ECLI:NL:RVS:2021:470

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	10-03-2021
Datum publicatie	10-03-2021
Zaaknummer	201907594/1/A3
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Op 1 april 2016 heeft de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit de tenaamstelling van de eerder aan Stichting de Nationale Sporttotalisator verleende vergunning Sportprijsvragen en Lotto 2015/2016 gewijzigd. Op diezelfde datum heeft de KSA de tenaamstelling van de eerder aan Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij verleende beschikking voor het organiseren van de staatsloterij gewijzigd. De Wok kent voor het organiseren van de kansspelen sportprijsvragen en lottos een éénvergunningstelsel. Deze vergunning wordt de sporttotalisatorvergunning genoemd en kan slechts 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

201907594/1/A3.

Datum uitspraak: 10 maart 2021

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak in het geding tussen:

Stichting Speel Verantwoord (inmiddels de vereniging Nederlandse Online Gambling Associatie; hierna ook: NOGA, gevestigd te Amsterdam,

appellante,

en

de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit,

verweerder.

Procesverloop

Op 1 april 2016 heeft de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit (hierna: de KSA) de tenaamstelling van de eerder aan Stichting de Nationale Sporttotalisator (hierna ook: SNS) verleende vergunning Sportprijsvragen en Lotto 2015/2016 gewijzigd. Op diezelfde datum heeft de KSA de tenaamstelling van de eerder aan Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (hierna ook: SENS) verleende beschikking voor het organiseren van de staatsloterij gewijzigd.

Bij afzonderlijke besluiten van 9 september 2016 heeft de KSA de door Stichting Speel Verantwoord (hierna: SSV) daartegen gemaakte bezwaren niet-ontvankelijk verklaard.

Bij uitspraak van 9 augustus 2017 heeft de rechtbank Den Haag de door SSV daartegen ingestelde beroepen ongegrond verklaard.

Tegen deze uitspraak heeft SSV hoger beroep ingesteld.

Bij uitspraak van 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:774 heeft de Afdeling het hoger beroep gegrond verklaard, de uitspraak van de rechtbank vernietigd, de bij de rechtbank ingestelde beroepen gegrond verklaard, de besluiten van de KSA van 9 september 2016 vernietigd en bepaald dat tegen de te nemen

nieuwe besluiten slechts bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld.

Bij afzonderlijke besluiten van 3 september 2019 heeft de KSA de bezwaren van SSV ongegrond verklaard.

Tegen deze besluiten heeft SSV beroep ingesteld.

De KSA heeft een verweerschrift ingediend.

NOGA heeft nadere stukken ingediend.

Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. hebben gezamenlijk een schriftelijke zienswijze ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 30 oktober 2020, waar NOGA, vertegenwoordigd door mr. M. Robichon, advocaat te Amsterdam, vergezeld door [gemachtigde A] en de KSA, vertegenwoordigd door mr. C.M. Bitter en mr. G. Dictus, beiden advocaat te Den Haag, en vergezeld door mr. [gemachtigde B] zijn verschenen. Verder zijn Lotto B.V. en Staatsloterij 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 relevante 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. Omdat SSV haar werkzaamheden recentelijk heeft voortgezet als de vereniging Nederlandse Online Gambling Associatie (NOGA), waarbij de voormalig stakeholders van SSV nu leden zijn van NOGA, zal SSV in het vervolg van deze uitspraak worden aangeduid als NOGA.

1.2. Voor een uitgebreide weergave van de voorgeschiedenis in deze zaak verwijst de Afdeling naar de uitspraak van 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:774. Deze zaak is een vervolg op deze uitspraak. Daarnaast is de uitspraak van de Afdeling van 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466 in deze zaak relevant. Hieronder volgt nog een korte schets van de achtergrond van de zaak.

II. Achtergrond van de zaak

2. De Wok kent voor het organiseren van de kansspelen sportprijsvragen en lottos een éénvergunningstelsel. Deze vergunning wordt de sporttotalisatorvergunning genoemd en kan slechts 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. Deze vergunning is onderwerp van een juridische procedure, waarin de Afdeling de hiervoor genoemde uitspraak van 2 mei 2018 heeft gedaan. Ook voor het organiseren van de staatsloterij kent de Wok een éénvergunningstelsel. SENS was houdster van de "Beschikking Staatsloterij" (hierna ook: de beschikking) sinds 1992.

2.1. SNS en SENS wilden graag fuseren om een verdergaande samenwerking aan te kunnen gaan. Om tot een fusie te kunnen komen, moesten de rechtsvormen van SNS en SENS worden omgezet van stichtingen in besloten vennootschappen. De rechtbank Den Haag heeft bij afzonderlijke beschikkingen van 18 februari 2016 de rechterlijke machtigingen verleend voor de omzetting van de rechtsvorm van Stichting de Nationale Sporttotalisator en Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij in besloten vennootschappen. Daarna zijn de stichtingen omgezet in de besloten vennootschappen Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. en is een holding opgericht met de naam "Nederlandse Loterij B.V.".

2.2. De KSA heeft vervolgens op 1 april 2016 de tenaamstelling van de vergunning Sportprijsvragen en Lotto 2015/2016 gewijzigd in die zin dat Stichting de Nationale Sporttotalisator is vervangen door Lotto B.V. Hij heeft ook wijzigingen in de vergunning doorgevoerd die samenhangen met de wijziging van de rechtsvorm. Op diezelfde datum heeft de KSA de tenaamstelling van de Beschikking Staatsloterij gewijzigd in die zin dat Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij is vervangen door Staatsloterij B.V. Ook in deze beschikking heeft de KSA wijzigingen doorgevoerd die samenhangen met de wijziging van de rechtsvorm. NOGA heeft tegen deze besluiten bezwaar gemaakt. Volgens NOGA heeft de KSA de tenaamstelling van de vergunning en de beschikking ten onrechte gewijzigd. De vergunning en de beschikking mochten niet onderhands worden overgedragen aan Lotto en Staatsloterij B.V., omdat dit in

strijd is met het Unierecht, aldus NOGA. De KSA heeft de bezwaren van NOGA bij besluiten van 9 september 2016 niet-ontvankelijk verklaard, omdat zij volgens haar geen belanghebbende is bij de wijziging van de tenaamstelling van de twee vergunningen.

2.3. Bij haar uitspraak van 9 augustus 2017 heeft de rechtbank de door NOGA ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Zij heeft geoordeeld dat de wijziging van de tenaamstelling van de vergunning en de beschikking geen rechtsgevolgen in het leven roepen die niet ook al door de oorspronkelijke vergunningverlening in het leven waren geroepen. De naamswijziging is niet een rechtens relevante wijziging, maar slechts een technische of administratieve wijziging. De rechtbank heeft geconcludeerd dat de op 1 april 2016 doorgevoerde wijziging in de tenaamstelling van de vergunning en de beschikking geen besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

2.4. Tegen deze uitspraak heeft NOGA hoger beroep ingesteld.

III. De uitspraak van de Afdeling van 13 maart 2019

3. De Afdeling heeft het hoger beroep van NOGA bij haar uitspraak van 13 maart 2019 gegrond verklaard, de uitspraak van de rechtbank vernietigd, de bij de rechtbank ingestelde beroepen gegrond verklaard en de besluiten van de KSA van 9 september 2016 vernietigd.

3.1. Zij heeft geoordeeld dat de wijziging van de tenaamstelling van de vergunning en van de beschikking, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, wél een besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Daarvoor heeft de Afdeling, onder verwijzing naar haar uitspraak van 2 mei 2018, uiteengezet dat moet worden beoordeeld of de beperking van het vrij verrichten van diensten in de vorm van het éénvergunningstelsel uit de Wok gerechtvaardigd is. Indien dat éénvergunningstelsel gerechtvaardigd is, is het vervolgens in beginsel niet toegestaan om de vergunning onderhands te verlenen, waarbij potentieel gegadigden geen kans krijgen om mee te dingen naar deze vergunning. Dit beginsel lijdt uitzondering indien het gaat om 1) een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of 2) om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen. Hieruit heeft de Afdeling geconcludeerd dat de kwaliteiten van een vergunninghouder en zijn verhouding tot de Staat, doorslaggevend zijn voor de toelaatbaarheid van onderhandse vergunningverlening in het éénvergunningstelsel uit de Wok. De Afdeling heeft verder vastgesteld dat de wijziging van de stichtingen in besloten vennootschappen heeft geleid tot een wijziging in de kwaliteiten van de vergunninghoudsters en hun verhouding tot de Staat. Omdat die kwaliteiten en de verhouding tot de staat doorslaggevend zijn voor het antwoord op de vraag of het éénvergunningstelsel Unierechtelijk toelaatbaar is, dient een toetsing plaats te vinden aan de hand van de daarover gestelde criteria. Gelet op deze (Unierechtelijke) noodzaak om te toetsen, is de wijziging van de tenaamstelling van de vergunning en de beschikking een besluit in de zin van de Awb. Tegen de besluiten van 1 april 2016 kunnen dan ook rechtsmiddelen worden aangewend.

3.2. Uit deze uitspraak volgt dat de KSA nieuwe besluiten dient te nemen op de bezwaren van NOGA. Bij deze besluiten dient de KSA in acht te nemen dat de enkele wijziging van de rechtsvorm in deze situatie niet betekent dat ook de tenaamstelling van de vergunningen en de beschikking kan worden gewijzigd en dat Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. op die wijze houdsters van de vergunningen en de beschikking kunnen worden. Verder zal hij bij de nieuwe besluiten op bezwaar, in het licht van de eerdere uitspraak van de Afdeling van 2 mei 2018, moeten beoordelen of het éénvergunningstelsel voor lottos en de staatsloterij gerechtvaardigd is. Ook moet de KSA zich uitlaten over de door NOGA aangedragen stelling dat Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. niet voldoen aan de door het Hof geformuleerde uitzonderingen. 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 3 september 2019 heeft de KSA de door NOGA gemaakte bezwaren tegen de besluiten van 1 april 2016 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 goede doelen loterijen meer en verdergaande restricties van toepassing op het toegestane aanbod dan bij lottos en bij de staatsloterij 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 en van de staatsloterij heeft de KSA gesteld dat lottos en de staatsloterij uitsluitend kanalisatie als doelstelling kennen, in het bijzonder gerelateerd aan buitenlands aanbod. Met het aanbod van lottos en de staatsloterij 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 enerzijds en lottos en de staatsloterij anderzijds, 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, de staatsloterij 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 voor lottos en voor de staatsloterij 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 of aan de staatsloterij niet meer via dat verkoopkanaal mogelijk is. Volgens de KSA zijn de verschillen tussen lottos en de staatsloterij enerzijds en de goede doelen loterijen anderzijds dusdanig dat zowel het éénvergunningstelsel voor lottos en de staatsloterij 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 en de beschikking bovendien onderhands, dus zonder voorafgaande openbare oproep tot mededinging, aan Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. mogen verlenen. Daarbij heeft de KSA gesteld dat hij bevoegd is om de tenaamstelling van de vergunning en de beschikking te wijzigen, mits hij daarbij het Unierecht in acht neemt. Lotto B.V. en de Staatsloterij B.V. zijn onderdeel van een staatsdeelneming en kwalificeren daarom als openbare exploitanten wier 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. NOGA heeft tegen deze besluiten beroep ingesteld bij de Afdeling. De Afdeling stelt in dit kader vast dat, na de uitspraak van 13 maart 2019 en bezien in het licht van de onder 1.2 genoemde uitspraak van 2 mei 2018, in deze procedure twee onderwerpen centraal staan. Het eerste onderwerp gaat over de vraag of het in overeenstemming is met het vereiste van horizontale consistentie en daarom noodzakelijk is dat voor lottos en de staatsloterij een éénvergunningstelsel geldt, terwijl voor goede doelen loterijen meerdere vergunningen beschikbaar zijn. Dat onderwerp zal de Afdeling onder i) behandelen.

Het tweede onderwerp gaat over de vraag of, indien het éénvergunningstelsel een gerechtvaardigde beperking vormt van het vrij verkeer van diensten, de KSA de tenaamstelling van de aan SNS verleende vergunning en de tenaamstelling van de aan SENS verleende beschikking onderhands heeft mogen wijzigen in verband met de wijziging van de rechtsvorm. Dit tweede onderwerp komt onder ii) aan bod.

i) De horizontale consistentie

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

Als eerste argument voert NOGA aan dat, anders dan de KSA heeft gesteld, loterijen en lottos tot dezelfde markt behoren. Daarvoor verwijst zij naar de besluitvorming van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) over de fusie tussen SNS en SENS. De ACM gaat uit van één markt voor lottos en loterijen.

Verder stelt NOGA in dit verband dat de door de KSA gestelde verschillen tussen lottos en de staatsloterij enerzijds en de goede doelen loterijen anderzijds, veelal de invulling van keuzes zijn van de vergunninghouders bij het bepalen van het product. De deelname in de vorm van een abonnement door de Postcodeloterij is bijvoorbeeld geen verplichting, maar een keuze van de aanbieder. Daarbij komt dat ook de KSA zelf lottos, de staatsloterij en de goede doelen loterijen onder dezelfde markt schaart. Verder geldt voor zowel lottos, de staatsloterij als de goede doelen loterijen dat het risico op witwassen klein is. In tegenstelling tot hetgeen de KSA heeft geconcludeerd, kan het monopolie voor lottos en de staatsloterij niet consistent worden geacht. Het is niet noodzakelijk dat voor deze kansspelen een éénvergunningstelsel geldt, terwijl voor goede doelen loterijen meerdere vergunningen kunnen worden verleend, aldus NOGA.

Als tweede argument brengt NOGA naar voren dat de KSA zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de monopolies noodzakelijk zijn, omdat anders illegaal aanbod ontstaat. Het illegale aanbod is bij de verschillende loterijen, waaronder goede doelen loterijen, nagenoeg gelijk en bovendien verwaarloosbaar ten opzichte van andere kansspelen. NOGA heeft voor haar standpunt gewezen op de Marktscan landgebonden kansspelen 2017, waaruit volgens haar volgt dat het aantal meldingen van illegale loterijen in de jaren 2015 tot en met 2017 laag is en redelijk consistent. De stelling dat een éénvergunningstelsel beoogt om een dusdanig sterke lotto en staatsloterij te creëren dat varianten geen voet aan de grond krijgen, is dan ook onjuist, aldus NOGA.

Verder voert NOGA als derde argument aan dat de kanalisatiedoelstellingen ten grondslag liggen aan het vergunningstelsel voor zowel de goede doelen loterijen, de staatsloterij als lottos. Op dit punt bestaat, anders dan de KSA stelt, geen relevant verschil. Het open stelsel voor de goede doelen loterijen illustreert juist dat de genoemde doelstellingen net zo goed met een open stelsel kunnen worden gerealiseerd, waarbij de vergunningvoorschriften van zowel lottos als goede doelen loterijen zouden kunnen worden aangepast, bijvoorbeeld op het punt van de afdrachtspercentages aan goede doelen. Dat een open stelsel geschikt is om de doelstellingen te bereiken volgt ook uit de Marktscan 2017. De in de besluiten opgenomen uitgebreide historische verhandelingen maken dit niet anders. Volgens NOGA zijn de doelstellingen en functies van de lottos, de staatsloterij en de goede doelen loterijen niet zodanig verschillend dat voor lottos en de staatsloterij noodzakelijkerwijs een éénvergunningstelsel zou moeten gelden.

Ten slotte voert NOGA als vierde argument aan dat de KSA een zelfstandige dynamische toets moet doen, ongeacht of het monopolie al eerder is getoetst. Daarom moet de KSA rekening houden met actuele relevante informatie. NOGA wijst er in dat kader op dat sinds 2017 succesvol nieuwe vergunningen worden uitgegeven voor goede doelen loterijen, dat het wetsvoorstel Kanspelen op afstand is aangenomen en daarmee ook het monopolie voor sportweddenschappen zal komen te vervallen en dat het voornemen bestaat om het loterijstelsel te hervormen, inclusief het afschaffen van het monopolie voor lottos.

- 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 kan worden 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 en de staatsloterij 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 de staatsloterij 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 sporttotalisatorvergunning 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 het besluit van 3 september 2019 over de sporttotalisatorvergunning (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. Voor de beschikking voor het organiseren van de staatsloterij geldt, gelet op artikel 7:11 van de Awb en de hiervoor genoemde uitspraak van 28 oktober 2020 (overweging 6.2.3) dat ontwikkelingen ten tijde van de bij besluit van 3 september 2019 verrichte heroverweging worden betrokken.

- Horizontale consistentie: de gelijkenissen en de verschillen

5.1.6. NOGA stelt terecht dat lottos, de staatsloterij en goede doelen loterijen gelijkenissen vertonen. Zowel lottos, de staatsloterij 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. Op grond van artikel 9 van de Wok geldt voor de staatsloterij dat de opbrengst moet worden afgedragen aan de Staat. 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. NOGA wijst er daarbij ook terecht op dat de vergunningen voor de kansspelen het toestaan om op een vergelijkbare wijze een loterij te organiseren. Ten slotte is, zoals NOGA terecht stelt, in dit kader de vraag relevant of lottos, de staatsloterij 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. NOGA heeft bij dit punt in haar nadere stukken gewezen op twee onderzoeken van SEO economisch onderzoek, te weten Financiële gevolgen herinrichting loterijenmarkt en Voorkeuren en keuzegedrag van de Nederlandse loterijconsument en op een recent onderzoek van PwC van mei 2020 getiteld Marktordening van het loterijstelsel: Eén markt voor loterijproducten? (hierna: het PwC-onderzoek). Of deze 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 5.1.12 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 lottos en de staatsloterij. De KSA wijst hierbij bijvoorbeeld op het feit dat veel goede doelen loterijen, in tegenstelling tot lottos en de staatsloterij, 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 voor de meerjarige goede doelen loterijen 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, voor de meerjarige goede doelen loterijen en de staatsloterij in totaal 69;

ii) het afdrachtspercentage aan goede doelen of doelen van algemeen belang: voor lottos is dat 18%, voor de staatsloterij is dat minimaal 15% en voor de goede doelen loterijen ten tijde van belang 50% en inmiddels 40%;

iii) het percentage aan uit te keren prijzen: voor lottos is dat ten minste 47,5% van de opbrengst, voor de staatsloterij minimaal 60% van de inleg en voor de meerjarige goede doelen loterijen geldt geen percentage;

iv) pooling: Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. mogen 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 de staatsloterij en goede doelen loterijen niet zozeer te maken hebben met de kansspelen als zodanig, maar met de aard en functie van lottos en de staatsloterij en de goede doelen loterijen. Dat komt, zoals de KSA terecht in zijn besluiten heeft meegenomen, door de ontstaansgeschiedenis van de onderscheidene 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. De staatsloterij bestaat al sinds 1726 en heeft ook sinds die tijd een monopolie positie, waarbij het kanaliseren van de speelzucht van de bevolking

en het aan banden leggen van de wildgroei van het loterijspel als even belangrijke doelstellingen werden aangemerkt. Omdat de staatsloterij concurrentie ondervond van onder meer loterijen uit West-Duitsland en België, bestond de noodzaak om de te winnen prijzen te verhogen, werden ze belastingvrij uitgekeerd en werden meer trekkingen gehouden. 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 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. Datzelfde geldt voor de staatsloterij. De KSA heeft geconcludeerd dat bij lottos en de staatsloterij 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, de staatsloterij en de goede doelen loterijen, de aard en functie van die kansspelen en de culturele inbedding ervan, een onderscheid te maken al naar gelang de aard en functie van lottos en de staatsloterij 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 staatsloterij 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, de staatsloterij als de goede doelen loterijen dezelfde zijn, zoals NOGA stelt, is logisch, omdat de kansspelen onder het nationale kansspelstelsel vallen dat in algemene zin de algemene belangen van consumentenbescherming, kanalisatie naar een betrouwbaar aanbod en het voorkomen van criminaliteit en illegaliteit beoogt te waarborgen. NOGA heeft daarnaast gewezen op verschillende rapporten, waaruit volgens haar volgt dat lottos, de staatsloterij 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 ten tijde van belang inconsistent is. Daarvoor is het volgende van belang.

5.1.13. 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. De SEO-onderzoeken en het PwC-onderzoek zijn verricht in het kader van dit voornemen van het kabinet om het kansspelstelsel te moderniseren.

5.1.14. 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.

5.1.15. De Afdeling ziet in de door NOGA aangehaalde onderzoeken geen aanleiding om daar nu anders over te oordelen. Het SEO-onderzoek Financiële gevolgen herinrichting loterijenmarkt 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. Het SEO-onderzoek Voorkeuren en keuzegedrag van de Nederlandse loterijconsument gaat over de vraag welke factoren van invloed zijn op de beslissing van consumenten om aan een bepaalde loterij deel te nemen en het analyseert de impact van diverse mogelijke beleidsscenarios op het keuzegedrag van consumenten. De Afdeling ziet in deze onderzoeken, die over mogelijke beleidsopties voor de inrichting van het kansspelstelsel gaan, 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 niet zonder meer, zoals NOGA stelt, te concluderen dat lottos, de staatsloterij 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. Naar het oordeel van de Afdeling leiden de SEO-onderzoeken en het PwC-onderzoek, bezien in het licht van de beoordelingsmarge van de lidstaten, niet tot het oordeel dat het bestaande stelsel ten tijde van belang horizontaal inconsistent is. Voor zover NOGA stelt dat inmiddels het wetsvoorstel Kansspelen op afstand is aangenomen, ziet de Afdeling geen aanleiding om terug te komen op haar oordeel in overweging 10.5.1 van de uitspraak van 2 mei 2018. Daarbij heeft de KSA er nog terecht op gewezen dat een éénvergunningstelsel voor online kansspelen onvoldoende tegemoet komt aan de reeds bestaande vraag naar online kansspelen en de bestaande praktijk, waarbij het risico bestaat dat een omvangrijk illegaal aanbod blijft voortbestaan, zoals ook de situatie was bij speelautomaten (vgl. overwegingen 10.6.2 e.v. van de uitspraak van 2 mei 2018).

5.1.16. Zoals aangegeven, kennen lottos en de staatsloterij 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 de staatsloterij 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 en de staatsloterij kanalisatie. Omdat bij lottos en de staatsloterij kanalisatie naar Nederlands gereguleerd aanbod voorop staat, moet het aanbod van lottos en de staatsloterij 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 voor lottos en de staatsloterij een minimale prijzenpot moet worden aangehouden en dat voor lottos en de staatsloterij 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 en de staatsloterij 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 en is voor de staatsloterij het aantal trekkingen verhoogd. Daarbij heeft Lotto B.V. in verband met de prijzenpot nog gewezen op de jackpot, de Eurojackpot en het feit dat de staatsloterij de hoogste prijzenpot heeft. Zowel de KSA als Lotto B.V. hebben verder gemotiveerd dat een risico ontstaat indien de markt voor lottos en de staatsloterij 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 en de staatsloterij 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 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 het eerste, derde en vierde argument van NOGA.

5.1.17. Ook in het tweede argument van NOGA, te weten dat het illegale aanbod niet dusdanig is dat een éénvergunningstelsel voor lottos en de staatsloterij noodzakelijk is, 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 gemotiveerd aangegeven dat de kanalisatiefunctie ook is bedoeld om spelers weg te houden bij het omvangrijke buitenlands aanbod en dat hij ten aanzien van buitenlandse aanbieders geen mogelijkheden voor toezicht heeft. Hierdoor kan hij bijvoorbeeld betaling van boetes die aan buitenlandse aanbieders zijn opgelegd, niet afdwingen. Ten slotte is in dit verband van belang dat de KSA heeft gemotiveerd dat weliswaar geen enorm illegaal aanbod bestaat, maar dat dit juist het effect lijkt te zijn van de kanaliserende functie van lottos en de staatsloterij.

5.1.18. 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 de staatsloterij en van de goede doelen loterijen en in het licht van de algemene belangen die met het kansspelstelsel worden gediend, voldoende heeft gemotiveerd. In de door NOGA ter zitting van de Afdeling aangehaalde rechtspraak, bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 4 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4101, over de motivering van de geschiktheid van een beperking, ziet de Afdeling geen aanleiding om daarover anders te oordelen. De Afdeling wijst in dit verband op het hiervoor genoemde arrest van het Hof van 28 februari 2018, Sporting Odds, waarin het in punt 65 heeft overwogen dat de enkele omstandigheid dat een lidstaat geen analyse van de gevolgen van een beperkende maatregel heeft verstrekt toen deze werd ingevoerd in de nationale wetgeving of werd onderzocht door de nationale rechter, niet maakt dat hij niet heeft voldaan aan de op hem rustende verplichting om een beperkende maatregel te rechtvaardigen.

ii) De onderhandse wijziging van de tenaamstelling

5.2. NOGA 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. De KSA heeft volstaan met het citeren van de bepalingen uit de akte van oprichting van de Nederlandse Loterij en de aktes van omzetting en de statutenwijzigingen van SNS en SENS. Hieruit kan volgens NOGA echter niet worden geconcludeerd dat Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. onder streng overheidstoezicht staan. Ook betwist NOGA dat die strenge controle op de activiteiten ook daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Verder is niet gezegd dat het enkele feit dat de Staat aandeelhouder is van Nederlandse Loterij, impliceert dat de aandelen worden gehouden met het doel om het algemeen belang te waarborgen. Ook al zou de Staat toezicht kunnen uitoefenen en ook al zou hij dat toezicht ook daadwerkelijk uitoefenen, dan is daarmee nog steeds niet voldaan aan de door het Hof geformuleerde criteria. NOGA voert in dit kader ten slotte aan dat de aard van de vergunning en de beschikking zich niet leent voor een wijziging van de tenaamstelling. De Wok noch de vergunning en de beschikking kennen een grondslag voor een overdracht van de vergunning en de beschikking in de vorm van een wijziging van de tenaamstelling. Het gaat bovendien om aanzienlijke wijzigingen en om persoonsgebonden vergunningen, aldus NOGA.

5.2.1. 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 en 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, zijn, naar partijen niet hebben bestreden, Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. geen particuliere exploitant meer, maar een openbare exploitant. Daarom moet worden beoordeeld of Lotto B.V. en Staatsloterij B.V. onder rechtstreeks toezicht staan van de Staat.

5.2.2. 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.

5.2.3. 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. en Staatsloterij B.V. als volle dochters van de holding Nederlandse Loterij B.V., die onder de bij staatsdeelnemingen geldende governance valt, een openbare exploitant zijn die onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat. Het betoog van NOGA dat het enkele feit dat de Staat aandeelhouder is van de holding Nederlandse Loterij nog niet impliceert dat de aandelen worden gehouden met het doel om het algemeen belang te waarborgen, volgt de Afdeling niet. Hiervoor is in de eerste plaats van belang dat, zoals hiervoor onder 5.2.2 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.

5.2.4. Voor zover NOGA betoogt dat de aard van de vergunning en de beschikking zich niet leent voor een wijziging van de tenaamstelling en dat de Wok noch de vergunning en de beschikking een grondslag voor een overdracht kennen in de vorm van een wijziging van de tenaamstelling, slaagt dat betoog niet. Uit artikel 2:18, achtste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) volgt dat een wijziging van de rechtsvorm van een rechtspersoon het bestaan van die rechtspersoon niet beëindigt. Zoals de Afdeling onder 5.2 en 5.3 van haar uitspraak van 13 maart 2019 heeft overwogen, heeft met de wijziging van de tenaamstelling, anders dan NOGA stelt, geen overdracht van de vergunning en de beschikking plaatsgevonden op andere vergunninghoudsters en leidt de civielrechtelijke omzetting van de rechtspersonen in de zin van artikel 2:18 van het BW niet tot een wijziging van rechten en plichten van de betrokken rechtspersoon. Verder is in artikel 10, derde lid, en in artikel 27c, derde lid, van de Wok een grondslag opgenomen om zowel de beschikking als de sporttotalisatorvergunning in verband met de wijziging van de rechtsvorm te wijzigen.

5.2.5. De conclusie is dat de KSA het besluit van 1 april 2016 tot wijziging van de tenaamstelling van de aan SNS verleende sporttotalisatorvergunning en de aan SENS verleende beschikking bij zijn besluiten van 3 september 2019 terecht heeft gehandhaafd.

VI. Slotsom

6. Het beroep is ongegrond.

6.1. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

verklaart het beroep 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 II. De staatsloterij

Artikel 8

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

2. Onder een staatsloterij wordt verstaan een loterij waarbij door trekking de nummers van de deelnamebewijzen worden aangewezen waarop de prijzen vallen en waarbij ten minste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen wordt uitgeloofd.

Artikel 9

1. De raad van bestuur, bedoeld in artikel 33a, kan aan één rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid voor een door hem te bepalen duur vergunning verlenen tot het organiseren van de staatsloterij.

2. De opbrengst van de staatsloterij - na aftrek van de prijzen en kosten - wordt jaarlijks aan de Staat afgedragen.

Artikel 10

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

2. De voorschriften hebben onder meer betrekking op:

a. het aantal loterijen dat per jaar wordt gehouden;

b. de mogelijkheid tot het uitgeven van deelloten, recht gevende op een evenredig deel van de prijs, waarin loten kunnen zijn verdeeld;

c. de maximum verkoopprijs van de loten;

d. de wijze waarop de trekkingen plaatsvinden;

e. de eisen aan organisatie en produkt;

f. de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de prijzen betaalbaar zijn;

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

h. 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.

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% [met ingang van 1 januari 2020 40%] 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.

[].