, het benoemen en/of ontslaan van bestuurders en de raad van commissarissen, het vaststellen van het beloningsbeleid voor het bestuur en het vaststellen van de vergoeding van commissarissen, het goedkeuren van grote investeringen, het goedkeuren van belangrijke veranderingen in de identiteit of het karakter van de onderneming en het vaststellen en het goedkeuren van de voorgestelde winstuitkering/reservering. Daarnaast volgt uit het staatsdeelnemingenbeleid dat de Staat als aandeelhouder bij de uitoefening van zijn bevoegdheden het publieke belang centraal stelt en de bestuurders en toezichthouders van de onderneming actief aanspreekt op hun verantwoordelijkheden. In dat kader is in het staatsdeelnemingenbeleid ook opgenomen op welke wijze de contacten tussen de deelneming en de aandeelhouder zijn vormgegeven. Ook geldt op grond van dat beleid dat de strategie van de onderneming in lijn dient te zijn met het te borgen publieke belang, in dit geval de belangen die zijn gediend met het Nederlandse kansspelstelsel, en het beleid geeft daarvoor een aantal criteria. Datzelfde geldt voor de benoemingen van commissarissen en bestuurders.

5.2.5. De Afdeling komt tot de conclusie dat, zoals de KSA terecht heeft gesteld, de Staat met de aandelenverdeling in Nederlandse Loterij de volledige zeggenschap heeft over de belangrijkste

aandeelhoudersbesluiten. Dat betekent dus dat de Staat de in de overweging hiervoor genoemde bevoegdheden ten volle kan uitoefenen. Onder die omstandigheden heeft de KSA terecht geconcludeerd dat Lotto B.V. als volle dochter van de holding Nederlandse Loterij, die onder de bij staatsdeelnemingen geldende governance valt, een openbare exploitant is die onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat. Het betoog van Betfair dat de staatsdeelneming is ondergebracht bij het Ministerie van Financiën en dat daarmee het publieke belang dat wordt gediend met het kansspelstelsel onvoldoende zou zijn gewaarborgd, volgt de Afdeling niet. Hiervoor is in de eerste plaats van belang dat, zoals hiervoor onder 5.2.4 is vermeld, het staatsdeelnemingenbeleid het publieke belang van de desbetreffende deelneming uitdrukkelijk voorop stelt. Verder is in het staatsdeelnemingenbeleid uitgewerkt hoe de samenwerking tussen aandeelhouder en beleidsdepartementen plaatsvindt. Uit dat beleid volgt dat de Staat in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, voor zover nodig, een staatsdeelneming zal disciplineren in lijn met de publieke belangen en bovendien vindt overleg plaats tussen het desbetreffende beleidsdepartement en de aandeelhouder.

5.2.6. De conclusie is dat de KSA het besluit van 1 april 2016 tot wijziging van de tenaamstelling van de aan SNS verleende sporttotalisatorvergunning terecht bij zijn besluiten van 20 september 2018 heeft gehandhaafd.

VI. Slotsom

6. De beroepen zijn ongegrond.

6.1. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

verklaart de beroepen ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. D.A.C. Slump, voorzitter, en mr. C.M. Wissels en mr. E.A. Minderhoud, leden, in tegenwoordigheid van mr. R. Grimbergen, griffier.

De voorzitter is verhinderd de uitspraak te ondertekenen.

De griffier is verhinderd de uitspraak te ondertekenen.

Uitgesproken in het openbaar op 10 maart 2021

581.

BIJLAGE

Het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie

Artikel 56

In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

[].

Wet op de kansspelen

Titel I. Algemene bepalingen

Artikel 1

1. Behoudens het in Titel Va van deze wet bepaalde is het verboden:

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

[].

Artikel 3

1. Tenzij deze wet anders bepaalt kan voor een gelegenheid als in artikel 1, onder a, bedoeld vergunning worden verleend, indien deze gelegenheid wordt opengesteld uitsluitend ten einde met de opbrengst

daarvan enig algemeen belang te dienen. De vergunning wordt verleend door burgemeester en wethouders van de gemeente waar de aanwijzing van de winnaars zal geschieden, indien de prijzen en premies gezamenlijk geen grotere waarde hebben dan 4500 en bij een grotere waarde door de raad van bestuur, bedoeld in artikel 33a.

[].

Artikel 4a

1. De houders van vergunningen op grond van deze wet treffen de maatregelen en voorzieningen die nodig zijn om verslaving aan de door hen georganiseerde spelen zoveel mogelijk te voorkomen.

2. De houders van vergunningen op grond van deze wet geven op zorgvuldige en evenwichtige wijze vorm aan wervings- en reclameactiviteiten waarbij in het bijzonder wordt gewaakt tegen onmatige deelneming.

3. Onder zorgvuldige en evenwichtige wervings- en reclameactiviteiten als bedoeld in het tweede lid wordt in ieder geval verstaan dat wervings- en reclameactiviteiten niet misleidend zijn en dat bij deze activiteiten;

a. wordt gewezen op de risicos van onmatige deelneming aan kansspelen;

b. aangegeven wordt wat de statistische kans is op het winnen van een prijs, en

c. wordt aangegeven of er sprake is van eenmalige deelneming dan wel doorlopende deelneming tot wederopzegging.

4. Wervings- en reclameactiviteiten worden in ieder geval geacht misleidend als bedoeld in het derde lid te zijn indien daarin informatie wordt verstrekt die:

a. de indruk wekt dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zal winnen, of

b. de indruk wekt dat de consument door het verrichten van een bepaalde handeling een prijs zal winnen of een ander soortgelijk voordeel zal behalen terwijl daarop slechts een kans bestaat.

5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot het eerste tot en met het vierde lid.

6. De in het vijfde lid bedoelde regels kunnen onder meer betrekking hebben op:

a. de inhoud van wervings- en reclameactiviteiten;

b. de doelgroepen waarop zodanige activiteiten zijn gericht;

c. de hoeveelheid, de tijdsduur en het tijdstip, en

d. de wijze waarop en de plaats waar wervings- en reclameuitingen worden gedaan.

[].

Titel III. Sportprijsvragen

Artikel 16

1. De raad van bestuur, bedoeld in artikel 33a, kan met het oog op de belangen van instellingen werkzaam ten algemenen nutte, in het bijzonder op het gebied van sport en lichamelijke vorming, van de cultuur, het maatschappelijk welzijn en de volksgezondheid, aan één rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid voor een door hem te bepalen duur vergunning verlenen tot het organiseren van sportprijsvragen.

[].

Titel IVa. De Lotto

Artikel 27a

1. Tot het organiseren van een lotto kan uitsluitend vergunning verleend worden overeenkomstig de bepalingen van deze titel.

2. Onder lotto wordt verstaan een kansspel dat erop gericht is deelnemers een aantal symbolen te doen voorspellen, die door loting of trekking worden verkregen uit een van tevoren opgegeven aantal symbolen.

3. Aan de deelnemers aan een lotto kan tevens gelegenheid worden gegeven tot deelneming aan een kansspel, waarbij de volgnummers van de deelnamebewijzen aan de lotto de lotnummers vormen.

Artikel 27b

1. De raad van bestuur, bedoeld in artikel 33a, kan met het oog op de belangen van instellingen werkzaam ten algemenen nutte, in het bijzonder op het gebied van sport en lichamelijke vorming, van de cultuur, het maatschappelijk welzijn en de volksgezondheid, aan de krachtens artikel 16 aangewezen rechtspersoon voor een door hem te bepalen duur vergunning verlenen tot het organiseren van lotto's.

2. De opbrengst van de lotto - na aftrek van prijzen en kosten - komt ten goede aan de belangen, die de rechtspersoon met het aanleggen en houden daarvan beoogt te dienen.

3. Van de gezamenlijke opbrengst van de ingevolge deze titel en titel III georganiseerde kansspelen wordt, gerekend over een kalenderjaar, ten minste 47,5% bestemd voor uitkering aan prijzen.

Artikel 27c

1. De raad van bestuur, bedoeld in artikel 33a, verbindt voorschriften aan de vergunning tot het organiseren van een lotto.

2. De voorschriften hebben onder meer betrekking op:

a. het aantal te houden lotto's;

b. de wijze van prijsbepaling en het prijzenschema;

c. de administratie en de dekking van de aan de organisatie verbonden kosten;

d. de bestemming van de opbrengst van de gehouden lotto's;

e. het van overheidswege te houden toezicht op de naleving;

f. de inrichting van het jaarlijks door de rechtspersoon van zijn werkzaamheden en de financiële resultaten daarvan uit te brengen verslag en de wijze van publikatie van dat verslag.

3. De voorschriften kunnen worden gewijzigd en aangevuld.

Kansspelenbesluit

Artikel 2

Aan een vergunning, krachtens artikel 3 van de wet verleend, worden - nevens het voorschrift bedoeld in artikel 5, lid 2, van de wet - in elk geval de navolgende voorschriften verbonden:

[].

b. De opbrengst van de door de vergunninghouder verkochte deelnemingsbewijzen wordt afgedragen aan bij of krachtens de vergunning aangewezen begunstigden. De afdracht bedraagt ten minste 50% van de nominale waarde van de verkochte deelnemingsbewijzen.

c. De afdracht, bedoeld in onderdeel b, wordt geheel voor het in de vergunning omschreven doel aangewend.

d. Slechts noodzakelijke kosten mogen worden gemaakt.

Eventuele provisie aan verkopers van deelnemingsbewijzen dient te worden beperkt tot ten hoogste 10% van de nominale waarde der door hun bemiddeling geplaatste deelnemingsbewijzen.

[].