

49 EG-Verdrag, voert de Nationale Loterij terecht aan dat BVBA Customer Service Agency door een met deze strafrechtelijk gesanctioneerde bepaling strijdige activiteit te voeren een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad stelt.

Zo de staking van deze activiteit dient bevolen, moet er rekening mee worden gehouden dat aan BVBA Customer Service Agency een redelijke termijn dient gegeven om haar activiteit te beëindigen.

Vermits het initiatief tot het beëindigen van de activiteit volledig bij BVBA Customer Service Agency ligt, is de publicatie van dit arrest geen maatregel die tot het beëindigen van de gewraakte activiteit kan bijdragen.

Om deze redenen:

Het hof,

Rechtdoende op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935;

Verklaart het hoger beroep gegrond.

Wijzig het bestreden vonnis.

Zegt voor recht dat de activiteiten van BVBA Customer Service Agency, erin bestaande (a) op voor haar winstgevende wijze groepsdeelnamen aan Euro Millions te organiseren en daaruit een ander voordeel te halen dan de loten die het gevolg zijn van de deelname, (b) de onder (a) beschreven activiteit te ontwikkelen met een garantie volgens dewelke de deelnemer zijn inzet terugkrijgt indien hij gedurende een bepaalde periode geen enkele prijs behaalde, strijdig zijn met de eerlijke handelsgebruiken.

Beveelt de staking van deze activiteiten onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per vastgestelde overtreding vanaf de zestigste dag na de betekening van dit arrest.

Verklaart het anders- en meergevorderde ongegrond.

Verwijst BVBA Customer Service Agency in de kosten van het geding in beide aanleggen en begroot deze aan de zijde van de Nationale Loterij op 274,93 EUR (dagvaarding), 242,94 EUR (rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg), 186 EUR (beroepsakte) en 495,79 EUR (rechtsplegingsvergoeding), volgens geïndexeerde opgave in conclusie.

(...)

Noot

De Europeesrechtelijke beoordeling van nationale gokwetgevingen

Christoph De Preter¹ en Thomas De Meese^{2,3}

1. INLEIDING

1. Gokken is *big business*. Een recente studie uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie stelt dat de totale netto-omzet⁴ van de gokoperatoren in de Europese Unie in 2003 meer dan 51 miljard euro bedroeg⁵. Het behoeft dan ook geen verwondering dat er sinds meer dan twee decennia

een intense juridische strijd wordt gevoerd om de toegang tot die gigantische Europese gokmarkt. De “traditionele” monopoliehouders staan daarbij lijnrecht tegenover “nieuwe” of buitenlandse gokoperatoren⁶.

¹ Counsel – Crowell & Moring.

² Partner – Crowell & Moring.

³ De auteurs wijzen erop dat zij als advocaten geregeld actief zijn in de materie die ook in het geannoteerde arrest aan bod komt. Deze noot weerspiegelt evenwel hun persoonlijke overtuiging.

⁴ Dit is de omzet na aftrek van uitbetaling van winsten en prijzen aan winnende spelers.

⁵ Institut Suisse de Droit Comparé, Study of Gambling Services in the Internal Market of the European Union, Final Report, 14 juni 2006 (http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/gambling/study1_en.pdf).

⁶ Naast deze economische component heeft het gokfenomeen uiteraard ook een sociomedische component. Het is onbetwist dat gokken – net zoals bv. alcoholgebruik – weliswaar een sociaal min of meer aanvaard fenomeen is, maar in bepaalde gevallen verslavingsrisico's inhoudt. Over dit sociomedische aspect bestaan naar ons weten geen omvattende Europese studies. Specialisten zijn het er wel over eens dat niet alle gokspelen evenveel gevaar voor verslaving inhouden. In de medische vakliteratuur wordt over het algemeen een onderscheid gemaakt tussen *short-odds*- en *long-odds*-spelen. In het eerste geval is het moment tussen inzet en winstverificatie eerder kort (bv.: men zet in op de roulette en kent onmiddellijk het resultaat; hetzelfde geldt voor krasbiljetten); in het tweede geval is het moment tussen inzet en winstverificatie eerder lang (bv.: men koopt een loterijticket voor een trekking binnen vijf dagen; men zet in op een voetbalwedstrijd die binnen een week wordt gespeeld). Men merkt meteen op dat dit wetenschappelijke onderscheid tussen laagverslavende en meer verslavende spelen niet wordt gereflecteerd in de meeste Europese wetgevingen. Die maken traditioneel het onderscheid tussen (sport-)weddenschappen, loterijen en andere kansspelen, terwijl het *long-odds* – *short-odds* onderscheid die traditionele classificatie doorkruist. Denken we maar aan loterijen: die kunnen zowel *long-odds* zijn (de klassieke loterijtrekking) of *short-odds* (bv. de krasbiljetten van de Nationale Loterij of de in Frankrijk populaire instantloterij “Keno” van La Française des Jeux, zie www.fdjeux.com).

2. Het hiervoor gepubliceerde arrest van het hof van beroep van Antwerpen d.d. 8 november 2007 maakt aldus slechts één wapenfeit uit in een discussie die al veel langer gaande is, en die zich ver buiten de landsgrenzen van het

kleine België uitstrekt. Daarom is het van belang om dit arrest te kaderen in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie (“H.v.J.”).

2. DE RECHTSPRAAK VAN HET EUROPEES HOF VAN JUSTITIE INZAKE HET VRIJ VERKEER VAN GOKDIENSTEN: VAN SCHINDLER TOT PLACANICA IN VOGELVLUCHT

Inleiding

3. De verlening van gokdiensten binnen de Europese interne markt heeft een toenemend grensoverschrijdend karakter.

Uiteraard is de opkomst van het internet daar niet vreemd aan. Via allerhande websites kunnen internauten online een gokje wagen, of zelfs rechtstreeks tegen elkaar spelen op zogenaamde “peer-to-peer”-platforms. Maar ook lang vóór de opkomst van het wereldwijde web bezat de verlening van gokdiensten al een grensoverschrijdende component. Denken we maar aan de busreizen die verschillende touroperators jarenlang inlegden vanuit België naar de Nederlandse casino’s, de postorder- of deur-aan-deur-verkoop van Duitse loterijbiljetten in België, en de belpelletjes op bepaalde buitenlandse televisiezenders waaraan ook vanuit België kan worden deelgenomen.

Een groot aantal nationale wetgevingen beperken het recht van gokoperatoren om aldus (grensoverschrijdend) gokdiensten aan te bieden. Het H.v.J. is de jongste jaren een aantal keren gevat om in het kader van prejudiciële vraagstellingen uitspraak te doen over de conformiteit met het Europees recht van dergelijke wetgevingen.

Het aanbieden van gokspelen maakt een economische dienst uit in de zin van artikel 49 EG-Verdrag

4. In de zaak *Schindler* besliste het H.v.J. dat de verkoop van loterijbiljetten een economische dienst uitmaakt in de zin van artikel 49 EG-Verdrag (“EG-V.”)⁷. In de latere *Läärä* en *Zenatti*-rechtspraak werd hetzelfde geoordeeld met betrekking tot het aanbieden van sportwedenschappen en automatische amusementsspelen⁸. Meteen werd dus duidelijk gemaakt dat ook in de goksector het beginsel van het vrij verkeer van diensten uit artikel 49 EG-V. toepassing vond. Volgens dat beginsel kan, kort samengevat, een nationale lidstaat niet zomaar een gokoperator weren van de nationale

markt indien die operator in een andere EU-lidstaat reeds behoorlijk vergund en gevestigd is en aldaar zijn diensten aanbiedt of kan aanbieden.

Het grensoverschrijdend aanbod van gokspelen mag slechts worden beperkt onder strikte voorwaarden

5. Het H.v.J. heeft echter eveneens erkend dat nationale lidstaten in bepaalde uitzonderlijke gevallen beperkingen kunnen stellen aan die vrijheid van grensoverschrijdende dienstverlening. Daartoe moet evenwel voldaan zijn aan drie cumulatieve voorwaarden die in de lijn liggen van de gekende criteria uit de *Cassis de Dijon*-rechtspraak⁹ van het H.v.J.:

- de beperking in kwestie moet niet-discriminatoir zijn, *i.e.* ze moet van toepassing zijn op alle marktoperatoren ongeacht hun nationaliteit of verblijfplaats;
- de beperking moet worden gerechtvaardigd door een “dwingende vereiste van algemeen belang”¹⁰;
- de beperking moet proportioneel zijn, *i.e.* zij moet geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag niet verder gaan dan wat noodzakelijk is om het doel te bereiken¹¹.

In diverse beslissingen zijn deze drie criteria verder uitgewerkt en verrijkt, zoals hierna zal worden uiteengezet.

Financieel gewin is geen “dwingende vereiste van algemeen belang”

6. Vooreerst heeft het Hof nader gedefinieerd wat precies de rechtvaardigingsgronden zijn die als “dwingende vereiste van algemeen belang” kunnen worden gekwalificeerd. Een nationale kansspel- of loterijwetgeving kan niet worden gerechtvaardigd wanneer zij er in de eerste plaats toe strekt bepaalde financiële voordelen te creëren voor de Schatkist of bepaalde sociale doelen te financieren. De financiële voorde-

⁷ H.v.J. 24 maart 1994, C-275/92, *Schindler*, *Jur.* 1994, p. I-1039, r.o. 58.

⁸ H.v.J. 21 september 1999, C-124/97, *Läärä*, *Jur.* 1999, p. I-6067 en H.v.J. 21 oktober 1999, C-67/98, *Zenatti*, *Jur.* 1999, p. I-7289.

⁹ H.v.J. 20 februari 1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, *Jur.* 1979, 649.

¹⁰ H.v.J. 4 december 1986, C-205/84, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 1986, r.o. 27-29.

¹¹ H.v.J. 30 november 1995, C-55/94, *Gebhard*, *Jur.* 1995, I-4165, r.o. 37.

len die voor een lidstaat voortvloeien uit een bepaalde beperking (bv. uit het verlenen van een monopolie aan een staatsonderneming) mogen hoogstens een accessoir voordeel uitmaken voor die lidstaat. Het H.v.J. heeft wél als dwingende vereiste van algemeen belang aanvaard: (i) doelstellingen van bescherming van de consument door het terugdringen van het gokaanbod, (ii) fraude- en criminaliteitsbestrijding en (iii) het voorkomen van maatschappelijke ongemakken in het algemeen¹². De lidstaten genieten daarbij een volledige beoordelingsvrijheid om hun kansspelbeleid te richten naar één van de hogervermelde beleidsdoelstellingen¹³.

Het vereiste van algemeen belang moet daadwerkelijk worden nagestreefd

7. Algemeen. Het vorige punt stelt evenwel een evident probleem. Hoe moet men namelijk vaststellen wat de precieze beweegredenen van een lidstaat zijn bij het instellen van een nationaal gokmonopolie of -vergunningssysteem? Het zou al te gemakkelijk zijn voor een lidstaat om “naar de buitenwereld toe” een gokwetgeving te rechtvaardigen op grond van bepaalde overwegingen, terwijl in realiteit andere beweegredenen spelen.

8. Beperking van het gokaanbod als rechtvaardigingsgrond. Deze vraag heeft zich in de zaken *Gambelli* en *Zenatti* voor het eerst gesteld met betrekking tot de hypothese waar een lidstaat als rechtvaardigingsgrond inroept dat zij het gokaanbod wil beperken om redenen van consumentenbescherming. In het kader van deze eerste rechtvaardigingsgrond heeft het H.v.J. een praktisch criterium ontwikkeld.

De loutere omstandigheid dat een nationale overheid beweert (bv. in de voorbereidende werken) dat haar kansspelwetgeving gericht is op het beperken van het gokaanbod, is namelijk niet voldoende. Beperkingen op het vrij verkeer van diensten zijn in dit geval volgens het H.v.J. slechts toelaatbaar indien zij *daadwerkelijk* beantwoorden aan bijvoorbeeld het streven om het spelaanbod te verminderen en de consument te beschermen¹⁴. Wanneer men dus langs de ene kant een vergunnings- of monopoliesysteem opzet om het

gokaanbod beweerdelijk terug te dringen, maar langs de andere kant blijkt dat een expansief gokbeleid wordt gevoerd door de vergunnings- of monopoliehouders om financiële redenen, zal de nationale gokwetgeving niet gerechtvaardigd zijn: “wanneer de autoriteiten van een lidstaat de consumenten aansporen en aanmoedigen om deel te nemen aan loterijen, kansspelen of weddenschappen opdat de Schatkist er financieel beter van zou worden, kunnen de autoriteiten van deze staat zich niet op de met de beperking van de gelegenheden tot spelen gediende maatschappelijke orde beroepen ter rechtvaardiging van maatregelen als die in het hoofdgeding.”¹⁵.

Beperkingen van het gokaanbod zullen verder pas worden aanvaard wanneer dit op samenhangende en stelselmatige wijze gebeurt¹⁶. Er bestaat nog discussie over de vraag hoever dit vereiste van coherentie reikt. Moet de gehele gokwetgeving van een bepaalde lidstaat getuigen van coherentie, of is het voldoende dat per aparte spelvorm (bv. in België: loterijen – sportwedden – kansspelen) coherente regels bestaan?

In de mate dat een lidstaat *één en dezelfde spelgelegenheid* (bv. sportwedden) zou onderwerpen aan een streng monopolie- of licentiesysteem, maar wel tegelijk zou toelaten dat door massieve marketing en een groot aanbod de consument zou worden aangezet om te wedden, lijkt de zaak duidelijk: de lidstaat in kwestie kan niet op hetzelfde ogenblik de strijd tegen de gokverslaving blijven inroepen als rechtvaardiging. Dit was de feitenconstellatie die aan bod was in de *Gambelli*-zaak.

Een andere vraag is of een lidstaat een bepaalde spelgelegenheid (bv. loterijen) zal mogen onderwerpen aan een monopolie of licentiesysteem op grond van de bekommernis het gokaanbod terug te dringen, terwijl een *andere spelgelegenheid* (bv. sportwedden) vrij organiseerbaar en wijdverspreid is¹⁷. Een uitdrukkelijk antwoord op deze vraag ligt nog niet voor. Ons inziens ligt het antwoord op deze vraag evenwel reeds besloten in eerdere rechtspraak van het H.v.J.¹⁸. Wij zijn van mening dat het gokbeleid van een lidstaat *in globo* moet worden bekeken. Anders zou het trouwens ál te gemakkelijk zijn voor een lidstaat om een incohe-

¹² Zie in die zin de arresten *Schindler*, r.o. 57-60, *Läärä*, r.o. 23-33 en *Zenatti*, r.o. 30-31 (cf. *supra*) alsook H.v.J. 6 november 2003, C-243/01, *Gambelli*, *Jur.* 2003, p. I-13031, r.o. 67 en H.v.J. 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica*, r.o. 46.

¹³ H.v.J. *Placanica*, o.c., r.o. 48.

¹⁴ H.v.J. *Zenatti*, o.c., r.o. 36. Zie ook A. LITTLER, “Memorandum in response to the Call for Evidence by the Internal Market Sub-Committee of the House of Lords regarding the European Commission’s review of the Single Market”, *House of Lords*, Internal Market Sub-Committee (Sub-Committee B), Inquiry into the European Commission’s Review of the Single Market (June 2007) (www.parliament.uk).

¹⁵ H.v.J., *Gambelli*, o.c., r.o. 69.

¹⁶ H.v.J., *Placanica*, o.c., r.o. 53.

¹⁷ Dit is bijvoorbeeld het geval in België, waar kansspelen grotendeels onderworpen zijn aan een vergunningssysteem en commerciële loterijen voorbehouden zijn aan de Nationale Loterij, maar waar sportwedden op notering vrij kunnen worden aangeboden (zie V. WELLENS, “De positie van de Nationale Loterij onder het EG-recht”, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2006, 656-663 en C. DE PRETER en J. DUMORTIER, “Gokken via Internet en andere communicatiemiddelen”, *Kluwer Mediarecht* 2002, afl. 18, 35).

¹⁸ Dat lijkt ook de mening te zijn van de Belgische wetgever: “*Het Hof van Justitie maakt geen onderscheid tussen diverse vormen van kansspelen en/of loterijen. Het Hof gebruikt de term “kansspel” als een generieke term voor loterijen en andere kansspelen. Op basis van het arrest Schindler heeft het Hof echter wel vooropgesteld dat de restricties welke een lidstaat gerechtigd is te handhaven op coherente wijze moeten worden toegepast*”, *Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer* 2000-01, 1339/001, 11-12.

rent gokbeleid te “verbergen” door via een spel van definities verschillende wettelijke soorten van gokspelen in het leven te roepen, die dan telkens anders zouden mogen worden geregeld... omdat de wetgever nu eenmaal vindt dat ze verschillen van elkaar... Zo is alleen al het onderscheid tussen loterijen, sportweddenschappen en andere kansspelen een onderscheid dat historisch is gegroeid maar vanuit een gokbeleidsperspectief eigenlijk niet relevant is¹⁹. Wat er ook van zij, het H.v.J. zal weldra de mogelijkheid hebben om zich klaar en duidelijk over deze kwestie uit te spreken aangezien een aantal Duitse rechters hierover prejudiciële vragen hebben gesteld²⁰.

9. Bestrijding van de criminaliteit als rechtvaardigingsgrond. Zoals hierboven is uiteengezet erkent het H.v.J. ook de bestrijding van de criminaliteit als rechtvaardigingsgrond voor lidstaten om het vrij verkeer van diensten te beperken.

In dergelijk geval heeft het H.v.J. in de zaak *Placanica* gesteld dat de bestrijding van de criminaliteit niet noodzakelijk onverenigbaar is met het laten bestaan van een groot gokaanbod of zelfs met het voeren van een “gecontroleerd expansief gokbeleid” – de lidstaat in kwestie wil immers in dergelijk geval niet zozeer het gokaanbod terugdringen²¹, als wel de aanwezige aanbieders van gokdiensten aan een controle onderwerpen. Welnu, aldus het Hof: “[h]et vereiste dat de in de kanspelsector actieve marktdeelnemers en hun lokalen worden onderworpen aan een initiële controle en aan een voortdurend toezicht draagt duidelijk bij tot het doel, te voorkomen dat deze marktdeelnemers bij criminele of frauduleuze activiteiten worden betrokken, en lijkt een maatregel te zijn die volledig evenredig is aan dat doel.”²².

Maar in dergelijk geval moet de lidstaat in kwestie opnieuw consequent zijn. De bekommernis om de criminaliteit terug te dringen kan op zich perfect een rechtvaardigingsgrond inhouden om bijvoorbeeld een controle- of vergunningstelsel in te stellen. Diezelfde bekommernis impliceert evenwel tevens dat men dan niet zomaar derden mag verhinderen om zich aan die controle of vergunningsmaatregelen te onderwerpen. In *Placanica* merkte het H.v.J. aldus op dat “[b]lijkens het dossier verdachten in de hoofdzaken echter bereid [waren] om vergunningen te verkrijgen en zich aan een dergelijke controle en een dergelijk toezicht te onderwerpen”²³.

Maatregelen die niet bijdragen tot een betere fraude- of criminaliteitsbestrijding zullen ons inziens uiteraard niet kunnen worden gerechtvaardigd door een beroep op deze rechtvaardigingsgrond. Zo heeft het H.v.J. beslist dat buitenlandse kapitaalvennootschappen niet zomaar kunnen worden uitgesloten van het vergunningstelsel, aangezien hun uitsluiting niet bijdraagt tot de criminaliteitsbestrijding: “deze totale uitsluiting [van op de gereglementeerde markten genoteerde kapitaalvennootschappen] gaat verder dan noodzakelijk is ter bereiking van het doel, te voorkomen dat de in de kanspelsector actieve marktdeelnemers bij criminele en frauduleuze activiteiten worden betrokken.”²⁴. De instelling van een “*numerus clausus*” van licentiehouders op basis van het argument van de fraudebestrijding lijkt ons om dezelfde redenen niet toegelaten (dergelijke *numerus clausus* ziet immers eerder op een beperking van het gokaanbod dan op bestrijding van de criminaliteit). Over deze laatste vraag heeft het H.v.J. zich evenwel nog niet uitdrukkelijk uitgesproken²⁵.

10. Bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde restrictie op het grensoverschrijdend gokverkeer gerechtvaardigd is, zal men ook moeten nagaan wat de situatie is in het land van oorsprong. Indien een dienstverlener in zijn land van oorsprong reeds onderworpen is aan een bepaald soort regelgeving, is het uiteraard niet gerechtvaardigd om hem in het land van bestemming nóg eens te confronteren met gelijkaardige vereisten²⁶. Een lidstaat A kan bijvoorbeeld slechts een licentievereiste opleggen aan een dienstverlener gevestigd en geldig vergund in lidstaat B, indien de licentievereisten in lidstaat A verschillen van deze in lidstaat B, en wanneer in lidstaat A afdoende rekening wordt gehouden met het relevante bewijs en de garanties die de dienstverlener levert.

De proportionaliteitstoets

11. Zoals hierboven reeds werd uiteengezet moet een nationale beperking aan het vrij dienstenverkeer niet alleen (i) niet-discriminerend en (ii) gerechtvaardigd zijn; zij moet tevens (iii) proportioneel zijn.

Wat deze derde voorwaarde van proportionaliteit betreft

¹⁹. Zoals hierboven uiteengezet is vanuit sociomedisch oogpunt vooral het onderscheid *short-odds* vs. *long-odds* relevant.

²⁰. Zie bv. het verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Verwaltungsgericht Gießen (Duitsland) op 9 juli 2007 (*Markus Stof/Wetteraukreis* (Duitsland, C-316/07) (www.curia.eu): “Moeten de artikelen 43 en 49 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationaal monopolie op bepaalde kansspelen zoals bijvoorbeeld sportweddenschappen, wanneer in de betrokken lidstaat een samenhangend en stelselmatig beleid ter beperking van kansspelen geheel ontbreekt, in het bijzonder omdat de nationale concessiehouders de deelname aan andere kansspelen – zoals de nationale loterijen en casinospelen – aanmoedigen, en daarnaast andere spelen met hetzelfde of groter vermoede potentieel tot verslavingsgevaar – zoals weddenschappen op bepaalde sportuitslagen (zoals paardenrennen) en gokautomaten – door private dienstverleners mogen worden aangeboden?” Zie ook zaken C-409/07 en C-410/07, allen te consulteren op www.curia.eu.

²¹. H.v.J. 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en 360/04, *Placanica*, r.o. 55.

²². *Ibid.*, r.o. 65.

²³. *Ibid.*, r.o. 66.

²⁴. *Ibid.*, r.o. 62.

²⁵. In *Placanica* liet het H.v.J. deze vraag onbeantwoord, aangezien “het Hof niet over voldoende feitelijke gegevens [beschikt] om de beperking van het totale aantal concessies, gelet op de uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende vereisten, als zodanig te beoordelen” (*ibid.*, r.o. 57).

²⁶. H.v.J. 28 maart 1996, C-272/95, *Guiot-Climatec*, *Jur.* 1996, p. I-1905.

heeft het H.v.J. er opnieuw, net zoals m.b.t. de tweede voorwaarde van de “dwingende redenen van algemeen belang”, op gewezen dat het de nationale rechter toekomt om in concreto na te gaan of een beperking op het vrij grensoverschrijdend verkeer van gokdiensten wel proportioneel is ten opzichte van de daadwerkelijke, reële doelstelling van die beperking²⁷.

In het bijzonder heeft het H.v.J. duidelijk gemaakt dat strafrechtelijke sancties in beginsel niet proportioneel zijn, daar er minder verregaande mogelijkheden bestaan (in België bv. een verbod op basis van de economische wetgeving, zoals de Wet op de Handelspraktijken) om een beperking op het vrij grensoverschrijdend verkeer van gokdiensten te bewerkstelligen²⁸.

Ten slotte staat opnieuw vast dat de situatie in de lidstaat van vestiging van de dienstverlener een cruciale factor is bij de proportionaliteitstoets²⁹.

De bewijslast

12. De vraag stelt zich wie in een concreet geding de bewijslast draagt om aan te tonen of een bepaalde nationale restrictie op het vrij dienstenverkeer al dan niet “Europaconform” is. Het is ons inziens onbetwist dat het aan de partij is die zich op het vrij dienstenverkeer beroept, om het loutere bestaan van een restrictie aan te tonen. Het is vervolgens aan de partij die zich op de restrictie beroept (bv. de overheid of een licentie- of monopoliehouder in het land van bestemming van de dienst), om aan te tonen dat deze niet-discriminatoir, proportioneel en in het algemeen gerechtvaardigd is. Dit beginsel is zowel op Europees³⁰ als nationaal niveau erkend³¹. Dit geldt a fortiori in strafzaken, waar het voldoende is voor een beklagde om een rechtvaardigingsgrond in te roepen, waarna het aan het Openbaar Ministerie of de burgerlijke partij is om deze rechtvaardigingsgrond te weerleggen³².

3. KRITISCHE ANALYSE VAN HET ARREST VAN HET HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN IN HET LICHT VAN DE HIERBOVEN AANGEHAALDE PRINCIPES

Het voorwerp van het geding: groepsdeelname aan loterijen

13. In het geannoteerde arrest werd het Antwerpse hof van beroep geconfronteerd met de Belgische vennootschap Customer Service Agency (“CSA”) die in België loterijen van de Nationale Loterij herverkocht. Daarbij werd een systeem van groepsdeelname aangeboden. Het concept is eenvoudig: de consument die een loterijticket aankoopt van de Nationale Loterij kan weliswaar een erg belangrijke geldprijs winnen, maar zijn winstkans is – door het grote aantal

deelnemende loten – beperkt. De groepsdeelname laat toe om met een groep van bijvoorbeeld 100 of 200 consumenten samen een groot aantal loten te kopen en de eventuele geldprijs te verdelen. De te winnen geldprijs daalt dan wel (ze moet immers door 100 of 200 worden gedeeld), maar de winstkans verhoogt navenant. Deze praktijk van groepsdeelname bestond reeds op lokaal niveau en wordt in België zelfs geadverteerd door de Nationale Loterij, maar in groeiende mate zijn er in België ook bedrijven actief die dergelijke groepsdeelname op commerciële schaal aanbieden, en zich in ruil een percentage van de inzet toe-eigenen.

27. “Het staat aan de [nationale] rechter na te gaan of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk beantwoordt aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn.” (Gambelli, o.c., r.o. 75).

28. Zie Gambelli, o.c. en Placanica, o.c.

29. P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, OUP, 2003, 817.

30. Een lidstaat of onderneming die zich op een uitzonderingsbepaling van het EG-Verdrag beroept, moet immers aantonen dat is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van die bepaling (H.v.J. 15 november 2007, C-162/06, *International Mail Spain SL/Administración del Estado, Correos*, C-162/06, r.o. 49, te raadplegen op www.curia.eu en H.v.J. 13 november 2003, C-42/02, *Lindman, Jur.* 2003, I-13519, r.o. 26: “Het dossier van het hoofdgeding dat de verwijzende rechter aan het Hof heeft toegezonden, bevat geen enkel statistisch of ander gegeven waaruit kan worden geconcludeerd dat de deelneming aan kansspelen ernstige risico's inhoudt, noch, a fortiori, dat er een bijzondere samenhang bestaat tussen dergelijke risico's en de deelname van onderdanen van de betrokken lidstaat aan in andere lidstaten georganiseerde loterijen. Mitsdien moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 49 EG-Verdrag zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat, volgens welke prijzen van in andere lidstaten georganiseerde kansspelen voor de inkomstenbelasting tot het belastbaar inkomen van de winnaar worden gerekend, terwijl prijzen van in de betrokken lidstaat georganiseerde kansspelen vrij zijn van inkomstenbelasting.”

31. Met betrekking tot de goksector werd dit principe inzake de bewijslast onder andere erkend in België (Kh. Luik 24 november 2006, A.R. 0899/05, *niet gepubl.*; Voorz. Kh. Luik 23 april 2007, n° B.2007/00111, *niet gepubl.*; Rk. Antwerpen 10 januari 2008, *O.M./S.*, *niet gepubl.*), Frankrijk (Cass. fr. 10 juli 2007, 1023 FS-P, *niet gepubl.*; Versailles 18 januari 2008, *O.M./D.*, *niet gepubl.*) en Nederland (Rb. Arnhem 2 juni 2004, www.rechtspraak.nl). In het kader van de Europese vrijhandelsorganisatie wordt eenzelfde verdeling van de bewijslast gehanteerd (EFTA Hof E-1/06, *Surveillance Authority/Norway* en E-3/06, *Ladbrokes/Norway*). Ook de rechtsleer is dezelfde mening toegedaan (P. CRAIG en G. DE BÚRCA, o.c., 814 en P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Community*, Londen, Sweet & Maxwell, 1996, 181 en de verwijzingen naar rechtspraak aldaar).

32. Voorz. Kh. Charleroi 13 april 2005, A.R. 2004/03387, *niet gepubl.*

In het buitenland, en met name in Duitsland, is het fenomeen van dergelijke “*Tippgemeinschaften*” al jaren gekend – en toegelaten. Artikel 37 van de wet van 19 april 2002³³ (de “Loterijwet”) stelt de “*Tippgemeinschaften*” evenwel strafbaar.

CSA bood aan haar klanten eveneens een garantie: indien een speler één maand lang niets won, werden zijn deelnamekosten terugbetaald. Dergelijke prijsgarantie wordt door een groot aantal “*Tippgemeinschaften*” gegeven: doordat men aan elke trekking deelneemt in speelgroepen met wel 100 of 200 deelnemende biljetten is de kans wel érg klein dat men helemaal niets zou winnen.

Op basis van het voorgaande stelde de Nationale Loterij een stakingsvordering in tegen CSA. Enerzijds stelde de Nationale Loterij dat de prijsgarantie van CSA een verboden kansspel uitmaakte; anderzijds stelde de Nationale Loterij dat de door CSA georganiseerde groepsdeelname strijdig was met artikel 37 van de Loterijwet.

In eerste aanleg stelde de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Hasselt een aantal prejudiciële vragen aan het H.v.J. alvorens over de grond van de zaak te beslissen³⁴. Hierop tekende de Nationale Loterij – met succes – hoger beroep aan bij het hof van beroep te Antwerpen.

De analyse van het Hof met betrekking tot de prijsgarantie

14. Volgens het Antwerpse hof van beroep is de prijsgarantie die CSA aanbiedt een kansspel, dat onderscheiden is van de groepsdeelname aan de Euro-Millions-loterij (overweging 2.4.). De kwalificatie als apart kansspel wordt niet nader gemotiveerd en wij hebben niet de bedoeling om de appreciatie van de feiten door het hof in vraag te stellen. Om meerdere redenen hebben wij evenwel bedenkingen bij de beslissing van het hof.

Ten eerste kan men zich de vraag stellen of een dergelijke prijsgarantie wel beantwoordt aan de definitie van een “kansspel”, *i.e.* elk (i) spel of weddenschap; (ii) waarbij een inzet wordt betaald, hoe klein ook, (iii) en waarbij de winst geheel of gedeeltelijk van het toeval afhangt³⁵. In casu lijkt er immers geen aparte inzet te bestaan. Maar bovenal kan

men zich de vraag stellen of een prijsgarantie – en bij uitbreiding alle andere verkoops promoties waarbij de prijs van een verkochte dienst kan worden teruggewonnen – wel een “spel of weddenschap” uitmaakt. Het is niet denkbeeldig dat men tot onwenselijke resultaten komt wanneer men elke *verkoops promotie* met een *spel of weddenschap* zou gelijkstellen³⁶. Ook juridisch gezien gaat het ons inziens om twee onderscheiden concepten. Een verkoops promotie is slechts een accessorium dat door een verkoper van waren of diensten wordt aangeboden om de verkoop van die waren of diensten te bevorderen, terwijl een kansspel op zichzelf staat³⁷.

Ten tweede is de redenering van het hof merkwaardig omdat in het vervolg van het arrest eigenlijk geen gevolgen worden vastgeknoopt aan de kwalificatie van de prijsgarantie als een “kansspel”. Het hof had als stakingsrechter immers moeten vaststellen dat de Kansspelenwet werd geschonden, aangezien zonder vergunning een verboden kansspel werd aangeboden.

Ten derde wekt de motivering van het hof verwondering omdat met betrekking tot het door CSA beweerdelijk aangeboden “kansspel” geen Europeesrechtelijke toets wordt doorgevoerd, terwijl dit wél het geval is voor de door CSA aangeboden groepsdeelname aan de Euro-Millions-loterij (*cf. infra*).

De analyse van het hof met betrekking tot de organisatie van groepsdeelname aan de Euro-Millions-loterij

15. Wat de inbreuk door CSA op artikel 37 van de Loterijwet betreft, heeft het hof van beroep te Antwerpen wél een Europeesrechtelijke toets doorgevoerd.

16. Allereerst ging het hof na of er in casu wel een grensoverschrijdend element aanwezig was, dat zou nopen tot de toepassing van het beginsel van het vrij dienstenverkeer zoals besloten in artikel 49 EG-V. Het hof weerhield dergelijk grensoverschrijdend element op basis van de omstandigheid dat CSA via internet (en derhalve wereldwijd) reclame maakt. Ons inziens had het hof overigens ook zonder die

³³. Wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij, *B.S.* 4 mei 2002.

³⁴. Voorz. Kh. Hasselt 15 december 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2006, 647, noot V. WELLENS: “De positie van de Nationale Loterij onder het EG-recht”.

³⁵. Art. 2, 1° wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers, *B.S.* 30 december 1999 (de “Kansspelenwet”).

³⁶. Volgens de redenering van het Antwerpse hof van beroep biedt pakweg sauzenfabrikant Devos Lemmens ook een verboden kansspel aan, aangezien zij bij wijze van verkoops promotie barbecuesauzen verkoopt (= inzetvereiste), waarvan de prijs wordt terugbetaald (= winstvereiste) wanneer het gedurende een volledige week na aankoop geen zonnig barbecueweer is (= toevalsvereiste).

³⁷. In de *Familiapress*-zaak werd het H.v.J. geconfronteerd met een tijdschrift waarin, naast redactionele inhoud, bepaalde prijsvragen werden aangeboden. Het Hof heeft in die zaak gesteld dat de bewuste prijsvragen géén zelfstandige spelactiviteit uitmaakten, maar slechts een accessorium waren van de redactionele inhoud (H.v.J. 26 juni 1997, C-368/95, *Familiapress*, *Jur.* 1997, p. I-3689; zie ook de conclusie van advocaat-generaal Colomer van 24 mei 2007 in de zaak C-195/06, *Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)/Österreichischer Rundfunk (ORF)*, in het bijzonder r.o. 61, beschikbaar op www.curia.eu). Eenzelfde argumentatie moet o.i. worden toegepast op verkoops promoties.

omstandigheid moeten besluiten tot de toepasselijkheid van artikel 49 EG-V. Inzake de “interstatelijkheids” legt het H.v.J. de lat immers zeer laag, en de louter potentiële mogelijkheid dat een afnemer buiten België de dienst van CSA kan afnemen lijkt voldoende³⁸. Overigens kan ons inziens ook een grensoverschrijdend element worden afgeleid uit de omstandigheid dat CSA blijkbaar groepsdeelname aan Euro-Millions-biljetten – wat een transeuropese loterij is die door verschillende nationale loterijen wordt aangeboden³⁹.

Vervolgens stelt het hof (impliciet) vast dat artikel 37 van de Loterijwet een restrictie inhoudt van het vrij dienstenverkeer, en gaat het na of artikel 37 en het daarin besloten verbod op de commerciële organisatie van groepsdeelname aan loterijen wel gerechtvaardigd is.

17. Het hof past vervolgens de hierboven vermelde driestapstest toe overeenkomstig de *rule of reason* gekend uit de *Cassis de Dijon*-rechtspraak: is de restrictie (i) niet-discriminatoir; (ii) gerechtvaardigd; (iii) proportioneel?

18. Niet-discriminatoir karakter van de beperking. Het hof stapt over de eerste voorwaarde heen, zodat impliciet kan worden besloten dat het hof van beroep van oordeel was dat artikel 37 van de Loterijwet en het daarin besloten groepsdeelnameverbod niet-discriminerend is.

19. Gerechtvaardigd karakter van de beperking. Wat de tweede voorwaarde betreft, met name de vraag of het verbod op groepsdeelname uit artikel 37 van de Loterijwet gerechtvaardigd is, stelt het hof van beroep op basis van een analyse van de voorbereidende werken dat het monopolie van de Nationale Loterij gerechtvaardigd is door het verlangen om de goklust te kanaliseren. Daartoe citeert het Antwerpse hof uit de *Memorie van Toelichting* van de Loterijwet, haalt het een tweetal ministeriële verklaringen aan van de minister bevoegd voor de Nationale Loterij, en verwijst het ook naar de beheersovereenkomst tussen de Belgische Staat en de Nationale Loterij.

Op basis van de feitelijke vaststelling dat de Belgische wetgever zich heeft laten leiden door een kanalisatiegedachte, is het volgens het hof “redelijk aan te nemen dat de doelstellingen van de [Loterijwet] in gevaar komen wanneer commerciële activiteiten... worden geënt op de door de Nationale Loterij georganiseerde loterijen” (rechtsoverweging 2.5.4.).

Het hof fluit ook de Hasseltse rechter terug die een aantal prejudiciële vragen had gesteld, waarbij werd uitgegaan van het feit dat de Nationale Loterij zich eerder laat leiden door winstmaximatie dan door het doelgerichte kanaliseren van het speelgedrag (rechtsoverweging 2.5.3.). Volgens het Antwerpse hof ligt daarvan geen bewijs voor.

Opnieuw moet worden vastgesteld dat de overwegingen van het hof voor alles een feitelijke appreciatie uitmaken, waar wij ons uiteraard niet over uit te spreken hebben. Een aantal methodologische bedenkingen zijn evenwel op hun plaats.

Ten eerste moet eraan worden herinnerd dat in casu aan CSA een inbreuk werd verweten op artikel 37 van de Loterijwet. Ons inziens had dan ook specifiek de rechtvaardigingsgrond van artikel 37 van de Loterijwet moeten worden achterhaald (met name het verbod om loterijen via groepsdeelname te herverkopen), en niet van de *gehele* Loterijwet. Het is immers dát verbod dat *in casu* ter discussie stond, en niet bijvoorbeeld het monopolierecht van de Nationale Loterij of de algehele geldigheid van de Loterijwet.

Ten tweede stellen wij ons enige vragen bij de elementen die door het Antwerpse hof in aanmerking zijn genomen om ertoe te besluiten dat de Belgische Loterijwet is gerechtvaardigd door de wil om het gokaanbod terug te dringen en te “kanaliseren”. Dit is opnieuw een louter feitelijke appreciatie die het hof uiteraard in alle soevereiniteit kan maken. Maar men kan zich afvragen of het hof van beroep wel voldoende voorzichtig is omgesprongen met uitlatingen uit de *Memorie van Toelichting* en uitlating van de minister die de Nationale Loterij onder diens voorgedij heeft. Hebben dergelijke uitlatingen van overheidswege voldoende neutraliteit... wanneer men weet dat de Belgische Staat de hoofdaandeelhouder is van de Nationale Loterij⁴⁰? Het is precies om dit soort van twijfel te vermijden dat het H.v.J. in de zaken *Gambelli* en *Zenatti* vereist dat de nationale rechter ook moet nagaan of de lidstaat in kwestie wel *daadwerkelijk* de doeleinden nastreeft die zij officieel voorhoudt.

Deze vraag naar het *daadwerkelijke* respect van de officiële beleidsdoelstellingen brengt ons meteen bij het derde punt. Men kan het Antwerpse hof van beroep niet verwijten dat het de *Gambelli*- en *Zenatti*-rechtspraak zomaar naast zich heeft neergelegd. Het heeft zich immers de vraag gesteld of de “edele doelen” uit de voorbereidende werken ook effectief in de praktijk worden nageleefd. Zijn antwoord op deze vraag is evenwel erg eenvoudig: gezien hem “*geen enkel gegeven*”

³⁸. Zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 805 en de interessante overwegingen in H.J. VAN HARTEN, noot onder H.v.J. 21 juli 2005, C-231/03, *Coname*, S.E.W. 2006/4, p. 166-170.

³⁹. Zie www.euromillions.be.

⁴⁰. Een kleine analyse van de voorbereidende werken van loterijwetgevingen die de Loterijwet zijn voorafgegaan, alsmede een analyse van bepaalde K.B.'s die individuele loterijspelen toelaten, leert overigens dat uitdrukkelijk wordt toegegeven dat de bestaansreden van de Nationale Loterij en van haar loterijmonopolie voor alles van financiële aard is (zie o.m. V. WELLENS, “De positie van de Nationale Loterij onder het EG-recht”, *o.c.*, 656-663). De voorbereidende werken van de Wet op de Nationale Loterij uit 1990, die de wet van 2002 voorafging, vermelden bv. het volgende: “Teneinde de doelstelling te behalen waarvoor de Nationale Loterij werd gecreëerd (met name het **genereren van winsten die moeten worden toegekend aan doelen van openbaar belang**), mag de Nationale Loterij niet achterblijven op andere staatsloterijen, en moet zij **competitief blijven**.” (onderstreping toegevoegd) (Wetsontwerp met betrekking tot de Nationale Loterij, Verslag namens de Commissie Financiën, Mr. Van Hooland, *Parl. St. Senaat* 1990-91, 1296/3).

werd voorgelegd dat het tegendeel bewijst, moet worden vastgesteld dat in de praktijk effectief het kanalisatiebeleid wordt gevoerd dat ook in de voorbereidende werken wordt gepreconiseerd⁴¹. Wij hebben geen kennis van het bewijsmateriaal dat in deze zaak door beide partijen is geproduceerd, en kunnen dan ook slechts akte nemen van dit standpunt van het hof. Wij zouden het wel problematisch achten indien het Antwerpse hof van beroep, louter op basis van de afwezigheid van enige bewijsvoering door CSA, *ipso facto* tot de Europeesrechtelijke conformiteit van artikel 37 van de Loterijwet zou hebben besloten. Ons inziens komt het immers toe aan de partij die zich beroept op een nationale beperking op het vrij verkeer van gokdiensten, om aan te tonen dat de ingeroepen rechtvaardigingsgrond ook effectief in de praktijk wordt toegepast (cf. *supra* onze overwegingen inzake de bewijslast). Uit de *Lindman*-zaak blijkt overigens dat het H.v.J., bij afwezigheid van enige nadere bewijsvoering, besluit tot de *strijdigheid* van een nationale beperking op het vrij verkeer van diensten, eerder dan tot de conformiteit daarvan, met het Europees recht: “[h]et dossier van het hoofdgeding dat de verwijzende rechter aan het Hof heeft toegezonden, bevat geen enkel statistisch of ander gegeven waaruit kan worden geconcludeerd dat de deelneming aan kansspelen ernstige risico's inhoudt, noch, a fortiori, dat er een bijzondere samenhang bestaat tussen dergelijke risico's en de deelname van onderdanen van de betrokken lidstaat aan in andere lidstaten georganiseerde loterijen. Mitsdien moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 49 EG-Verdrag zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat, volgens welke prijzen van in andere lidstaten georganiseerde kansspelen voor de inkomstenbelasting tot het belastbaar inkomen van de winnaar worden gerekend, terwijl prijzen van in de betrokken lidstaat georganiseerde kansspelen vrij zijn van inkomstenbelasting.”⁴². In een recente strafzaak heeft de Antwerpse raadkamer overigens recent de onderzoeksrechter gelast om een onderzoek te voeren naar het concrete marktgedrag van de Nationale Loterij alvorens over de zaak te oordelen⁴³.

Wij zijn tevens van oordeel (vierde punt) dat het Antwerpse hof van beroep *in globo* had moeten nagaan of het gehele Belgische gokbeleid, inclusief de wetgeving inzake sportwedenschappen en kansspelen de kanalisatie van het gokgedrag nastreeft. Zoals hierboven is uiteengezet moet volgens het H.v.J. immers worden geverifieerd of het gokaanbod wel op

“*systematische en coherente wijze*” wordt beperkt (cf. *supra*, punt 2.5.). In plaats daarvan heeft het Hof enkel en alleen de loterijsector in aanmerking genomen. Een meer globale analyse had ons inziens tot andere resultaten kunnen leiden.

Ten vijfde stellen wij ons de vraag naar de redengeving van het Antwerpse hof, wanneer het stelt dat het “*redelijk [is] aan te nemen dat de doelstellingen van de [Loterijwet] in gevaar komen wanneer commerciële activiteiten... worden geënt op de door de Nationale Loterij georganiseerde loterijen*” (rechtsoverweging 2.5.4.). Waaróm één en ander redelijk zou zijn wordt helaas niet gemotiveerd. Het ware nochtans interessant geweest om van het hof te vernemen waarom het de doorverkoop van biljetten van de Nationale Loterij – biljetten waarvan de “onschadelijkheid” wordt aangenomen, en die zélf van commerciële aard zijn aangezien zij “*volgens handelsmethoden*” worden aangeboden⁴⁴ – als potentieel strijdig met de kanalisatiegedachte acht. Eén en ander is ons niet meteen duidelijk, aangezien de consument niet wordt geconfronteerd met een bijkomende speelgelegenheid, maar slechts met een “herverpakt” loterijspel dat reeds door de Nationale Loterij wordt aangeboden.

20. Proportioneel karakter van de beperking. Wat de derde voorwaarde inzake proportionaliteit betreft, stelt het hof dat volgens hem het verbod op groepsdeelname “*geschikt voor[komt] om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder [gaat] dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is*”. Aldus heeft het hof formeel de proportionaliteitstoets doorgevoerd.

Deze vaststelling is ons inziens opmerkelijk aangezien andere lidstaten, zoals Duitsland, blijkbaar helemaal géén graten zien in de zogenaamde “*Tippgemeinschaften*”, deze praktijk van speelgroepen ook in de praktijk bestaat en zelfs in recente reclamecampagnes wordt aangemoedigd door de Nationale Loterij. Ook kan men zich inbeelden dat er wel degelijk minder verregaande middelen bestaan dan een volledig *verbod* op groepsdeelname om de consument te beschermen (bv. reglementering van de “*Tippgemeinschaften*”, stellen van een maximaal aantal deelnemers, etc.). Opnieuw moet worden opgemerkt dat het Antwerpse hof niet noodzakelijkerwijze geconfronteerd is geweest met

⁴¹. We noteren evenwel dat zelfs in de rechtsleer ernstige vragen worden gesteld bij het agressieve marktgedrag van de Nationale Loterij, dat moeilijk te verzoenen valt met haar wettelijke opdracht om de goklust te kanaliseren (V. WELLENS, “De positie van de Nationale Loterij onder het EG-recht”, *o.c.*, 656-663).

⁴². H.v.J. *Lindman*, *o.c.*, r.o. 26.

⁴³. Rk. Antwerpen 10 januari 2008, *O.M./S.*, niet gepubl. De raadkamer oordeelde als volgt: “Men kan het niet als verworven beschouwen dat de burgerlijke partij (Nationale Loterij) louter door de reclame die zij voert en de waaier van producten die zij aanbiedt het beoogde doel, namelijk het kanaliseren van de aangeboden speelzucht, niet benaarstigt. Anderzijds is het financieren en voeren van voorlichtingscampagnes en een ‘preventie- en opvangbeleid’ geen daadwerkelijke rechtvaardiging vermits enerzijds de effectiviteit daarvan niet bewezen is ten aanzien van de doelstelling en men anderzijds een dergelijke verplichting ook zou kunnen opleggen aan partijen zoals beklagden, waardoor de vrijheid van dienstverlening in gelijkheid zou kunnen gewaarborgd blijven. In het bundel dat voorligt zijn geen elementen aanwezig (noch gegevens, noch onderzoeksresultaten, noch eventueel een deskundigenonderzoek) die toelaten aan de raadkamer het voorgaande, dat essentieel voorkomt om na te gaan of er in casu voldoende bezwaren zijn dat de feiten een misdrijf uitmaakt, te toetsen.” (hoger beroep werd aangehouden).

⁴⁴. Art. 3 van de Loterijwet.

deze overwegingen in de procedure die aanleiding heeft gegeven tot het geannoteerde arrest. Het wordt dus uitkijken

tot de volgende gelegenheid voor het hof om zich over deze kwestie nader uit te spreken.

4. WAT NIET WERD VOORGELEGD AAN HET HOF

21. Een interessant punt dat helaas niet werd onderzocht door het hof en blijkbaar niet door de verwerende partij werd aangedragen, is de vraag of de vordering van de Nationale Loterij tegenover CSA geen problemen stelt onder artikel 86 EG-V., dat ziet op bepaalde gedragsregels voor staatsmonopolies. In het verleden heeft het H.v.J. al op basis van artikel 86 EG-V. positie ingenomen in een strafzaak met betrekking tot het Belgische postmonopolie. In die zaak werd de heer Corbeau vervolgd voor het aanbieden van bepaalde pakjesdiensten. Het H.v.J. stelde dat art. 86 EG-V. zich ertegen verzet dat een persoon strafrechtelijk zou worden vervolgd voor het aanbieden van een “aantal specifieke, van de dienst van algemeen belang dissocierbare diensten, die beantwoorden aan bijzondere behoeften van de marktdeelnemers en een aantal bijkomende prestaties vergen die de traditionele post niet aanbiedt, voor zover die diensten het economisch evenwicht van de door de houder van het exclusieve recht verrichte dienst van algemeen economisch belang niet in gevaar brengen”⁴⁵. Ons inziens had CSA in casu kunnen proberen om een gelijkaardig argument te ontwikkelen. De

dienst bestaande uit het aanbieden van speelgroepen of “*Tippgemeinschaften*” kan immers als een *aparte* dienst worden beschouwd, en men zou kunnen stellen dat deze kan worden gedissocieerd van het aanbod door de Nationale Loterij van haar loterijdiensten, die de wetgever (o.i. overigens volledig ten onrechte⁴⁶) kwalificeert als een “openbare dienst”.

Daarenboven bestaan speelgroepen *de facto* al sinds jaar en dag (denken wij maar aan de “pot” die wordt gelegd op kantoor of in de sportclub, of de groepsdeelname die door bepaalde krantenwinkels wordt georganiseerd).

Ten slotte zou men kunnen trachten te argumenteren dat de herverkoop van biljetten van de Nationale Loterij via groepsdeelname nu niet echt de eigenlijke activiteit van de Nationale Loterij ontwricht.

CSA had derhalve kunnen trachten om eenzelfde argumentatie op te bouwen als het H.v.J. in de *Corbeau*-zaak.

5. BESLUIT

22. Ter besluit kunnen wij een drietal algemene observaties maken met betrekking tot het geannoteerde arrest.

Ten eerste verheugen wij ons in het groeiende belang dat de Belgische rechtspraak hecht aan een correcte toepassing van artikel 49 EG-V. bij de evaluatie van de nationale gokwetgeving. Het feit dat het Antwerpse hof van beroep de *rule of reason* heeft toegepast kan derhalve alleen maar worden toegejuicht.

Evenwel menen wij dat de concrete redenering en motivering van het hof van beroep te Antwerpen tekortschiet, zowel in (i) de precieze analyse van de rechtvaardigingsgrond van artikel 37 van de Loterijwet, (ii) de toepassing van de “hypocrisietest”, (iii) de verdeling van de bewijslast en (iv) de toepassing van de “proportionaliteitstest”. Op basis van een

aantal ons gekende (straf-)zaken die momenteel binnen het rechtsgebied van het hof van beroep te Antwerpen hangen, kan in ieder geval worden verwacht dat het Antwerpse hof spoedig de kans zal krijgen om zijn rechtspraak te verfijnen.

Als laatste punt moet worden opgemerkt dat de rechtspraak in België voorlopig in overwegende mate graveert rond artikel 49 EG-V. en het vrij verkeer van diensten. Het kan evenwel worden verwacht dat de rechtbanken met betrekking tot de goksector vroeg of laat ook andere Europeesrechtelijke knopen zullen moeten doorhakken, bij voorbeeld in de sfeer van het mededingingsrecht en de staatssteun⁴⁷. Dat lijkt onvermijdelijk in een sector die jarenlang het voorwerp heeft uitgemaakt van starre monopolies maar nu langzaam in beweging lijkt te komen.

⁴⁵. H.v.J. 19 mei 1993, C-320/91, *Corbeau*, *Jur.* 1993, p. I-2533.

⁴⁶. Zie in dit verband de kritiek ontwikkeld in C. DE PRETER en J. DUMORTIER, “La nouvelle réglementation belge en matière de jeux à l’épreuve du droit communautaire et constitutionnel”, *R.D.T.I. (Revue Ubiquité)* 2002, 7-28.

⁴⁷. Zie ook de interessante overwegingen van V. WELLENS in diens noot onder het vonnis in eerste aanleg van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Hasselt (*cf. supra*).