

internationale organisaties) voor een internationale onrechtmatige daad aansprakelijk is. Zie voor een gedegen behandeling van deze materie het KNVIR-preadvies van P. Palchetti, "International Responsibility for Conduct of UN Peacekeeping Forces: The Question of Attribution", *Mededelingen KNVIR* nr. 141, 2014, pp. 1-29.

15. Het Gerechtshof en de Hoge Raad hebben met deze uitspraken ook de lijn van de recente jurisprudentie van het EHRM doorgetrokken die erin voorziet dat de nationale zendstaat op grond van het EVRM en het IVBPR wel degelijk rechtsmacht kan uitoefenen buiten het grondgebied van de eigen staat, onder meer wanneer deze daadwerkelijke effectieve controle uitoefent: 'effective control over an area outside that national area', *Al-Skeini e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 juli 2011, nr. 55721/07, para. 138 (zie ook NJ 2012/430). Daarmee lijkt het EHRM afscheid te hebben genomen van de eerdere strikte uitleg die in het *Bankovic*-arrest uit 2001 was ingenomen. Daarmee kunnen de in het EVRM en het IVBPR verankerde rechtsbeginselen onder omstandigheden van toepassing zijn op het optreden van Nederlandse troepen in den vreemde. Toegepast op de onderhavige zaak, oordeelt de Hoge Raad met het Gerechtshof dat de Staat, door middel van Dutchbat, daadwerkelijk in staat is geweest toe te zien op de naleving jegens Mustafić van de in art. 2 en 3 EVRM en art. 6 en 7 IVBPR verankerde mensenrechten (r.o. 3.17.3).

16. Hoezeer ook Nederland zich in de diverse fasen van de procedure als een hardnekkige procespartij heeft opgesteld, het valt nu te hopen dat de familie van Mustafić enige genoegdoening aan de einduitspraak in deze zaak ontleent alsmede aan de schadevergoeding die aan hen rechtens toekomt. Bij de beoordeling van de eventuele bredere betekenis van dit arrest dient steeds met de specifieke feitelijke omstandigheden en de bijzondere context van de zaken Mustafić (en Nuhanović) rekening te worden gehouden. In het licht van deze bijzondere omstandigheden en in het licht van de eerder door de Hoge Raad en het EHRM vastgestelde immuniteit van de VN (zie mijn eerdere noot in NJ 2014/262 en NJ 2014/263), vallen de oordelen van het Gerechtshof en de Hoge Raad goed te begrijpen. Tegelijkertijd deel ik de opvatting van zowel de A-G (par. 5.40-5.42) als de Hoge Raad (r.o. 3.18.1 e.v.) dat nationale rechterlijke instanties terughoudendheid past bij het vellen van een oordeel over het doen en laten van een internationale vredesoperatie, die zich in noodomstandigheden bevond en zich geconfronteerd zag met een vijandige overmacht van meedogenloze tegenstanders die er bijvoorbeeld ook niet voor terugdeinsden een dertigtal Dutchbatters in gijzeling te nemen. De lijn waar ernstige beoordelingsfouten onrechtmatige daden worden, is in dergelijke omstandigheden niet gemakkelijk langs een precieze juridische meetlat te trekken. Dat is dan ook precies de reden waarom internationale vredesoperaties en de VN in het algemeen gevrijwaard zijn van vervolging en berechting in de 193 lidstaten

van de organisatie. Maar dat kan en mag geen reden zijn om bepaalde aspecten van het optreden van de zendstaat, waarvoor deze naar internationaal recht (mede-)verantwoordelijkheid draagt, niet aan nationaal rechterlijke beoordeling te onderwerpen.

N.J. Schrijver

NJ 2015/377

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

30 januari 2015, nr. 13/04238
(Mrs. F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, G. Snijders; A-G mr. M.H. Wissink)
m.nt. S.D. Lindenbergh

Art. 6:194 (oud) BW; art. 8 Wet op de Kansspelen

Prg. 2015/62
NJB 2015/301
JWB 2015/43
RvdW 2015/223
RAV 2015/42
ECLI:NL:PHR:2014:2812
ECLI:NL:HR:2015:178

Trekkingen Staatsloterij. Misleidende reclame; art. 6:194 (oud) BW; verwachtingen van de gemiddelde consument; gewraakte mededelingen van voldoende materieel belang om 'maatman' te kunnen misleiden?; maatstaf; feitelijk oordeel. Art. 8 lid 2 Wet op de Kansspelen (Wok); minimumuitkeringspercentage; redelijke wetsuitleg.

Het oordeel van het hof dat de gemiddelde consument in de periode 2000-2007 niet verwachtte dat door Staatsloterij werd getrokken uit een verzameling van loten ('universum') dat aanzienlijk groter was dan het aantal daadwerkelijk verkochte loten behelst niet het aannemen van een feit van algemene bekendheid of een algemene ervaringsregel, maar is een feitelijke vaststelling van het hof omtrent de verwachtingen van de gemiddelde consument in de desbetreffende periode. Het hof behoeft niet met zoveel woorden in te gaan op de door Staatsloterij ingenomen stellingen omtrent enig andersluidend gebruik 'in loterijland'. In zijn oordeel ligt immers besloten dat dit gebruik niet (in voldoende mate) kenbaar was voor de gemiddelde consument. Dit oordeel is geenszins onbegrijpelijk.

Voor misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW is noodzakelijk – en tevens voldoende – dat de onjuiste of onvolledige informatie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Het hof heeft dit tot uitdrukking gebracht door te onderzoeken of de gewraakte mededelingen van Staatsloterij van voldoende materieel belang waren om de maatman te kunnen misleiden. De oordelen van het hof berusten op feitelijke waarderingsen die in beginsel aan het

hof zijn voorbehouden. Niet kan worden gezegd dat zij onbegrijpelijk zijn.

In art. 8 lid 2 Wok is het volgende bepaald: "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 uitgelooft". Juist is het oordeel van het hof dat deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat het minimumpercentage van 60 niet ziet op iedere trekking afzonderlijk, maar op een langere periode (een jaar) waarin fluctuaties in de maandelijke inleg kunnen worden gladgestreken, aangezien Staatsloterij niet op voorhand weet hoe groot de inleg per trekking zal zijn, terwijl zij wel verplicht is om op voorhand de prijzen bekend te maken. Een redelijke uitleg van het huidige art. 8 lid 2 Wok brengt in het licht van de door het hof genoemde omstandigheden – in het bijzonder de omstandigheid dat Staatsloterij op voorhand niet weet hoeveel loten voor een bepaalde trekking zullen worden verkocht – mee, dat Staatsloterij thans kan volstaan met het streven naar een uitkeringspercentage van 60 per maandelijke loterij en het realiseren van dit percentage als gemiddelde over een langere periode.

Op grond van art. 9 Wet op de Kansspelen ("Wok") kan aan een rechtspersoon vergunning worden verleend tot het organiseren van de staatsloterij. Eiseres tot cassatie, Staatsloterij, heeft volgens art. 2 lid 2 van de Wet Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij onder meer tot doel het organiseren van de staatsloterij en heeft hiervoor een vergunning. Op grond van deze vergunning biedt Staatsloterij verschillende loterijvormen aan. De onderhavige procedure betreft de 12 x per jaar (maandelijks) gehouden staatsloterij. Er hebben zich ongeveer 23.000 natuurlijke personen aangemeld bij verweerster in cassatie, Loterijverlies, ter behartiging van hun belangen in verband met hun deelname aan de staatsloterij. Loterijverlies vordert in deze procedure, kort gezegd, verklaringen voor recht dat bepaalde reclame-uitingen van Staatsloterij misleidend waren, alsmede een vergoeding van kosten, op te maken bij staat. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank, waarbij de vorderingen zijn afgewezen, vernietigd, en opnieuw rechtdoende onder meer (a) voor recht verklaard dat Staatsloterij gedurende de periode 2000 t/m 2007 misleidende mededelingen heeft gedaan over het wel of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkansen en het aantal gewonnen prijzen en hierdoor in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW, (b) voor recht verklaard dat Staatsloterij in 2008 (wat betreft de Koninginnedagtrekking) misleidende mededelingen heeft gedaan over de hoogte van prijzen en hierdoor in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW en (c) Staatsloterij veroordeeld tot vergoeding van kosten op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Zowel Staatsloterij als Loterijverlies is hiervan in cassatie gekomen.

Het onderdeel in het principale cassatieberoep dat aanvoert dat het hof bij zijn oordeel dat de gemiddelde consument zal hebben gemeend dat door Staatsloterij werd getrokken uit de verkochte loten (en niet uit een groter universum) heeft miskend dat het in loterijland volstrekt gebruikelijk was en is om uit een groter universum te trekken en dat de Minister van Justitie dit in antwoord op Kamervragen heeft erkend, is tevergeefs voorgesteld. Het oordeel van het hof dat de gemiddelde consument in de periode 2000-2007 niet verwachtte dat door Staatsloterij werd getrokken uit een 'universum' dat aanzienlijk groter was dan het aantal daadwerkelijk verkochte loten behelst, anders dan het onderdeel betoogt, niet het aannemen van een feit van algemene bekendheid of een algemene ervaringsregel, maar is een feitelijke vaststelling van het hof omtrent de verwachtingen van de gemiddelde consument in de desbetreffende periode. Het hof behoeft niet met zoveel woorden in te gaan op de door Staatsloterij ingenomen stellingen omtrent enig andersluidend gebruik 'in loterijland'. In zijn oordeel ligt immers besloten dat dit gebruik niet (in voldoende mate) kenbaar was voor de gemiddelde consument. Dit oordeel is geenszins onbegrijpelijk.

Het onderdeel dat langs diverse lijnen het oordeel van het hof bestrijdt dat de door Staatsloterij verstrekte informatie, met name wat betreft de winkansen op een grote prijs, van voldoende materieel belang was om de beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden, faalt. Voor misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW is noodzakelijk – en tevens voldoende – dat de onjuiste of onvolledige informatie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Het hof heeft dit tot uitdrukking gebracht door te onderzoeken of de gewraakte mededelingen van Staatsloterij van voldoende materieel belang waren om de maatman te kunnen misleiden. Het hof heeft daarbij vastgesteld dat het in de perceptie van de maatman bij de winkansen ging om gemiddeld zo'n 20 grote prijzen per 3 miljoen loten, terwijl in werkelijkheid sprake was van toekenning van (slechts) 4 grote prijzen. Het hof heeft dit verschil voldoende geoordeeld om de maatman te (kunnen) misleiden en heeft daarbij het verweer van Staatsloterij verworpen dat dit verschil niet van materieel belang voor de maatman heeft kunnen zijn omdat het in beide gevallen gaat om minuscule kleine kansen van 0,00000667% respectievelijk 0,000000953%. Voorts heeft het hof geoordeeld dat het redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren, alsmede dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan. Deze oordelen berusten op feitelijke waarderingsen die in beginsel aan het hof zijn voorbehouden. Niet kan worden gezegd dat zij onbegrijpelijk zijn.

Het incidentele cassatieberoep dat ten betoge strekt dat het hof ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat Staatsloterij niet gehouden is om per trekking

een minimumpercentage van 60 van de door de deelnemers betaalde inleg uit te keren aan prijzen, faalt. In art. 8 lid 2 WoK is het volgende bepaald: "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 uitgelooft." Het hof heeft deze bepaling aldus uitgelegd dat het minimumpercentage van 60 niet ziet op iedere trekking afzonderlijk, maar op een langere periode (een jaar) waarin fluctuaties in de maandelijkse inleg kunnen worden gladgestreken, aangezien Staatsloterij niet op voorhand weet hoe groot de inleg per trekking zal zijn, terwijl zij wel verplicht is om op voorhand de prijzen bekend te maken. Een andere lezing zou immers ertoe leiden dat Staatsloterij in voorkomend geval achteraf extra prijzen aan een trekking zou dienen toe te voegen, een stelling die door Loterijverlies niet is verdedigd, aldus nog steeds het hof. Het oordeel van het hof is juist. Hoewel uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever aanvankelijk voor ogen heeft gestaan dat per maandelijkse loterij een minimumuitkeringspercentage zou gelden en niet blijkt dat dit uitgangspunt is prijsgegeven, brengt een redelijke uitleg van het huidige art. 8 lid 2 WoK in het licht van de door het hof genoemde omstandigheden — in het bijzonder de omstandigheid dat Staatsloterij op voorhand niet weet hoeveel loten voor een bepaalde trekking zullen worden verkocht — mee, dat Staatsloterij thans kan volstaan met het streven naar een uitkeringspercentage van 60 per maandelijkse loterij en het realiseren van dit percentage als gemiddelde over een langere periode.

Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij, te 's-Gravenhage, eiseres tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. M. Ynzonides, mede toegelicht door mr. R.L.M.M. Tan, tegen

Stichting Loterijverlies.nl, te Langedijk, verweerster in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. J.P. Heering en mr. L. van den Eshof.

Hof:

3.1 Artikel 6:194 (oud) BW, waarop vordering A is gebaseerd, heeft betrekking op openbare, aan het publiek gedane mededelingen, en is een *lex specialis* ten opzichte van artikel 6:162 BW dat ook ziet op niet-openbare mededelingen. Bij de vraag of een mededeling misleidend is in de zin van artikel 6:194 (oud) BW moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt, de 'maatman' (HR 30 mei 2008, *LJN* BD2820 'TMF'). Van misleiding zal met name sprake kunnen zijn indien de mededeling onjuist of onvolledig is. De feitelijke vaststelling dat sprake is van een onjuiste of onvolledige mededeling brengt echter nog niet mee dat deze ook misleidend is. Daartoe is nodig dat de mededeling de maatman misleidt of kan

misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Een mededeling kan daarom pas als misleidend worden gekwalificeerd, indien redelijkerwijs aannemelijk is dat de onjuistheid of onvolledigheid van materieel belang is voor de beslissing van de maatman om al dan niet tot de desbetreffende rechtshandeling (hier: deelname aan de staatsloterij, het sluiten van de loterijovereenkomst) over te gaan. In dat geval is immers redelijkerwijs aannemelijk dat de onjuistheid of onvolledigheid het economisch gedrag van de maatman kan beïnvloeden. Het gaat er dus om dat de onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang is om de maatman te misleiden en of de mededeling op zichzelf beschouwd een misleidend karakter heeft. Zie voor dit een en ander: HR 27 november 2009, *LJN* BH2162 'VEB-WOL c.s.'. Aangezien de staatsloterij is bestemd voor het algemene publiek wordt de maatman in dit geval gevormd door de gemiddelde algemene consument; hierna zal worden gesproken over de 'gemiddelde consument' of 'het publiek'. Op Staatsloterij rust ingevolge artikel 6:195 lid 1 BW de bewijslast ter zake van de juistheid en volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd en waarop het beweerdelijk misleidende karakter van de mededeling berust. Dat de onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang is om de beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden, moet door Loterijverlies aannemelijk worden gemaakt.

4. Vordering A (i), (ii) en (iv): gegarandeerde en gewonnen prijzen, winkansen

4.1 Vast staat dat tot 1 januari 2008 in de staatsloterij de grotere prijzen van € 50.000 en € 100.000 niet alleen werden getrokken uit de verzameling van verkochte loten, maar uit een veel grotere verzameling van loten, het zogenoemde 'universum'. Alle loten uit dit universum konden worden verkocht maar slechts een deel daarvan werd ook daadwerkelijk verkocht. In de periode januari 2001-2008 is de grootte van het universum opgelopen van 7,5 miljoen loten tot (sinds januari 2005) 18 miljoen loten (MvA onder 2.5), 20 miljoen loten (PV pleidooi in hoger beroep) of 21 miljoen loten (PA Staatsloterij onder 60). In de visie van Staatsloterij (punt 3.31 MvA) is het realistisch om aan te nemen dat per trekking zo'n 3 miljoen loten werden verkocht. Ook Loterijverlies gaat hier vanuit. Omdat derhalve een prijs kon vallen op een niet-verkocht lot, vielen er (doorgaans) meer prijzen dan daadwerkelijk worden uitgekeerd (vergelijk voor de termen 'vallen' en 'uitkeren' van een prijs punt 2.8 MvA). Met ingang van 1 januari 2008 heeft Staatsloterij, naar Loterijverlies erkent, haar systematiek gewijzigd in die zin dat prijzen enkel nog uit verkochte loten worden getrokken.

(...)

4.6 Het hof stelt vast dat de mededelingen van Staatsloterij aan het publiek in de periode van 2000 tot 1 januari 2008 over het aantal prijzen/winnaars

in de categorie 'grotere prijzen' betrekking hadden op uit het universum te trekken/getrokken prijzen (vanaf 2005: gemiddeld ongeveer 20 prijzen), terwijl het aantal uit te keren/uitgekeerde prijzen (dat zijn de prijzen op verkochte loten) veel lager was (vanaf 2005: gemiddeld ongeveer 4 prijzen). In het algemeen kan worden verwacht dat de prijzen in een loterij worden getrokken uit de verkochte loten. Dit is ook af te leiden uit de laatste opmerking van [NB] in de in rov. 4.3 geciteerde passage uit het Tros Radar-interview, die er op neerkomt dat zij denkt dat niet veel mensen weten dat bij de staatsloterij sprake is van een universum dat (grooten)deels uit niet verkochte loten bestaat. Naar het oordeel van het hof waren de zojuist bedoelde mededelingen van Staatsloterij (zo al niet onjuist dan) in ieder geval onvolledig nu daarbij niet was vermeld dat niet uit het aantal verkochte loten maar uit een veel groter universum zou worden/was getrokken. De mededelingen waarin met *'elke maand 20 winnaars'* werd geadverteerd waren bovendien zonder meer onjuist omdat het begrip 'winnaars' niet anders kan worden opgevat dan als verwijzend naar personen die daadwerkelijk aanspraak op uitkering van een prijs hebben gekregen en er per maand gemiddeld maar 4 van deze winnaars waren. Het in rov. 4.3, aanhef, weergegeven verweer van Staatsloterij faalt derhalve, in aanmerking ook nemende dat zij — hoewel op haar de bewijslast te dien aanzien rust (artikel 6:195 lid 1 BW) — niet gespecificeerd heeft aangeboden om de juistheid en volledigheid van haar hier bedoelde mededelingen te bewijzen.

4.7 Vooropstellend dat het publiek tot 1 januari 2008 althans tot de Tros Radar-uitzending niet wist of kon weten dat ook uit niet-verkochte loten werd getrokken, heeft Loterijverlies betoogd dat de onjuiste/onvolledige mededelingen van Staatsloterij misleiding opleverden omdat, kort gezegd, hiermee onjuiste/onvolledige informatie over de winkansen werd verschaft en het publiek (mede) hierdoor werd bewogen tot het aanschaffen van staatsloten. Staatsloterij heeft betwist dat de door haar gedane mededelingen, ook wanneer zij onjuist of onvolledig zouden zijn, een misleidend karakter hebben.

4.8 Staatsloterij heeft ter onderbouwing van deze betwisting allereerst naar voren gebracht, dat in de algemene spelvoorwaarden zoals neergelegd in de Deelnemersreglementen is vermeld dat alleen de hoofdprijs iedere maand is gegarandeerd en dat daarmee voor de gemiddelde consument duidelijk was dat de andere grote prijzen niet waren gegarandeerd en dus mogelijkerwijs niet zouden worden uitgekeerd. Loterijverlies heeft er echter terecht op gewezen (PA onder 9) dat uit de in de toenmalige spelvoorwaarden opgenomen bepaling waar Staatsloterij op doelt (zie artikel 15 in de producties 13-15 CvA en artikel 26 in de producties 16 en 17 CvA, en voorts noot 22 op blz. 19 PA) luidende:

"(...) Het gegarandeerd zijn van de hoofdprijs houdt in dat bij de trekking van de hoofdprijs wordt bezien of het getrokken lot in combinatie met de serieletters toebehoort aan een verkocht

lot (Indien dit niet het geval is blijven de nummers gehandhaafd, doch worden de serieletters opnieuw getrokken. Dit wordt zo nodig herhaald totdat de serieletters in combinatie met de reeds getrokken nummers toebehoren aan een verkocht lot)"

(de tussen haakjes geplaatste volzinnen kwamen alleen voor in genoemd artikel 15), niet voldoende duidelijk wordt dat andere prijzen dan de hoofdprijs tevens uit niet verkochte nummers werden getrokken. Dat zou alleen zijn op te maken op basis van een *a contrario* redenering ('er staat dat de hoofdprijs op een verkocht lot valt, voor de andere prijzen is dat dus niet per se het geval') die naar het oordeel van het hof niet kan worden geleverd van de gemiddelde consument die overweegt om voor een relatief gering bedrag een staatslot te kopen. De stelling van Loterijverlies, dat het publiek wist noch kon weten dat ook uit niet verkochte loten werd getrokken, vindt tevens bevestiging in de opmerkingen van [NB] in het Tros Radar-interview dat *'mensen (...) eigenlijk ook niet (kunnen) weten'* dat onderscheid gemaakt wordt tussen verkochte en niet verkochte loten en dat zij denkt dat niet veel mensen weten dat sprake is een universum dat ook niet-verkochte loten omvat. Dit alles bijeen genomen is het verweer van Staatsloterij tegen die stelling van Loterijverlies onvoldoende onderbouwd te achten, zodat die stelling als vaststaand zal worden beschouwd.

4.9 Door Staatsloterij is haar verweer, dat haar mededelingen niet misleidend zijn, verder toegelicht met de stelling dat daarmee geen informatie althans geen onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt over de winkansen. Hierover wordt het volgende overwogen.

4.10 In het jaarverslag van Staatsloterij van 2001 is het volgende te lezen:

"Daarbij mag echter niet uit het oog worden verloren dat de belangrijkste drijfveer van de deelnemers niet de opbrengstbestemming is, maar hun kans op een mooie prijs".

In het jaarverslag van Staatsloterij van 2007 is het volgende te lezen:

"De Nederlandse Staatsloterij heeft in 2007 fundamenteel onderzoek gedaan naar de motieven van mensen om mee te doen aan loterijen. De uitkomsten bevestigen dat de mogelijkheid om hoge prijzen te winnen doorslaggevend is. Ook een grote winkans motiveert veel mensen. Met de Staatsloterij (...) komt onze organisatie op beide aspecten sterk voor de dag." (cursivering door het hof)

De stelling van Staatsloterij dat de winkans bij de afweging om al dan niet een lot te kopen, helemaal geen rol speelt, mist in het licht hiervan, met name de onderstreepte zin, een voldoende onderbouwing. Met Loterijverlies wordt er daarom vanuit gegaan dat de kans op het winnen van een hoge geldprijs voor de gemiddelde consument een belangrijke drijfveer is om mee te doen aan de staatsloterij (MvG onder 79-81). De grootte van de winkans, meer in het bijzonder de kans om een van de grotere

prijzen te winnen, is dus van belang. De opmerking van Staatsloterij onder 2.17 MvA en 13 PA, dat het feit dat ook uit niet-verkochte loten wordt getrokken niet wegneemt dat de deelnemers een 'kans op prijs' hebben, is weliswaar juist, maar niet steekhoudend, nu – naar Staatsloterij ook onderkent (punt 14, 2e zin, PA) – door dat feit de winkans op een van de grotere prijzen kleiner wordt.

4.11 De grootte van de winkans wordt mede bepaald door het aantal loten waaruit wordt getrokken (zie punt 8 PA van Staatsloterij). Zoals Staatsloterij heeft aangegeven onder 60 CvA en 14 PA en de gemiddelde consument zal begrijpen, is de winkans groter naarmate het aantal loten waaruit getrokken wordt kleiner is. Omdat Staatsloterij hierover geen expliciete informatie heeft verschaft, terwijl dat gegeven voor de bepaling van de grootte van de – relevante (zie rov. 4.10) – winkans wel van belang is, zal de gemiddelde consument zich bewust of onbewust een globale voorstelling hebben gemaakt van het aantal loten waaruit werd getrokken. Het ligt in het algemeen voor de hand dat prijzen worden getrokken uit het aantal verkochte loten, en niet uit een veel groter 'universum' (vgl. rov. 4.6). Nu Staatsloterij niet (voldoende) duidelijk heeft gemaakt dat bij de staatsloterij de grotere prijzen tevens werden getrokken uit zo'n universum waarvan ook niet-verkochte loten deel uitmaken (zie rov. 4.8), zal de gemiddelde consument hebben gemeend dat getrokken werd uit het aantal verkochte loten. De gemiddelde consument zal er verder bewust of onbewust vanuit zijn gegaan dat een tamelijk groot deel van de Nederlandse bevolking een staatslot kocht, sommigen daarvan zelfs meer dan één, maar dat lang niet iedereen uit die groep aan de staatsloterij meedeelde. Dit betekent dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht dat per trekking tussen de 1 miljoen en de 7 miljoen staatsloten werden verkocht. Ten pleidooie in hoger beroep is namens Loterijverlies gesteld dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht aan ongeveer 3 miljoen verkochte loten per trekking. Door Staatsloterij is dit niet betwist – ten pleidooie in hoger beroep heeft zij desgevraagd verklaard niet te weten aan welk aantal verkochte loten de gemiddelde consument zal denken – zodat die stelling van Loterijverlies tot uitgangspunt kan worden genomen.

4.12 Uit het zojuist overwogene volgt dat Staatsloterij met haar onder 4.6 bedoelde mededelingen de indruk heeft gewekt dat het ging om het aantal prijzen/winnaars (gemiddeld 20) uit circa 3 miljoen verkochte loten. Impliciet heeft Staatsloterij het publiek hierdoor informatie verschaft over de winkans. In werkelijkheid zijn de (gemiddeld 20) prijzen getrokken uit een veel groter aantal loten dan circa 3 miljoen (sedert 2005: uit een universum van 18-21 miljoen loten), waardoor de werkelijke winkans kleiner was dan met de mededelingen van Staatsloterij werd gesuggereerd. Hierdoor is het publiek onjuiste althans onvolledige informatie verschaft over de winkans.

4.13 Ook het onder 4.9 vermelde genoemde verweer van Staatsloterij gaat dus niet op.

4.14 In de visie van Staatsloterij zijn haar mededelingen desondanks niet als misleidend aan te merken, gelet op het navolgende. Bij trekking van 20 prijzen uit 3 miljoen loten is de winkans (20: 3.000.000 =) 0,00000667 % en bij trekking van 20 prijzen uit bijvoorbeeld 21 miljoen loten is de winkans (20: 21.000.000 =) 0,000000953 %, dus 7 keer zo klein. In beide gevallen zijn de kansen echter zo miniscuul dat het verschil geen effect kan hebben op de aankoopbeslissing. Dit argument van Staatsloterij komt er op neer dat de onjuistheid of onvolledigheid van de in haar mededelingen besloten liggende informatie over de winkans van onvoldoende materieel belang is om misleiding te kunnen aanmerken.

4.15 Bij de beoordeling van dit argument dient voorop te staan dat, naar Staatsloterij zelf ook heeft benadrukt onder 2.26 MvA en 22 PA, het meedoen aan de staatsloterij geen doordachte handeling is en dat irrationele gedachten, emoties en gewoonten een belangrijke rol spelen bij de beslissing om een staatslot te kopen. Inherent hieraan is dat de gemiddelde consument niet de precieze winkansen zal berekenen. Daar zijn partijen het ook over eens, zie punt 78 MvG en punt 3.15 MvA. Bovendien kan de gemiddelde consument niet geacht worden tot het maken van een juiste kansberekening in staat te zijn. Het gaat dus om het gevoel dat de potentiële deelnemer/de gemiddelde consument had over de winkans, zoals Loterijverlies heeft opgemerkt onder 71 en 78 MvG. Dat gevoel is aanzienlijk positiever bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten dan bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 18-21 miljoen loten of, wat ongeveer hetzelfde is, 3 of 4 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten. Hieraan doet niet af dat de winkansen in beide gevallen miniscuul zijn. De gemiddelde consument, die geen precieze kansberekening zal (kunnen) toepassen, zal zich namelijk niet realiseren hoe klein de kansen in werkelijkheid zijn. Dat voormeld gevoel een realiteit is, wordt onderstreept door de in rov. 4.3 al geciteerde opmerking van [NB] van de Staatsloterij in Tros Radar:

“En door zeg maar 20 kansen te bieden en daar uiteindelijk gemiddeld he, 4 uit te keren, en daarmee maak je natuurlijk je loterij zo aantrekkelijk mogelijk”.

Hiermee is namens Staatsloterij op niet mis te verstane wijze tot uitdrukking gebracht dat, ook wanneer de rekenkundige winkansen in beide gevallen uiterst klein zijn, een loterij met 20 prijzen uit een bepaald aantal loten voor het publiek aantrekkelijker is dan een loterij met 4 prijzen uit hetzelfde aantal loten en dat daarom door Staatsloterij werd gesuggereerd dat er 20 prijzen werden uitgekeerd in plaats van 4. Zeker gelet hierop moet redelijkerwijs aannemelijk worden geacht dat de onder 4.6 bedoelde mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren voor de beslissing van de gemiddelde consument om al dan niet mee te

doen aan de staatsloterij. Hoewel op basis hiervan te verwachten zou zijn dat na de uitzending van Tros Radar, waarin bekend werd gemaakt dat veel prijzen vielen op niet-verkochte loten, het aantal deelnemers was afgenomen, kan Staatsloterij – anders dan zij betoogt onder 4.62 MvA – aan het feit dat dat niet is gebeurd, geen argument ontleen ter onderbouwing van haar stelling dat haar onjuiste althans onvolledige mededelingen niet van invloed waren op de deelname-beslissing van de gemiddelde consument. Nu de zojuist weergegeven opmerking van [NB] buiten twijfel stelt dat die invloed wel degelijk bestond, moet de verklaring voor de stabilisatie of zelfs toename van het aantal deelnemers na de Tros Radar-uitzending worden gezocht in de positieve publiciteit die is gegenereerd door de (volgens Staatsloterij, zie punt 2.13 MvA, al daarvoor ingezette) koerswijziging van Staatsloterij om per 1 januari 2008, minder dan 3 maanden na die uitzending, de prijzen uitsluitend nog uit verkochte loten te trekken.

4.16 Het verweer van Staatsloterij, dat haar mededelingen niet misleidend zijn, mist, alles overziend, een toereikende onderbouwing, zodat dat verweer zal worden gepasseerd en voor tegenbewijs op dit punt, zoals door Staatsloterij aangeboden onder 1.4 MvA, geen plaats is. Dat tegenbewijsaanbod, voor zover betrekking hebbend op getuigen, is bovendien niet relevant nu niet valt in te zien wat getuigen zouden kunnen verklaren over de wetenschap, opvattingen en gedragingen van de 'gemiddelde consument' die immers een fictieve entiteit is, aldus ook Staatsloterij onder 3.7 PE en punt (18) van de considerans op Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken (hierna: ROH). Voor zover dat aanbod betrekking heeft op bescheiden, meer in het bijzonder de deskundigenrapporten, is van belang dat Staatsloterij deze zonder toestemming van het hof had kunnen overleggen en er daarom geen reden is om dat aanbod te honoreren.

4.17 In aanmerking ook nemende dat Staatsloterij zich niet heeft beroepen op artikel 6:195 lid 2 BW, volgt uit het voorgaande dat Staatsloterij zich schuldig heeft gemaakt aan misleiding in de zin van artikel 6:194 (oud) BW. Dit geldt, anders dan Staatsloterij stelt (o.m. punt 3.25 PE), ook voor haar mededelingen over de trekkingssuitslagen – zie rov. 4.2 bij b) – aangezien deze mededelingen door het publiek tevens op de daaropvolgende trekking zullen zijn betrokken en in zoverre dus mededelingen zijn over goederen of diensten die door Staatsloterij worden aangeboden. Staatsloterij meent niettemin dat vordering A, in haar hier aan de orde zijnde onderdelen, niet (volledig) kan worden toegewezen, om drie redenen.

4.18 In de eerste plaats betoogt Staatsloterij, dat Loterijverlies geen voldoende belang heeft bij vordering A omdat er door het handelen van Staatsloterij geen of hooguit een minuscule kans op winst is gemist (in de orde van grootte van het verschil tussen 0,00000667 % en 0,000000953 %, zie rov. 4.14) en de schade per deelnemer daarom nihil is althans nage-

noeg nihil (een fractie van een eurocent). Hiermee ziet Staatsloterij echter over het hoofd dat de schade als gevolg van de misleidende mededelingen van Staatsloterij niet bestaat uit het verlies van de kans op winst (het positief belang), maar uit de kosten van aankoop van een staatslot (het negatief belang) waarvan, gezien het onder 4.17 gegeven oordeel, een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen had gedaan. Ook de in dit verband door Staatsloterij betrokken stelling (zie punt 3.28 MvA), dat de deelnemers hierdoor geen vermogensschade kunnen hebben geleden omdat zij 'nooit enige 'winkans' zijn misgelopen' faalt. In rov. 4.12 is immers geoordeeld dat de kans op winst kleiner was dan door Staatsloterij was gesuggereerd, met de in de daarop volgende rechtsoverwegingen beschreven consequenties. Geconcludeerd moet worden dat ten aanzien van de hier bedoelde onderdelen van vordering A het – in rov. 2.5 al aangestipte – 'onvoldoende belang'-verweer van Staatsloterij niet slaagt.

(...)

4.21 Het voorgaande brengt met zich dat vordering A van Loterijverlies met betrekking tot de onderdelen (i), (ii) en (iv) toewijsbaar is, over de periode t/m 2007 (zie rov. 4.5). Omdat het hof tot dit oordeel is gekomen zonder gebruik te maken van de in opdracht van Loterijverlies door ing. J.F.G. Klaver gehouden, als productie 10 bij MvG overgelegde, enquête (hierna: de Klaver-enquête), een enquête van Tros Radar (zie punt 33 MvG), het door Loterijverlies als productie B overgelegde rapport 'Onderzoek Kansspelen Communicatie Partners' van marktonderzoeksbureau Kien van oktober 2012 (hierna: het Kien-rapport) en de door Loterijverlies als productie I overgelegde crossing-tabellen, kunnen de daartegen gerichte bezwaren van Staatsloterij onbesproken blijven.

5. Vordering A (iii): de hoogte van de (uitgekeerde) prijzen

5.1 Loterijverlies heeft haar stelling, dat de hoogte van de uitgekeerde prijzen lager is dan de advertenties van Staatsloterij doen vermoeden, geconcretiseerd (in punt 72 MvG) en uitgewerkt (in productie 14 bij MvG) voor één geval, namelijk de Koninginnedagtrekking in 2008. In productie 14 zijn een aantal 'reclamespotjes van radio en tv' weergegeven, waaronder deze twee:

– "Wordt u straks miljonair van oranje? Dat is heel goed mogelijk want tijdens de Koninginnedag op 30 april gaat er maar liefst 10 x 1 miljoen uit."

– "U heeft nog maar 7 dagen om kans te maken op één van de prijzen van een miljoen (...)."

In die productie staat verder vermeld dat er 10 successen waren gecommuniceerd en dat het werkelijk aantal successen ook 10 bedroeg, maar dat er slechts € 6.800.000 was uitgekeerd, terwijl € 10.000.000 was gecommuniceerd, en dat dit 'een procentuele overdrijving van 47,06% betekent'. Het verweer van Staatsloterij, dat de hier bedoelde trekking buiten

de periode valt van waar de vordering op ziet, gaat niet op; vordering A strekt zich uit over de periode 't/m 2008'. Het enige andere verweer dat Staatsloterij op dit punt heeft gevoerd (zie punt 4.59 MvA) houdt in dat productie 14 geen onderbouwing bevat van de gestelde lagere uitkering. Hierin is echter geen (onderbouwde) betwisting te lezen van de in productie 14 opgenomen toelichting, zodat deze als vaststaand moeten worden beschouwd en geen nadere onderbouwing behoeft. Hierbij is in aanmerking genomen dat Staatsloterij zich er niet over heeft beklagd dat die toelichting in een productie is opgenomen, en niet in de MvG zelf. Nu de in punt 72 MvG ingenomen stellingen in samenhang bezien met de in productie 14 daarop gegeven toelichting, de daaraan door Loterijverlies verbonden conclusie kunnen dragen (zie ook de punten 15 en 24 MvG), dat voor de Koninginnedagtrekking in 2008 misleidende mededelingen zijn gedaan over de hoogte van de uit te keren prijzen, is vordering A ook wat onderdeel (iii) betreft toewijsbaar, zij het alleen voor 2008 nu het enige door Loterijverlies geconcretiseerde geval van deze vorm van misleiding in dat jaar heeft plaatsgevonden.

6. *De vorderingen A (v) en G: het uitkeringspercentage*

6.1 In artikel 8 lid 2 WoK is het volgende bepaald:

“Onder een staatsloterij wordt verstaan een loterij waarbij door trekking de nummers van de deelnamebewijzen worden aangewezen en waarbij tenminste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen wordt uitgelooft;

Artikel 7 BS luidt als volgt:

‘De staatsloterij is ingericht overeenkomstig het bepaalde in artikel 8, tweede lid’, (WoK). (...)”

6.2 Loterijverlies heeft haar stelling (zie de punten 115 en 116 MvG) dat het minimum uitkeringspercentage van 60% door Staatsloterij verkeerdt is berekend en haar hierop geënte vordering G (uitsluitend) gebaseerd op het feit dat Staatsloterij in haar jaarverslagen het uitkeringspercentage steeds heeft bepaald op basis van de totale omzet van de staatsloterij, de oudejaarsloterij en Dayzers (zie hierover rov. 1.a). In de visie van Loterijverlies mag Dayzers, dat een volledig eigen identiteit heeft, evenwel niet bij de berekening van het uitkeringspercentage van de staatsloterij worden betrokken. Staatsloterij onderschrijft dit (punt 4.83 MvA), waarbij zij opmerkt dat de stellingen van Loterijverlies geen hout snijden omdat Staatsloterij de 60%-norm per spelvorm hanteert en dat dit niet anders wordt door de ‘berekeningen die voor het specifieke doeleinde van het jaarverslag zijn opgeteld’. Hoewel dat gezien deze gemotiveerde betwisting door Staatsloterij op haar weg had gelegen (zie de hoofdregel van artikel 150 Rv) heeft Loterijverlies niet bewezen of specifiek te bewijzen aangeboden dat Staatsloterij de 60%-norm niet per spelvorm hanteert. Deze stelling van Loterijverlies is derhalve onbewezen geble-

ven. Vordering G is reeds hierom niet toewijsbaar. Die vordering mist bovendien een voldoende onderbouwing nu Loterijverlies daaraan niet meer ten grondslag heeft gelegd dan dat het ‘maar de vraag is of het percentage goed is uitgerekend’.

6.3 Door Loterijverlies is verder naar voren gebracht dat de 60%-eis per maand, en dus per trekking geldt en dat Staatsloterij aan deze eis niet heeft voldaan. In de periode januari 2002 t/m september 2008 is volgens Loterijverlies bij 49 van de 90 trekkingen geen 60% uitgekeerd, maar een lager percentage. Staatsloterij heeft hier onder meer tegen ingebracht, dat noch uit de WoK noch uit enige andere regel volgt dat zij bij elke individuele trekking minimaal 60% dient uit te loven. Het hof is het op dit punt met Staatsloterij eens. Staatsloterij weet op voorhand niet hoeveel loten voor een bepaalde trekking zullen worden verkocht en weet dus ook niet hoe groot de totale inleg voor die trekking zal zijn, terwijl zij wel de prijzen op voorhand bekend moet maken, waarbij het prijzenpakket is gebaseerd op het aantal loten dat naar verwachting voor de komende trekking verkocht zal worden (punt 54 MvG en punt 2.3 MvA). Hieruit volgt (vgl. punt 4.74 MvA en punt 48 PA) dat op voorhand niet met zekerheid is te zeggen dat bij een bepaalde trekking prijzen zijn uitgelooft voor 60% van de inleg. Wanneer bijvoorbeeld voor een bepaalde trekking het totale prijzenpakket is vastgesteld op € 200 en vervolgens blijkt dat (onverwachts) voor € 400 aan loten is verkocht (de totale inleg), dan wordt daarvan slechts 50% aan prijzen uitgekeerd. Er is geen reden om aan te nemen dat Staatsloterij in zo’n situatie verplicht zou zijn om achteraf extra prijzen aan die trekking toe te voegen. Dit wordt ook door Loterijverlies niet verdedigd. Bij deze stand van zaken brengt een redelijke uitleg van de in rov. 6.1 vermelde regelgeving met zich dat die 60%-norm niet ziet op een bepaalde trekking, maar op een langere periode en/of een gemiddelde, waarin/waarbij fluctuaties in de maandelijks inleg kunnen worden gladgestreken. Deze uitleg van regelgeving wordt niet beïnvloed door het feit dat Staatsloterij in een brief aan een individuele deelnemer (productie 23 bij MvG) en in een klachtprocedure op basis van de Nederlandse Reclame Code (productie 22 bij MvG) zelf — naar zij zegt: ongelukkigerwijs (PA onder 46) — heeft aangegeven dat van ‘elke trekking/maandelijks’ 60% wordt uitgekeerd. Hierop kan Loterijverlies zich dus niet met vrucht beroepen. Bij pleidooi in hoger beroep heeft Loterijverlies nog gerefereerd aan een paginagrote advertentie van Staatsloterij in verschillende kranten waarin zou zijn opgenomen: ‘een belangrijke spelregel is bijvoorbeeld dat bij elke trekking minimaal 60% van de betaalde inleg weer als prijzengeld wordt uitbetaald’. Ook deze tekst kan evenwel niet beslissend zijn voor de uitleg van wettelijke bepalingen.

6.4 Door Loterijverlies is niet gesteld dat Staatsloterij op langere termijn en/of gemiddeld niet aan de 60%-norm heeft voldaan, terwijl Staatsloterij van meet af aan heeft benadrukt dat die norm per jaar

steeds is gehaald (punt 118 CvA, PA onder 52 en PV pleidooi in appel) en dit door Loterijverlies onweersproken is gelaten. Het moet er daarom voor worden gehouden dat Staatsloterij die wettelijke norm niet heeft geschonden. Hiermee is tevens de grond ontvallen aan de stelling van Loterijverlies (zie o.m. punt 38 PA), dat het niet-mededelen van het niet-voldoen aan die norm een misleidende omissie vormt. Ook de stelling van Loterijverlies, dat Staatsloterij onder artikel 6:194 (oud) BW valende uitlatingen heeft gedaan over het uitkeringspercentage, faalt. De mededeling in de Algemene Spelvoorwaarden van Staatsloterij uit de periode 2002-2005 dat de staatsloterij 'een loterij (is) (...) waarbij tenminste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen wordt uitgelooft' behelst niet meer dan een herhaling van artikel 8 lid 2 WoK en impliceert of suggereert (dus), gelet op de aan dat artikel te geven uitleg (zie rov. 6.3), niet dat de 60%-norm per trekking geldt. De in rov. 6.3 ter sprake gekomen tekst in de 'paginagrote advertentie' kan Loterijverlies in het kader van artikel 6:194 (oud) BW niet baten nu zij niet concreet heeft gesteld dat en waarom het voor de aankoopbeslissing van de gemiddelde consument zou hebben uitgemaakt wanneer hij had geweten dat de 60%-norm alleen over een langere periode/gemiddeld, en niet per trekking werd gehaald. De in rov. 6.3 genoemde producties 22 en 23 betreffen geen openbaar gemaakte stukken en vallen daarom niet onder dat artikel. Met haar in punt 46 PA juncto punt 4.3.5 op blz. 9 CvR gebezigde argument, dat het ingevolge de (temporeel overigens niet of slechts ten dele toepasselijke) ROH onder alle omstandigheden misleidend is om een wettelijk recht van de consument voor te stellen als een onderscheidend kenmerk van het aanbod van de handelaar (zie punt 10 van Bijlage 1 bij die richtlijn), ziet Loterijverlies eraan voorbij dat een mededeling, dat 60% van de inleg wordt uitgekeerd niet een mededeling over een 'wettelijk recht van de consument' in de zin van die richtlijn is. Met dat begrip uit de ROH wordt gedoeld op rechten op vervanging, terugbetaling en andere 'klassieke' consumentenrechten (vgl. artikel 6 lid 1 onder g van die richtlijn en artikel 6:193c lid 1 sub g BW) en niet op rechten die zouden kunnen worden ontleend aan de 60%-norm uit de WoK. Ten slotte: dat de mededeling van Staatsloterij, dat haar loterij die met het hoogste uitkeringspercentage is, onjuist, onvolledig en misleidend zou zijn, is door Loterijverlies niet onderbouwd.

6.5 Uit het onder 6.3 en 6.4 overwogene vloeit voort dat vordering A wat onderdeel (v) betreft niet toewijsbaar is.

Principaal cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het Gerechtshof in zijn te dezen bestreden arrest op de daarin vermelde gronden heeft recht gedaan als in het dictum van dat arrest is aangegeven, zulks om

de navolgende, zonedig in onderlinge samenhang te beschouwen redenen.

Inleiding

1. Deze zaak gaat over beweerdelijk misleidende mededelingen (in de zin van artikel 6:194 (oud) BW) die Staatsloterij volgens Loterijverlies zou hebben gedaan rondom te winnen prijzen bij de door haar georganiseerde staatsloterijen. In het bijzonder zou Staatsloterij misleidende mededelingen hebben gedaan over vier aspecten van haar staatsloterijen:

- (i) het wel- of niet gegarandeerd zijn van een (beperkt) aantal grote prijzen; dat wil zeggen de vraag of deze prijzen daadwerkelijk werden uitgekeerd, of – wat op hetzelfde neerkomt – of deze prijzen getrokken werden uit de verkochte loten of uit een groter 'universum' aan loten;
- (ii) de winkans;
- (iii) de hoogte van de (uitgekeerde) prijzen; en
- (iv) het aantal gewonnen prijzen.

2. De Rechtbank heeft het betoog van Loterijverlies verworpen en haar vorderingen integraal afgewezen. Het Hof heeft daarentegen geoordeeld dat Staatsloterij op de voornoemde vier punten (ten dele) wel misleidende mededelingen heeft gedaan, en een daartoe strekkende verklaring voor recht gegeven.¹

3. Naar de mening van Staatsloterij getuigt het bestreden arrest van een doelredenering, waarbij het Hof de conclusie dat Staatsloterij misleidend heeft gecommuniceerd tot uitgangspunt heeft genomen, en vervolgens met ongeoorloofde en ondeugdelijke gemotiveerde aannames een redenering heeft opgebouwd die tot dat doel moet leiden.

4. Kort samengevat kan het arrest om de volgende redenen niet in stand blijven:

Onderdeel I – Het Hof is met aannames die niet door partijen zijn gesteld en ondeugdelijk zijn gemotiveerd tot het oordeel gekomen dat bepaalde mededelingen van Staatsloterij onjuist en/of onvolledig waren;

Onderdeel II – Bij zijn oordeel dat de onjuistheid en/of onvolledigheid van de mededelingen van Staatsloterij van voldoende materieel belang waren om de beslissing van de gemiddelde consument om een lot te kopen te beïnvloeden:

- (1) is het Hof voorbij gegaan aan relevante omstandigheden van het geval, in het bijzonder aan door Staatsloterij aangevoerde essentiële andere factoren die de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument beïnvloeden;
- (2) heeft het Hof niet werkelijk getoetst of sprake was van voldoende *materieel* belang, althans

¹ Het Hof heeft geoordeeld dat Staatsloterij ten aanzien van (i), (ii) en (iv) gedurende de periode 2000 t/m 2007 misleidende mededelingen heeft gedaan (zie rov. 4.1 t/m 4.21 en dictum), en ten aanzien van (iii) dat zij in 2008 (over de Koninginnedagtrekking in 2008) misleidende mededelingen heeft gedaan (zie rov. 5.1 en dictum).

heeft het zijn oordeel daarover ondeugdelijk gemotiveerd;

(3) heeft het Hof slechts het verweer van Staatsloterij getoetst en niet de stellingen van Loterijverlies, terwijl op Loterijverlies de stelplicht en bewijslast rusten;

(4) heeft het Hof ten onrechte het aanbod van Staatsloterij om tegenbewijs te leveren gepasseerd; *Onderdeel III* – Het Hof heeft mogelijk reeds een voorschot genomen op een oordeel over de aard van de schade. Die vraag speelt echter pas in eventuele opvolgende procedures tot het verkrijgen van schadevergoeding, maar lag in de onderhavige procedure niet voor.

Klachten

Onderdeel I – Oordeel Hof dat sprake is van onjuiste en/of onvolledige informatie, is deels rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk

Inleiding

5. In r.ov. 4.1 t/m 4.13 overweegt en oordeelt het Hof samengevat dat Staatsloterij in de periode 2000 tot 1 januari 2008 onjuiste en/of onvolledige mededelingen heeft gedaan over

(1) het aantal prijzen/winnaars in de categorie 'grotere prijzen', nu daarbij niet was vermeld dat niet uit het aantal verkochte loten maar uit een veel groter universum zou worden/was getrokken;² en

(2) de winkans.³

Onderdeel I richt zich tegen deze overwegingen en oordelen.

Subonderdeel I.1 – Aannee Hof dat uit verkochte loten wordt getrokken, is onbegrijpelijk

6. Dit subonderdeel richt zich tegen r.ov. 4.6, waarin het Hof overweegt dat 'in het algemeen kan worden verwacht dat de prijzen in een loterij worden getrokken uit de verkochte loten.' en de materieel gelijklopende overwegingen in r.ov. 4.11: 'Het ligt in het algemeen voor de hand dat prijzen worden getrokken uit het aantal verkochte loten, en niet uit een veel groter 'universum'.' en r.ov. 4.8, waarin het Hof overweegt dat 'het publiek wist noch kon weten dat ook uit niet verkochte loten werd getrokken'.

7. Deze aanname is een essentiële schakel in de redenering die leidt tot het oordeel in r.ov. 4.6 dat Staatsloterij onjuiste en/of onvolledige mededelingen heeft gedaan over (1) het aantal prijzen/winnaars in de categorie 'grotere prijzen', nu daarbij niet was vermeld dat niet uit het aantal verkochte loten maar uit een veel groter universum zou worden/was getrokken. Dit oordeel veronderstelt immers dat de 'basisverwachting' van de gemiddelde consument is dat uit verkochte loten wordt getrokken. Deze aanname is ook een essentiële schakel in

de redenering die leidt tot het oordeel in r.ov. 4.12 dat Staatsloterij onjuiste althans onvolledige informatie heeft verschaft over (2) de winkans, omdat ook dit oordeel veronderstelt dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht dat uit verkochte loten wordt getrokken (zie hierna subonderdeel I.2, nr. 12). Bij slagen van de in dit subonderdeel voorgestelde klachten kunnen beide voortbouwende oordelen derhalve niet in stand blijven.

8. Met de bestreden overwegingen heeft het Hof de navolgende essentiële en onbetwiste (en daarmee in cassatie vaststaande) stellingen van Staatsloterij ten onrechte gepasseerd, althans zonder toereikende motivering verworpen, namelijk (i) dat de BankGiroLoterij en de PostcodeLoterij ook trokken uit een groter universum van loten dan de verkochte loten, zodat hetgeen Staatsloterij deed, in loterijland, en overigens ook in internationaal perspectief, volstrekt gebruikelijk was en is; en (ii) dat de Minister van Justitie in antwoord op Kamervragen naar aanleiding van de onderhavige procedure, heeft opgemerkt dat een dergelijke praktijk niet ongebruikelijk is bij loterijen en ook niet in strijd is met de geldende regelgeving.⁴

Tegen deze achtergrond is zonder nadere motivering, die echter ontbreekt, onbegrijpelijk dat het Hof desondanks oordeelt dat in het algemeen kan worden verwacht dat prijzen in een loterij worden getrokken uit de verkochte loten.

9. Indien het Hof van oordeel is geweest dat aan de hiervoor genoemde stellingen voorbij kon worden gegaan, omdat de bestreden overwegingen van het Hof steun zouden vinden in uitspraken van een woordvoerder van Staatsloterij, in het zogenaamde Tros Radar-interview,⁵ is dit oordeel nog steeds onbegrijpelijk, omdat niet valt in te zien waarom een enkele opmerking tijdens een enkel, – nogal – ongemakkelijk, televisie-interview zwaarder zou wegen dan voornoemde stellingen.

10. Indien het Hof de bestreden overwegingen als feit van algemene bekendheid c.q. als algemene ervaringsregel heeft aangenomen, dan is dit rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk. Het gaat hier immers niet om een notoir feit dat ieder normaal ontwikkeld mens kent of uit voor ieder toegankelijkke bronnen kan kennen noch om een wetmatigheid op grond waarvan zich in het algemeen gesproken bepaalde feiten zullen voordoen. Ware het anders, dan had het Hof zulks moeten motiveren, hetgeen het – ten onrechte – niet heeft gedaan.

Subonderdeel I.2 – Oordeel Hof omtrent voorstelling gemiddelde consument van

⁴ MvA, nrs. 2.10 en 2.11; Pleitnota in hoger beroep zijdens Staatsloterij, nr. 16. Vgl. ook Vonnis, r.ov. 4.11: 'Loterijverlies heeft immers niet gesteld, laat staan voldoende onderbouwd, dat een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument op grond van de mededelingen van Staatsloterij er vanuit kon gaan dat de trekking alleen uit de nummers van verkochte loten zou geschieden.'

⁵ Zie r.ov. 4.3, 4.6 en 4.8.

² R.ov. 4.6.
³ R.ov. 4.12.

aantal loten waaruit werd getrokken, is rechteus onjuist dan wel onbegrijpelijk

11. Dit subonderdeel richt zich tegen r.ov. 4.11, waarin het Hof overweegt:

“Omdat Staatsloterij hierover geen expliciete informatie heeft verschaft, terwijl dat gegeven voor de bepaling van de grootte van de – relevante (zie r.ov. 4.10) – winkans wel van belang is, zal de gemiddelde consument zich bewust of onbewust een globale voorstelling hebben gemaakt van het aantal loten waaruit werd getrokken.”

12. Deze aanname is een essentiële schakel in de redenering die leidt tot het oordeel dat Staatsloterij onjuiste althans onvolledige informatie over de winkans heeft verschaft, zodat bij slagen van de in dit subonderdeel voorgestelde klachten dit voortbouwende oordeel ook niet in stand kan blijven. Deze redenering gaat samengevat als volgt: (i) de (grootte van de) winkans was voor de gemiddelde consument van belang;⁶ (ii) de gemiddelde consument zal zich bewust of onbewust een globale voorstelling hebben gemaakt van het aantal loten waaruit werd getrokken;⁷ (iii) hij zal hebben gedacht dat uit verkochte loten getrokken werd;⁸ (iv) hij zal hebben gedacht dat circa 3 miljoen loten per trekking verkocht werden;⁹ (v) in werkelijkheid werd uit een groter universum van loten getrokken.¹⁰

Conclusie is dat de gemiddelde consument onjuiste althans onvolledige informatie over de winkans is verschaft, omdat Staatsloterij de indruk heeft gewekt dat het ging om het aantal prijzen/winnaars uit circa 3 miljoen verkochte loten (en de gemiddelde consument met andere woorden dus een kans per lot van 1 op 3 miljoen had), terwijl de prijzen in werkelijkheid uit een veel groter universum aan loten (sedert 2005: uit 18–21 miljoen loten) werden getrokken (en de winkans dus kleiner was).¹¹

13. Met de bestreden overweging heeft het Hof in strijd met artikel 24 Rv de feitelijke grondslag aangevuld althans in strijd met artikel 149 Rv feiten bijgebracht. Noch Loterijverlies noch Staatsloterij heeft immers gesteld dat de gemiddelde consument zich een voorstelling zal hebben gemaakt van het aantal loten waaruit werd getrokken en dit ligt ook niet besloten in de stellingen van partijen.

14. De bestreden overweging is ook overigens onbegrijpelijk. Het Hof licht niet toe waarom de gemiddelde consument zich bewust of onbewust een globale voorstelling zal hebben gemaakt van het aantal loten waaruit werd getrokken, anders dan zijn overweging ‘[o]mdat Staatsloterij hierover geen expliciete informatie heeft verschaft’. Deze overweging kan de bestreden overweging echter niet dragen. Wellicht kan gezegd worden dat, om-

dat Staatsloterij geen expliciete informatie heeft verschaft over het aantal loten waaruit werd getrokken, de gemiddelde consument geen *precieze* (vgl. het gebruik van het woord ‘*globale*’ door het Hof) voorstelling heeft kunnen maken van het aantal loten waaruit wordt getrokken. Uit deze overweging van het Hof wordt echter niet duidelijk dat en waarom de gemiddelde consument zich *überhaupt* enige voorstelling zou hebben gemaakt van het aantal loten waaruit werd getrokken. Daar komt bij dat het voor de gemiddelde consument alleen zinvol is om zich een globale voorstelling te maken van het aantal loten waaruit wordt getrokken, als hij zich ook een voorstelling wil maken van de *precieze* winkans. Dat laatste doet hij echter niet, en daartoe is hij volgens het Hof (rov. 4.15) zelfs niet in staat. Waarom de gemiddelde consument zich dan toch een globale voorstelling zal maken van het aantal loten waaruit wordt getrokken, is dan onbegrijpelijk.

15. Indien het Hof de bestreden overweging als feit van algemene bekendheid c.q. als algemene ervaringsregel heeft aangenomen, dan is dit rechteus onjuist dan wel onbegrijpelijk, om dezelfde redenen als hiervoor onder 10 genoemd.

Subonderdeel 1.3 – Oordeel Hof omtrent voorstelling gemiddelde consument van aantal verkochte loten, is ook rechteus onjuist dan wel onbegrijpelijk

16. Dit subonderdeel richt zich tegen r.ov. 4.11, waarin het Hof over het aantal verkochte loten waaraan de gemiddelde consument zal hebben gedacht het volgende overweegt:

“De gemiddelde consument zal er verder bewust of onbewust vanuit zijn gegaan dat een tamelijk groot deel van de Nederlandse bevolking een staatslot kocht, sommigen daarvan zelfs meer dan één, maar dat lang niet iedereen uit die groep aan de staatsloterij meedeed. Dit betekent dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht dat per trekking tussen de 1 miljoen en 7 miljoen staatsloten werden verkocht. Ten pleidooie in hoger beroep is namens Loterijverlies gesteld dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht aan ongeveer 3 miljoen verkochte loten per trekking. Door Staatsloterij is dit niet betwist – ten pleidooie in hoger beroep heeft zij desgevraagd verklaard niet te weten aan welk aantal verkochte loten de gemiddelde consument zal denken – zodat die stelling van Loterijverlies tot uitgangspunt kan worden genomen.”

Zoals hiervoor in nr. 12 uiteengezet is deze overweging, in het bijzonder de slotsom dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht dat ongeveer 3 miljoen loten per trekking verkocht werden, een essentiële schakel in de redenering die leidt tot het oordeel dat Staatsloterij onjuiste althans onvolledige informatie over de winkans heeft verschaft, zodat bij slagen van de in dit subonderdeel voorgestelde klachten dit voortbouwende oordeel ook niet in stand kan blijven.

6 R.ov. 4.10.

7 R.ov. 4.11

8 R.ov. 4.11; zie ook subonderdeel 1.1.

9 R.ov. 4.12; zie ook subonderdeel 1.3.

10 R.ov. 4.12.

11 R.ov. 4.12.

17. Met zijn overwegingen 'De gemiddelde consument zal [...] werden verkocht.' heeft het Hof in strijd met artikel 24 Rv de feitelijke grondslag aangevuld althans in strijd met artikel 149 Rv feiten bijgebracht. Noch Loterijverlies noch Staatsloterij heeft hetgeen het Hof hier overweegt gesteld.

18. De overwegingen 'De gemiddelde consument zal [...] werden verkocht.' zijn voorts onbegrijpelijk. Het Hof licht niet toe waarom de gemiddelde consument er bewust of onbewust vanuit zou zijn gegaan dat een tamelijk groot deel van de Nederlandse bevolking een staatslot kocht, sommigen zelfs meer dan één, maar dat lang niet iedereen uit die groep aan de staatsloterij meedeed. Hoe het Hof uit dit feitelijk oordeel tot het tweede feitelijk oordeel komt dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht dat 'tussen de 1 en 7 miljoen staatsloten' werden verkocht, wordt ook geheel niet gemotiveerd. Daar komt bij dat ook hier geldt dat het voor de gemiddelde consument alleen zinvol is om zich een globale voorstelling te maken van het aantal verkochte loten waaruit wordt getrokken, als hij zich ook een voorstelling wil maken van de precieze winkans. Dat laatste doet hij echter niet, en daartoe is hij volgens het Hof (r.ov. 4.15) zelfs niet in staat. Waarom de gemiddelde consument zich dan toch een globale voorstelling zal maken van het aantal verkochte loten waaruit wordt getrokken, is dan onbegrijpelijk.

19. Indien het Hof de overwegingen 'De gemiddelde consument zal [...] werden verkocht.' als feit van algemene bekendheid c.q. als algemene ervaringsregel heeft aangenomen, dan is dit rehtens onjuist dan wel onbegrijpelijk, om dezelfde redenen als hiervoor onder 10 genoemd.

20. Het oordeel zoals dat besloten ligt in de overwegingen 'Ten pleidooie in hoger beroep [...] tot uitgangspunt kan worden genomen', te weten het oordeel dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht dat ongeveer 3 miljoen loten per trekking werden verkocht, is rehtens onjuist. Het Hof heeft miskend dat het hier gaat om een eerst bij pleidooi in hoger beroep voorgestelde grief, met de behandeling waarvan Staatsloterij *niet* heeft ingestemd. Immers, deze eerst bij pleidooi door Loterijverlies ingenomen feitelijke stelling, die noodzakelijk is voor 's Hof's uiteindelijke oordeel dat Staatsloterij onjuiste althans onvolledige informatie over de winkans heeft verschaft (zie nr. 12), is door Loterijverlies aangevoerd als grond voor vernietiging van het vonnis van de Rechtbank, in welk vonnis de Rechtbank heeft geoordeeld dat Staatsloterij geen onjuiste althans onvolledige informatie over de winkans heeft verschaft.¹² Een dergelijke feitelijke stelling is een grief die Loterijverlies bij Memorie van Grieven naar voren had moeten brengen.

21. Dit geldt nog in versterkte mate nu deze stelling niet door Loterijverlies uit zichzelf is ingenomen, maar ten pleidooie is ingenomen, nadat het

Hof aan Staatsloterij en Loterijverlies de vraag had gesteld aan hoeveel verkochte loten de gemiddelde consument zou hebben gedacht, welke vraag vervolgens door Loterijverlies beantwoord werd met de stelling dat de gemiddelde consument aan ongeveer 3 miljoen verkochte loten zou hebben gedacht.¹³ Aldus heeft het Hof dan ook uit eigen beweging in strijd met artikel 24 Rv de feitelijke grondslag aangevuld en is daarmee ontoelaatbaar buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, althans heeft het een verrassingsbeslissing gegeven door zijn oordeel te baseren op deze grondslag, die pas bij pleidooi in hoger beroep en op initiatief van het Hof naar voren is gebracht.

22. Hier komt nog bij dat Staatsloterij, in antwoord op de (verrassings)vraag van het Hof bij pleidooi, heeft gesteld dat zij niet wist wat de gemiddelde consument zal denken over de vraag hoeveel loten er verkocht zijn.¹⁴ Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is onbegrijpelijk dat het Hof deze stelling niet als een betwisting (bij gebrek aan wetenschap) van de stelling van Loterijverlies dat de gemiddelde consument aan ongeveer 3 miljoen verkochte loten zou hebben gedacht heeft opgevat.

Onderdeel II — Oordeel Hof dat informatie van voldoende materieel belang was om (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden, is rehtens onjuist dan wel onbegrijpelijk

Inleiding

23. In r.ov. 4.7, 4.10 en 4.14 t/m 4.17 overweegt en oordeelt het Hof samengevat dat de onjuistheid en/of onvolledigheid van de mededelingen van Staatsloterij (over het wel of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkans en het aantal gewonnen prijzen; zie nr. 1(i), (ii) en (iv)) van voldoende materieel belang was om de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden, of, met andere woorden, van voldoende materieel belang was om de gemiddelde consument te kunnen misleiden, en concludeert het (mede) op basis hiervan dat Staatsloterij zich schuldig heeft gemaakt aan misleiding in de zin van artikel 6:194 (oud) BW. In r.ov. 5.1 oordeelt het Hof samengevat dat de vordering ook wat betreft de mededelingen van Staatsloterij over de hoogte van de (uitgekeerde) prijzen ten aanzien van Koninginnedagtrekking in 2008 (zie nr. 1(iii)) toewijsbaar is.

24. Onderdeel II richt zich tegen deze overwegingen en oordelen. De in dat kader geformuleerde klachten moeten worden bezien in het licht van de omstandigheid dat het gaat om reclame-uitingen

13 Proces-verbaal pleidooi in hoger beroep, p. 3: "Mr. Van Oerle [adv. Staatsloterij]: '[...] Ik weet niet wat de gemiddelde consument zal denken over de vraag hoeveel loten er verkocht zijn.'. Desgevraagd merkt de heer Roet [vertegenwoordiger Loterijverlies] hieromtrent op dat de gemiddelde consument zal denken dat er ongeveer 3 miljoen loten verkocht worden."

14 Zie voetnoot 13.

12 Vonnis, r.ov. 4.11.

waaraan een bepaalde vorm van overdrijving altijd eigen is.

Subonderdeel II.1 — Hof houdt ten onrechte geen rekening met alle relevante omstandigheden van het geval

25. Dit subonderdeel richt zich tegen r.ov. 4.7, 4.10 en 4.14 t/m 4.17 en 5.1.

26. Het Hof heeft miskend dat het bij de beantwoording van de vraag of Loterijverlies voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang was om de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden, rekening moet houden met alle relevante omstandigheden van het geval.

27. Mocht het Hof dit niet hebben miskend, dan moet zijn oordeel als onbegrijpelijk worden bestempeld omdat het Hof geen aandacht heeft besteed aan door Staatsloterij aangevoerde essentiële stellingen die de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument (in overwegende mate) beïnvloeden. Staatsloterij heeft gesteld dat de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument (mede) bepaald wordt door:

— het hebben van *een* kans om prijzen, waaronder de hoofdprijs, te winnen, los van de grootte van die kans;¹⁵

— het feit dat van alle Nederlandse loterijen de gemiddelde winkans het grootste is bij Staatsloterij, omdat Staatsloterij gemiddeld 60% van de inleg uitkeert (versus 25% bij andere loterijen);¹⁶

— niet alleen de kans om een grote prijs dan wel zelfs de hoofdprijs te winnen, maar ook de kans om een kleine prijs te winnen, waarbij geldt dat — gelet op de uitkering van gemiddeld 60% van de inleg — als er minder grote prijzen worden uitgekeerd, er dus meer kleine prijzen worden uitgekeerd;¹⁷

— de (gepercipieerde) mogelijkheid om aan goede doelen te geven door deelname aan de staatsloterij;¹⁸

— het betrouwbare karakter van Staatsloterij als organisatie;¹⁹

— (overige) irrationele afwegingen, zoals emoties, sociale motieven, ingesleten gewoontes, de mogelijkheid om geluksgetallen te kiezen, spanning, de mogelijkheid om te dromen.²⁰

Mede op basis hiervan heeft Staatsloterij betwist dat de onjuistheid en/of onvolledigheid van haar mededelingen van voldoende materieel belang was om de (aankoop)beslissing van de gemiddelde con-

sument te beïnvloeden, nu — kort gezegd — deze factoren en niet wetenschap van het wel of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkans, de hoogte van de (uitgekeerde) prijzen en het aantal gewonnen prijzen de beslissing (in overwegende mate) bepaalden.²¹ Het Hof mocht aan dit alles niet zonder ook maar enige motivering voorbij gaan.

Subonderdeel II.2 — Oordeel Hof dat onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang is voor (aankoop)beslissing gemiddelde consument, is rechtens onjuist dan wel onbegrijpelijk

28. Dit subonderdeel richt zich tegen r.ov. 4.7, 4.10 en 4.14 t/m 4.17, 4.21 en 5.1.

29. Het Hof overweegt in r.ov. 3.1 terecht dat de onjuistheid of onvolledigheid van de mededelingen in kwestie van voldoende *materieel* belang moet zijn om de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden. Ten onrechte heeft het Hof deze norm in zijn bestreden overwegingen en oordelen echter niet toegepast, althans niet kenbaar. Het Hof geeft weliswaar een motivering waarom naar zijn oordeel aan dit criterium voldaan is (welke motivering hierna in nrs. 30 en 31 met rechts- en motiveringsklachten wordt bestreden), maar bedient met die motivering het criterium slechts 'lip-pendienst'. Met die motivering miskent het Hof dat het criterium van 'Voldoende materieel belang' een 'drempel' meebrengt, in de zin dat niet elke onjuistheid of onvolledigheid misleidend zal zijn in de zin van artikel 6:194 (oud) BW, doch dat die onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang dient te zijn om het economische gedrag van de gemiddelde consument te kunnen beïnvloeden²² of, anders gezegd, dat een aanzienlijk aantal consumenten van de aankoopbeslissing zou dienen te hebben afgezien bij bekendheid met de omstandigheid die in de mededeling verholen was.²³ Mocht het Hof dit niet hebben miskend, dan moet zijn oordeel als onbegrijpelijk worden bestempeld op de hierna toe noemen gronden.

30. In r.ov. 4.15 overweegt het Hof, in navolging van Loterijverlies:²⁴

15 Pleitnota in eerste aanleg zijdens Staatsloterij, nrs. 3.13, 3.27 en 3.28; MvA, nrs. 2.27, 3.18, 3.21, 3.25, 4.61 en 4.64; Pleitnota in hoger beroep zijdens Staatsloterij, nrs. 12 en 24. Ook Loterijverlies meent dat een consument de winkans niet kan en zal berekenen. Zie o.a. MvG, nr. 78.

16 CvA, nrs. 58, 87 t/m 89, 107 en 121; pleitnota in eerste aanleg zijdens Staatsloterij, nr. 3.13; MvA, nrs. 2.3, 2.9, 2.19, 2.20, 2.27, 4.81.

17 MvA, nr. 2.9, 2.19, 4.30, 4.55, 4.63.

18 CvA, nr. 107.

19 CvA, nr. 107; MvA, nr. 2.27.

20 MvA, nrs. 2.25 t/m 2.26, 3.25; Pleitnota in hoger beroep zijdens Staatsloterij, nrs. 22, 23.

21 De betwisting vloeit reeds voort uit de omstandigheid dat Staatsloterij heeft gesteld (zie de vindplaatsen genoemd in voetnoten 15 t/m 20) dat deze andere factoren, en niet het wel of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkans, de hoogte van de (uitgekeerde) prijzen en het aantal gewonnen prijzen de (aankoop)beslissing (in overwegende mate) bepaalden. Zie voorts ook de betwisting dat de onjuistheid en/of onvolledigheid van de mededelingen van Staatsloterij van voldoende materieel belang was om de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden in CvA, nrs. 63 t/m 66, 107, 121; CvD, nrs. 44 t/m 49, 104, Pleitnota in eerste aanleg zijdens Staatsloterij, nrs. 3.8, 3.25; MvA, nrs. 3.3, 3.19 t/m 3.26, 4.14, 4.34, 4.50; pleitnota in hoger beroep zijdens Staatsloterij, nrs. 17 t/m 24, 37.

22 Zie r.ov. 3.1 en HR 27 november 2009, JOR 2010/43 (WorldOnline), r.ov. 4.10.4.

23 Zie HvEU 19 september 2006, NJ 2007/18 (Lid1), r.ov. 80.

24 MvG, nrs. 71 en 78.

“Het gaat dus om het gevoel dat da potentiële deelnemer/de gemiddelde consument had over de winkans [...]. Dat gevoel is aanzienlijk positiever bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten dan bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 18–21 miljoen loten of, wat ongeveer hetzelfde is, 3 of 4 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten. Hieraan doet niet af dat dis winkansen in beide gevallen minuscuul zijn. De gemiddelde consument, die geen precieze kansberekening zal (kunnen) toepassen, zal zich namelijk niet realiseren hoe klein de kansen in werkelijkheid zijn.”

Deze overweging geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is onbegrijpelijk:

— Mede gelet op het feit dat Staatsloterij heeft gesteld (zie subonderdeel II.1) en het Hof ook heeft onderkend (zie r.ov. 4.15, eerste volzin) dat de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument (in overwegende mate) wordt bepaald door andere factoren dan de winkans, in het bijzonder het hebben van *een* kans om prijzen te winnen, is zonder nadere motivering onbegrijpelijk waarom het gevoel van de potentiële deelnemer/de gemiddelde consument positiever, laat staan aanzienlijk positiever, is bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten dan bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 18–21 miljoen loten. In beide gevallen zijn immers, zoals het Hof in r.ov. 4.15 ook overweegt, de winkansen ‘minuscuul’.

— ‘s Hofs overweging dat de gemiddelde consument, die geen precieze kansberekening zal (kunnen) toepassen, zich namelijk niet zal realiseren hoe klein de kansen in werkelijkheid zijn, is onbegrijpelijk. Ten eerste is deze overweging innerlijk tegenstrijdig met r.ov. 4.11, waarin het Hof samengevat overweegt dat de gemiddelde consument zich een voorstelling zal maken van het aantal loten waaruit werd getrokken, dat hij zal denken dat getrokken werd uit het aantal verkochte loten, en dat hij zal denken dat ongeveer 3 miljoen loten verkocht werden. Indien de gemiddelde consument aldus denkt dat uit 3 miljoen loten getrokken wordt, kan hij immers wel een precieze kansberekening toepassen (aantal grote prijzen gedeeld door 3 miljoen). Ten tweede is de overweging onbegrijpelijk omdat gelet op de aard van een loterij, zeker van een bekende en grote loterij als die georganiseerd door Staatsloterij, verondersteld kan worden dat de gemiddelde consument zich juist *wel* zal realiseren dat de kansen op een grote prijs in een dergelijke loterij minuscuul zijn.²⁵

— ‘s Hofs overweging is voorts onbegrijpelijk, nu het Hof lijkt te veronderstellen dat de gemiddelde consument een vergelijking zal kunnen maken tussen het gevoel dat hij heeft bij een loterij waarbij getrokken wordt uit 3 miljoen loten en een loterij waarbij getrokken wordt uit 18–21 miljoen loten.

Men dient echter, als het ware *double blind*, te toetsen wat het gevoel van de gemiddelde consument zou zijn geweest indien hij wist dat getrokken werd uit 18–21 miljoen loten en of dat gevoel anders zou zijn geweest indien hij wist dat getrokken werd uit 3 miljoen loten. Door deze twee situaties direct naast elkaar te plaatsen, zoals het Hof heeft gedaan, heeft het Hof geoordeeld vanuit het *frame* ‘dat er iets aan de hand is’ en/of vanuit de kennis van nu, dus met ‘post-decisionele spijt’. Deze manier om de vraag te beantwoorden of de onjuistheid en/of onvolledigheid van de mededelingen van Staatsloterij van voldoende materieel belang is voor de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument, is methodologisch gebrekkig, en hierop heeft Staatsloterij ook gewezen.²⁶ Het Hof heeft in r.ov. 4.21 geoordeeld dat deze bezwaren van Staatsloterij onbesproken kunnen blijven, omdat zij gericht zouden zijn tegen de door Loterijverlies overgelegde enquêtes en rapporten en het Hof tot zijn oordeel zou zijn gekomen zonder gebruik te maken van deze enquêtes en rapporten. Nu het Hof echter, blijkens de bestreden overweging, tot zijn oordeel komt met een redenering die vergelijkbaar is met de in deze enquêtes gehanteerde redenering, had het Hof deze bezwaren wel in zijn oordeel dienen te betrekken. Door dat niet te doen, heeft het Hof zijn oordeel niet naar de eis der wet naar behoren gemotiveerd.

31. In r.ov. 4.15 overweegt het Hof, na het hierboven in nr. 30 opgenomen citaat, als volgt:

“Dat voormeld gevoel een realiteit is, wordt onderstreept door de in r.ov. 4.3 al geciteerde opmerking van Nathalie Brand van de Staatsloterij in Tros Radar:

‘En door zeg maar 20 kansen te bieden en daar uiteindelijk gemiddeld he, 4 uit te keren, en daarmee maak je natuurlijk je loterij zo aantrekkelijk mogelijk’

Hiermee is namens Staatsloterij op niet mis te verstane wijze tot uitdrukking gebracht dat, ook wanneer de rekenkundige winkansen in beide gevallen uiterst klein zijn, een loterij met 20 prijzen uit een bepaald aantal loten voor het publiek aantrekkelijker is dan een loterij met 4 prijzen uit hetzelfde aantal loten en dat daarom door Staatsloterij werd gesuggereerd dat er 20 prijzen werden uitgekeerd in plaats van 4. Zeker gelet hierop moet redelijkerwijs aannemelijk worden geacht dat de onder 4.6 bedoelde mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren voor de beslissing van de gemiddelde consument om al dan niet me te doen aan de staatsloterij. Hoewel op basis hiervan te verwachten zou zijn dat na de uitzending van Tros Radar, waarin bekend werd gemaakt dat veel prijzen vielen op niet-verkochte loten, het aantal deelnemers was afgenomen, kan Staatsloterij — anders dan zij betoogt onder 4.62 MvA — aan het

25 Zie ook MvA, nr. 3.10: ‘Van een gemiddeld geïnformeerde consument mag worden verwacht dat hij weet dat de kans op het winnen van een grote prijs in de Staatsloterij uiterst klein is.’

26 Zie Pleitnota in hoger beroep zijdens Staatsloterij, nr. 33 t/m 36, onder verwijzing naar opinie professor Pruyn (productie 3 zijdens Staatsloterij bij pleidooi).

feit dat dat niet is gebeurd, geen argument ontle-
nen ter onderbouwing van haar stelling dat haar
onjuiste althans onvolledige mededelingen niet
van invloed waren op de deelname-beslissing
van de gemiddelde consument. Nu de zojuist
weergegeven opmerking van Nathalie Brand
buiten twijfel stelt dat die invloed wel degelijk
bestond, moet de verklaring voor de stabilisatie
of zelfs toename van het aantal deelnemers na
de Tros Radar-uitzending worden gezocht in de
positieve publiciteit die is gegeneerd door de
(volgens Staatsloterij, zie punt 2.13 MvA, al daar-
voor ingezette) koerswijziging van Staatsloterij
om per 1 januari 2008, minder dan 3 maanden
na de uitzending, de prijzen uitsluitend nog uit
verkochte loten te trekken.”

Deze overweging geeft blijk van een onjuiste rechts-
opvatting, althans is onbegrijpelijk:

— De overweging dat de geciteerde opmerking
van de woordvoerder van de Staatsloterij in het Tros
Radar-interview ‘*buiten twijfel*’ stelt dat de invloed
op de (aankoop)beslissing van de gemiddelde con-
sument bestond, is onbegrijpelijk, omdat niet valt in
te zien waarom een enkele opmerking tijdens een
enkel — nogal — ongemakkelijk televisie-interview
zwaarder zou wegen dan de (uitgebreid gemoti-
veerde) stellingen van Staatsloterij waarom deze
invloed niet bestond, althans dat niet een invloed
van voldoende materieel belang bestond, omdat de
(aankoop)beslissing van de gemiddelde consument
(in overwegende mate) door andere factoren werd
bepaald (zie subonderdeel II.1).

— De overweging dat Staatsloterij aan het feit dat
na de Tros Radar-uitzending het aantal deelnemers
niet is afgenomen ‘geen argument kan ontle-
nen ter onderbouwing van haar stelling dat haar onjuiste
althans onvolledige mededelingen niet van invloed
waren op de deelname-beslissing van de gemid-
delde consument’ nu de opmerking van een woord-
voerder van Staatsloterij ‘*buiten twijfel*’ zou stellen
dat die invloed bestond, is onbegrijpelijk, want een
cirkelredenering. Het Hof heeft hetgeen te bewijzen
was (er bestond een invloed van voldoende materi-
eel belang op de deelname-beslissing) als reden ge-
bruikt om een argument waarom die conclusie niet
juist is (het aantal deelnemers is niet afgenomen) te
verwerpen.

— De overweging dat ‘de verklaring voor de stabi-
lisatie of zelfs toename van het aantal deelnemers
na de Tros Radaruitzending [moet] worden gezocht
in de positieve publiciteit die is gegeneerd door de
[...] koerswijziging van Staatsloterij om per 1 Ja-
nuari 2008, minder dan 3 maanden na de uitzen-
ding, de prijzen uitsluitend nog uit verkochte loten
te trekken’ is onbegrijpelijk, nu in de regel — zoals
het Hof ook overweegt — bij het bekend worden van
(beweerdelijk) misleidend handelen verwacht mag
worden dat het aantal deelnemers niet zal stabilise-
ren of toenemen, maar eerder zal afnemen.

32. Het Hof heeft bij zijn oordeel in r.ov. 5.1
over de mededelingen van Staatsloterij over de
hoogte van de (uitgekeerde) prijzen inzake de Ko-

ninginnedagtrekking in 2008 *niets* overwogen over
de vraag of de onjuistheid en/of onvolledigheid
van deze mededelingen van voldoende materieel
belang was voor de (aankoop)beslissing van de
gemiddelde consument. Het Hof heeft dus niet,
althans niet kenbaar, getoetst of aan dit vereiste
is voldaan. Dat maakt dat het oordeel van het Hof
ofwel rechtens onjuist is (het Hof miskent dat het
ook hier moet toetsen of aan de eis van voldoende
materieel belang is voldaan) ofwel als onbegrijpelijk
moet worden bestempeld (het Hof motiveert niet
waarom hier aan die eis zou zijn voldaan).

Subonderdeel II.3 — Hof miskent regels
omtrent verdeling van stelplicht en
bewijslast

33. Dit subonderdeel richt zich tegen r.ov. 4.7,
4.10 en 4.14 t/m 4.17 en 5.1.

34. Het Hof overweegt in r.ov. 3.1 terecht dat
door Loterijverlies aannemelijk moet worden ge-
maakt dat de onjuistheid of onvolledigheid van
voldoende materieel belang is om de (aankoop)
beslissing van de gemiddelde consument te beïn-
vloeden. Stelplicht en bewijslast rusten derhalve
op Loterijverlies. Tegen deze achtergrond geeft het
oordeel van het Hof blijk van een onjuiste rechtsop-
vatting, dan wel moet het als onbegrijpelijk worden
bestempeld omdat het Hof in de zojuist genoemde
rechtsoverwegingen telkens de verweren van
Staatsloterij tot uitgangspunt neemt en die vervol-
gens na weging te licht bevindt. Daarmee miskent
het Hof dat het had moeten toetsen of Loterijverlies
voldoende heeft gesteld (en gezien de betwisting
van Staatsloterij ook heeft bewezen) om aanneme-
lijk te maken dat deze invloed bestond. Het arrest
van het Hof geeft er geen blijk van dat het Hof dit
heeft gedaan, met als gevolg dat uit het arrest niet
kan worden afgeleid op basis van welke stellingen
van Loterijverlies het Hof aannemelijk heeft geacht
dat de onjuistheid of onvolledigheid van voldoende
materieel belang is om de (aankoop)beslissing van
de gemiddelde consument te beïnvloeden. Dat
maakt dat het oordeel van het Hof op dit punt als
onbegrijpelijk moet worden bestempeld.

Subonderdeel II.4 — Hof passeert ten
onrechte tegenbewijsaanbod van
Staatsloterij

35. Dit subonderdeel richt zich tegen r.ov. 4.16,
waarin het Hof overweegt en oordeelt dat het ver-
weer van Staatsloterij, dat haar mededelingen niet
misleidend zijn, alles overziend, een toereikende
onderbouwing mist, zodat dat verweer zal worden
gepasseerd en voor tegenbewijs op dit punt geen
plaats is. Dat tegenbewijsaanbod is volgens het Hof,
voor zover betrekking hebbend op getuigen, boven-
dien niet relevant, nu niet valt in te zien wat getui-
gen zouden kunnen verklaren over de wetenschap,
opvattingen en gedragingen van de ‘gemiddelde
consument’ die immers een fictieve entiteit is.

36. Uit subonderdeel II.1 en de daarin ge-
noemde vindplaatsen blijkt dat Staatsloterij uitge-

breid gemotiveerd heeft betwist dat de onjuistheid en/of onvolledigheid van haar mededelingen van voldoende materieel belang was om de (aankoop) beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden. Het tegengestelde oordeel van het Hof is rechtens onjuist, omdat het Hof aldus te strenge eisen heeft gesteld aan hetgeen van een betwisting mag worden verlangd, dan wel moet dat oordeel als onbegrijpelijk worden bestempeld omdat niet valt in te zien wat Staatsloterij dan nog meer bij wege van verweer had moeten én kunnen stellen. Het hieruit voortvloeiende oordeel dat het aanbod tot tegenbewijs zal worden gepasseerd kan dan ook niet in stand blijven.

37. De verwerping van het tegenbewijsaanbod, voor zover betrekking hebbend op getuigen, als niet relevant, is eveneens rechtens onjuist dan wel onbegrijpelijk. De verwerping is rechtens onjuist omdat niet valt in te zien op welke grondslag Staatsloterij in deze zaak geen tegenbewijs door middel van getuigen mag leveren. De overweging dat de gemiddelde consument een fictieve entiteit is en dat om deze redenen niet in te zien valt wat getuigen zouden kunnen verklaren over de wetenschap, opvattingen en gedragingen van de gemiddelde consument, kan die verwerping in elk geval niet dragen. Die overweging is ook overigens onbegrijpelijk nu de gemiddelde consument weliswaar een fictieve entiteit is, maar dat nog niet betekent dat niet (mede) op basis van hetgeen een aantal daadwerkelijke consumenten zou verklaren bepaald kan worden hoe de gemiddelde consument zou hebben gehandeld.

Onderdeel III – Een tweetal varia

Subonderdeel III.1 – Schade hier nog niet aan de orde

38. Dit subonderdeel richt zich tegen r.ov. 4.18, waarin het Hof overweegt dat de schade als gevolg van de misleidende mededelingen van Staatsloterij niet bestaat uit het verlies van de kans op winst (het positief belang), maar uit de kosten van aankoop van een staatslot (het negatief belang).

39. Het Hof overweegt dit, in het kader van zijn beoordeling of Loterijverlies wel voldoende belang heeft bij haar vordering.²⁷ Staatsloterij heeft immers gesteld dat Loterijverlies geen belang heeft bij haar vordering, omdat – kort gezegd – de door haar handelen veroorzaakte schade nihil althans nageenog nihil zou zijn.²⁸ Staatsloterij gaat ervan uit dat het Hof de bestreden overweging slechts gegeven heeft als onderdeel van zijn toetsing of het beroep

op ontbreken van voldoende belang (in de zin van artikel 3:303 BW) slaagt, en dat die overweging dus tot die toetsing beperkt is, met andere woorden dat het Hof met deze overweging slechts heeft gemotiveerd waarom naar zijn oordeel Loterijverlies voldoende belang heeft bij haar vordering – een oordeel waar Staatsloterij in cassatie niet tegen op komt – maar dat het Hof met deze overweging niet vooruit is gelopen op de vaststelling van (het bestaan en omvang van) causaal verband en schade in eventueel opvolgende procedures.

40. Indien de besteden overweging wél zo begrepen dient te worden dat het Hof een oordeel heeft gegeven over de vaststelling van (het bestaan en omvang van) causaal verband en schade, is het Hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, althans heeft het Hof een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven. In deze procedure heeft Loterijverlies een verklaring voor recht gevorderd dat Staatsloterij misleidende mededelingen in de zin van artikel 6:194 (oud) BW heeft gedaan.²⁹ Deze vordering heeft het Hof toegewezen.³⁰ De overige vorderingen van Loterijverlies (met uitzondering van de vordering tot kostenveroordeling),³¹ heeft het Hof verworpen, waaronder de vordering tot een verklaring voor recht dat Staatsloterij onrechtmatig, in de zin van artikel 6:162 BW, zou hebben gehandeld met betrekking tot haar beweerdelijk misleidende mededelingen.³²

41. Aldus is, naar 's Hof's eigen inzicht, de rechtsstrijd beperkt tot de vraag of Staatsloterij misleidende mededelingen in de zin van artikel 6:194 (oud) BW heeft gedaan. In het kader van deze beoordeling, is de vraag of de beweerdelijk misleidende mededelingen hebben geleid tot schade bij een of meer deelnemers of de aard van die schade, met andere woorden de vraag naar (bestaan en omvang van) causaal verband en schade, *niet* aan de orde. Indien het Hof op de vaststelling van (bestaan en omvang van) causaal verband en schade vooruit is gelopen, is dit dan ook ontoelaatbaar, nu deze vraag niet voorlag. Gelet op de collectieve aard van de onderhavige procedure, kon het Hof ook niet over deze vraag beslissen, gezien het feit dat de beantwoording van die vraag afhankelijk is van de individuele omstandigheden van de deelnemer in kwestie.

Subonderdeel III.2 – Oordeel Hof dat aanzienlijk deel consumenten zou van aankoop hebben afgezien, althans tegen dezelfde voorwaarden, is onbegrijpelijk

42. In r.ov. 4.18 overweegt het Hof voorts als volgt: '[...] een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien [van de aankoop van een staatslot], althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen had gedaan.' Dit oordeel is onbegrijpelijk, nu

27 Arrest, r.ov. 4.18: "In de eerste plaats betoogt Staatsloterij, dat Loterijverlies geen voldoende belang heeft bij vordering A [...] Geconcludeerd moet worden dat [...] het – in rov. 2.5 al aangestipte – 'onvoldoende belang'-verweer van Staatsloterij niet slaagt."

28 Arrest, r.ov. 4.18. Zie MvA, nrs. 1.6 en 3.27 t/m 3.33 onder het kopje 'f) Geen belang geen actie'; Pleitnota zijdens Staatsloterij in hoger beroep, nrs. 59 t/m 63 onder het kopje 'Sowieso geen schade en dus geen belang Loterijverlies. Geen belang, geen actie'.

29 Zie r.ov. 2.1 onder (A).

30 Zie r.ov. 4.1 t/m 4.21, 5.1 en dictum

31 Zie r.ov. 2.1 onder (B) t/m (K).

32 Zie r.ov. 2.1 onder (C), 8.1 en dictum.

het Hof niet motiveert waarom een 'aanzienlijkdeel van de consumenten' zou hebben afgezien van deze aankoop, noch waarom deze consumenten althans van aankoop 'tegen dezelfde voorwaarden' zouden hebben afgezien. Hoe het Hof aan deze kwantificatie van het aantal consumenten dat zou hebben afgezien van de aankoop komt, valt uit het arrest niet af te leiden. Ook is onbegrijpelijk hoe consumenten enerzijds wel tot de aankoop van een staatslot zouden zijn overgegaan, maar dan niet tegen dezelfde voorwaarden, op welke voorwaarden zij immers totaal geen invloed hebben.

Op grond van dit middel:

vordert Staatsloterij dat het arrest waartegen het cassatieberoep is gericht door de Hoge Raad zal worden vernietigd, met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad passend zal achten, kosten rechs.

Incidenteel cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het Hof heeft overwogen en beslist als is vervat in het ten dezen bestreden arrest, zulks ten onrechte om één of meer van de navolgende, zo nodig in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Onderdeel 1: uitleg art. 8 lid 2 Wok en art. 7 Beschikking Staatsloterij

Het Hof oordeelt in rov. 6.3 van het bestreden arrest — kort samengevat — dat een redelijke uitleg van art. 8 lid 2 Wok en art. 7 Beschikking Staatsloterij met zich brengt dat de in art. 8 lid 2 Wok vervatte norm, te weten dat ten minste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen wordt uitgelooft, niet ziet op een bepaalde (maandelijkse) trekking, maar op een langere periode en/of een gemiddelde, waarin/waarbij fluctuaties in de maandelijkse inleg kunnen worden gladgestreken. Deze uitleg van regelgeving wordt volgens het Hof niet beïnvloed door het feit dat Staatsloterij zelf herhaaldelijk heeft aangegeven dat van 'elke trekking' / 'maandelijks' 60% wordt uitgekeerd' en evenmin door de reclame-uiting(en) van Staatsloterij, luidende 'een belangrijke spelregel is bijvoorbeeld dat bij elke trekking minimaal 60% van de betaalde inleg weer als prijzengeld wordt uitbetaald' (rov. 6.3).

Het Hof hanteert een onjuiste rechtsopvatting, althans schiet het in zijn motiveringsplicht tekort, door de inhoud van de wettelijke minimumuitkeringsnorm van Staatsloterij op de hiervoor omschreven wijze uit te leggen. Aldus miskent het Hof dat art. 8 lid 2 Wok jo. art. 7 Beschikking Staatsloterij met zich brengt dat per trekking ten minste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen wordt uitgelooft. Dit om de hierna te noemen redenen:

a. De door het Hof gegeven uitleg is onverenigbaar met de wetgeschiedenis van de thans in art. 8 lid 2 Wok vervatte minimum uitkeringsnorm. Het Hof ziet eraan voorbij dat deze norm, mede blijkens de tekst van de voorloper van dit artikel — te weten art. 8 lid 1 van de Loterijwet 1905, zoals gewijzigd bij Wet houdende wijziging van de Loterijwet 1905 en vaststelling van enige met het loterijwezen verband houdende bepalingen van 21 december 1950 (Staatsblad no. K619) —, aldus moet worden geïnterpreteerd dat deze per (maandelijkse) trekking geldt.

b. Voorts verdraagt de door het Hof gegeven uitleg van genoemde norm zich niet met de doelstellingen van het kansspelbeleid van de Nederlandse overheid, te weten het beteugelen van de speelzucht en het beperken van de nadelige gevolgen van kansspelen door middel van (eenduidige) regels en (strikte) handhaving. Hoofddoel van dit kansspelbeleid is het reguleren en beheersen van kansspelen, met bijzondere aandacht voor het tegengaan van gokverslaving en het beschermen van de consument.² De spelers moeten kunnen vertrouwen op het betrouwbare en transparante karakter van de staatsloterij. Daarmee valt moeilijk te rijmen een zodanig ruime uitleg van art. 8 lid 2 Wok dat voor (potentiële) deelnemers aan de staatsloterij onduidelijk is welk percentage zal worden uitgekeerd bij de trekking waaraan zij met een of meer loten (willen) deelnemen, althans dat niet vaststaat dat er bij die trekking ten minste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen zal worden uitgelooft. Het door het Hof aan die norm toegekende flexibele karakter, waarbij niet is uit te sluiten dat er bij sommige trekkingen (beïnvloedend) minder dan 60% wordt uitgekeerd, strookt niet met het gegeven dat de 60%-norm een minimumpercentage behelst.

c. In dit verband is niet zonder belang dat het hoge uitkeringspercentage van de staatsloterij — ook volgens Staatsloterij — een essentiële producteigenschap betreft, en uit de door Loterijverlies overgelegde enquête blijkt dat het daaraan niet voldoen voor de ondervraagde (potentiële) deelnemers een breekpunt is.³ Deze omstandigheid, waarvan het Hof zich ten onrechte geen rekenschap heeft gegeven, wijst er eveneens op dat de 60%-norm als 'hard-and-fast-rule' heeft te gelden, die niet kan fluctueren. Afgezien daarvan valt niet in te zien dat en waarom het vaststaande feit, dat Staatsloterij zelf herhaaldelijk — in reclame-uitingen e.d. — heeft aangegeven dat de 60%-norm per trekking geldt, geen rol zou kunnen spelen, zoals het Hof meent. Ook die omstandigheid draagt immers bij aan de verwachtingen van de consument, die moet worden beschermd en moet kunnen vertrouwen op het betrouwbare en transparante karakter van de staats-

² Vgl. Brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer d.d. 31 maart 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, 24036 en 24557, nr. 280.

³ Vgl. mvg nrs. 44, 79–80 en 99–102 en prod. 11, 15–16, 26–29 en 44 daarbij; pleitnotities mr. Raaijmakers in appel nrs. 37–39 en 44–46, Vgl. ook cva nr. 107, mva nrs. 2.27 en pleitaantekeningen van mrs. Van Oerle en Waszink in appel nr. 24.

¹ Vgl. prod. 22 en 23 bij mvg.

loterij en op een strikte uitleg en handhaving van essentiële regelgeving zoals het thans in art. 8 lid 2 WoK vervatte minimumuitkeringspercentage.

Onderdeel 2: beroep op art. 6:194 (oud) BW
Het Hof overweegt in rov. 6.4 dat de in rov. 6.3 ter sprake gekomen tekst in de 'paginagrote advertentie' Loterijverlies in het kader van art. 6:194 (oud) BW niet kan baten, nu zij niet concreet zou hebben gesteld dat en waarom het voor de gemiddelde consument zou hebben uitgemaakt wanneer hij had geweten dat de 60%-norm alleen over een langere periode/gemiddeld, en niet per trekking werd gehaald.

Dit oordeel is in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Het Hof ziet er immers aan voorbij dat Loterijverlies tijdens het pleidooi in hoger beroep heeft aangevoerd dat Staatsloterij zich zelf op het standpunt heeft gesteld dat het uitkeringspercentage van evident belang is door spelers, alsmede dat uit de als prod. B door Loterijverlies overgelegde enquête blijkt dat het daaraan niet voldoen voor de ondervraagden een breekpunt is: 73% (41% zeker niet en 32% waarschijnlijk niet) zou geen lot hebben gekocht in een loterij waarin wordt gezegd dat tenminste 60% per ingelegde euro wettelijk als prijzengeld moet worden uitgekeerd, indien men van tevoren zou hebben geweten dat slechts 55% is uitgekeerd.⁴ Daarmee is niet te rijmen 's Hof's oordeel dat Loterijverlies niet concreet zou hebben gesteld dat en waarom het voor de gemiddelde consument zou hebben uitgemaakt wanneer hij had geweten dat de 60%-norm alleen over een langere periode/gemiddeld, en niet per trekking werd gehaald. Nu het Hof geen (kenbare) aandacht besteedt aan deze essentiële stellingen, is het in elk geval in zijn motiveringsplicht tekortgeschoten.

Met conclusie:

(...)

In het incidenteel cassatieberoep
Tot vernietiging van het arrest, tevens op grond van de in het incidenteel cassatieberoep aangevoerde gronden, met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad juist zal achten, kosten rechtens.

Conclusie A-G mr. M.H. Wissink:

1. Inleiding, feiten¹ en procesverloop

1.1 In een uitzending van Tros Radar van oktober 2007, die de aanleiding was voor deze collectieve actie, is gemeld dat bepaalde grote prijzen van de staatsloterij niet werden getrokken uit alle verkochte loten, maar uit alle door de Staatsloterij voor de trekking ter beschikking gestelde loten, dus ook uit alle niet-verkochte loten. Het merendeel

van deze grote prijzen viel op niet-verkochte loten, zodat zij niet werden uitgekeerd.² Deze zaak draait in cassatie primair om de vraag of het Gerechtshof Den Haag terecht heeft geoordeeld dat Staatsloterij hierover misleidende mededelingen in de zin van art. 6:194 (oud) BW heeft gedaan. In het bijzonder zou Staatsloterij misleidende mededelingen hebben gedaan over het wel- of niet gegarandeerd vallen van enkele grote prijzen, de winkans en het aantal gewonnen prijzen. Dit betreft de periode 2000 t/m 2007. Nadien heeft de Staatsloterij haar beleid veranderd.

Naar aanleiding van enige andere verwijten die vervolgens tegen de handelwijze van Staatsloterij zijn geformuleerd, heeft het hof geoordeeld dat de Staatsloterij misleidende mededelingen heeft gedaan over de hoogte van de uitgekeerde prijzen bij de Koninginnedagloterij van 30 april 2008. Het principale cassatieberoep ziet ook op dit oordeel. Een derde verwijt aan de Staatsloterij, namelijk dat zij in de periode januari 2002 t/m september 2008 niet heeft voldaan aan de wettelijke eis om 60% van de inleg uit te loven, is volgens het hof ongegrond. Hierop ziet het incidenteel cassatieberoep.

1.2 Op grond van art. 9 Wet op de Kansspelen (WoK) kan aan een rechtspersoon vergunning worden verleend tot het organiseren van de staatsloterij. Staatsloterij, opgericht in juni 1992, heeft volgens art. 2 lid 2 van de Wet Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij onder meer tot doel het organiseren van de staatsloterij. Bij de Beschikking Staatsloterij van 15 juni 1992 is hiervoor aan Staatsloterij vergunning verleend. Op grond van deze vergunning biedt Staatsloterij onder meer de volgende loterijvormen aan (die alle kwalificeren als 'staatsloterij' in de zin van art. 8 WoK): de staatsloterij (12 x per jaar); de oudejaarsloterij (1 x per jaar); de Europese loterij (1 x per jaar) en Dayzers (1 x per week).³ Deze procedure betreft de 12 x per jaar (maandelijks) gehouden staatsloterij, hierna aan te duiden als 'de staatsloterij' met kleine beginletter ter onderscheiding van de partij in deze procedure, 'Staatsloterij'.

1.3 Loterijverlies is opgericht op 3 juli 2008, naar aanleiding van de uitzending van Tros Radar van 29 oktober 2007 over de staatsloterij en de hierdoor ontstane publieke discussie. Via de website www.loterijverlies.nl hebben zich ongeveer 23.000 natuurlijke personen bij Loterijverlies aangemeld, ter behartiging van hun belangen in verband met hun deelname aan de staatsloterij.⁴

1.4 Voor de gewraakte mededelingen en de andere door het hof voor de beoordeling relevant geachte feiten en omstandigheden verwijs ik naar

² Vgl. rov. 4.6 van het bestreden arrest.

³ In plaats van Dayzers wordt thans het Miljoenenspel aangeboden, zo blijkt uit het jaarverslag over 2013 van de Kansspelautoriteit, p. 18 (zie <http://www.kansspelautoriteit.nl/publicaties>).

⁴ Dit aantal is volgens mededeling van Loterijverlies in haar schriftelijke toelichting (s.t.) nr. 2 inmiddels aanzienlijk opgelopen.

⁴ Vgl. pleitnotities mr. Raaijmakers in appel nrs. 37–39.

¹ De bij 1.2 en 1.3 vermelde feiten zijn, voor zover in cassatie relevant, ontleend aan rov. 1.1 van het in cassatie bestreden arrest van het Gerechtshof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587, NJF 2013/308.

de onder 2 gegeven samenvatting van het arrest van het hof.

1.5 In eerste aanleg heeft Loterijverlies geen succes gehad. Zij vorderde, zeer kort gezegd en voor zover in cassatie nog van belang, verklaringen voor recht dat bepaalde reclame-uitingen van Staatsloterij misleidend waren, rectificatie en kostenveroordeeling. Daartoe stelde Loterijverlies dat Staatsloterij zich schuldig maakt aan misleidende reclame in de zin van art. 6:194 BW (oud) doordat de winkansen niet juist werden gepresenteerd. Dit zou volgens Loterijverlies zijn gebeurd door het wekken van de indruk dat bepaalde prijzen waren gewonnen terwijl dat niet het geval is en doordat niet tenminste 60% van de inleg werd uitgekeerd. Naar aanleiding van het door Staatsloterij gevoerde verweer wees de rechtbank 's-Gravenhage bij vonnis van 31 maart 2010 de vorderingen, voor zover ontvankelijk, als onvoldoende onderbouwd af.⁵

1.6.1 Loterijverlies is van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Zij heeft haar eis gewijzigd en wel – voor zover in cassatie nog van belang – in diër voege dat zij naast vernietiging van het vonnis vordert, kort gezegd:⁶

A. te verklaren voor recht dat Staatsloterij gedurende de periode 2000 t/m 2008 misleidende mededelingen heeft gedaan over (i) het wel of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, (ii) de winkansen, (iii) de hoogte van de prijzen (iv) het aantal gewonnen prijzen en (v) het uitkeringspercentage, en hierdoor onder meer in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW; (...)

G. te verklaren voor recht dat Staatsloterij het uitkeringspercentage verkeerd heeft berekend; (...)

L. Staatsloterij te veroordelen tot vergoeding van de door Loterijverlies gemaakte en te maken kosten, onder meer van deskundig advies, nader op te maken bij staat; met nevenvorderingen.

1.6.2 Staatsloterij heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij arrest van 28 mei 2013 heeft het Gerechtshof Den Haag het vonnis waarvan beroep vernietigd, en opnieuw rechtdoende:

– voor recht verklaard dat Staatsloterij gedurende de periode 2000 t/m 2007 misleidende mededelingen heeft gedaan over het wel- of niet-gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkansen en het aantal gewonnen prijzen en hierdoor in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW;

– voor recht verklaard dat Staatsloterij in 2008 misleidende mededelingen heeft gedaan over de hoogte van prijzen en hierdoor in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW;

– Staatsloterij veroordeeld tot vergoeding van de door Loterijverlies gemaakte en te maken (buitengerechtelijke) kosten, met wettelijke rente, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

– het meer of anders gevorderde afgewezen en de proceskosten in beide instanties gecompenseerd.

5 Rb. 's-Gravenhage 31 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL9558, rov. 3.1 en 4.7.

6 Bestreden arrest, rov. 2.1.

1.7 Staatsloterij is van het arrest van 28 mei 2013 bij dagvaarding van 8 augustus 2013 – dus tijdig – in cassatie gekomen. Loterijverlies heeft geconcludeerd tot verwerping van het principale beroep en een incidenteel cassatieberoep ingesteld, dat volgens Staatsloterij moet worden verworpen. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten en Loterijverlies heeft bij schriftelijke dupliek nog gereageerd op de toelichting van Staatsloterij.⁷

2 Het bestreden arrest

2.1 Het hof formuleert in rov. 3.1 de maatstaf voor beantwoording van de vraag of sprake is van misleidende uitlatingen in de zin van art. 6:194 (oud) BW,⁸ alsmede de daaruit voortvloeiende bewijslastverdeling:

“3.1 Artikel 6:194 (oud) BW, waarop vordering A is gebaseerd, heeft betrekking op openbare, aan het publiek gedane mededelingen, en is een lex specialis ten opzichte van artikel 6:162 BW dat ook ziet op niet-openbare mededelingen. Bij de vraag of een mededeling misleidend is in de zin van artikel 6:194 (oud) BW moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt, de ‘maatman’ (HR 30 mei 2008, *LJN* BD2820 *TMF*). Van misleiding zal met name sprake kunnen zijn indien de mededeling onjuist of onvolledig is. De feitelijke vaststelling dat sprake is van een onjuiste of onvolledige mededeling brengt echter nog niet mee dat deze ook misleidend is. Daartoe is nodig dat de mededeling de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Een mededeling kan daarom pas als misleidend worden gekwalificeerd indien redelijkerwijs aannemelijk is dat de onjuistheid of onvolledigheid van materieel belang is voor de beslissing van de maatman om al dan niet tot de desbetreffende rechtshandeling (hier: deelname aan de staatsloterij, het sluiten van de loterijovereenkomst) over te gaan. In dat geval is immers redelijkerwijs aannemelijk dat de

7 Het hof verwijst onder ‘verloop van het geding’ naar brieven/akten van partijen van 2, 8, 11, 14 en 15 november 2012 en van 3 en 14 mei 2013. De op 2 november 2012 toegezonden akte heeft het hof deels geweigerd. In het A-dossier bevindt zich de akte van 2 november (met toegelaten producties) maar missen de akte van 15 november met producties C-J en de brieven van 3 en 14 mei 2013 over het proces-verbaal. Evenals in het B-dossier missen de brief met het verzet van Staatsloterij van 8 november 2012 en de reactie daarop van Loterijverlies van 11 november 2012.

8 Sinds de omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG) in art. 6:193a e.v. BW per 15 oktober 2008, ziet art. 6:194 e.v. BW inzake (onder meer) misleidende reclame alleen nog op de verhouding tussen ondernemers. Art. 6:194 brengt dit tegenwoordig tot uitdrukking door de passage ‘jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf’. De door het hof genoemde bepalingen wijken voor het overige niet af van de huidige versies ervan.

onjuistheid of onvolledigheid het economisch gedrag van de maatman kan beïnvloeden. Het gaat er dus om dat de onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang is om de maatman te misleiden en/of de mededeling op zichzelf beschouwd een misleidend karakter heeft. Zie voor dit een en ander: HR 27 november 2009, *LJN BH2162 VEB-WOL c.s.*.

Aangezien de staatsloterij is bestemd voor het algemene publiek wordt de maatman in dit geval gevormd door de gemiddelde algemene consument; hierna zal worden gesproken over de 'gemiddelde consument' of 'het publiek'. Op Staatsloterij rust ingevolge artikel 6:195 lid 1 BW de bewijslast ter zake van de juistheid en volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd en waarop het beweerdelijk misleidend karakter van de mededeling berust. Dat de onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang is om de beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden, moet door Loterijverlies aannemelijk worden gemaakt."

In cassatie wordt tegen deze maatstaf en deze bewijslastverdeling niet opgekomen.⁹ De overige overwegingen van het hof, voor zover in cassatie nog van belang, vat ik hieronder samen.

Gegarandeerd zijn, winkansen, aantal gewonnen prijzen (vordering A (i), (ii) en (iv))

2.2 Het hof beoordeelt eerst vordering A voor zover deze betreft de verklaring van recht dat Staatsloterij in de periode 2000 t/m 2008 misleidende mededelingen heeft gedaan over (i) het wel of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, (ii) de winkansen en (iv) het aantal gewonnen prijzen. Dit betreft kort gezegd de bij 1.1 bedoelde kwestie van de niet-verkochte loten.

2.3.1 Het hof gaat het eerst in op het gegarandeerd zijn van de prijzen en op het aantal gewonnen prijzen. Ten aanzien van de feitelijke situatie en hetgeen de Loterijverlies aan dit deel van haar vordering ten grondslag heeft gelegd, stelt het hof in rov. 4.1 en 4.2 vast:

"4.1 Vast staat dat tot 1 januari 2008 in de staatsloterij de grotere prijzen van € 50.000 en € 100.000 niet alleen werden getrokken uit de verzameling van verkochte loten, maar uit een veel grotere verzameling van loten, het zogenoemde 'universum'. Alle loten uit dit universum konden worden verkocht maar slechts een deel daarvan werd ook daadwerkelijk verkocht. In de periode januari 2001-2008 is de grootte van het universum opgelopen van 7,5 miljoen loten tot (sinds januari 2005) 18 miljoen loten (MvA

onder 2.5), 20 miljoen loten (PV pleidooi in hoger beroep) of 21 miljoen loten (PA Staatsloterij onder 60). In de visie van Staatsloterij (punt 3.31 MvA) is het realistisch om aan te nemen dat per trekking zo'n 3 miljoen loten werden verkocht. Ook Loterijverlies gaat hier vanuit. Omdat derhalve een prijs kon vallen op een niet-verkocht lot, vielen er (doorgaans) meer prijzen dan daadwerkelijk worden uitgekeerd (vergelijk voor de termen 'vallen' en 'uitkeren' van een prijs punt 2.8 MvA).¹⁰ Met ingang van 1 januari 2008 heeft Staatsloterij, naar Loterijverlies erkent, haar systematiek gewijzigd in die zin dat prijzen enkel nog uit verkochte loten worden getrokken.

4.2 Aan haar vordering A voor zover gebaseerd op de stelling dat Staatsloterij misleidende mededelingen heeft gedaan over het wel of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkansen en het aantal gewonnen prijzen — de onderdelen (i), (ii) en (iv) van die vordering — heeft Loterijverlies ten grondslag gelegd dat Staatsloterij het feit dat de grotere prijzen ook konden vallen op niet-verkochte loten niet (voldoende duidelijk) aan het publiek heeft kenbaar gemaakt, meer in het bijzonder dat Staatsloterij tot 2008:

a) in haar reclamecampagnes met aantallen van een bepaalde prijs heeft geadverteerd terwijl niet al die prijzen zijn uitgekeerd (zie bijvoorbeeld productie 13 sub 17 bij MvG; er worden voor de Koninginnedagloterij van april 2005 10 prijzen van € 1.000.000 en 10 prijzen van € 250.000 gecommuniceerd, terwijl slechts 4 respectievelijk 0 prijzen van die bedragen zijn uitgekeerd);

b) het aantal gevallen prijzen uit een vorige trekking heeft gepubliceerd zonder daarbij te vermelden dat (veel) minder prijzen waren uitgekeerd (zie bijvoorbeeld productie 9 juncto productie 13 sub 17 bij MvG; in de trekkingsuitslag van april 2005 staat vermeld dat de prijs van € 100.000 10 keer is gevallen, terwijl die prijs slechts 3 keer is uitgekeerd).

In situatie a) gaat het om aankondigingen van trekkingen, in situatie b) om trekkingsuitslagen."

2.3.2 In rov. 4.3-4.6 onderzoekt en verwerpt het hof het verweer van Staatsloterij (rov. 4.3, aanhef) dat de in haar advertenties gedane mededelingen juist zijn en dat zij geen onjuiste mededelingen heeft gedaan over het aantal prijzen dat per trekking was gevallen.

Het hof gaat uit van de juistheid van de feitelijke stellingen van Loterijverlies bedoeld bij 4.2 onder a en b. Staatsloterij heeft deze en de door Loterijverlies overgelegde bewijsstukken¹¹ onvoldoende betwist. Bovendien is de juistheid van die feitelijke stellingen af te leiden uit de uitlatingen van Nathalie

9 Zie expliciet de cassatiedagvaarding, nr. 34, en de s.t. zijdens Staatsloterij, nr. 13. Het incidenteel cassatieberoep komt uitsluitend op tegen het rechtsoordeel in rov. 6.3 (uitleg art. 8 lid 2 WoK en art. 7 Besikking Staatsloterij) en tegen de motivering van rov. 6.4.

10 De trekking bepaalt op welk lot de prijs 'valt'. Is dat lot verkocht, dan wordt de gevallen prijs ook 'uitgekeerd'. Vgl. MvA 2.8 waarnaar het hof verwijst.

11 Het hof noemt in rov. 4.3 prod. 6 en 7 bij de inleidende dagvaarding en prod. 7-9 en 13 bij memorie van grieven.

Brand, de woordvoerder van Staatsloterij, in het Tros Radarinterview (rov. 4.3 en 4.5).

Voorts vermeldt het hof de vanaf 2002 gedane mededeling 'elke maand 20 winnaars van € 100.000' (rov. 4.4). Het hof komt dan tot het volgende oordeel:

"4.6 ¹Het hof stelt vast dat de mededelingen van Staatsloterij aan het publiek in de periode van 2000 tot 1 januari 2008 over het aantal prijzen/winnaars in de categorie 'grotere prijzen' betrekking hadden op uit het universum te trekken/getrokken prijzen (vanaf 2005: gemiddeld ongeveer 20 prijzen), terwijl het aantal uit te keren/uitgekeerde prijzen (dat zijn de prijzen op verkochte loten) veel lager was (vanaf 2005: gemiddeld ongeveer 4 prijzen). ²In het algemeen kan worden verwacht dat de prijzen in een loterij worden getrokken uit de verkochte loten. ³Dit is ook af te leiden uit de laatste opmerking van Nathalie Brand in de in rov. 4.3 geciteerde passage uit het Tros Radar-interview, die er op neerkomt dat zij denkt dat niet veel mensen weten dat bij de staatsloterij sprake is van een universum dat (grooten)deels uit niet verkochte loten bestaat. "Naar het oordeel van het hof waren de zojuist bedoelde mededelingen van Staatsloterij (zo al niet onjuist dan) in ieder geval onvolledig nu daarbij niet was vermeld dat niet uit het aantal verkochte loten maar uit een veel groter universum zou worden/was getrokken. ⁴De mededelingen waarin met '(elke maand 20) winnaars' werd geadverteerd waren bovendien zonder meer onjuist omdat het begrip 'winnaars' niet anders kan worden opgevat dan als verwijzend naar personen die daadwerkelijk aanspraak op uitkering van een prijs hebben gekregen en er per maand gemiddeld maar 4 van deze winnaars waren. ⁵Het in rov. 4.3, aanhef, weergegeven verweer van Staatsloterij faalt derhalve, in aanmerking ook nemende dat zij — hoewel op haar de bewijslast te dien aanzien rust (artikel 6:195 lid 1 BW) — niet gespecificeerd heeft aangeboden om de juistheid en volledigheid van haar hier bedoelde mededelingen te bewijzen." [zinnummering toegevoegd, A-G]

2.4.1 Loterijverlies heeft betoogd dat nu het publiek tot 1 januari 2008 niet wist of kon weten dat ook uit niet-verkochte loten werd getrokken,¹² de onjuiste/onvolledige mededelingen van Staatsloterij *misleiding* in de zin van art. 6:194 (oud) BW opleveren, (a) omdat daarmee onjuiste/onvolledige informatie over de winkansen werd verschaft en (b) het publiek (mede) hierdoor werd bewogen tot het aanschaffen van staatsloten. Staatsloterij betwistte dit (rov. 4.7). De elementen van deze betwisting beoordeelt en verwerpt het hof in rov. 4.8-4.17.

2.4.2 (Ad a) Het hof verwerpt het verweer van Staatsloterij dat geen onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt over de *winkansen* (4.9-4.13).

Het hof verwerpt het betoog van Staatsloterij dat de winkansen bij de afweging om al dan niet een lot te kopen geen rol speelt en oordeelt dat de kans op het winnen van een hoge geldprijs voor de gemiddelde consument een belangrijke drijfveer is om mee te doen aan de staatsloterij (4.10). Vervolgens beredeneert het hof dat de gemiddelde consument een bepaalde verwachting van de winkansen zal hebben gehad:

"4.11 ¹De grootte van de winkansen wordt mede bepaald door het aantal loten waaruit wordt getrokken (zie punt 8 PA van Staatsloterij). ²Zoals Staatsloterij heeft aangegeven onder 60 CVA en 14 PA en de gemiddelde consument zal begrijpen, is de winkans groter naarmate het aantal loten waaruit getrokken wordt kleiner is. ³Omdat Staatsloterij hierover geen expliciete informatie heeft verschaft, terwijl dat gegeven voor de bepaling van de grootte van de — relevante (zie rov. 4.10) — winkansen wel van belang is, zal de gemiddelde consument zich bewust of onbewust een globale voorstelling hebben gemaakt van het aantal loten waaruit werd getrokken. ⁴Het ligt in het algemeen voor de hand dat prijzen worden getrokken uit het aantal verkochte loten; en niet uit een veel groter universum (vgl. rov. 4.6). ⁵Nu Staatsloterij niet (voldoende) duidelijk heeft gemaakt dat bij de staatsloterij de grotere prijzen tevens werden getrokken uit zo'n universum waarvan ook niet-verkochte loten deel uitmaken (zie rov. 4.8), zal de gemiddelde consument hebben gemeend dat getrokken werd uit het aantal verkochte loten. ⁶De gemiddelde consument zal er verder bewust of onbewust vanuit zijn gegaan dat een tamelijk groot deel van de Nederlandse bevolking een staatslot kocht, sommigen daarvan zelfs meer dan één, maar dat lang niet iedereen uit die groep aan de staatsloterij meedeeld. ⁷Dit betekent dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht dat per trekking tussen de 1 miljoen en de 7 miljoen staatsloten werden verkocht. ⁸Ten pleidooie in hoger beroep is namens Loterijverlies gesteld dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht aan ongeveer 3 miljoen verkochte loten per trekking. ⁹Door Staatsloterij is dit niet betwist — ten pleidooie in hoger beroep heeft zij desgevraagd verklaard niet te weten aan welk aantal verkochte loten de gemiddelde consument zal denken — zodat die stelling van Loterijverlies tot uitgangspunt kan worden genomen." [zinnummering toegevoegd, A-G]

Het hof leidt hieruit af, ten eerste, dat Staatsloterij met haar in rov. 4.6 bedoelde mededelingen de indruk heeft gewekt dat het ging om het aantal prijzen/winnaars (gemiddeld 20) uit 3 miljoen loten en daarmee impliciet informatie heeft verschaft over de winkansen en, ten tweede, dat deze informatie onjuist althans onvolledig is omdat de werkelijke winkansen kleiner is dan met de mededelingen werd gesuggereerd (rov. 4.12).

12 Het hof verwerpt het hiertegen gerichte verweer in rov. 4.8.

2.4.3 (Ad b) Het hof verwerpt aansluitend het verweer dat de onjuiste of onvolledige informatie over de winkans (die besloten lag in de in rov. 4.6 bedoelde mededelingen) niet van *materieel belang* is, omdat het in beide gevallen gaat om minuscule kleine kansen van 0,00000667% respectievelijk 0,000000953% (rov. 4.14). Het overweegt:

“4.15 ¹Bij de beoordeling van dit argument dient voorop te staan dat, naar Staatsloterij zelf ook heeft benadrukt onder 2.26 MvA en 22 PA, het meedoen aan de staatsloterij geen doordachte handeling is en dat irrationele gedachten, emoties en gewoonten een belangrijke rol spelen bij de beslissing om een staatslot te kopen. ²Inherent hieraan is dat de gemiddelde consument niet de precieze winkansen zal berekenen. ³Daar zijn partijen het ook over eens, zie punt 78 MvG en punt 3.15 MvA. ⁴Bovendien kan de gemiddelde consument niet geacht worden tot het maken van een juiste kansberekening in staat te zijn. ⁵Het gaat dus om het gevoel dat de potentiële deelnemer/de gemiddelde consument had over de winkans, zoals Loterijverlies heeft opgemerkt onder 71 en 78 MvG. ⁶Dat gevoel is aanzienlijk positiever bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten dan bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 18-21 miljoen loten of, wat ongeveer hetzelfde is, 3 of 4 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten. ⁷Hieraan doet niet af dat de winkansen in beide gevallen minuscule zijn. ⁸De gemiddelde consument, die geen precieze kansberekening zal (kunnen) toepassen, zal zich namelijk niet realiseren hoe klein de kansen in werkelijkheid zijn. ⁹Dat voormeld gevoel een realiteit is, wordt onderstreept door de in rov. 4.3 al geciteerde opmerking van Nathalie Brand van de Staatsloterij in Tros Radar:

‘En door zeg maar 20 kansen te bieden en daar uiteindelijk gemiddeld he, 4 uit te keren, en daarmee maak je natuurlijk je loterij zo aantrekkelijk mogelijk’.

¹⁰Hiermee is namens Staatsloterij op niet mis te verstane wijze tot uitdrukking gebracht dat, ook wanneer de rekenkundige winkansen in beide gevallen uiterst klein zijn, een loterij met 20 prijzen uit een bepaald aantal loten voor het publiek aantrekkelijker is dan een loterij met 4 prijzen uit hetzelfde aantal loten en dat daarom door Staatsloterij werd gesuggereerd dat er 20 prijzen werden uitgekeerd in plaats van 4. ¹¹Zeker gelet hierop moet redelijkerwijs aannemelijk worden geacht dat de onder 4.6 bedoelde mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren voor de beslissing van de gemiddelde consument om al dan niet mee te doen aan de staatsloterij. ¹²Hoewel op basis hiervan te verwachten zou zijn dat na de uitzending van Tros Radar, waarin bekend werd gemaakt dat veel prijzen vielen op niet-verkochte loten, het aantal deelnemers was afgenomen, kan Staatsloterij – anders dan zij betoogt onder 4.62 MvA – aan het feit dat dat niet is gebeurd, geen argument ontle-

nen ter onderbouwing van haar stelling dat haar onjuiste althans onvolledige mededelingen niet van invloed waren op de deelname-beslissing van de gemiddelde consument. ¹³Nu de zojuist weergegeven opmerking van Nathalie Brand buiten twijfel stelt dat die invloed wel degelijk bestond, moet de verklaring voor de stabilisatie of zelfs toename van het aantal deelnemers na de Tros Radar-uitzending worden gezocht in de positieve publiciteit die is gegenereerd door de (volgens Staatsloterij, zie punt 2.13 MvA, al daarvoor ingezette) koerswijziging van Staatsloterij om per 1 januari 2008, minder dan 3 maanden na die uitzending, de prijzen uitsluitend nog uit verkochte loten te trekken.” [zinnummering toegevoegd, A-G]

2.4.4 Het hof oordeelt dat het verweer dat de mededelingen niet misleidend zijn toereikende onderbouwing mist. Voor tegenbewijs is geen plaats. Het tegenbewijsaanbod is niet relevant voor zover het ziet op getuigenbewijs nu niet valt in te zien wat getuigen zouden kunnen verklaren over de wetenschap, opvattingen en gedragingen van de ‘gemiddelde consument’ die immers een fictieve entiteit is (rov. 4.16).

2.5 Het hof komt tot de slotsom dat Staatsloterij zich schuldig heeft gemaakt aan misleidende mededelingen over goederen of diensten die door haar worden aangeboden. Dat geldt ook voor mededelingen over uitslagen, omdat deze door het publiek tevens op de daarop volgende trekking zullen zijn betrokken (rov. 4.17).

2.6 Voorts verwerpt het hof het verweer van Staatsloterij dat Loterijverlies onvoldoende *belang* had bij vordering A, omdat deelnemers hooguit een minuscule kans op winst hebben gemist en de schade per deelnemer daardoor (nagenoeg) nihil (een fractie van een eurocent) is:

“4.18 (...) Hiermee ziet Staatsloterij echter over het hoofd dat de schade als gevolg van de misleidende mededelingen van Staatsloterij niet bestaat uit het verlies van de kans op winst (het positief belang), maar uit de kosten van aankoop van een staatslot (het negatief belang) waarvan, gezien het onder 4.17 gegeven oordeel, een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen had gedaan. Ook de in dit verband door Staatsloterij betrokken stelling (zie punt 3.28 MvA), dat de deelnemers hierdoor geen vermogensschade kunnen hebben geleden omdat zij ‘nooit enige winkans zijn misgelopen’ faalt. In rov. 4.12 is immers geoordeeld dat de kans op winst kleiner was dan door Staatsloterij was gesuggereerd, met de in de daarop volgende rechtsoverwegingen beschreven consequenties. (...)”

2.7 Het hof concludeert in rov. 4.21 dat vordering A(i), (ii) en (iv) toewijsbaar zijn over de periode t/m 2007. Omdat het hof tot dit oordeel komt zonder gebruik te maken van het door Loterijverlies in-

gebrachte deskundigenrapport, de in opdracht van Tros Radar en Loterijverlies gehouden enquêtes en de door Loterijverlies ingebrachte crossing-tabellen, laat het hof de door Staatsloterij tegen die stukken gerichte bezwaren onbesproken.

Hoogte van de uitgekeerde prijzen
(vordering A(iii))

2.8 De bij 1.2 bedoelde kwestie heeft het hof beoordeeld voor het enige geval van deze vorm van misleiding dat Loterijverlies heeft geconcretiseerd, de Koninginnedagtrekking in 2008. Staatsloterij heeft onvoldoende weersproken dat er 10 successen waren en waren gecommuniceerd, maar dat slechts € 6.800.000 was uitgekeerd terwijl € 10.000.000 was gecommuniceerd. Het hof acht vordering A(iii) voor dit geval toewijsbaar (rov. 5.1).

Uitkeringspercentage van 60%

2.9 *Vorderingen A(v) en G*, die zien op de vraag of wel of niet is voldaan aan het minimum uitkeringspercentage van 60%, behandelt het hof in rov. 6.1-6.5. Dit betreft de bij 1.3 bedoelde kwestie. Het hof oordeelt dat noch uit de WoK noch uit enige andere regel volgt dat Staatsloterij bij elke individuele trekking minimaal 60% dient uit te loven (rov. 6.3) en dat daarover geen mededelingen in de zin van art. 6:194 (oud) BW zijn gedaan (rov. 6.4). Ik bespreek een en ander nader bij de behandeling van het incidentele cassatieberoep.

3 *Bespreking van het principale cassatieberoep*

3.1 Het principale cassatiemiddel stelt de volgende onderwerpen aan de orde.

Onderdeel I ziet op het oordeel dat bepaalde mededelingen van Staatsloterij onjuist en/of onvolledig waren. Daarbij ziet subonderdeel I.1 op de informatie over aantal prijzen/winnaars en zien de subonderdelen I.2 en I.3 op de daarin besloten liggende informatie over de winkans op een grote prijs.

Onderdeel II – volgens Staatsloterij de kern van haar cassatieberoep¹³ – ziet op het oordeel dat de onjuistheid/onvolledigheid van de mededelingen van Staatsloterij, en de daarin besloten liggende onjuiste/onvolledige mededeling over de winkans op een grote prijs, van voldoende materieel belang waren om de beslissing van de gemiddelde consument om een lot te kopen te beïnvloeden. Daarbij plaatst subonderdeel II.1 deze winkans tegenover andere factoren die de aankoopbeslissing beïnvloeden en bestrijdt subonderdeel II.2 de materialiteit van de winkans als zodanig. Op dit laatste sluit subonderdeel III.2 aan, dat ik om die reden ook in dit verband bespreek. Subonderdeel II.3 ziet verder op de stelplicht en bewijslast in verband met de materialiteit en subonderdeel II.4 op het bewijsaanbod van Staatsloterij.

Subonderdeel III.1 stelt het oordeel over het belang aan de orde.

Onderdeel I: onjuiste/onvolledige informatie

3.2 *Onderdeel I* komt met drie subonderdelen op tegen het oordeel van het hof in rov. 4.1-4.13 dat Staatsloterij in de periode 2000 tot 1 januari 2008 onjuiste en/of onvolledige mededelingen heeft gedaan over (1) het aantal prijzen/winnaars in de categorie 'grotere prijzen', nu daarbij niet was vermeld dat niet uit het aantal verkochte loten maar uit een veel groter universum zou worden/was getrokken, en (2) de winkans.

– *Onjuiste/onvolledige informatie over aantal prijzen/winnaars*

3.3 Volgens Loterijverlies richt onderdeel I zich niet tegen het oordeel in rov. 4.6, vijfde volzin, dat de in rov. 4.4 bedoelde mededeling 'elke maand 20 winnaars van € 100.000' zonder meer onjuist is en kan dat oordeel de toewijzing van vordering A (i), (ii) en (iv) zelfstandig dragen zodat Staatsloterij belang mist bij onderdeel I.¹⁴ Een specifieke bestrijding van het oordeel in rov. 4.6, vijfde volzin, lees ook ik niet in het middel. Toch deel ik de conclusie van Loterijverlies niet, omdat het voor mij niet evident is dat volgens het hof deze mededeling ziet op alle elementen van vordering A (i), (ii) en (iii) en, in ieder geval, deze mededeling blijkt rov. 4.4 niet de gehele periode 2000 t/m 2007 beslaat.

3.4 *Subonderdeel I.1* betreft de overweging in rov. 4.6, tweede volzin, dat '*i]n het algemeen mag worden verwacht dat prijzen in een loterij worden getrokken uit de verkochte loten*' en de volgens het middel materieel gelijkloeiende overwegingen in rov. 4.11, vierde volzin ('*Het ligt in het algemeen voor de hand dat de prijzen worden getrokken uit het aantal verkochte loten, en niet uit een veel groter 'universum*'.') en in rov. 4.8, vierde volzin ('*het publiek wist noch kon weten dat ook uit niet verkochte loten werd getrokken*').

Volgens de klacht in nr. 8 heeft het hof daarbij de essentiële en onbetwiste stellingen gepasseerd dat (i) de BankGiroLoterij en de PostcodeLoterij ook trokken uit een groter universum van loten dan de verkochte loten, zodat hetgeen Staatsloterij deed, in loterijland, en overigens ook in internationaal perspectief, volstrekt gebruikelijk was en is en (ii) de Minister van Justitie in antwoord op Kamervragen naar aanleiding van de onderhavige procedure heeft opgemerkt dat een dergelijke praktijk niet ongebruikelijk is bij loterijen en ook niet in strijd met de geldende regelgeving,¹⁵ terwijl het oordeel van het hof daarom ook zonder nadere motivering onbegrijpelijk is.

3.5 Deze klacht faalt naar mijn mening bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest.

Het hof stelt vast wat, naar zijn oordeel, de in rov. 3.1 bedoelde gemiddelde consument verwacht

¹⁴ S.t. nr. 23.

¹⁵ MvA nrs. 2.10-2.11 en pleitaantekeningen van mrs. Van Oerle en Waszink d.d. 29 november 2012 nr. 16.

¹³ Schriftelijke toelichting nr. 49.

wanneer deze kennis neemt van de in rov. 4.6, eerste volzin, bedoelde mededelingen van Staatsloterij. De formulering van rov. 4.6, tweede volzin ('In het algemeen kan worden verwacht') ziet op de verwachting van de gemiddelde consument. Dat blijkt naar mijn mening voldoende duidelijk uit de context en voorts uit rov. 4.8, vierde volzin ('dat het publiek wist noch kon weten') en rov. 4.11, vijfde volzin ('zal de gemiddelde consument hebben gemeend').

Daarentegen ziet het in de klacht bedoelde betoog van Staatsloterij op de vraag wat 'in loterijland' toegestaan of gebruikelijk was (vgl. ook MvA 2.14).

Dat laatste valt niet noodzakelijkerwijs samen met hetgeen de gemiddelde consument verwacht. Staatsloterij betoogt in cassatie niet dat zij heeft gesteld dat de gemiddelde consument verwacht dat ook uit niet-verkochte loten werd getrokken. Haar stellingen dat andere loterijen dezelfde legale trekkingmethode hanteerden en dat deze methode gebruikelijk was, doen op zich niet af aan het oordeel van het hof dat bij de gemiddelde consument een andere voorstelling over de trekkingmethode leefde. Het hof behoeft daarom niet afzonderlijk op deze stellingen in te gaan en evenmin is zijn oordeel in het licht van die stellingen onvoldoende gemotiveerd.

3.6 De klacht van *nr. 9* veronderstelt dat het hof van oordeel was dat het aan de hiervoor genoemde stellingen voorbij kon gaan omdat de bestreden overwegingen steun vinden in uitspraken van een woordvoerder van Staatsloterij in het Tros Radarinterview. Deze veronderstelling mist feitelijke grondslag, zoals uit het voorgaande blijkt, zodat de daarop gebaseerde klacht faalt.

Overigens blijkt uit rov. 4.6, derde volzin ('Dit is ook af te leiden uit') en rov. 4.8, vierde volzin ('vindt tevens bevestiging in'), naar mijn mening, dat het hof slechts ter nadere adstructie van een reeds door hem bereikt oordeel wijst op de uitspraken van de vertegenwoordiger van de Staatsloterij in het programma van Tros Radar.

3.7 De klacht van *nr. 10* ten slotte veronderstelt dat het hof de bestreden overwegingen als feit van algemene bekendheid c.q. als algemene ervaringsregel heeft aangenomen. Ook deze veronderstelling mist feitelijke grondslag, zoals uit het bij 3.5 opgemerkte blijkt, zodat de daarop gebaseerde klacht faalt.

– *Onjuiste/onvoldende informatie over de winkans*

3.8 De subonderdelen I.2 en I.3 betreffen rov. 4.11. Subonderdeel I.2 bestrijdt in het bijzonder het oordeel in rov. 4.11, derde volzin, dat de gemiddelde consument zich *überhaupt* een voorstelling zal hebben gemaakt van het aantal loten waaruit werd getrokken.¹⁶ Subonderdeel I.3 betreft het oordeel in de zesde t/m negende volzin omtrent het aantal per trekking verkochte loten, in het bijzonder het aantal

van 3 miljoen.¹⁷ De subonderdelen lenen zich deels voor gezamenlijke behandeling.

3.9 Beide subonderdelen klagen allereerst dat het hof in strijd met art. 24 en 149 Rv de feitelijke grondslag heeft aangevuld, althans feiten heeft bijgebracht. Noch Loterijverlies noch Staatsloterij zou hebben gesteld dat de gemiddelde consument zich een voorstelling zal hebben gemaakt van het aantal loten waaruit werd getrokken (*nr. 13*) en, kort gezegd, van het aantal verkochte loten per trekking (*nr. 17*); dit zou in de stellingen van partijen ook niet besloten liggen. Deze klachten falen naar mijn mening. Ik licht dat hieronder toe, waarbij ik ook aangeef waarom de klachten van subonderdeel I.2 in de *nrs. 14 en 15* en van subonderdeel I.3 in de *nrs. 18-19* en in de *nrs. 20-22* mijns inziens niet slagen.

3.10 De vraag of deelnemers al dan niet een voorstelling van de winkansen hadden, was onderdeel van het debat.

Loterijverlies heeft in haar Memorie van Grieven gesteld dat Staatsloterij een verkeerd beeld over de winkansen heeft geschetst door onduidelijk te laten dat ook uit niet-verkochte loten werd getrokken.¹⁸ Zij heeft in verband daarmee betoogd dat '[d]e kans op het winnen van een prijs (...) daarmee aanzienlijk kleiner [is] dan door het Nederlandse publiek werd gedacht.' (MvG *nr. 59*).

Staatsloterij is in haar verweer ingegaan op dit betoog.¹⁹ In haar MvA voert zij aan:

"3.13 Daarnaast is echter voorwaarde voor het aannemen van misleiding dat wordt aangetoond dat de deelnemer over de winkansen een voorstelling had. Daarvoor is nodig dat de deelnemer zich dus een voorstelling over de winkansen heeft kunnen maken. Echter noch op basis van de mededelingen over het prijzenpakket, noch op basis van de trekkingsuitslagen kan een winkans van de grote prijzen worden afgeleid. De consument kent noch kende het totaal aantal loten in het universum, evenmin als het aantal verkochte loten per trekking. Slechts als hij dat zou weten, zou de consument op basis van een wiskundige formule zijn winkansen hebben kunnen berekenen. Dat is op zich al een te hoge drempel waarover een gemiddeld geïnformeerde consument al niet heen zal komen."

Aansluitend voert Staatsloterij aan dat de consument geen berekening van zijn winkansen op basis van wiskundige formules maakt (*nr. 3.15*), dat het bij de aankoopbeslissing gaat om het 'gevoel over de potentiële kans om een geldprijs te winnen' (*nr. 3.16*), dat van de gemiddelde geïnformeerde consument mag worden verwacht dat hij weet dat de kans op het winnen van een grote prijs in de staatsloterij uiterst klein is en dat, voor zover consumenten het gevoel hadden dat zij een grote kans hadden op het

¹⁷ S.t. zijdens Staatsloterij *nr. 47*.

¹⁸ MvG *nrs. 25, 38, 59, 69-71, 74, 77-84*; pleitnotities van mr. Raaijmakers van 29 november 2012 *nrs. 16, 18, 30, 34*.

¹⁹ MvA 2.15-2.20 en 3.11-3.18; pleitaantekeningen van mrs. Van Oerle en Waszink d.d. 29 november 2012 *nrs. 6-14, 19-24*.

¹⁶ S.t. zijdens Staatsloterij *nr. 46*.

winnen van een grote prijs, niet valt in te zien op welke manier Staatsloterij dit gevoel heeft opgewekt (nr. 3.17). Bij pleidooi heeft Staatsloterij aangevoerd dat de deelnemers niet denken aan de grootte van de kans (nr. 24).

3.11 Naar aanleiding van de in 3.10 bedoelde discussie oordeelt het hof dat de deelnemers een (globale) voorstelling van de winkansen hadden, en wel aan de hand van het aantal (verkochte) loten waaruit getrokken zou worden.

Het hof combineert daartoe het gegeven dat de kans op het winnen van een grote prijs voor de gemiddelde consument een belangrijke drijfveer is om mee te doen aan de staatsloterij (rov. 4.10) met het gegeven dat de gemiddelde consument zal begrijpen dat de grootte van de kans mede wordt bepaald door het aantal loten waaruit wordt getrokken (rov. 4.11, eerste en tweede volzin).

Uit deze gegevens – die het hof blijkens rov. 4.10 en 4.11 verbindt aan stellingen van partijen – leidt het hof af, dat de gemiddelde consument zich bewust of onbewust een voorstelling zal hebben gemaakt van het aantal (verkochte) loten waaruit wordt getrokken (rov. 4.11, derde en vierde volzin).

3.12 Anders dan subonderdeel I.2 in nr. 13 aanvoert, heeft het hof dus niet art. 24 of 149 Rv geschonden door te oordelen dat de gemiddelde consument zich een voorstelling zal maken van het aantal loten waaruit wordt getrokken. Het hof kon aan de hand van het partijdebat tot deze conclusie komen.

Hieruit volgt tevens dat het subonderdeel feitelijke grondslag mist voor zover het in nr. 15 veronderstelt dat het hof een feit van algemene bekendheid of algemene ervaringsregel heeft aangenomen.

De s.t. zijdens Staatsloterij nr. 46 voert nog aan dat niet aannemelijk is dat de gemiddelde consument een dergelijke voorstelling zou hebben gemaakt nu andere omstandigheden (genoemd in de s.t. nrs. 10-12) de aankoopbeslissing beïnvloeden. Die klacht lees ik niet in subonderdeel I.2 (zij komt verder ter sprake bij onderdeel II).

3.13 Ik pak de draad van 3.11 weer op. Het hof oordeelt dat de gemiddelde consument zich een 'globale voorstelling' zal hebben gemaakt. Er is immers geen expliciete informatie over de winkansen verschaft (rov. 4.11, derde volzin). Bovendien: de gemiddelde consument zal niet de precieze winkansen berekenen;²⁰ het gaat om het gevoel dat de gemiddelde consument had over de winkansen (rov. 4.15).

3.14 Naar mijn mening falen ook de motiveringsklachten van subonderdeel I.2 in nr. 14. De veronderstelling dat het oordeel erop berust dat Staatsloterij geen specifieke informatie heeft verschaft wordt door het middel t.a.p. zelf, terecht, al teruggenomen. Dit aspect haakt immers alleen aan op het oordeel dat het gaat om een *globale* voorstelling. Uit het oordeel wordt voorts wel duidelijk, an-

ders dan het subonderdeel aanvoert, dat en waarom de gemiddelde consument zich *überhaupt* een voorstelling maakt van het aantal loten waaruit wordt getrokken. Anders dan het middel t.a.p. betoogt, is dit niet onbegrijpelijk in het licht van de overweging dat de consument zich geen voorstelling maakt van de precieze winkansen maar, kort gezegd, 'afgaat op zijn gevoel'. Subonderdeel I.2 is hiermee behandeld. Ik stap nu over op subonderdeel I.3.

3.15.1 In aansluiting op hetgeen bij 3.13 is vermeld, lag de vraag voor de hand welke globale voorstelling de gemiddelde consument had over het – voor de ('gevoelde') winkansen relevante gegeven van het – aantal (verkochte) loten waaruit zou worden getrokken.

In de kern komt het oordeel van het hof er immers op neer, dat de gemiddelde consument bij aankoop van een staatslot, bewust of onbewust, een idee over zijn winstverwachting koestert dat is gebaseerd op een trekking van de winnende lotnummers (van de in deze procedure bedoelde grote prijzen) uit het aantal verkochte loten – en niet op een trekking uit een veel groter aantal verkochte en onverkochte loten.

3.15.2 Het hof probeert in rov. 4.11 een kwantitatieve inschatting te maken van het idee van de gemiddelde consument over het aantal verkochte loten om te bezien of dat aantal in relevante mate afwijkt van het aantal loten waaruit daadwerkelijk werd getrokken. Het hof constateert dat een verschil aanwezig is – er zijn niet 20 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten, maar uit een veel groter aantal loten – en dat daarom sprake is van onjuiste/onvolledige informatie ten aanzien van de winkansen (rov. 4.12).

3.15.3 Een dergelijke kwantitatieve inschatting is relevant voor de beoordeling (alhoewel de exacte inschatting dat mijns inziens niet is, zoals bij 3.17 nog zal blijken).

Had echter, bijvoorbeeld, geoordeeld moeten worden dat de gemiddelde consument zou hebben gedacht dat per trekking 20 miljoen loten werden verkocht waaruit de prijzen werden getrokken, dan zou per saldo geen onjuiste/onvolledige informatie over de winkansen zijn verstrekt, zo meen ik het hof te mogen begrijpen. In dat hypothetische geval zou weliswaar het oordeel in rov. 4.6 nog overeind blijven staan, maar zou het misleidende karakter ervan, gezien het in rov. 4.7 weergegeven betoog van Loterijverlies waarvan onjuiste/onvolledige mededelingen over de winkansen deel uitmaken, ontbreken.

Anders dan in de schriftelijke toelichting zijdens Loterijverlies wordt betoogd (nr. 30), meen ik om deze redenen dat Staatsloterij belang heeft bij de subonderdelen I.2 en I.3. Volgens Loterijverlies gaat het slechts om het verschil tussen de 'gevoelde' kans bij een loterij met 20 prijzen/winnaars in plaats van 4 prijzen/winnaars, maar daaraan gaat vooraf het oordeel dat met de in rov. 4.6 bedoelde mededelingen ook een onjuiste/onvolledige mededeling over de winkansen is gedaan.

3.16 Het hof geeft langs twee wegen invulling aan de zojuist bedoelde kwantitatieve inschatting.

20 Partijen zijn het daarover eens, aldus het hof met verwijzing naar MvG nr. 78 en MvA nr. 3.15.

In de eerste plaats beredeneert het hof zelf dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht dat per trekking tussen de 1 en 7 miljoen loten werden verkocht. Hiertegen richten zich de klachten van subonderdeel I.3 in de *nrs. 17-19*.

In de tweede plaats heeft het hof tijdens het pleidooi om opheldering gevraagd, waarop Loterijverlies heeft gesteld dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht aan 3 miljoen loten terwijl Staatsloterij aangaf dat zij niet wist aan welk aantal verkochte loten de consument zal denken.²¹ Het hof is vervolgens van het aantal van 3 miljoen uitgegaan. Hiertegen richten zich de klachten van subonderdeel I.3 in de *nrs. 20-22*.

3.17 Ik merk vooraf op, dat naar mijn mening vereist is dat het middel beide wegen met succes bestrijdt. Uit 3.15.1-3.15.3 volgt naar mijn mening, dat het voor het oordeel van het hof per saldo geen verschil uitmaakt of de gemiddelde consument dacht dat de 20 prijzen/winnaars werden getrokken uit 1 tot 7 miljoen verkochte loten dan wel uit 3 miljoen verkochte loten. In beide gevallen is er een relevant verschil tussen het aantal gepercipieerde verkochte loten waaruit werd getrokken en het aantal loten waaruit daadwerkelijk werd getrokken.

Naar ik aanneem zou het per saldo voor de beoordeling door het hof geen verschil hebben uitmaakt dat één uiterste van zijn schatting (7 miljoen) op enig moment in de orde van grootte lag van de aanvankelijke omvang van het universum (7,5 miljoen; zie rov. 4.1). Ten eerste, omdat het hof het verschil tussen 1 en 7 miljoen zou hebben kunnen operationaliseren op het gemiddelde ervan (4 miljoen). Ten tweede, omdat ook het hof ook het uiterste van 7 miljoen met het latere universum van 18-21 miljoen loten had kunnen vergelijken.

Op basis hiervan meen ik dat het oordeel van het hof slechts met succes in cassatie kan worden aangetast indien zowel de klachten tegen het berekende aantal van tussen de 1 en 7 miljoen loten slagen als de klachten tegen het uiteindelijk gehanteerde aantal van 3 miljoen loten.

3.18 De door het hof gemaakte kwantitatieve inschatting van het idee van de gemiddelde consument over het aantal verkochte loten ligt mijns inziens in het verlengde van het partijdebat, en in het bijzonder van de bij 3.10 bedoelde stellingen van Loterijverlies. Het vormt niet een geheel nieuw element in het tussen partijen gevoerde debat. Om die reden kon hof deze vraag naar mijn mening dan ook zonder schending van art. 24 Rv agenderen,²² terwijl

evenmin van een verrassingsbeslissing kan worden gesproken.²³ In zoverre dienen de klachten van de *nrs. 17 en 21* dan ook te falen.

3.19 *Nr. 17* bevat ook de klacht dat het hof in strijd met art. 149 Rv de feiten heeft aangevuld door (a) te overwegen dat de gemiddelde consument ervan zal zijn uitgegaan dat een tamelijk groot deel van de Nederlandse bevolking een staatslot kocht (etc.) en (b) op basis daarvan het aantal van 1 tot 7 miljoen loten te berekenen. Deze klacht faalt, omdat het hof het onder (a) vermelde zelfstandig kan vaststellen nu dit ziet op hetgeen waarvan de gemiddelde consument zal zijn uitgegaan. Voor zover het hof in dit verband ook een feit van algemene bekendheid in zijn beoordeling heeft betrokken, komt mij dat, anders dan de klacht in *nr. 19* aanvoert, niet onjuist of onbegrijpelijk voort. Het onder (b) vermelde heeft het hof vervolgens zelfstandig uit het onder (a) vermelde kunnen afleiden. Het middel klaagt niet dat het hof bij een en ander ongemotiveerd is voorbij gegaan aan stellingen van partijen op dit punt.

Anders dan de klacht in *nr. 18* aanvoert, behoeft de het hof beide overwegingen niet nader te motiveren, in het bijzonder geldt dat ook voor de exacte kwantitatieve inschatting van het hof. De klacht aan het slot van *nr. 18* herhaalt een van de klachten van *nr. 14* en kwam bij 3.14 al aan bod.

3.20 Nadat Staatsloterij ten pleidooi op een vraag van de voorzitter had geantwoord dat het aantal verkochte loten per trekking 3 miljoen was, heeft Loterijverlies de stelling geformuleerd dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht aan ongeveer 3 miljoen loten per trekking – zijnde veel minder dan het universum waaruit in werkelijkheid werd getrokken, wat de winkans negatief beïnvloedt. Deze aanvulling sluit aan bij de stellingen uit de memorie van grieven, zodat daarin anders dan subonderdeel I.3 in *nr. 20* betoogt geen nieuwe grief valt te lezen.

In het verlengde daarvan faalt mijns inziens ook de klacht van *nr. 22*. De opstelling van Staatsloterij op dit punt kan op verschillende manieren worden geduid. Inderdaad is denkbaar dat deze wordt beschouwd als een betwisting (bij gebrek aan wetenschap) van het aantal van 3 miljoen, zoals het middel aanvoert. Maar de kwalificatie ervan door het hof is mijns inziens ook denkbaar, waarbij ik meeweeg dat het ging om een vraag die lag in het verlengde van het partijdebat. Onbegrijpelijk zou ik de kwalificatie van 'niet-betwisting' daarom niet willen noemen. Voor de beoordeling van het onderdeel I.3 maakt dit overigens naar mijn mening geen verschil (zie bij 3.17).

3.21 Ik kom tot de slotsom dat de klachten van onderdeel I niet opgaan.

21 Rov. 4.11. Zie het proces-verbaal van de zitting van 29 november 2012, p. 3.

22 Zie HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9414, NJ 2004/460, m.nt. J.B.M. Vranken (*Regiopolitie/Hovax*), HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2009:BC1231, NJ 2008/466, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*X/Mr. Aerts q.q.*) en, overigens met een andere uitkomst, HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7064, JBPR 2012/34, m.nt. B.T.M. van der Wiel, NJ 2013/6, m.nt. H.J. Snijders en HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR2045, NJ 2013/7, m.nt. H.J. Snijders (*Doornbal/Van der Spek*). Vgl. voorts *Asser procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/263.

23 Daarvoor is immers vereist dat de keuze voor een aantal van 3 miljoen loten niet aansluit op het tussen partijen gevoerde debat en dat bij die keuze wezenlijke elementen een rol spelen, waarover niet geoordeeld dient te worden dan nadat aan partijen de gelegenheid is geboden zich over die elementen uit te laten. Vgl. A-G Wuisman, conclusie sub 2.8 voor HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2409 (art. 81 RO).

Onderdeel II en subonderdeel III.2:
materieel belang van de winkans

3.22 *Onderdeel II* richt in vier subonderdelen klachten tegen het oordeel dat de door Staatsloterij verstrekte informatie, in het bijzonder hetgeen daarin besloten lag over de winkans op een grotere prijs, van voldoende materieel belang was om de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden.

Subonderdeel II.1 plaatst deze winkans tegenover andere factoren die de aankoopbeslissing beïnvloeden.

Subonderdeel II.2 bestrijdt de materialiteit van de winkans als zodanig. Daarbij komt ook het oordeel over de Koninginnedagloterij 2008 aan de orde. Op dit subonderdeel sluit subonderdeel III.2 aan, dat ik om die reden ook in dit verband bespreek.

Subonderdeel II.3 ziet verder op de stelplicht en bewijslast in verband met de materialiteit en subonderdeel II.4 op het bewijsaanbod van Staatsloterij.

– *Winkans versus andere redenen om een staatslot te kopen*

3.23 Volgens *subonderdeel II.1* heeft het hof in rov. 4.7, 4.10 en 4.14-4.17 en 5.1 miskend dat het bij de beantwoording van de vraag of Loterijverlies voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang was om de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden, rekening moet houden met alle relevante omstandigheden van het geval (*nr. 26*).

Mocht het hof dit niet hebben miskend, dan is zijn oordeel onbegrijpelijk omdat het geen aandacht heeft besteed aan zes door Staatsloterij aangevoerde essentiële stellingen die betrekking hebben op andere factoren die de (aankoop)beslissing van de gemiddelde consument (in overwegende mate) beïnvloeden. Het betreft: 1) het hebben van een kans om prijzen, waaronder de hoofdprijs, te winnen, los van de grootte van die kans; 2) het feit dat van alle Nederlandse loterijen de gemiddelde winkans het grootste is bij Staatsloterij, omdat Staatsloterij gemiddeld 60% van de inleg uitkeert (versus 25% bij andere loterijen); 3) niet alleen de kans om een grote prijs dan wel zelfs de hoofdprijs te winnen, maar ook de kans om een kleine prijs te winnen, waarbij geldt dat – gelet op de uitkering van gemiddeld 60% van de inleg – als er minder grote prijzen worden uitgekeerd, er dus meer kleine prijzen worden uitgekeerd; 4) de (gepercipieerde) mogelijkheid om aan goede doelen te geven door deelname aan de staatsloterij; 5) het betrouwbare karakter van Staatsloterij als organisatie; en 6) (overige) irrationele afwegingen, zoals emoties, sociale motieven, ingesleten gewoontes, de mogelijkheid om geluksgetallen te kiezen, spanning, de mogelijkheid om te dromen.

Staatsloterij heeft betwist dat de onjuistheid/onvolledigheid van de mededelingen van materieel belang was, omdat de door haar genoemde factoren de aankoopbeslissing van de gemiddelde consu-

ment (in overwegende mate) bepalen en niet wetschap van het wel of niet gegarandeerd zijn van prijzen, de winkans, de hoogte van de (uitgekeerde) prijzen en het aantal gewonnen prijzen (*nr. 27*).

3.24 Staatsloterij betoogt met deze klachten dat de onjuiste/onvolledige informatie over de winkans op een grotere prijs eerst van materieel belang is, indien deze *condicio-sine-qua-non* is voor de aankoopbeslissing van de gemiddelde consument respectievelijk indien deze de aankoopbeslissing op doorslaggevende wijze beïnvloedt. Dat zou het hof haars inziens hebben moeten vaststellen.²⁴

Ik heb de indruk dat Staatsloterij met dit betoog in wezen verlangt dat het hof aangeeft waarom, gegeven de onjuiste/onvolledige informatie over de winkans op een grotere prijs, de zes andere door haar genoemde factoren de aankoopbeslissing van de gemiddelde consument niet of niet meer (in overwegende mate) beïnvloeden. Eerst dan kan het hof volgens dit betoog vaststellen dat de informatie over de winkans op een grotere prijs van materieel belang is. Naar mijn mening wordt de materialiteit van de informatie over de winkans daarmee in wezen opgewaardeerd tot exclusiviteit: het is alléén de winkans die de aankoopbeslissing (in overwegende mate) bepaalt.

Zoals volgt uit de door het hof in rov. 3.1 weergegeven norm is voor misleiding nodig, maar ook voldoende, dat de onjuiste/onvolledige mededeling de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden.²⁵ Anders gezegd, de vraag is of de mededeling van voldoende materieel belang is om de maatman te kunnen misleiden.²⁶ Een manier om dit uit te drukken, kort gezegd,²⁷ is te zeggen dat zonder

24 Zie in het bijzonder de s.t. zijdens Staatsloterij nrs. 36, 39 en 40. De s.t. zijdens Staatsloterij nr. 40 (kleine letter) wijst er overigens terecht op het dat het onderhavige punt moet worden onderscheiden van de in rov. 4.11.1-4.11.2 van dat arrest bedoelde kwestie van het c.s.q.n.-verband tussen de misleiding en de schade.

25 Vgl. voorts bijvoorbeeld N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott en K. Tonner, *European Consumer Law*, 2014, p. 93; D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, *MonBW B49a*, 2009, nr. 31; D.W.F. Verkade, *Misleidende B2B reclame en vergelijkende reclame*, *MonBW B49b*, 2011, nr. 43, P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame*, 2009, p. 73; Commission Staff Working Document, *Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, SEC(2009) 1666, p. 24; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, IEPT20131015, rov. 3.9; Hof 's-Gravenhage 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8195, rov.9; Rb. Den Haag 23 januari 2013, C/09/416090 / HA ZA 12-423, *BIE* 2013/24, rov. 4.21.

26 Zie HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*WorldOnline*), rov. 4.10.4 en 4.35; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, IEPT20131015, rov. 3.9. Zie ook de s.t. zijdens Loterijverlies nrs. 39 en 42-43.

27 Zie nader de beschouwing van C.M.D.S Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht*, 2011, nrs. 429-431.

deze informatie een aanzienlijk deel van de consumenten van aankoop zou hebben afgezien.²⁸

Die vraag heeft het hof onderzocht. Dat ook andere factoren belangrijk (kunnen) zijn bij de aankoopbeslissing van de gemiddelde consument, heeft er daarom niet aan af te doen dat de door Loterijverlies genoemde omstandigheden óók van voldoende materieel belang zijn: het is óók de winkans die de aankoopbeslissing bepaalt.

3.25 Het hof stelt vast dat Staatsloterij onjuiste/onvolledige mededelingen heeft gedaan (rov. 4.3-4.6), óók over de winkans van de bedoelde grotere prijzen (rov. 4.8-4.12). Loterijverlies betoogde dat de onjuiste/onvolledige mededeling over de winkans misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW opleveren, omdat de gemiddelde consument (mede) hierdoor werd bewogen tot het aanschaffen van staatsloten. Staatsloterij heeft dit betwist (rov. 4.7).

Het hof oordeelt aan de hand van passages uit twee jaarverslagen van Staatsloterij dat diens stelling, dat de winkans bij de afweging om al dan niet een lot te kopen geen rol speelt, voldoende onderbouwing mist. Het hof ging er daarom met Loterijverlies van uit dat de kans op het winnen van een hoge geldprijs een belangrijke drijfveer is om mee te doen met een loterij. De grootte van de winkans, meer in het bijzonder om een van de grotere prijzen te winnen, is aldus van belang (rov. 4.10).²⁹

Het hof overweegt vervolgens dat de winkans voor de bedoelde grotere prijzen kleiner was dan de gemiddelde consument dacht op basis van de mededelingen van Staatsloterij (rov. 4.11-4.12). Het verwerpt het verweer van Staatsloterij dat de onjuistheid of onvolledigheid van de in haar mededelingen besloten liggende informatie over de winkans van onvoldoende materieel belang is (rov. 4.14), omdat de gemiddelde consument een aanzienlijk positiever gevoel heeft over een winkans van 20 uit 3 miljoen loten dan over een winkans van 20 uit 18-21 miljoen loten (rov. 4.15).

Dit oordeel getuigt, anders dan de rechtsklacht van subonderdeel II.1 aanvoert, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Evenmin heeft het hof essentiële stellingen gepasseerd. Gegeven het oordeel dat de informatie over de winkans van de bedoelde grotere prijzen van voldoende materieel belang was, behoeft het hof niet nader in te gaan op de eventuele invloed op de aankoopbeslissing van de zes

door Staatsloterij genoemde omstandigheden. Die omstandigheden doen niet af aan het oordeel dat de kleinere winkans (ook) van voldoende materieel belang was voor de beslissing van de gemiddelde consument om deel te nemen aan de staatsloterij.

– *De materialiteit van de winkans als zodanig*

3.26 Volgens subonderdeel II.2 heeft het hof de in rov. 3.1 verwoorde maatstaf in zijn bestreden overwegingen ten onrechte niet (kenbaar) toegepast, omdat het miskent dat het criterium van 'voldoende materieel belang' een drempel meebrengt, in de zin dat niet elke onjuistheid of onvolledigheid misleidend zal zijn in de zin van art. 6:194 (oud) BW, maar dat die onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang dient te zijn om het economische gedrag van de gemiddelde consument te kunnen beïnvloeden, of anders gezegd dat een aanzienlijk aantal consumenten van de aankoopbeslissing zou dienen te hebben afgezien bij bekendheid met de omstandigheid die in de mededeling verholten was (nr. 29).³⁰

3.27 Deze klacht dient mijns inziens bij gebrek aan feitelijke grondslag te falen. Het hof heeft in rov. 4.15 immers gereageerd op het in rov. 4.14 bedoelde verweer van Staatsloterij dat de onjuistheid of onvolledigheid van de in haar mededelingen besloten liggende informatie over de winkans van 'onvoldoende materieel belang' is. In rov. 4.15 concludeert het hof dat 'redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de onder 4.6 bedoelde mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren'. Bovendien overweegt het hof in rov. 4.18 dat een 'aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien [van aankoop van een staatslot], althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan'.³¹ (Tegen die laatste overweging richt subonderdeel III.2 twee motiveringsklachten; ik bespreek deze in 3.32.1-2.)

3.28 Subonderdeel II.2 richt nog een aantal motiveringsklachten tegen rov. 4.15.³²

3.29.1 Volgens nr. 30 zijn de overwegingen over het gevoel van de gemiddelde consument in rov. 4.15, vijfde t/m achtste volzin, onjuist althans onbegrijpelijk.

3.29.2 Het argument dat daartoe wordt aangevoerd bij de eerste bulletpoint maakt de overweging niet onbegrijpelijk. Ook indien juist is dat de aankoopbeslissing mede – dat dit 'in overwegende mate' het geval zou zijn, heeft het hof niet overwogen – wordt bepaald door andere overwegingen dan de winkans, in het bijzonder het hebben van een kans om prijzen te winnen, staat dat niet in de weg

²⁸ Zie HvJ 18 november 2010, C-159/09, ECLI:NL:XX:2010:BO5106, NJ 2011/53, m.nt. M.R. Mok (Lidl SNC/Vierzon), rov. 46-51. Zie voorts HvJ 19 september 2006, C-356/04, ECLI:NL:XX:2006:AZ2155, NJ 2007/18, m.nt. M.R. Mok (Lidl Belgium), rov. 76-80; HvJ 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:NL:XX:1998:AD2918, NJ 2000/374 (Gut Springenheide), rov. 29, 31-34; HvJ 16 januari 1992, C-373/90 (strafzaak tegen X) rov. 15. Het hof gebruikt deze terminologie in de onderhavige zaak in rov. 4.18 (zie daarover bij 3.32.1).

²⁹ De schriftelijke dupliek nr. 8 wijst er m.i. terecht op, dat de s.t. zijdens Staatsloterij nr. 11-12 deze overweging over het hoofd ziet. Anders dan aldaar in die s.t. wordt opgemerkt, doet het hof naar mijn mening niet voorkomen 'alsof het gevoel over de winkans op een grotere prijs wel (alles)bepalend is voor de gemiddelde consument.'

³⁰ Het subonderdeel verwijst daartoe naar HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 JOR 2010/43, m.nt. K. Frielink; ONDR 2010/21, m.nt. H.M. Vletter van Dort (WorldOnline), rov. 4.10.4 en HvJEU 19 september 2006, NJ 2007/18 (Lidl Belgium), rov. 80.

³¹ Het hof verwijst daarbij naar zijn rov. 4.17, maar beoogt kennelijk te verwijzen naar rov. 4.15.

³² Ik lees in de nrs. 30-31 alleen motiveringsklachten, zoals in nr. 29 van de cassatiedagvaarding ook wordt aangekondigd.

aan de overweging dat de aankoopbeslissing ook (mede) wordt bepaald door het gevoel van de gemiddelde consument over de winkans op een hoge geldprijs (blijkens rov. 4.10 t/m 4.15 gaat het om *die* prijzen). Het een sluit het ander niet uit. Het feit dat het gaat om minuscule kansen op een hoge prijs heeft het hof verdisconteerd en daarbij aangegeven waarom desalniettemin de consument een positiever gevoel heeft bij een loterij met 20 (hoge) prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten dan uit 18-21 miljoen loten. Het betoog van Staatsloterij in haar s.t. nrs. 27-28 gaat mijns inziens aan dat laatste voorbij. 3.29.3 Rov. 4.15 is niet tegenstrijdig met rov. 4.11, anders dan ook hier wordt aangevoerd (tweede bulletpoint). Ik verwijs naar 3.14.

Het argument dat de consument weet dat de kans op een grote prijs in de staatsloterij minuscule is, gaat voorbij aan het onderscheid dat het hof maakt tussen het verschil in gevoel over winkansen bij de gemiddelde consument.³³

3.29.4 Het argument bij het derde bulletpoint miskent dat het hof geen vergelijking maakt tussen 'een loterij waarbij getrokken wordt uit 3 miljoen loten en een loterij waarbij getrokken wordt uit 18-21 miljoen loten',³⁴ maar tussen een loterij waarbij 20 (hoge) prijzen worden getrokken uit 3 miljoen respectievelijk uit 18-21 miljoen loten. Het gaat volgens het hof om het gevoel over de winkans in verband met het aantal loten waaruit een bepaald aantal prijzen wordt getrokken.

3.30.1 Volgens nr. 31 zijn de overwegingen in rov. 4.15, negende t/m dertiende volzin, onjuist althans onbegrijpelijk. Het hof verwerpt het aan de verkoopcijfers ontleende verweer van Staatsloterij, dat de onjuiste/onvolledige mededelingen niet van invloed waren op de deelname-beslissing van de gemiddelde consument. Het hof wijst erop dat de opmerking van Nathalie Brand 'buiten twijfel stelt dat die invloed wel degelijk bestond'. Daartegen worden door het middel drie argumenten aangevoerd.

3.30.2 Zoals eerder opgemerkt, is voor misleiding nodig, maar ook voldoende, dat de onjuiste mededeling de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. In dit licht bezien, kon het hof volstaan met het oordeel dat de bedoelde opmerking buiten twijfel stelt 'dat die invloed wel degelijk bestond'.

Daaraan doet niet af dat er ook andere invloeden op de aankoopbeslissing zijn, zoals de klacht in het eerste bulletpoint onder verwijzing naar subonderdeel II.1 betoogt. Anders dan het middel t.a.p. betoogt, heeft het hof niet overwogen dat de bedoelde opmerking tijdens de uitzending zwaarder weegt

dan het betoog van Staatsloterij waarom deze invloed niet (voldoende) bestond. Het hof heeft immers in de daaraan voorafgaande overwegingen al aangeven waarom een consument een positiever gevoel heeft bij een loterij met 20 prijzen uit 3 miljoen loten dan bij een loterij met 20 prijzen uit 18-21 miljoen loten. In de opmerking tijdens de Tros Radar uitzending ziet het hof een bevestiging '[d]at voormeld gevoel een realiteit is'.

3.30.3 Van een cirkelredenering is, anders dan onder het tweede bulletpoint wordt betoogd, mijns inziens geen sprake. Het argument miskent dat het hof tevens een verklaring geeft voor de stabilisatie/toename van het aantal deelnemers na de uitzending van Tros Radar (nl. de positieve publiciteit die is gegenereerd door de koerswijziging van Staatsloterij).

3.30.4 Die overweging op haar beurt is, anders dan bij het derde bulletpoint wordt betoogd, niet onbegrijpelijk in het licht van de verwachting dat het deelnemersaantal zal afnemen. De bedoelde publiciteit kan immers een verklaring zijn voor de tendens die afwijkt van deze verwachting.

– De Koninginnedagloterij 2008

3.31 Subonderdeel II.2 richt in nr. 32 ten slotte nog een klacht tegen het oordeel in rov. 5.1. Deze overweging is volgens de klacht onjuist althans onbegrijpelijk omdat het hof daarin niets overweegt over het materieel belang van de onjuistheid/onvolledigheid van de mededelingen over de hoogte van de prijzen van de Koninginnedagloterij 2008.

3.32 De klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest. De aangevallen overweging problematiseert inderdaad niet uitdrukkelijk het materieel belang, maar dit komt wel in de overweging aan de orde.

Aan het slot van rov. 5.1 overweegt het hof dat de in de MvG (punten 72, 15 en 24) ingenomen stellingen in samenhang bezien met de daarop in productie 14 gegeven toelichting de daaraan door Loterijverlies verbonden conclusie kunnen dragen dat voor de Koninginnedagtrekking in 2008 misleidende mededelingen zijn gedaan over de hoogte van de uit te keren prijzen. In het licht van rov. 3.1 moet worden aangenomen dat de door het hof gebruikte kwalificatie 'misleidende mededelingen' ook het materieel belang bestrijkt.

Het hof overweegt verder dat Staatsloterij op dit punt twee verweren heeft gevoerd: (1) de trekking voor de Koninginnedagloterij 2008 valt buiten de periode waarop de vordering ziet en (2) productie 14 bevat geen onderbouwing van de gestelde lagere uitkering. Het hof behandelt en verwerpt beide verweren. Gezien de overigens door het hof afdoende geachte stellingen van Loterijverlies op dit punt, heeft het hof de vordering op dit punt kennelijk als onvoldoende bestreden toewijsbaar geacht.

33 Staatsloterij leest overigens in rov. 4.15 (i.h.b. de achtste volzin) dat het hof meent dat de gemiddelde consument niet weet dat de winkans minuscule klein is (s.t. nrs. 26 (voetnoot 34) en 29). Naar mijn mening geeft het hof daarin alleen aan dat de consument niet weet hoe klein die kans in werkelijkheid is.

34 Dit geldt ook voor de stelling in de s.t. zijdens Staatsloterij nr. 11, eerste volzin.

– *Aanzienlijk deel/tegen dezelfde voorwaarden*
 3.33.1 Zoals gezegd, richt *subonderdeel III.2* twee motiveringsklachten tegen rov. 4.18 (nr. 42). Volgens de eerste klacht is onbegrijpelijk dat het hof spreekt van een ‘aanzienlijk’ deel van de consumenten, omdat uit het arrest niet valt af te leiden hoe het hof aan deze kwantificatie komt. Deze klacht stuit mijns inziens af op rov. 4.10 en 4.15. Daarin oordeelt het hof, kort gezegd, dat de winkans op een hoge geldprijs voor de gemiddelde consument ‘een belangrijke drijfveer is om mee te doen aan de staatsloterij’ (rov. 4.10), dat de gemiddelde consument bij de gecommuniceerde winkans een ‘aanzienlijk positiever’ gevoel heeft dan bij de werkelijke winkans, dat een loterij met de gecommuniceerde winkans ‘voor het publiek aantrekkelijker is’ en dat de mededelingen van Staatsloterij ‘van materieel belang waren’ (rov. 4.15). Hieruit blijkt voldoende waarom het hof in rov. 4.18 vervolgens spreekt van een ‘aanzienlijk’ deel van de consumenten. Het is een manier om de materialiteit tot uitdrukking te brengen (zie bij 3.24).³⁵ Onbegrijpelijk is een en ander niet. Het middel wijst verder niet op een specifiek partijdebat over het deel (percentage) van de consumenten dat zich al dan niet door de winkans laat beïnvloeden, waaraan het hof nog aandacht zou hebben moeten besteden.
 3.33.2 Volgens de tweede klacht is onbegrijpelijk dat het hof spreekt van een aankoop ‘tegen dezelfde voorwaarden’, nu consumenten op deze voorwaarden totaal geen invloed hebben. De klacht berust op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof impliceert niet dat consumenten invloed hebben op de voorwaarden, maar geeft alleen een oordeel over het gedrag van consumenten onder de gegeven voorwaarden (zoals, naar ik aanneem, bijvoorbeeld de prijs van een lot). Het hof brengt tot uitdrukking dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, *ceteris paribus*, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan.

– *Stelplicht en bewijslast*

3.34 *Subonderdeel II.3* stelt voorop dat hof in rov. 3.1 terecht overweegt dat door Loterijverlies aannemelijk moet worden gemaakt dat de onjuistheid/onvolledigheid van voldoende materieel belang is om de aankoopbeslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden. De klacht wijst er op dat het hof in rov. 4.7, 4.10, 4.14-4.17 en 5.1 telkens de verweren van Staatsloterij tot uitgangspunt neemt en die vervolgens na weging te licht bevindt. Daarmee miskent het hof volgens de klacht dat het had moeten toetsen of Loterijverlies voldoende heeft gesteld (en gezien de betwisting van Staatsloterij ook heeft bewezen) om aannemelijk te maken dat

deze invloed bestond. Het arrest geeft er geen blijk van dat het hof dit heeft gedaan, zodat daaruit niet kan worden afgeleid op basis van welke stellingen van Loterijverlies het hof aannemelijk heeft geacht dat de onjuistheid/onvolledigheid van voldoende materieel belang is om de aankoopbeslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden (nr. 34).

3.35 De klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest. Voor zover de klacht zich richt tegen rov. 5.1 verwijs ik naar 3.31.

Voor zover de klacht ziet op rov. 4.7, 4.10 en 4.14-4.17 miskent zij dat het hof daarin weliswaar herhaaldelijk onderwerpen agendeert aan de hand van de door Staatsloterij gevoerde verweren,³⁶ maar daarbij niet uit het oog verliest dat op Loterijverlies stelplicht en bewijslast rust ten aanzien van, kort gezegd, het materieel belang.

Het hof stelt immers in rov. 4.7 voorop wat Loterijverlies heeft gesteld ten aanzien van het misleidende karakter van de mededelingen, inclusief het materieel belang in verband met de onjuiste/onvolledige informatie over de winkans op grotere prijzen die daarin besloten lag.

Het hof aanvaardt de stelling van Loterijverlies over het belang van de winkans (rov. 4.10, vierde volzin), daarbij wijzend op passages uit twee jaarverslagen van Staatsloterij waarop Loterijverlies zich heeft beroepen (MvG 44 en 79). In het licht van die passages acht het hof het verweer van Staatsloterij op dit punt onvoldoende onderbouwd.

Het hof aanvaardt ook de stellingen van Loterijverlies over het beeld dat de gemiddelde consument heeft van zijn winkans (rov. 4.11). Dat Loterijverlies op dit punt voldoende heeft gesteld en Staatsloterij zijns inziens daartegen onvoldoende heeft ingebracht, is aan de orde gekomen bij de bespreking van subonderdelen I.2 en I.3. Hierop baseert het hof zijn conclusie dat over de winkans onjuiste/onvolledige informatie is verstrekt (rov. 4.12).

Dat deze informatie van materieel belang was heeft hof in rov. 4.15 overwogen. Daarin verwerpt het hof niet alleen het verweer van Staatsloterij over de minuscule kansen, maar stelt het ook vast dat, kort gezegd, de onjuiste/onvolledige informatie over de ‘gevoelde’ kansen die besloten lag in de in rov. 4.6 bedoelde mededelingen van materieel belang was, zoals Loterijverlies had betoogd. Ik verwijs naar de bespreking van de subonderdelen II.1 en II.2.

– *Aanbod tot tegenbewijs*

3.36 *Subonderdeel II.4* komt op tegen rov. 4.16, die luidt:

“Het verweer van Staatsloterij, dat haar mededelingen niet misleidend zijn, mist, alles overziend, een toereikende onderbouwing, zodat dat verweer zal worden gepasseerd en voor tegenbewijs op dit punt, zoals door Staatsloterij aangeboden onder 1.4 MvA, geen plaats is. Dat

³⁵ Inderdaad ziet rov. 4.18 op het belang, maar dat betekent niet (anders dan de s.t. zijdens Staatsloterij nr. 39, slot, aanvoert) dat deze passage slechts in die context mag worden beschouwd. Het hof verwijst immers naar zijn eerdere rechts-overweging (lees:) 4.15.

³⁶ De s.t. zijdens Staatsloterij nr. 22 wijst in het bijzonder op rov. 4.14 en 4.16. Zie ook rov. 4.9.

tegenbewijsaanbod, voor zover betrekking hebbend op getuigen, is bovendien niet relevant nu niet valt in te zien wat getuigen zouden kunnen verklaren over de wetenschap, opvattingen en gedragingen van de 'gemiddelde consument' die immers een fictieve entiteit is, aldus ook Staatsloterij onder 3.7 PE en punt (18) van de considerans op Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken (hierna: ROH). Voor zover dat aanbod betrekking heeft op bescheiden, meer in het bijzonder deskundigenrapporten, is van belang dat Staatsloterij deze zonder toestemming van het hof had kunnen overleggen en er daarom geen reden is om dat aanbod te honoreren."

3.37 Het subonderdeel betoogt in de eerste plaats dat uit subonderdeel II.1 volgt dat het hof strenge eisen heeft gesteld aan hetgeen van een betwisting mag worden verlangd (nr. 36).

Nu subonderdeel II.1 faalt, kan ook deze klacht niet slagen.

3.38 Het subonderdeel betoogt in de tweede plaats dat de verwerping van het tegenbewijsaanbod, voor zover betrekking hebbend op getuigen, als niet relevant rechtens onjuist dan wel onbegrijpelijk is.

De verwerping is rechtens onjuist omdat niet valt in te zien op welke grondslag Staatsloterij in deze zaak geen tegenbewijs door middel van getuigen mag leveren. De overweging dat de gemiddelde consument een fictieve entiteit is en dat om deze redenen niet in te zien valt wat getuigen zouden kunnen verklaren over de wetenschap, opvattingen en gedragingen van de gemiddelde consument, kan die verwerping in elk geval niet dragen.

Die overweging is ook overigens onbegrijpelijk nu de gemiddelde consument weliswaar een fictieve entiteit is, maar dat nog niet betekent dat niet (mede) op basis van hetgeen een aantal daadwerkelijke consumenten zou verklaren bepaald kan worden hoe de gemiddelde consument zou hebben gehandeld, aldus de klacht.

3.39 De klacht gaat voorbij aan het oordeel in rov. 4.15 dat 'redelijkerwijs aannemelijk [moet] worden geacht dat de onder 4.6 bedoelde mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren voor de beslissing van de gemiddelde consument om al dan niet mee te doen aan de staatsloterij' en aan het oordeel in rov. 4.16 dat 'het verweer van Staatsloterij, dat haar mededelingen niet misleidend zijn, (...) alles overziend, een toereikende onderbouwing [mist]'. Ook aan tegenbewijs wordt pas toegekomen wanneer voldoende is gesteld.³⁷

3.40 Overigens meen ik dat het oordeel van het hof niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting noch onbegrijpelijk is. Het hof wijs er terecht op dat 'de gemiddelde consument' een fictieve entiteit is. De vraag waar deze maatman van uit gaat is daarom

per saldo geen bewijskwesitie, maar een van rechterlijke waardering.³⁸ Nu kan de rechter, indien hij dat dienstig acht, zich daarover bijvoorbeeld laten voorlichten aan de hand van deskundigenrapporten. Een denkbare methode is ook om de vraag ter beantwoording voor te leggen aan een groep mensen, die geacht worden tot uitdrukking te brengen wat 'de gemiddelde consument' zal vinden.³⁹ Maar dat de rechter naar Nederlands recht zou moeten ingaan op een aanbod om 'een aantal daadwerkelijke consumenten' te horen, kan niet worden aangenomen (nog daargelaten dat dát het aanbod van Staatsloterij niet was).⁴⁰

Subonderdeel III.1: belang

3.41 In rov. 4.18 heeft het hof het verweer van Staatsloterij verworpen, dat Loterijverlies geen voldoende belang heeft.

3.42 Staatsloterij gaat er in nr. 39 vanuit dat het hof de bestreden overweging slechts gegeven heeft als onderdeel van zijn toetsing of het beroep op ontbreken van voldoende belang (in de zin van art. 3:303 BW) slaagt, en dat het hof met deze overweging slechts heeft gemotiveerd waarom naar zijn oordeel Loterijverlies voldoende belang heeft bij haar vordering — een oordeel waar Staatsloterij in cassatie niet tegen op komt — maar dat het hof met deze overweging niet vooruit is gelopen op de vaststelling van (het bestaan en omvang van) causaal verband en schade in eventueel opvolgende procedures. Ook Loterijverlies meent dat het hof slechts de validiteit van het beroep op art. 3:303 BW beoordeelt (s.t. nr. 51). Deze lezing is volgens mij juist. De klachten van subonderdeel III.1 in de nrs. 40-41, die zijn geformuleerd voor het geval van deze overweging anders gelezen moeten worden, falen dus bij gebrek aan feitelijke grondslag.

38 A-G Timmerman, conclusie sub 4.7.5.7 voor HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*WorldOnline*). Zie ook HvJ 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:NL:XX:1998:AD2918, NJ 2000/374 (*Gut Springenheide*) rov. 30-32, 37 en de noot sub 9-10 van D.W.F. Verkade onder NJ 2000/375.

39 Zie de in noot 28 genoemde rechtspraak. De considerans van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG) vermeldt onder 18, slot: "Het criterium van de gemiddelde consument is geen statistisch criterium. Nationale rechtbanken en autoriteiten moeten, rekening houdend met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, hun eigen oordeel volgen om vast te stellen wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is." Vgl. voorts J.G.J. Rinkes in Hondius/Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, 2011, p. 48-49; W.J. Zwolve, 'Het toeschouwersrisico. Enkele opmerkingen over het onderscheid tussen rechtsvragen en vaststellingen van feitelijke aard', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht (BWVJ 24)*, 2008, p. 24-29; P.A.C.E. van der Kooij, 'De maatman in het merkenrecht', idem, p. 287 e.v.; S.M.E. Hirdes en D.F. Lunsingh Scheurleer, *De misleide maatmens, misleiding ex art. 6:194 BW, TvOP 2008/7*, p. 253.

40 In MvA 1.4 bood Staatsloterij aan: "Voor het geval uw Hof voorshands enige stelling van Loterijverlies bewezen zou achten, biedt SENS tegenbewijs aan door alle middelen rechtens, in het bijzonder door het doen horen als getuigen de zijdens SENS betrokken personen bij het feitencomplex."

37 HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4841, NJ 2005/269 en HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, NJ 2009/54.

3.43 Ik kom tot de slotsom dat ook de klachten van de onderdelen II en III niet opgaan. Het principiële cassatieberoep moet worden verworpen.

4 *Bespreking van het incidentele cassatieberoep*

4.1 Het incidentele middel richt klachten tegen de door het hof in rov. 6.3 aan art 8 WoK gegeven uitleg (onderdeel 1) en tegen het oordeel in rov. 6.4 dat Staatsloterij in haar 'paginagrote advertentie' daaromtrent geen misleidende mededeling heeft gedaan (onderdeel 2). De relevante overwegingen luiden:

'6.1 In artikel 8 lid 2 WoK is het volgende bepaald:

'Onder een staatsloterij wordt verstaan een loterij waarbij door trekking de nummers van de deelnamebewijzen worden aangewezen en waarbij tenminste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen wordt uitgeteeld';

Artikel 7 BS luidt als volgt:

'De staatsloterij is ingericht overeenkomstig het bepaalde in artikel 8, tweede lid, (WoK). (...).'

6.3 ¹Door Loterijverlies is verder naar voren gebracht dat de 60%-eis per maand, en dus per trekking geldt en dat Staatsloterij aan deze eis niet heeft voldaan. ²In de periode januari 2002 t/m september 2008 is volgens Loterijverlies bij 49 van de 90 trekkingen geen 60% uitgekeerd, maar een lager percentage. ³Staatsloterij heeft hier onder meer tegen ingebracht, dat noch uit de WoK noch uit enige andere regel volgt dat zij bij elke individuele trekking minimaal 60% dient uit te loven. ⁴Het hof is het op dit punt met Staatsloterij eens. ⁵Staatsloterij weet op voorhand niet hoeveel loten voor een bepaalde trekking zullen worden verkocht en weet dus ook niet hoe groot de totale inleg voor die trekking zal zijn, terwijl zij wel de prijzen op voorhand bekend moet maken, waarbij het prijzenpakket is gebaseerd op het aantal loten dat naar verwachting voor de komende trekking verkocht zal worden (punt 54 MvG en punt 23 MvA). ⁶Hieruit volgt (vgl. punt 4.74 MvA en punt 48 PA) dat op voorhand niet met zekerheid is te zeggen dat bij een bepaalde trekking prijzen zijn uitgeteeld voor 60% van de inleg. ⁷Wanneer bijvoorbeeld voor een bepaalde trekking het totale prijzenpakket is vastgesteld op € 200 en vervolgens blijkt dat (onverwacht) voor € 400 aan loten is verkocht (de totale inleg), dan wordt daarvan slechts 50% aan prijzen uitgeteeld. ⁸Er is geen reden om aan te nemen dat Staatsloterij in zo'n situatie verplicht zou zijn om achteraf extra prijzen aan die trekking toe te voegen. ⁹Dit wordt ook door Loterijverlies niet verdedigd. ¹⁰Bij deze stand van zaken brengt een redelijke uitleg, van de in rov. 6.1 vermelde regelgeving met zich dat die 60%-norm niet ziet op een bepaalde trekking, maar op een langere periode en/of een gemiddelde, waarin/

waarbij fluctuaties in de maandelijkse inleg kunnen worden gladgestreken. ¹¹Deze uitleg van regelgeving wordt niet beïnvloed door het feit dat Staatsloterij in een brief aan een individuele deelnemer (productie 23 bij MvG) en in een klachtprocedure op basis van de Nederlandse Reclame Code (productie 22 bij MvG) zelf – naar zij zegt: ongelukkigerwijs (PA onder 46) – heeft aangegeven dat van 'elke trekking'/'maandelijks' 60% wordt uitgeteeld. ¹²Hierop kan Loterijverlies zich dus niet met vrucht beroepen. ¹³Bij pleidooi in hoger beroep heeft Loterijverlies nog gerefereerd aan een paginagrote advertentie van Staatsloterij in verschillende kranten waarin zou zijn opgenomen: 'een belangrijke spelregel' is bijvoorbeeld dat hij elke trekking minimaal 60% van de betaalde inleg weer als prijzengeld wordt uitbetaald. ¹⁴Ook deze tekst kan evenwel niet beslissend zijn voor de uitleg van wettelijke bepalingen.

6.4 ¹Door Loterijverlies is niet gesteld dat Staatsloterij op langere termijn en/of gemiddeld niet aan de 60%-norm heeft voldaan, terwijl Staatsloterij van meet af aan heeft benadrukt dat die norm per jaar steeds is gehaald (punt 118 CvA, PA onder 52 en PV pleidooi in appel) en dit door Loterijverlies onweersproken is gelaten. ²Het moet er daarom voor worden gehouden dat Staatsloterij die wettelijke norm niet heeft geschonden. ³Hiermee is tevens de grond ontvallen aan de stelling van Loterijverlies (zie o.m. punt 38 PA), dat het niet-mededelen van het niet-voldoen aan die norm een misleidende omissie vormt. ⁴Ook de stelling van Loterijverlies, dat Staatsloterij onder artikel 6:194 (oud) BW vallende uitlatingen heeft gedaan over het uitkeringspercentage, faalt. ⁵De mededeling in de Algemene Spelvoorwaarden van Staatsloterij uit de periode 2002-2005 dat de staatsloterij 'een loterij (is) (...)' waarbij tenminste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen wordt uitgeteeld' behelst niet meer dan een herhaling van artikel 8 lid 2 WoK en impliceert of suggereert (dus), gelet op de aan dat artikel te geven uitleg (zie rov. 6.3), niet dat de 60%-norm per trekking geldt. ⁶De in rov. 6.3 ter sprake gekomen tekst in de 'paginagrote advertentie' kan Loterijverlies in het kader van artikel 6:194 (oud) BW niet baten nu zij niet concreet heeft gesteld dat en waarom het voor de aankoopbeslissing van de gemiddelde consument zou hebben uitgemaakt wanneer hij had geweten dat de 60%-norm alleen over een langere periode/gemiddeld, en niet per trekking werd gehaald. (...)" [zinnummering toegevoegd, A-G]

4.2 Volgens onderdeel 1 miskent het hof met dit oordeel dat art. 8 lid 2 WoK jo. art 7 Beschikking Staatsloterij met zich brengt dat per trekking ten minste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen wordt uitgeteeld, en wel om drie redenen:

(a) dit blijkt uit de wetgeschiedenis;

(b) de gegeven ruime uitleg verdraagt zich niet met het hoofddoel van het kansspelbeleid – het reguleren en beheersen van kansspelen, met bijzondere aandacht voor het tegengaan van gokverslaving en het beschermen van de consument – welke meebrengt dat de spelers moeten kunnen vertrouwen op het betrouwbare en transparante karakter van de staatsloterij waarmee moeilijk te rijmen valt een zodanig ruime uitleg van art. 8 lid 2 WoK dat voor potentiële deelnemers aan de staatsloterij onduidelijk is welk percentage zal worden uitgekeerd; (c) het hoge uitkeringspercentage is een essentiële producteigenschap.

4.3 Het eerste argument van Loterijverlies is het meest interessant, omdat er een zekere spanning bestaat tussen dit argument ('het moet') en het door het hof in rov. 6.3 aanvaarde tegenargument van Staatsloterij ('het kan niet'). Ik bezie daarom eerst de relevante wetsgeschiedenis alvorens de argumenten van partijen te bespreken.

– *Ontwikkeling minimumuitkeringsvereiste staatsloterij*

4.4 De wetgever heeft zich in Nederland al vroeg bemoeid met de organisatie van kansspelen: op 4 april 1726 werd in een resolutie van de Staten-Generaal goedkeuring gegeven voor de oprichting van de Generaliteitsloterij, waarmee voorgoed een eind kwam aan de particuliere, plaatselijke en gewestelijke loterijen.⁴¹ Enerzijds nam de wetgever het heft in handen vanuit de wens de speelzucht onder burgers te kanaliseren door middel van een bonafide loterij; anderzijds zag hij de baten van die speelzucht liever naar de staatskas vloeien dan naar de altijd lonkende buitenlandse en illegale loterijen.⁴²

4.5.1 De staatsloterij zoals wij die kennen, werd in het leven geroepen door de *Wet tot regeling der staatsloterij van 1885* (Stb. 1885, 142). Volgens deze wet waren er maximaal drie loterijen per jaar en bestond iedere loterij uit maximaal 21.000 loten (art. 2). Binnen deze grenzen kon de Minister van Financiën bij besluit nadere regels stellen over onder meer het aantal loten waaruit elke loterij bestaat, de wijze waarop de trekking plaats heeft en het aantal en de hoegrootheid van de prijzen en premieën (art. 22). De loten werden in verschillende klassen tegen bij wet bepaalde bedragen uitgegeven aan collecteurs. Deze verkochten vervolgens (rechtstreeks of via debitanten) de loten (of aandelen daarin) aan het publiek voor eveneens bij wet bepaalde bedragen (art. 3, 4 en 7).

4.5.2 Destijds werd al een regeling opgenomen over de verhouding tussen de ingelegde som en de uit te keren prijzen:

"Artikel 5

Het gezamenlijk bedrag der in iedere loterij te trekken prijzen en premieën is gelijk aan den inleg, na aftrek van de in het tweede lid van art. 10 bedoelde teruggaven. Van de prijzen en premieën wordt, ten behoeve van den Staat, gekort 15 ten honderd op die van f 100 en daarboven en 10 ten honderd op die daarbeneden."

Voor iedere loterij werd dus het bedrag van de zuivere inleg⁴³ als (bruto)⁴⁴ prijzen en premieën getrokken.⁴⁵

4.5.3 Uit de toelichting op art. 3 blijkt dat de bedoeling was het aantal uit te geven loten gelijk op te doen gaan met de vraag; bij krimp van de vraag was de gedachte dat er minder loten dan het maximum werden uitgegeven.⁴⁶

4.5.4 De wetgever van 1885 ging er dus van uit per loterij de zuivere inleg als prijzengeld werd getrokken en dat alle loten verkocht zouden worden.

4.6 Tijdens de bezetting werd de wet van 1885 afgeschaft bij Besluit van de Secretarissen-Generaal van Financiën en van Justitie van 15 oktober 1943 betreffende het loterijbedrijf (Stcrt. 1943, 218). Voorts bepaalde dit Besluit dat er een staatsloterij was. Het regelde verder geen bijzonderheden maar liet de regeling over aan de Secretaris-Generaal van het Departement van Financiën. Deze stelde bij Besluit van 8 januari 1944 (Stcrt. 1944, 28) een uitvoeringsregeling vast. Het besluit van 1943 noch dat van 1944 bevatte een regeling van het uitkeringspercentage. Het bedoelde besluit werd in 1945 vervangen door het KB van 12 juli 1945, Stb. F103, wat de door de Duitse bezetter uitgevaardigde regelingen ten aanzien van het loterijbedrijf voorlopig handhaafde.

4.7.1 De eerste regeling van kansspelen in algemenere zin stamt uit 1905, maar deze Loterijwet (Stb. 1905, 171) was op staatsloterijen niet van toepassing. Dit veranderde met de wijziging van de *Loterijwet in 1950*, waarbij een nieuwe Titel II 'Staatsloterij' werd ingevoerd (Stb. 1950, 619; bij Besluit van 9 april 1951, Stb. 1951, 105, in werking getreden op 15 april 1951). Volgens deze wet waren er maximaal vier loterijen per jaar en bestond iedere loterij uit maximaal vier series van 21.000 loten. De trekking was verdeeld in hoogstens vijf klassen. Met inacht-

43 Dit is de inleg, naar ik begrijp, na aftrek van kosten en de in art. 10 lid 2 bedoelde teruggave van een deel van de aankoopsprijs waarop houders van bepaalde loten onder bepaalde omstandigheden recht hadden. Zie MvA, *Kamerstukken II* 1884/85, 48, nr. 7, p. 16.

44 Gezien de in art. 5 en 10 bedoelde 'korting' ten behoeve van de Staat.

45 De Staat verdiende er ook aan. De collecteurs moesten de inleg per heel lot (f 60) direct voldoen en mochten de loten aan het publiek verkopen voor de vastgestelde verkoopprijs van f 70. Van de f 10 verkoopwinst moest f 4 aan het Rijk worden afgedragen. Daarnaast ontving het Rijk de korting over de prijzen volgens art. 5.

46 MvT, *Kamerstukken II* 1884/85, 48, nr. 3, p. 4: "Daardoor wordt dus uitbreiding der loterij uitgesloten en integendeel inkrimping niet slechts mogelijk maar ook gemakkelijk gemaakt, voor het geval dat, door welke omstandigheid dan ook, het volle maximum niet meer geleidelijk te plaatsen ware."

41 A. Huisman en J. Koppenol, *Daer compt de lotery met trommels en trompetten!*: loterijen in de Nederlanden tot 1726, Uitgeverij Verloren, 1991, p. 114.

42 MvT, *Kamerstukken II* 1884/85, 48, nr. 3, p. 3.

neming van deze maxima werden de aantallen der loterijen, series en klassen door de Minister van Financiën vastgesteld (art. 7). De systematiek van de uitgifte via collecteurs en dergelijke beleeft verder in de kern ongewijzigd (zie bijvoorbeeld art. 9 en 11).
4.7.2 Over de verhouding tussen de ingelegde som en de uit te keren prijzen werd destijds bepaald:

“Artikel 8

1) De wijze waarop de trekking plaats heeft, het aantal en de hoegrootheid van de in elke klasse per serie te trekken prijzen en premien, alsmede de voorschriften welke op de verwisseling der slechts voor één klasse geldige loten betrekking hebben, worden door Onze Minister van Financiën vastgesteld, met dien verstande dat tenminste twee-derde gedeelte van de door de kopers van loten betaalde sommen, verminderd met de teruggaven ingevolge artikel 11, derde lid, aan prijzen en premien zullen worden uitgelooft.

2) De trekking der loten geschiedt overeenkomstig een door Onze voornoemde Minister vast te stellen en in de *Nederlandse Staatscourant* openbaar te maken plan.”

De toelichting op art. 8 luidde:

“Ad artikel 8. Evenmin als in de wet van 1885 dienen thans in de wet zelf het trekkingsplan en de daarmede verband houdende voorschriften te worden geregeld. Wel komt het de ondergetekenden voor, dat het wenselijk is in de wet een zekere verhouding vast te stellen tussen het bedrag van de opbrengst en dat van de uitgelooftde prijzen en premien. Het eerste lid stelt die op 3:2. Volgens het thans van kracht zijnde trekkingsplan bedraagt de opbrengst per serie f 1.680.000, verminderd met f 256.000 aan teruggaven, en het totaal der uitgelooftde prijzen en premien f 1.073.300.”

Voor de verhouding 3:2 was gekozen (ook lag het uitkeringspercentage volgens de in de MvT genoemde cijfers rond de 75%) om in de toekomst ook bij stijgende kosten een rendabele exploitatie mogelijk te maken zonder dat een wetswijziging nodig zou zijn.⁴⁷

4.7.3 De verruiming van de maxima werd bijkens de MvT voorgesteld om in de toekomst tegemoet te kunnen komen aan de vraag zodat deze niet zou weglekken naar clandestiene loterijen.⁴⁸ Tegelijkertijd werd, zo blijkt uit de MvA, ‘[b]ij het vaststellen van het totale aantal per loterij uit te geven loten (...) een zo voorzichtige politiek gevoerd, dat dit

aantal immer achterblijft bij de vraag.⁴⁹ Aldus werd voorkomen dat collecteurs — vaak onbemiddelde weduwen⁵⁰ — met onverkoopbare loten zouden blijven zitten.

4.7.4 Ook de wetgever van 1950 voorzag in een regeling van het uitkeringspercentage. Hij achtte het wenselijk om een minimumuitkeringspercentage te introduceren (66%). Dat voorzag erin om in de toekomst ook bij stijgende kosten een rendabele exploitatie mogelijk te maken zonder dat een wetswijziging nodig zou zijn. Tevens werd er kennelijk vanuit gegaan dat het aantal beschikbare loten steeds verkocht zou worden.

4.8.1 In 1964 werd de *Wet op de Kansspelen* (WoK) ingevoerd (*Stb.* 1964/483). Het systeem van de Staatsloterij bleef in grote lijnen ongewijzigd maar werd op onderdelen aangepast met het oog op modernisering, vereenvoudiging en kostenbesparing. Volgens deze wet waren er maximaal zes loterijen per jaar en bestond iedere loterij uit maximaal vijf series van 100.000 loten. Deze verruiming van de maxima werd voorgesteld om tegemoet te kunnen blijven komen aan de vraag. In dat verband is opgemerkt dat de lotenuitgifte van loterij tot loterij aan de vraag wordt aangepast⁵¹ en dat de totale lotenuitgifte iets beneden de verwachte vraag wordt vastgesteld.⁵²

4.8.2 Art. 8 integreerde het minimumuitkeringspercentage in de omschrijving van de staatsloterij:

“De Staatsloterij stelt de gelegenheid open tot deelneming aan loterijen, die zijn ingericht naar een systeem waarbij de loten in klassen worden uitgetrokken en ten minste twee-derde gedeelte van de door de deelnemers betaalde sommen aan prijzen worden uitgelooft.”

In de MvT wordt hierover slechts opgemerkt dat deze norm wordt gehandhaafd, gunstiger is voor spelers dan bij andere loterijen en past in het gematigde karakter van de Staatloterij.⁵³ Het werkelijke uitkeringspercentage lag destijds overigens rond de 70%.⁵⁴ In de verdere parlementaire behandeling van de WoK 1964 is de minimumuitkeringsplicht niet meer ter sprake gekomen.

4.8.3 Titel II van de Wet op de kansspelen werd meerdere malen gewijzigd in verband met de vergroting van het aantal uit te geven loten, de omvang van de prijzen, de uitbreiding van het aantal jaarlijks te houden loterijen en de verkooporganisatie.⁵⁵ Bij deze en latere wijzigingen is art. 8 tot 1992 ongewijzigd gelaten.

Bij wijziging van de WoK in 1967 (Wet van 15 februari 1967, *Stb.* 108) is de beperking van het aantal

49 MvA, *Kamerstukken II* 1949/50, 1042, nr. 5, p. 9-10.

50 VV, *Kamerstukken II* 1948/49, 1042, nr. 5, p. 4.

51 MvT, *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3, p. 9. Zie ook de MvA, *Kamerstukken II* 1964/65, 7603, p. 4 (l.k. onder).

52 Ook hier in het kader van een bespreking van de inkomenspositie van de verschillende soorten collecteurs. Zie MvA, *Kamerstukken II* 1964/65, 763, p. 5 (l.k. onder).

53 MvT, *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3, p. 11 (ad art. 8 en 9).

54 MvT, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 029, nr. 3, p. 22.

55 MvT, *Kamerstukken II* 1976/77, 14 324, nr. 3, p. 1.

47 MvA, *Kamerstukken II* 1949/50, 1042, nr. 5, p. 13, toelichting op art. 8. Het verschil van ¼ betekende nog geen bate voor de Staat, omdat uitvoeringskosten (kosten directie, provisies voor collecteurs) daarvan afgingen.

48 MvT, *Kamerstukken II* 1948/49, 1042, nr. 3, p. 11. Zie ook p. 8, 3e alinea (‘het aantal uit te geven loten is afgestemd op de blijkbare behoeften van het publiek.’). In deze zin ook MvA, *Kamerstukken II* 1949/50, 1042, nr. 5, p. 9.

per loterij uit te geven series komen te vervallen, om tegemoet te kunnen komen aan de steeds stijgende vraag, die groter bleek dan in 1964 was verwacht. Daarbij bleef het voornemen om 'het aantal per loterij uit te geven loten slechts op te voeren naarmate de behoefte daaraan duidelijk aanwezig blijkt te zijn'.⁵⁶ Deze wijziging, die verder niet veel discussie opriep, is naar mijn mening voor de onderhavige zaak van belang. Het vervallen van de beperking van het aantal per loterij uit te geven series impliceerde immers, dat het aantal loten niet langer aan een maximum gebonden zou zijn (ook lag het aantal loterijen per jaar en het aantal loten per serie nog wel vast).

Het minimumuitkeringspercentage werd als een van de kenmerken van de staatsloterij gezien. Zo vermeldt de MvT bij de wijzigingswet van 1973 'a. volgens de wet wordt ten minste twee-derde (in de praktijk 70 pct.) van de door de deelnemers betaalde bedragen aan prijzen uitgekeerd'.⁵⁷

In 1977 diende de Staatssecretaris een wijzigingsvoorstel in dat er vooral toe strekte om de rechtspositie van de lotenverkopers – een heikel onderwerp bij vele wijzigingen van de regelgeving omtrent de Staatsloterij – te verduidelijken en te verbeteren. Het voorstel is uiteindelijk ingetrokken. Artikel 10 lid 2 van dit voorstel, dat volgens de Staatssecretaris geen wijziging bracht in het prijzenminimum uit art. 8 WoK 1964,⁵⁸ luidde:

"2. Tenminste tweederde gedeelte van de verkoopprijs van alle series in elke loterij wordt aan prijzen uitgelooft."

4.9.1 Ontwikkelingen op de kansspelmarkt brachten de wetgever er begin jaren '90 toe de staatsloterij te verzelfstandigen en de WoK ook overigens zo aan te passen dat de staatsloterij op adequate wijze zou kunnen inspelen op die ontwikkelingen. Met de *Wet Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (SENS)* (Stb. 1992, 282) kwam art. 8 WoK als volgt te luiden:

"1. Tot het organiseren van een 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 uitgelooft."

In de vergunning werden volgens art. 10 voorschriften opgenomen over diverse onderwerpen. De verlaging van het minimumuitkeringspercentage van 2/3 deel naar 60% is als volgt toegelicht:⁵⁹

"Het eerste lid van artikel 8 van de Wet op de kansspelen sluit aan bij de systematiek van de overige op basis van de Wet op de kansspelen

geregelde kansspelen. Voor de organisatie van de Staatsloterij is een vergunning vereist.

Het tweede lid geeft een definitie van de Staatsloterij door het aangeven van de belangrijkste kenmerken.

Het bestaan van het grote marktaandeel van de Staatsloterij brengt een regulerende werking met zich. Teneinde deze regulerende rol te kunnen continueren, is het noodzakelijk dat het marktaandeel tenminste gehandhaafd blijft. In paragraaf 8 is aangegeven welke verbeteringen het mogelijk maken de onder druk staande omzet van de Staatsloterij te handhaven. Dit betreft onder andere:

1. verbetering van het produkt Staatslot;
2. het aansluiten bij initiatieven tot organisatie van loterijen op Europees niveau;
3. het realiseren van nieuwe produkt/markt-combinaties.

Met het oog op deze noodzakelijke verbeteringen en de mogelijk hieruit voortvloeiende financiële gevolgen is het gewenst voor de Staatsloterij de mogelijkheid te openen om het zogenaamde uitkeringspercentage iets te verlagen. De stichting wordt verplicht om tenminste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen uit te loven in plaats van het huidige vereiste van 2/3-gedeelte.

Van deze mogelijkheid om over te gaan tot een lager uitkeringspercentage zal naar onze mening slechts zeer terughoudend gebruik worden gemaakt, aangezien het huidige uitkeringspercentage van ca 70% in belangrijke mate de aantrekkelijkheid vormt van het produkt Staatsloterij.

Overigens merken wij op dat het huidige percentage waarschijnlijk het hoogste is in de wereld.⁶⁰

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel SENS is het minimumuitkeringspercentage verder niet meer ter sprake gekomen. Enige jaren later werd vermeld dat het prijzenpercentage circa 70% van de bruto-opbrengst was.⁶¹

4.9.2 De art. 7 en 8 van de Beschikking Staatsloterij (Stct. 1992/121), waarin nadere regels werden gegeven voor de inrichting van de loterijen, bepalen sinds 1992:

"Artikel 7

De staatsloterij is ingericht overeenkomstig het bepaalde in artikel 8, tweede lid, van de Wet op de Kansspelen. Een staatsloterij mag worden uitgetrokken in meerdere trekkingen echter slechts onder die voorwaarde dat het aangekochte staatslot voor de deelnemers aan de staatsloterij recht geeft op deelname in alle trekkingen.

56 MvT, *Kamerstukken II* 1965/66, 8638, nr. 3, p. 1. Zie voorts MvA, *Kamerstukken II* 1965/66, 8638, nr. 5, p. 1-2.

57 MvT, *Kamerstukken II* 1971/72, 11 934, p. 1.

58 MvT, *Kamerstukken II* 1976/77, 14 324, nr. 3, p. 8.

59 MvT, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 029, nr. 3, p. 22.

60 MvT, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 029, nr. 3, p. 22.

61 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 557, nr. 4, Lijst van vragen en antwoorden bij nr. 67.

Artikel 8

De trekking van de winnende getallen geschiedt per staatsloterij na afloop van de verkoopperiode van de desbetreffende loterij. De trekking van de getallen geschiedt bij elke staatsloterij in het openbaar onder toezicht en verantwoordelijkheid van een notaris. De notaris constateert telkens bij procesverbaal het verloop van de trekking.”

4.10 Het wetsvoorstel van juli 2014 waarbij kansspelen op afstand worden gereguleerd voorziet niet in wijziging van de thans relevante bepalingen met betrekking tot de Staatsloterij.⁶²

– *De argumenten van partijen; standpuntbepaling*

4.11 Vooraf merk ik op dat waar het hof in rov. 6.3 spreekt van ‘trekking’, het hof doelt op de maandelijkse (staats)loterij. Strikt gesproken bestond elke, een aantal malen per jaar te organiseren loterij uit meerdere trekkingen. Tegenwoordig kan zij volgens de regelgeving uit meerdere trekkingen bestaan. Ik spreek hierna steeds van de loterij, waarmee ik doel op de maandelijkse loterij. Bij 4.22 ga ik nog nader in op de terminologie van art. 8 lid 2 WoK.

4.12 Uit de weergave van de wetsgeschiedenis ontstaat het volgende beeld. Reeds voor 1950 was er een regel die per loterij, welke een aantal malen per jaar werd georganiseerd, aangaf wat in totaal aan prijzen moest worden uitgekeerd.

Vanaf 1950 is (in aansluiting op oudere wetgeving omtrent de staatsloterij) een minimumpercentage in de wet opgenomen. Naar mijn mening heeft de wetgever daarbij destijds voor ogen gestaan dat het bedoelde percentage per loterij zou worden behaald. De tekst van art. 8 lid 1 Loterijwet (1950) duidt daarop. De wetgever had ook geen reden om te denken aan de vraag of het percentage wel per loterij zou kunnen worden behaald. Immers, niet alleen was het aantal loten gemaximeerd, maar ook werd een uitgiftebeleid gevoerd dat erin voorzorg dat het aantal uitgegeven loten steeds achter bleef bij de vraag. De (impliciete) veronderstelling was dat voor elke loterij alle loten verkocht zouden worden. Het probleem waarop het hof doelt in rov. 6.3, dat meer loten beschikbaar kunnen zijn dan worden verkocht, deed zich kennelijk toen nog niet voor.

4.13 Staatsloterij onderkent het aan de tekst van art. 8 lid 1 Loterijwet (1950) ontleende argument, maar meent dat deze bepaling anders moet worden gelezen (s.t. nr. 62).

Het argument van Staatsloterij dat art. 8 lid 1 Loterijwet (1950) spreekt van ‘uit te loven prijzen’ en niet van ‘uit te keren’ prijzen, gaat mijns inziens niet op. Ten eerste, omdat blijkens de wetsgeschiedenis

wel degelijk is gedacht aan een uitkeringspercentage en niet aan het aantal prijzen (zie bij 4.7.2; vgl. de dupliek nr. 6). Ten tweede, omdat een verschil tussen ‘uitloven’ en ‘uitkeren’ slechts relevant is indien de prijzen worden getrokken uit een universum dat bestaat uit verkochte en niet-verkochte loten, maar niet indien, zoals in 1950 kennelijk nog het geval was, ervan wordt uitgegaan dat alle loten worden verkocht zodat ook alle uitgeloopte prijzen worden uitgekeerd.

Dat de Minister van Financiën ook toen enige beleidsvrijheid had, impliceert niet dat werd voorzien dat deze vrijheid ook betrekking had op de vraag of het minimumpercentage al dan niet per loterij gold. Daarvoor biedt de parlementaire geschiedenis geen aanknopingspunt. Het argument dat het gaat om zeer oude wetgeving, ten slotte, doet aan het voorgaande niet af of toe.

4.14 Loterijverlies heeft m.i. gelijk waar zij stelt dat uit de wet van 1950 blijkt dat de uitkeringsnorm per (trekking, dat wil zeggen) loterij gold. Zij betoogt vervolgens dat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt dat nadien is beoogd dit te wijzigen (s.t. nr. 61 en dupliek nr. 3). Volgens Staatsloterij (s.t. nrs. 63–65) is dat, kort gezegd, wel beoogd.

4.15.1 De invoering van de WoK in 1964, de latere wijzigingen in 1967 en 1973 alsmede het weer ingetrokken voorstel van 1977 getuigen er naar mijn mening van, dat in het beeld van de wetgever sprake was van continuïteit ten aanzien van de uitkeringsnorm. Art. 10 lid 2 van het ingetrokken voorstel uit 1977 bevatte zelfs de passage ‘in elke loterij’, waarmee werd beoogd de bestaande regeling weer te geven (zie bij 4.8.3).

4.15.2 Staatsloterij (s.t. nr. 63) wijst er overigens terecht op dat de in 1964 ingevoerde tekst van art. 8 lid 1 WoK niet expliciet bepaalt dat het minimumpercentage gold per loterij. Dat daaraan een wijziging van opvatting ten grondslag lag, in die zin dat werd bedoeld om ‘de technische uitvoering van het uitkeringspercentage over te laten aan de Staatsloterij onder toezicht van de Minister’, lees ik echter niet in de stukken, althans niet met de lading die Staatsloterij daaraan toekent.

4.15.3 Zoals Staatsloterij terecht constateert (s.t. nr. 63, noot 70), wordt in de MvT op de WoK 1964 verder geen aandacht besteed aan de vraag over welke periode de norm geldt. De verklaring daarvoor is m.i. dat de wetgever nog steeds geen aanleiding had om daaraan te denken. Het uitgiftebeleid was nog steeds restrictief (zie bij 4.8.1). Het probleem waarop het hof doelt in rov. 6.3, dat meer loten beschikbaar kunnen zijn dan worden verkocht, deed zich kennelijk ook in 1964 nog niet voor.

4.16 Het debat over de uitleg van het huidige, in 1992 ingevoerde, art. 8 lid 2 WoK verloopt langs dezelfde lijnen als zojuist geschetst. Staatsloterij (s.t. nrs. 56, 64–66) wijst erop dat de tekst van art. 8 lid 2 WoK of art. 7 Beschikking Staatsloterij (vanaf 1992) niet rept van een norm per trekking of serie, dat de Minister nadere invulling zou geven aan de in de wet neergelegde belangrijkste elementen van de

⁶² Wijziging van de Wet op de kansspelen, de Wet op de kansspelbelasting en enkele andere wetten in verband met het organiseren van kansspelen op afstand, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 996. Het kansspelbeleid dat aan dit wetsvoorstel ten grondslag ligt, wordt geschetst in Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 11 juli 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 24 557, nr. 113.

staatsloterij en dat in de parlementaire geschiedenis aandacht ontbreekt voor de vraag over welke periode de norm geldt. Staatsloterij verbindt daaraan de conclusies (i) dat als de wetgever het belangrijk had geacht dat de uitkeringsnorm per maand/trekking zou gelden, het voor de hand had gelegen dat hij dat uitdrukkelijk in de wet had opgenomen en (ii) dat uit de wetgeschiedenis van art. 8 lid 2 WoK niet voortvloeit dat het 60%-uitkeringspercentage per maand/trekking zou gelden. Loterijverlies ziet ook hier het zwijgen van de wetgever als steun voor haar standpunt (dupliek nr. 3). Ik denk dat de wetgever het punt ook in 1992 niet onder ogen heeft gezien en dat dit zijn zwijgen hierover, in toelichting en wettekst, verklaart.

4.17 Naar mijn mening heeft de wetgever voor ogen gestaan dat de uitkeringsnorm per loterij zou gelden. In zoverre gaat het door Loterijverlies aangevoerde argument op. Daarmee is naar mijn mening echter niet alles gezegd.

4.18 Staatsloterij (s.t. nr. 53) voert namelijk aan dat art. 8 lid 2 WoK haar niet verplicht om steeds per maand 60% van de inleg aan prijzen uit te keren, omdat het systeem van de staatsloterij nu eenmaal meebrengt zij dat niet kan garanderen dat 60% wordt uitgekeerd. Het hof heeft dit argument aanvaard. Het hof verwees daarbij onder meer naar het betoog van Staatsloterij bij MvA nr. 4.74, waarin deze aangaf dat zij moest prognosticeren.

4.19 Het hof gebruikt in rov. 6.3 een logisch sluitende redenering, te weten

(i) Het uitkeringspercentage per maandelijkse loterij wordt bepaald door enerzijds de prijzen en anderzijds de inleg.

(ii) Aantal en hoogte van de prijzen staat van te voren vast en wordt niet achteraf aangepast aan de gerealiseerde lotenverkoop (rov. 6.3, vijfde, achtste en negende volzin).

(iii) De inleg wordt bepaald door het aantal loten dat voor de loterij van die maand wordt verkocht (rov. 6.3, vijfde volzin; daaraan voeg ik toe dat de verkoopprijzen van de loten vooraf bekend zijn).

(iv) Het aantal loten dat wordt verkocht kan worden geschat, maar niet van te voren met zekerheid worden vastgesteld (rov. 6.3, vijfde volzin).

(v) Dus kan op voorhand niet met zekerheid worden gezegd dat bij een bepaalde trekking prijzen zijn uitgelooft van 60% van de inleg (rov. 6.3, zesde volzin).

4.20.1 Het ligt dan voor de hand om te zeggen dat het systeem van de staatsloterij meebrengt dat Staatsloterij niet kan garanderen dat 60% wordt uitgekeerd. Maar daarbij moeten wel enige kanttekeningen worden geplaatst.

4.20.2 Er is jarenlang een restrictief uitgiftebeleid gevoerd, waarbij het aantal uitgegeven loten kleiner was dan de vermoedelijke (overigens steeds toenemende) vraag naar loten (4.5.3, 4.7.3, 4.8.1, 4.8.3). Bij een dergelijk restrictief uitgiftebeleid is de kans kleiner dat een verkeerde inschatting wordt gemaakt van het aantal loten dat verkocht zal worden. Helemaal uitgesloten heeft de wetgever die kans

overigens niet, getuige de opmerking bij de totstandkoming van de voormalige Staatsloterijwet dat bij krimp van de vraag minder loten zouden kunnen worden uitgegeven (4.5.3).

Met de wetswijziging van 1967 verviel het wettelijke lotenplafond (4.8.3). Daarmee werd het mogelijk om in beginsel een onbepaald aantal loten uit te geven. Deze maatregel was niet bedoeld om een restrictief uitgiftebeleid los te laten. Ook zonder een wettelijk maximum kan een zodanig restrictief uitgiftebeleid worden gevoerd, dat men weet dat het aanbod van loten achterblijft bij de vraag zodat alle loten verkocht zullen worden. Maar de wetgever heeft met de wetswijziging van 1967 de mogelijkheid geopend van een ontwikkeling die ertoe zou kunnen leiden dat het niet langer mogelijk zou zijn om op voorhand met zekerheid te zeggen dat bij een bepaalde loterij prijzen zijn uitgelooft van 60% van de inleg. De wetgeschiedenis geeft geen aanwijzing dat de wetgever zich van dit effect bewust is geweest.

Vervolgens is op enig moment kennelijk in de praktijk de gedachte losgelaten dat het aantal uit te geven loten iets zou moeten achterblijven bij de vraag. Wanneer dit is gebeurd, heb ik niet kunnen achterhalen (het dossier bevat er ook geen informatie over). Uiteindelijk is een situatie ontstaan waarin meer loten voor de verkoop beschikbaar waren dan werden verkocht (vgl. rov. 4.1 ten aanzien van de situatie 2000 t/m 2007).⁶³ Hoe de ontwikkeling tot aan 2000 is verlopen, is mij niet duidelijk geworden.

Doordat het restrictieve uitgiftebeleid ooit is losgelaten, werd het probleem waarop het hof in rov. 6.3 doelt (te weten dat Staatsloterij van te voren niet precies kan weten hoeveel loten zij gaat verkopen) een in de praktijk moeilijker te managen probleem.

4.20.3 Mogelijk is dat probleem gecompliceerd door het gegeven dat de prijzen gedurende een bepaalde periode – in deze procedure is daaromtrent iets vastgesteld voor de periode 2000 t/m 2007 – op alle loten in het universum konden vallen. Dat is echter, als ik het goed zie, niet het cruciale punt. Steeds moet een inschatting worden gemaakt van het aantal verkochte loten, dus bijvoorbeeld ook wanneer een universum aan loten wordt uitgegeven en prijzen alleen op verkochte loten vallen. Het verwijt van Staatsloterij dat minder dan 60% werd uitgekeerd betreft voorts de periode 2002 t/m september 2008. Het omvat dus ook loterijen in 2008 waarin de winnende loten alleen uit de verkochte loten werden getrokken. Het gaat dus per saldo om de moeilijkheid om per maand het aantal verkochte loten in te schatten.

⁶³ Hieraan stond m.i. niet in de weg de in de nota 'Kansspelen herijkt' aangekondigde bevrozing van het totale aanbod van kansspelen. Daarin was namelijk voorzien dat de ruimte binnen de bestaande vergunning (voor zover het totale kansspelenaanbod en de concurrentieverhoudingen tussen de legale kansspelenaanbieders in evenwicht blijven) door de vergunninghouders benut mag worden. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 557, nr. 2, p. 2-9.

4.20.4 Nu zou men kunnen zeggen, dat Staatsloterij dit zelf in de hand heeft. Zij kan immers bepalen hoeveel loten zij uitgeeft.

Dit is wat Loterijverlies bij dupliek (nr. 5 in voet 1) nog aanvoert. Zij stelt dat niet valt in te zien dat Staatsloterij met een juist samengesteld prijzenpakket en eventueel een ingebouwde 'veiligheidsmarge' niet zou kunnen garanderen dat minimaal 60% wordt uitgekeerd nu gesteld noch gebleken is dat het aantal verkochte loten dusdanig fluctueerde dat daaruit geen algemene lering zou kunnen worden getrokken ten aanzien van het samen te stellen prijzenpakket. De opmerking van Loterijverlies brengt een feitelijk element in de discussie waarvoor thans geen plaats meer is. In hoeverre dit inderdaad voor Staatsloterij mogelijk is, laat zich in cassatie niet beoordelen.

4.21 Hiermee wordt duidelijk dat de onderliggende vraag is of art. 8 lid 2 WoK Staatsloterij verplicht een dusdanig (restrictief) uitgiftebeleid te voeren dat zij per loterij kan garanderen dat de minimumuitkeringsnorm wordt gehaald.

4.22 In dit verband wijs ik op het argument van Staatsloterij dat Minister en toezichthouder nooit handhavend zijn opgetreden tegen de wijze waarop Staatsloterij uitvoering heeft gegeven aan art. 8 lid 2 WoK (s.t. nr. 55, verwijzend naar CvD nr. 67). Ik lees dit argument overigens in het licht van de erkenning van Staatsloterij dat er incidenten zijn geweest die uit het systeem voortvloeien en terstond zijn geadresseerd (MvA nr. 4.76) in overleg met de toezichthouder (pleitnota in appel nr. 52). Staatsloterij erkent dus dat zij dient te *streven* naar behalen van het minimumuitkeringspercentage per loterij en dat de toezichthouder daarbij een rol speelt.⁶⁴ Zij meent echter dat zij die niet behoeft te garanderen.

4.23 Dat Staatsloterij wijst naar de opstelling van deze instanties komt, naar ik aanneem, omdat in de loop van de tijd de wetgever zich meer op afstand heeft geplaatst van de staatsloterij. De uitvoeringsorganisatie is in 1992 zelfstandig met de opdracht om het grote marktaandeel van het 'het produkt Staatslot' te behouden teneinde de regulerende rol van de staatsloterij te kunnen continueren (zie bij 4.9.1). De uitvoeringsorganisatie moet zich daarbij, binnen de wettelijke kaders, verhouden tot de Minister als vergunningverlener en (thans) de Kansspelautoriteit als toezichthouder.

Het is voorstelbaar dat er enige spanning kan optreden tussen, enerzijds, de oorspronkelijke gedachte dat de minimumnorm per loterij behaald zou moeten worden (welke gedachte de wetgever nimmer bewust heeft laten varen) en, anderzijds, de opdracht van de wetgever aan Staatsloterij om het marktaandeel van het product staatslot te behouden. Met die laatste opdracht lijkt een restrictief uitgiftebeleid niet automatisch te stroken.

4.24 Tegen deze achtergrond brengt een redelijke uitleg van art. 8 lid 2 WoK naar mijn mening mee dat Staatsloterij ernaar dient te streven dat per maandelijks loterij ten minste 60% van de door de deelnemers betaalde inleg aan prijzen wordt uitgekeerd en dat zij ervoor dient te zorgen dat dit minimumuitkeringspercentage wordt behaald over een langere periode of een gemiddelde waarin/waarbij – geringe – fluctuaties in de maandelijks inleg kunnen worden gladgestreken. De toezichthouder ziet mede in het belang van de deelnemers toe op de wijze waarop Staatsloterij aan deze verplichting voldoet.

Ik sluit mij dus aan bij de uitleg die het hof heeft gegeven. De WoK biedt naar mijn mening ruimte voor deze uitleg. Het feit dat de wet uitgaat van een minimumpercentage staat, anders dan Loterijverlies (onder meer s.t. nr. 65) betoogt, aan deze uitleg niet in de weg. Louter tekstueel beschouwd, verzet art. 8 lid 2 WoK zich slechts in zoverre niet tegen deze uitleg, dat daarin niet met zoveel woorden wordt gespecificeerd op welke periode de norm ziet. Dat is natuurlijk als zodanig geen dragend argument. De bepaling gaat er immers historisch bezien wel van uit dat de norm ziet op de maandelijks loterij (zie bij 4.15.2 en 4.16 en hieronder bij 4.25). Maar de wetgever heeft met de wetwijziging van 1967 een regelgeving in het leven geroepen die het mogelijk maakte dat meer loten zouden worden uitgegeven dan zouden worden verkocht en in 1992 bepaalde verwachtingen gehad over de rol van de verzelfstandigde Staatsloterij. Wanneer dit alles tezamen wordt gezien, meen ik dat de WoK, ook gezien haar geschiedenis en strekking, zich niet verzet tegen de zojuist bedoelde redelijke uitleg.

4.25.1 Ik heb nog geen aandacht besteed aan het argument van Staatsloterij (s.t. nr. 53) dat blijkens de tekst van art. 8 lid 2 WoK en art. 7 Beschikking Staatsloterij de minimumnorm ziet op de 'staatsloterij' en onder 'staatsloterij' in dit verband moet worden verstaan 'het staatsloterijspel als zodanig' in tegenstelling tot 'de individuele loterijen die onder die vlag worden georganiseerd, die doorgaans als 'loterij' of 'loterijen' worden aangeduid.'

4.25.2 Dit terminologische argument gaat niet op. Volgens de bedoeling van de wetgever ziet 'staatsloterij' met een kleine letter geschreven op het spel, ter onderscheiding van de met een hoofdletter geschreven organisatie Staatsloterij.⁶⁵

Onder 'staatsloterij' in art. 8 WoK dient te worden verstaan elke loterij die kwalificeert als staatsloterij.⁶⁶ Daaronder valt dus ook, zoals het hof in rov. 1.1 onder a heeft vastgesteld, de 'staatsloterij (12 x per jaar)' die onderwerp is van deze procedure.

In de regelgeving worden de termen 'staatsloterij' en 'loterij' afwisselend gebruikt. Zo omschrijft art. 8 lid 2 WoK een 'staatsloterij' als 'een loterij waarbij (etc.)'. Art. 7 Beschikking Staatsloterij spreekt in de

64 Of een en ander al dan niet incidenteel voorkwam (vgl. de opmerking van Loterijverlies in haar dupliek nr. 5) kan verder in het midden blijven.

65 MvA, Kamerstukken II 1990/91, 22 029, nr. 6, p. 18.

66 Zie de verschillende in rov. 1.1 onder a door het hof genoemde loterijvormen.

eerste zin over 'de staatsloterij' (dat wil zeggen het spel) en in de tweede zin over 'een staatsloterij' (dat wil zeggen een individuele loterij). Ook art. 8 Beschikking Staatsloterij verwijst met de woorden 'per staatsloterij' naar de individuele loterijen.

4.26 In het voorgaande is het onder (a) genoemde argument van onderdeel 1 uitvoerig besproken. Het is mijns inziens thans niet doorslaggevend voor de uitleg van art. 8 lid 2 WoK. In het verlengde hiervan moet worden aangenomen dat ook de onder (b) en (c) genoemde argumenten niet opgaan. Aangenomen kan worden dat ook aan de doelstellingen van het kansspelbeleid en aan de essentiële kenmerken van een staatslot wordt voldaan indien de minimumnorm over een wat langere periode bezien wordt gehaald. Dat deze inderdaad over die periode wordt gehaald, moet in cassatie als vaststaand worden aangenomen.

Aan de genoemde argumenten voegt onderdeel 1 nog toe dat niet valt in te zien waarom het feit dat Staatsloterij zelf herhaaldelijk in reclame-uitingen e.d. heeft aangegeven dat de 60%-norm per trekking geldt, geen rol zou kunnen spelen. Ook die omstandigheid draagt volgens het onderdeel immers bij aan de verwachtingen van de consument die moet worden beschermd en die moet kunnen vertrouwen op het betrouwbare en transparante karakter van de staatsloterij en op een strikte uitleg en handhaving van essentiële regelgeving zoals het minimumuitkeringspercentage. Dit betoog, voor zover het meer inhoudt dan een herhaling van de onder (b) en (c) bedoelde argumenten, faalt omdat deze uitlatingen van Staatsloterij niet kunnen afdoen aan de juiste uitleg van de wet. Onderdeel 1 dient derhalve te falen.

4.27 *Onderdeel 2* ziet op het oordeel in rov. 6.4, zesde volzin, dat de 'paginagrote advertentie' Loterijverlies in het kader van art. 6:194 (oud) BW niet kan baten. Volgens de klacht is het hof voorbij gegaan aan de essentiële stellingen van Loterijverlies (i) dat Staatsloterij zich zelf op het standpunt heeft gesteld dat het uitkeringspercentage van evident belang is voor spelers en (ii) dat uit een door Loterijverlies overgelegde enquête blijkt dat het daaraan niet voldoen voor de ondervraagden een breukpunt is.

4.28 Het oordeel van het hof dat Loterijverlies onvoldoende heeft gesteld om de materialiteit van de bedoelde mededeling aan te nemen, is niet onbegrijpelijk. Naar het kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het hof zagen de stellingen van Loterijverlies (zie haar pleitnota in appel nrs. 37-39) op het belang van de 60%-norm als zodanig. Het hof kon daarom oordelen dat Loterijverlies daarmee niet concreet heeft gesteld dat en waarom het voor de gemiddelde consument zou hebben uitgemaakt wanneer hij had geweten dat de 60%-norm alleen over een langere periode/gemiddeld, en niet per trekking werd gehaald.

4.29 Ik kom tot de slotsom dat het incidentele cassatieberoep moet worden verworpen.

Conclusie

De conclusie strekt in het principale cassatieberoep en in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 322179 / HA ZA 08-3431 van de Rechtbank 's Gravenhage van 31 maart 2010;
- b. het arrest in de zaak 200.071.798/01 van het Gerechtshof Den Haag van 28 mei 2013.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft Staatsloterij beroep in cassatie ingesteld. Loterijverlies heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor de Staatsloterij mede door mr. R.L.M.M. Tan.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt in het principale cassatieberoep en in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

De advocaten van beide partijen hebben elk bij brief van 26 september 2014 op die conclusie gereageerd.

3 *Uitgangspunten in cassatie*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op grond van art. 9 Wet op de Kansspelen ('WoK') kan aan een rechtspersoon vergunning worden verleend tot het organiseren van de staatsloterij. Staatsloterij, opgericht in juni 1992, heeft volgens art. 2 lid 2 van de Wet Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij onder meer tot doel het organiseren van de staatsloterij. Bij de Beschikking Staatsloterij van 15 juni 1992 is hiervoor aan Staatsloterij vergunning verleend. Op grond van deze vergunning biedt Staatsloterij onder meer de volgende loterijvormen aan (die alle kunnen worden aangemerkt als 'staatsloterij' in de zin van art. 8 WoK): de staatsloterij (12 x per jaar); de oudejaarsloterij (1 x per jaar); de Europese loterij (1 x per jaar) en Dayzers (1 x per week). De onderhavige procedure betreft de 12 x per jaar (maandelijks) gehouden staatsloterij.

(ii) Loterijverlies is opgericht op 3 juli 2008, naar aanleiding van de uitzending van Tros Radar van 29 oktober 2007 over de staatsloterij en de hierdoor ontstane publieke discussie. Via de website www.loterijverlies.nl hebben zich ongeveer 23.000 natuurlijke personen bij Loterijverlies aangemeld, ter behartiging van hun belangen in verband met hun deelname aan de staatsloterij.

3.2.1 Loterijverlies vordert in deze procedure – verkort weergegeven en voor zover in cassatie van belang – verklaringen voor recht dat bepaalde reclame-uitingen van Staatsloterij misleidend waren, alsmede een vergoeding van kosten, op te maken bij staat. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

3.2.2 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd, en opnieuw rechtdoende onder meer (a) voor recht verklaard dat Staatsloterij gedurende de periode 2000 t/m 2007 misleidende mededelingen heeft gedaan over het wel of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkansen en het aantal gewonnen prijzen en hierdoor in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW, (b) voor recht verklaard dat Staatsloterij in 2008 (wat betreft de Koninginnedag-trekking) misleidende mededelingen heeft gedaan over de hoogte van prijzen en hierdoor in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW en (c) Staatsloterij veroordeeld tot vergoeding van de door Loterijverlies gemaakte en te maken (buitengerechtigde) kosten, met wettelijke rente, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

Daartoe overwoog het hof, samengevat, het volgende.

3.2.3 Bij de beantwoording van de vraag of een mededeling misleidend is in de zin van art. 6:194 (oud) BW moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt, de 'maatman' (HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2820, NJ 2010/622, TMF). Aangezien de staatsloterij is bestemd voor het algemene publiek, wordt de maatman in dit geval gevormd door de gemiddelde algemene consument (hierna ook: 'het publiek'). (rov. 3.1)

Vast staat dat tot 1 januari 2008 in de staatsloterij de grotere prijzen van € 50.000 en € 100.000 niet alleen werden getrokken uit de verzameling van verkochte loten, maar uit een veel grotere verzameling van loten, het zogenoemde 'universum'. Alle loten uit dit universum konden worden verkocht maar slechts een deel daarvan werd ook daadwerkelijk verkocht. In de periode januari 2001-2008 is de grootte van het universum opgelopen van 7,5 miljoen loten tot (sinds januari 2005) 18 miljoen loten, 20 miljoen loten of 21 miljoen loten. In de visie van Staatsloterij is het realistisch om aan te nemen dat per trekking zo'n 3 miljoen loten werden verkocht. Ook Loterijverlies gaat hiervan uit. (rov. 4.1)

De mededelingen van Staatsloterij aan het publiek in de periode van 2000 tot 1 januari 2008 over het aantal prijzen/winnaars in de categorie 'grotere prijzen' hadden betrekking op uit het universum te trekken/getrokken prijzen (vanaf 2005: gemiddeld ongeveer 20 prijzen), terwijl het aantal uit te keren/uitgekeerde prijzen (dat zijn de prijzen op verkochte loten) veel lager was (vanaf 2005: gemiddeld ongeveer 4 prijzen). In het algemeen kan worden verwacht dat de prijzen in een loterij worden getrokken uit de verkochte loten. Dit is ook af te leiden uit de

opmerking van Nathalie Brand, woordvoester van Staatsloterij in het Tros Radar-interview, die erop neerkomt dat zij denkt dat niet veel mensen weten dat bij de staatsloterij sprake is van een universum dat (grooten)deels uit niet verkochte loten bestaat. Naar het oordeel van het hof waren de zojuist bedoelde mededelingen van Staatsloterij (zo al niet onjuist dan) in ieder geval onvolledig nu daarbij niet was vermeld dat niet uit het aantal verkochte loten maar uit een veel groter universum zou worden/was getrokken. De mededelingen waarin met '(elke maand 20) winnaars' werd geadverteerd waren bovendien zonder meer onjuist omdat het begrip 'winnaars' niet anders kan worden opgevat dan als verwijzend naar personen die daadwerkelijk aanspraak op uitkering van een prijs hebben gekregen en er per maand gemiddeld maar 4 van deze winnaars waren. (rov. 4.6)

Nu Staatsloterij niet (voldoende) duidelijk heeft gemaakt – en het publiek dus wist noch kon weten – dat bij de staatsloterij de grotere prijzen tevens werden getrokken uit zo'n universum waarvan ook nietverkochte loten deel uitmaken (rov. 4.8), zal de gemiddelde consument hebben gemeend dat getrokken werd uit het aantal verkochte loten (rov. 4.11).

Naar Staatsloterij zelf ook heeft benadrukt, is het meedoen aan de staatsloterij geen doordachte handeling en spelen irrationele gedachten, emoties en gewoonten een belangrijke rol bij de beslissing om een staatslot te kopen. Inherent hieraan is dat de gemiddelde consument niet de precieze winkansen zal berekenen. Bovendien kan de gemiddelde consument niet geacht worden tot het maken van een juiste kansberekening in staat te zijn. Het gaat dus om het gevoel dat de potentiële deelnemer/de gemiddelde consument had over de winkansen. Dat gevoel is aanzienlijk positiever bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten dan bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 18-21 miljoen loten of, wat ongeveer hetzelfde is, 3 of 4 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten. Hieraan doet niet af dat de winkansen in beide gevallen minuscuul zijn. De gemiddelde consument, die geen precieze kansberekening zal (kunnen) toepassen, zal zich namelijk niet realiseren hoe klein de kansen in werkelijkheid zijn. Het moet redelijkerwijs aannemelijk worden geacht dat de in rov. 4.6 bedoelde mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren voor de beslissing van de gemiddelde consument om al dan niet mee te doen aan de staatsloterij. (rov. 4.15)

Het tegenbewijsaanbod van Staatsloterij is niet relevant voor zover het ziet op getuigenbewijs nu niet valt in te zien wat getuigen zouden kunnen verklaren over de wetenschap, opvattingen en gedragingen van de 'gemiddelde consument' die immers een fictieve entiteit is (rov. 4.16).

Het hof verwierpt het verweer van Staatsloterij dat Loterijverlies onvoldoende belang had bij haar desbetreffende vordering, omdat deelnemers hooguit een minuscule kans op winst hebben gemist en de schade per deelnemer daardoor (nagenoeg)

nihil (een fractie van een eurocent) is. Staatsloterij ziet over het hoofd dat de schade als gevolg van de misleidende mededelingen van Staatsloterij niet bestaat uit het verlies van de kans op winst (het positief belang), maar uit de kosten van aankoop van een staatslot (het negatief belang) waarvan een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen had gedaan. (rov. 4.18)

Wat betreft de Koninginnedagtrekking in 2008 heeft Staatsloterij onvoldoende weersproken dat slechts € 6.800.000 was uitgekeerd terwijl € 10.000.000 was gecommuniceerd. Het hof acht de hierop gerichte vordering van Loterijverlies toewijsbaar (rov. 5.1).

Noch uit de WoK noch uit enige andere regel volgt dat Staatsloterij bij elke individuele trekking minimaal 60% dient uit te loven (rov. 6.3). Misleidende mededelingen in de zin van art. 6:194 (oud) BW heeft Staatsloterij in dit verband niet gedaan. Daarom moet de op dit een en ander gerichte vordering van Loterijverlies worden afgewezen. (rov. 6.4-6.5)

4 *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

4.1 Onderdeel I komt op tegen hetgeen het hof in rov. 4.6, 4.8 en 4.11 heeft overwogen. Onder I.1 voert het onderdeel in de eerste plaats aan dat het hof bij zijn oordeel dat de gemiddelde consument zal hebben gemeend dat door Staatsloterij werd getrokken uit de verkochte loten (en niet uit een groter universum), heeft miskend dat het in loterijland volstrekt gebruikelijk was en is om uit een groter universum te trekken (zoals ook de BankGiroLoterij en de Postcodeloterij deden) en dat de Minister van Justitie dit in antwoord op Kamervragen heeft erkend, waarbij hij heeft opgemerkt dat die praktijk niet in strijd is met de geldende regelgeving.

De klachten falen. Het oordeel van het hof dat de gemiddelde consument in de periode 2000-2007 niet verwachtte dat door Staatsloterij werd getrokken uit een 'universum' dat aanzienlijk groter was dan het aantal daadwerkelijk verkochte loten behelst, anders dan het onderdeel betoogt, niet het aannemen van een feit van algemene bekendheid of een algemene ervaringsregel, maar is een feitelijke vaststelling van het hof omtrent de verwachtingen van de gemiddelde consument in de desbetreffende periode. Het hof behoefde niet met zoveel woorden in te gaan op de door Staatsloterij ingenomen stellingen omtrent enig andersluidend gebruik 'in loterijland'. In zijn oordeel ligt immers besloten dat dit gebruik niet (in voldoende mate) kenbaar was voor de gemiddelde consument. Dit oordeel is geenszins onbegrijpelijk.

4.2 In de tweede plaats klaagt het onderdeel onder I.2 en I.3 dat het hof in strijd met art. 24 Rv de feitelijke grondslag van de vordering heeft aangevuld dan wel in strijd met art. 149 Rv feiten heeft bijgebracht. Deze klachten falen op de gronden ver-

meld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.9-3.12 en 3.18-3.19.

4.3.1 Onderdeel II, alsook in het voetspoor daarvan onderdeel III.2, bestrijdt langs diverse lijnen het oordeel van het hof dat de door Staatsloterij verstrekte informatie, met name wat betreft de winkansen op een grote prijs, van voldoende materieel belang was om de beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden.

4.3.2 Het hof heeft in rov. 3.1 geoordeeld dat in het onderhavige geval de 'gemiddelde algemene consument' of de 'gemiddelde consument' heeft te gelden als de 'maatman' bij de concrete toepassing van de algemene maatstaf, omdat de mededelingen van Staatsloterij zich richtten op een algemeen publiek. Tegen dit oordeel zijn geen klachten aangevoerd.

4.3.3 Voor misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW is noodzakelijk – en tevens voldoende – dat de onjuiste of onvolledige informatie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Het hof heeft dit tot uitdrukking gebracht door te onderzoeken of de gewraakte mededelingen van Staatsloterij van voldoende materieel belang waren om de maatman te kunnen misleiden. Het hof heeft daarbij vastgesteld dat het in de perceptie van de maatman bij de winkansen ging om gemiddeld zo'n 20 grote prijzen per 3 miljoen loten, terwijl in werkelijkheid sprake was van toekenning van (slechts) 4 grote prijzen. Het hof heeft dit verschil voldoende geoordeeld om de maatman te (kunnen) misleiden en heeft daarbij het verweer van Staatsloterij verworpen dat dit verschil niet van materieel belang voor de maatman heeft kunnen zijn omdat het in beide gevallen gaat om minuscule kleine kansen van 0,00000667% respectievelijk 0,000000953% (rov. 4.14). Voorts heeft het hof in rov. 4.15 geoordeeld dat het redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren, alsmede in rov. 4.18 dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan. Deze oordelen berusten op feitelijke waarderingen die in beginsel aan het hof zijn voorbehouden. Niet kan worden gezegd dat zij onbegrijpelijk zijn. Hierop stuiten de klachten van de onderdelen II.1, II.2 en III.2 af.

4.4 De overige klachten van het principale middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5 *Beoordeling van het middel in het incidentele beroep*

5.1 Onderdeel 1 van het incidentele middel strekt ten betoge dat het hof ten onrechte in rov. 6.3 tot het oordeel is gekomen, kort gezegd, dat Staats-

loterij niet gehouden is om per trekking een minimumpercentage van 60 van de door de deelnemers betaalde inleg uit te keren aan prijzen.

5.2 In art. 8 lid 2 WoK is het volgende bepaald: '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 uitgeteeld.'

5.3 Het hof heeft deze bepaling aldus uitgelegd dat het minimumpercentage van 60 niet ziet op iedere trekking afzonderlijk, maar op een langere periode (een jaar) waarin fluctuaties in de maandelijkse inleg kunnen worden gladgestreken, aangezien Staatsloterij niet op voorhand weet hoe groot de inleg per trekking zal zijn, terwijl zij wel verplicht is om op voorhand de prijzen bekend te maken. Een andere lezing zou immers ertoe leiden dat Staatsloterij in voorkomend geval achteraf extra prijzen aan een trekking zou dienen toe te voegen, een stelling die door Loterijverlies niet is verdedigd, aldus nog steeds het hof.

5.4 Het oordeel van het hof is juist. Hoewel uit de wetgeschiedenis volgt dat de wetgever aanvankelijk voor ogen heeft gestaan dat per maandelijkse loterij een minimumuitkeringspercentage zou gelden en niet blijkt dat dit uitgangspunt is prijsgegeven (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.12-4.17), brengt een redelijke uitleg van het huidige art. 8 lid 2 WoK in het licht van de door het hof in rov. 6.3 genoemde omstandigheden – in het bijzonder de omstandigheid dat Staatsloterij op voorhand niet weet hoeveel loten voor een bepaalde trekking zullen worden verkocht – mee, dat Staatsloterij thans kan volstaan met het streven naar een uitkeringspercentage van 60 per maandelijkse loterij en het realiseren van dit percentage als gemiddelde over een langere periode. Daarbij verdient opmerking dat de tekst van art. 8 lid 2 WoK zich niet tegen deze uitleg verzet en dat het niet aanvaardbaar zou zijn om Staatsloterij thans verplicht te achten tot een beperking van het aantal uit te geven loten terwijl de wetgever reeds in 1967 een onbeperkte lotenuitgifte heeft mogelijk gemaakt (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.20.2 en 4.24) en een zodanig uitgiftebeleid ook gevestigde praktijk is geworden zonder dat is gesteld of is gebleken dat de toezichthoudende instanties hiertegen zijn opgetreden. De klachten van onderdeel 1 falen.

5.5 De motiveringsklachten van onderdeel 2 falen op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.28.

6 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep
verwerpt het beroep;

veroordeelt Staatsloterij in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde

van Loterijverlies begroot op € 818,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris;

in het incidentele beroep
verwerpt het beroep;

veroordeelt Loterijverlies in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Staatsloterij begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Noot

1. Met deze uitspraak wordt bevestigd dat de Staatsloterij de gemiddelde consument tussen 2000 en 2007 heeft misleid ten aanzien van winkansen in de maandelijkse staatsloterij. Deze zaak vindt haar oorsprong in een uitzending van het televisieprogramma Tros Radar, waarin de werkwijze van de Staatsloterij kritisch aan de orde werd gesteld. Naar aanleiding daarvan is in 2008 de stichting Loterijverlies opgericht die, ter behartiging van belangen van natuurlijke personen die zich bij haar hebben aangemeld, verklaringen voor recht heeft gevorderd dat bepaalde reclame-uitingen van de Staatsloterij misleidend waren. Dat het 'geluk' van de Tros Radaruitzending uit 2007 zich 'heeft gekeerd tegen' de Stichting Loterijverlies blijkt overigens uit een kritische uitzending van Tros Radar uit februari 2015 over het 'verdienmodel' en de 'winkansen' van de Stichting Loterijverlies in het vervolg van deze zaak, die haar oprichter in kort geding tevergeefs heeft getracht te verbieden.

2. De misleiding bestond eruit dat de Staatsloterij aan het publiek gedurende de periode 2000-2007 een onjuiste voorstelling van zaken presenteerde ten aanzien van het wel of niet gegarandeerd zijn van prijzen en over de winkansen en het aantal gewonnen prijzen. Het belangrijkste verwijt was dat aan het publiek niet bekend was gemaakt dat de grotere prijzen (€ 50.000 en € 100.000) niet alleen werden getrokken uit de verzameling verkochte loten, maar uit een veel grotere verzameling loten, aangeduid met 'het universum', terwijl door het publiek kon worden verwacht dat de prijzen in een loterij (alleen) worden getrokken uit de verkochte loten. Volgens de Staatsloterij ging het hier om een gering verlies ten aanzien van verwaarloosbare winkansen dat geen invloed kon hebben op de aankoopbeslissing: het verschil tussen 0,00000667% en 0,000000953% is absoluut gezien heel klein. Daarbij moet evenwel worden bedacht dat relatief gezien de ene kans wel zeven maal zo groot is als de andere. Dat verschil lijkt – ook voor de gemiddelde consument – wel relevant. De informatie was volgens het hof ook daadwerkelijk misleidend, omdat deze van voldoende materieel belang was om de beslissing van de gemiddelde consument te beïnvloeden.

3. De kern van de uitspraak van de Hoge Raad ligt in r.o. 4.3.3, waarin hij het criterium voor 'misleiding' in art. 6:194 BW (oud) weergeeft, de gedachtegang van het hof daaraan relateert en de beslispunten daarin kwalificeert als berustend op in beginsel

aan het hof voorbehouden feitelijke waarderingen die niet onbegrijpelijk zijn. Het arrest bevat daardoor geen belangrijke rechtsoordelen. Het criterium ("Voor misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW is noodzakelijk – en tevens voldoende – dat de onjuiste of onvolledige informatie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden.") was bekend uit HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*WorldOnline*), r.o. 4:10.4, waarbij de maatman (onder meer) is omschreven in HvJ-EG 16 juli 1998, zaak C-210/97, NJ 2000/374, m.nt. D.W.F. Verkade (*Gut Springenheide*) en HvJEG 19 september 2006, zaak C-356/04, NJ 2007/18, m.nt. M.R. Mok (*Lidl*). Zie over deze figuur ook uitvoerig de noot van J.B.M. Vranken onder HR 30 mei 2008, NJ 2010/622 (*De Boer e.a./TMF*).

4. Op de onderhavige kwestie was art. 6:194 BW (oud) van toepassing. Die bepaling is met de invoering van de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a e.v. BW) gereserveerd voor niet-consumenten. Naar huidig recht wordt de problematiek beheerst door art. 6:193b BW, dat ten aanzien van misleidende uitingen geen wezenlijk ander toetsingskader biedt.

5. Interessant is natuurlijk de vraag naar het (juridische) vervolg. Met de nu verkregen verklaringen voor recht is de onrechtmatigheid (en toerekenbaarheid) gegeven, maar liggen de vragen naar schade en causaal verband nog open. Die moeten bovendien – in beginsel – in individuele gevallen worden beantwoord, omdat ons recht thans geen collectieve schadevergoedingsactie kent. Ten aanzien van het begrip schade zouden verschillende stellingen kunnen worden betrokken: ik heb minder (winkansen) gekregen dan waarop ik gelet op de informatie recht had; ik had bij juiste informatie minder voor mijn loten betaald, omdat de Staatsloterij de loten dan niet tegen de huidige prijs had kunnen slijten; of: ik had bij juiste informatie geen of minder loten gekocht. De eerste stelling is onaantrekkelijk, niet alleen omdat het gaat om minuscule winkansen en dus om – ook per saldo – zeer geringe verschillen, maar ook omdat de grotere winkansen nooit hebben (kunnen) bestaan (de stelling is immers niet dat er uit een kleinere hoeveelheid loten had moeten zijn getrokken, maar dat de informatie over de 'vijver' onjuist was). De tweede stelling – een lot met een lagere winkans is minder waard – laat ik hier rusten. De derde stelling stuurt aan op vergoeding van het negatief belang in de vorm van de voor de loten betaalde prijs ('inleg'), die zich concreet laat berekenen. Op dit punt vormt het (bewijs van) causaal verband evenwel een obstakel: zou bij juiste informatie inderdaad niet (in dezelfde mate) tot aanschaf van loten zijn overgegaan? Hier gelden de gewone regels inzake stelplicht en bewijslast, die meebrengen dat de koper in beginsel het verband tussen de onjuiste informatie en zijn aankoopbeslissing moet bewijzen. Het onverkort vasthouden aan de eis dat de individuele koper het causaal verband bewijst zou weinig recht doen aan

de aard van de thans vaststaande normschending (*misleiding*), die immers beïnvloeding van de aankoopbeslissing tenminste doet vermoeden. Bij prospectusaansprakelijkheid heeft de wens tot effectieve handhaving van Europeesrechtelijke normen geleid tot (zeer) verregaande tegemoetkomingen in het bewijs van causaal verband (het in individuele gevallen in beginsel aannemen van dat verband in HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*WorldOnline*)). Denkbaar lijkt me dat ook hier tot uitgangspunt wordt genomen dat ook de *individuele* consument door de informatie is beïnvloed en dat het vervolgens aan de Staatsloterij is om in het individuele geval het tegendeel aannemelijk te maken. Het hof had immers geoordeeld (r.o. 4.18) dat de litigieuze mededelingen van materieel belang waren voor de koopbeslissing van de gemiddelde consument, en dat een aanzienlijk deel van de consumenten van aankoop zou hebben afgezien als de Staatsloterij juiste en volledige informatie had verstrekt. De Staatsloterij moet dan bijvoorbeeld in het concrete geval aannemelijk maken dat geen sprake was van een 'gemiddelde consument', en/of dat de consument niet behoort tot het eerdergenoemde 'aanzienlijke deel'. Tegen het aannemen van (volledig) causaal verband spreekt hier mijns inziens dat aannemelijk is dat naast de (exacte) winkansen andere factoren van wezenlijke invloed zijn op de aanschaf van een lot (zie daarover de stellingen van Staatsloterij, verwoord in de conclusie onder 3.23). Denkbaar lijkt me daarom ook dat wordt gekozen voor de figuur van verlies van een kans: door de misleidende informatie is de consument de kans op een juiste beslissing (het op basis van juiste informatie niet aanschaffen van het lot) ontnomen. Hoewel denkbaar is dat deze kans per individuele consument verschilt, ligt het ten behoeve van een vlotte (collectieve) afwikkeling in de rede om aan te nemen dat dat niet het geval is geweest. Tussen de misleiding en die kansschade bestaat *condicio sine qua non*-verband. Het bedrag van de kansschade kan vervolgens worden uitgedrukt in een percentage van de voor het lot betaalde prijs.

S.D. Lindenbergh

NJ 2015/378

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

1 mei 2015, nr. 14/03358

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, C.E. Drion, G. de Groot, T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. E.B. Rank-Berenschot)
m.nt. L.C.A. Verstappen

Art. 1:95, 1:124 (oud) BW

NJB 2015/922

JWB 2015/183

RFR 2015/93

RvdW 2015/626