

LJN: CA0587, Gerechtshof 's-Gravenhage , 200.071.798/01

Datum uitspraak: 28-05-2013

Datum 28-05-2013

publicatie:

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Hoger beroep

Inhoudsindicatie: misleidende reclame; collectieve actie; vordering van Stichting Loterijverlies tegen Staatsloterij op grond van artikel 6:194 (oud) BW toegewezen.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel Recht

Zaaknummer : 200.071.798/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : 322179/HAZA 08-3431

Arrest d.d. 28 mei 2013

inzake

de stichting STICHTING LOTERIJVERLIES.NL,
gevestigd te Heerhugowaard,
appellante,
hierna te noemen: Loterijverlies,
advocaat: mr. M. Raaijmakers te Hoofddorp,

tegen

de stichting STICHTING EXPLOITATIE NEDERLANDSE STAATSLOTERIJ,
gevestigd te 's-Gravenhage,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Staatsloterij,
advocaat: mr. P.M. Waszink te Amsterdam.

Het verloop van het geding

Bij exploit van 16 juni 2010 is Loterijverlies in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 31 maart 2010. Bij memorie van grieven (MvG) heeft Loterijverlies negen grieven tegen dat vonnis aangevoerd die door Staatsloterij zijn bestreden bij memorie van antwoord (MvA).

Ter zitting van dit hof van 29 november 2012 hebben partijen hun standpunten doen bepleiten, Loterijverlies door haar advocaat en Staatsloterij door haar advocaat en diens kantoorgenoot mr. R.C.K. van Oerle. De advocaten hebben hierbij gebruik gemaakt van pleitnotities (hierna PA = Pleitnotities in Appel, de pleitnotities uit de eerste aanleg zullen worden afgekort tot: PE). Met het oog op het pleidooi hebben beide partijen een aantal stukken aan het hof en de wederpartij toegestuurd, te weten:

- van de kant van Loterijverlies: op 2 november 2012: een akte met de producties A en B, op 11 november 2012: een brief naar aanleiding van het verzet van Staatsloterij en op 15 november 2012: de producties C t/m J;
- van de kant van Staatsloterij: op 8 november 2012: een verzet tegen de akte met de producties A en B van Loterijverlies, en op 14 november 2012: productie 3.

Het hof heeft partijen voorafgaand aan het pleidooi bericht dat de door Loterijverlies op 2

november 2012 toegezonden akte, gelet op het verzet van Staatsloterij, wordt geweigerd voor zover daarin een inhoudelijke toelichting op de daarbij overgelegde producties wordt gegeven. De ter zitting door Staatsloterij gemaakte bezwaren tegen overlegging van de producties A t/m J van Loterijverlies zijn door het hof niet gehonoreerd. Alle door partijen overgelegde producties zijn derhalve geaccepteerd. Op 3 respectievelijk 14 mei 2013 heeft het hof brieven van Loterijverlies en Staatsloterij ontvangen ter zake van het proces verbaal (PV) van de zitting van 29 november 2012.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De feiten, de vorderingen en het vonnis van de rechtbank

1.1 Het hof neemt de volgende feiten als vaststaand aan.

a. Op grond van artikel 9 van de 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 artikel 2 lid 2 van de Wet Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij onder meer tot doel het organiseren van de staatsloterij. Bij de Beschikking Staatsloterij (BS) d.d. 15-06-1992 is hiervoor aan Staatsloterij vergunning verleend. Op grond van deze vergunning biedt Staatsloterij de volgende loterijvormen aan (die alle kwalificeren als 'staatsloterij' in de zin van artikel 8 WoK):

- de staatsloterij (12 x per jaar);
- de oudejaarsloterij (1 x per jaar);
- de Europese loterij (1 x per jaar);
- Dayzers (1 x per week).

In deze zaak gaat over de 12 x per jaar (dus maandelijks) gehouden staatsloterij (hierna aan te duiden als 'de staatsloterij', met kleine beginletter ter onderscheiding van de partij in deze procedure 'Staatsloterij'). De staatsloterij kent naast de hoofdprijs (onder meer) een aantal grotere prijzen van € 50.000,- en € 100.000,-.

b. Naar aanleiding van een uitzending van Tros Radar van 29 oktober 2007 over de staatsloterij en hierdoor ontstane publieke discussie is Loterijverlies op 3 juli 2008 opgericht. De statutaire doelomschrijving van deze stichting is:

'het behartigen van de belangen van gedupeerden van kansspelen en het verrichten van alle verdere handelingen, die met het vorenstaande in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn'.

Oprichter en bestuurder van deze stichting is Loterijverlies.nl BV. Deze vennootschap is opgericht door Morand Juridische Bijstand BV. van welke vennootschap enig aandeelhouder en bestuurder is [X] Holding BV.

c. 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.

1.2 In de eerste aanleg heeft Loterijverlies - stellend dat zij daartoe gerechtigd is op grond van artikel 3:305a BW - gevorderd:

- (i) een verklaring voor recht dat de reclame-uitingen van Staatsloterij misleidend en zowel wat betreft inhoud als omvang strijdig zijn met de voorschriften tot naleving waarvan Staatsloterij gehouden is,
- (ii) primair: een verklaring voor recht dat de deelnemers aan de staatsloterij een beroep toekomt op vernietiging van de door hen aangegane loterijovereenkomst en dat Staatsloterij gehouden is de door de deelnemers betaalde inleg als onverschuldigd betaald terug te betalen;
subsidiair: een verklaring voor recht dat Staatsloterij onrechtmatig heeft gehandeld jegens de deelnemers aan die loterij en uit dien hoofde gehouden is de door de deelnemers geleden en nog te lijden schade te vergoeden;
- (iii) veroordeling van Staatsloterij om zorg te dragen voor een rectificatie;
- (iv) veroordeling van Staatsloterij tot vergoeding van de door Loterijverlies gemaakte en te

maken kosten, op te maken bij staat.

In haar vonnis van 31 maart 2010 (hierna: het vonnis) heeft de rechtbank, op de grond dat deze vorderingen zich niet lenen voor een collectieve actie, Loterijverlies niet-ontvankelijk verklaard in haar onder (ii) vermelde vorderingen, met uitzondering van de daarbij subsidiair gevorderde verklaring voor recht. Deze vordering en de overige vorderingen van Loterijverlies zijn door de rechtbank afgewezen.

2. Het hoger beroep; gewijzigde vorderingen en algemene verweren

2.1 Van het vonnis is Loterijverlies tijdig in hoger beroep gekomen. In hoger beroep heeft zij haar eis gewijzigd, in die voege dat zij thans, zo veel als mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, vordert, naast vernietiging van het vonnis:

- 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 artikel 6:194 (oud) BW;
- B. te verklaren voor recht dat Staatsloterij gedurende de periode 2000 t/m 2008 toerekenbaar tekort (6:74 BW) is geschoten jegens haar deelnemers met betrekking tot de punten (i) tot en met (v) onder A;
- C. te verklaren voor recht dat Staatsloterij gedurende de periode 2000 t/m 2008 onrechtmatig (6:162 BW) heeft gehandeld jegens het publiek met betrekking tot de punten (i) tot en met (v) onder A;
- D. te verklaren voor recht dat Staatsloterij in strijd heeft gehandeld met artikel 8 lid 2 WoK, alsmede onderliggende regelgeving, namelijk met het Deelnemersreglement, artikel II.3 van de Reclame Code voor Kansspelen, artikel 14 lid 2 en lid 3 van de Beschikking Staatsloterij en de Gedragscode voor de Kansspelen;
- E. te verklaren voor recht dat Staatsloterij haar informatieplicht jegens het publiek heeft geschonden;
- F. te verklaren voor recht dat Staatsloterij ongerechtvaardigd is verrijkt (artikel 6:212 BW) en de deelnemers heeft benadeeld;
- G. te verklaren voor recht dat Staatsloterij het uitkeringspercentage verkeerd heeft berekend;
- H. te verklaren voor recht dat Staatsloterij ten onrechte in reclame uitingen heeft medegedeeld dat de prijzen belastingvrij zijn, terwijl dit niet zo blijkt te zijn;
- I. te verklaren voor recht dat Staatsloterij aanzet tot onmatige deelname aan de Staatsloterij;
- J. te verklaren voor recht dat Staatsloterij geen, althans onvoldoende informatie verstrekt over verantwoorde deelname, mogelijkheden voor hulpverlening met betrekking tot kansspelverslaving, het spelverloop, de winkansen, de winstbepaling, de eventuele inhouding van kansspelbelasting en de wijze waarop deelname aan het kansspel kan worden beëindigd;
- K. Staatsloterij te veroordelen om binnen tien dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis op haar kosten zorg te dragen voor een publicatie in de dinsdag of zaterdageditie van alle landelijk en regionaal verschijnende dagbladen, alsmede om op alle Nederlandse televisiezenders zeven dagen ieder uur tussen 19:00 uur en 23:00 uur te doen uitspreken gedurende ('tekens') niet minder dan 2,5 minuten de navolgende tekst, althans een zodanige tekst het Gerechtshof in goede justitie zal menen te behoren:

"Bij vonnis van het gerechtshof te 's-Gravenhage van [xxx] is vastgesteld dat de reclameuitingen van de Staatsloterij misleidend zijn. De misleiding is onder meer gelegen in het feit dat in reclame-uitingen is medegedeeld dat per trekking een concreet aantal prijzen van (forse) geldbedragen zijn gevallen, of "gegarandeerd" zullen vallen, waardoor bij (potentiële) deelnemers aan de Staatsloterij de indruk wordt gewekt dat dergelijke geldprijzen daadwerkelijk aan deelnemers zijn of zullen worden uitgekeerd, en dat de in de publicaties vermelde geldprijzen worden in het geheel of in overwegende mate niet uitgekeerd aan deelnemers aan de loterij, aangezien de loterij niet plaatsvindt uit de daadwerkelijk verkochte loten, maar uit alle beschikbare, dan wel een door de Staatsloterij bepaald aantal loten, dat vele malen hoger is. Geldprijzen die op dergelijke niet verkochte loten vallen, worden niet uitgekeerd. Dit betreft het merendeel van de in de reclame-uitingen vermelde prijzen.

Tevens is vastgesteld dat de mate waarin en de wijze waarop door de Staatsloterij reclame

gemaakt wordt voor de Staatsloterij in strijd is met de door de Staatloterij in acht te nemen voorschriften.

De Staatsloterij is veroordeeld tot de onderhavige rectificatie.";

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 en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met wettelijke rente; en

M. met veroordeling van Staatsloterij in de kosten van het geding in beide instanties.

Uit onder meer de stellingen van Loterijverlies onder 41 en 52 MvG is af te leiden dat deze vorderingen (mede) zijn bedoeld om de deur naar schadevergoeding te openen voor de staatsloterij-deelnemers die zich bij Loterijverlies hebben aangemeld.

2.2 Het hof zal het hoger beroep behandelen aan de hand van de ten opzichte van de eerste aanleg deels nieuwe en deels nader toegelichte vorderingen van Loterijverlies, die alle door Staatsloterij zijn betwist. Er zij nog op gewezen dat Loterijverlies haar oorspronkelijke vordering (ii) primair en subsidiair wat de schadevordering betreft, in hoger beroep niet heeft gehandhaafd en tegen de daaromtrent door de rechtbank ugesproken niet-ontvankelijkverklaring (dus) niet heeft gegriefd.

2.3 Gelet op de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel en de opmerking van Staatsloterij onder 1.2 en 3.2 MvA, dat de (niet-ontvankelijkheids-) verweren uit de eerste aanleg als in appel herhaald moeten worden beschouwd, dient allereerst te worden ingegaan op het in de eerste aanleg door Staatsloterij gevoerde verweer, dat Loterijverlies niet voldoet aan het bepaalde in artikel 3:305a lid 1 BW, waarbij overigens aantekening verdient dat dit verweer, omdat het uitsluitend in de eerste aanleg is opgeworpen, geen betrekking heeft op de in hoger beroep voor het eerst ingestelde (en eveneens mede op artikel 3:305a BW gestoelde) vorderingen.

2.4 De - gezien het wegvallen van een deel van de oorspronkelijke vorderingen - thans nog relevante argumenten die Staatsloterij ter onderbouwing van haar zojuist bedoelde verweer heeft opgeworpen, houden in:

(a) dat de doelomschrijving van Loterijverlies ondeugdelijk is aangezien door het gebruik daarin van het woord 'gedupeerden' niet duidelijk is wier belangen Loterijverlies nu eigenlijk behartigt (o.m. punt 20 CvD);

(b) Loterijverlies geen activiteiten ontplooit ter behartiging van de belangen die in die doelomschrijving staan vermeld, anders dan het voeren van de onderhavige procedure (o.m. CvA onder 38);

(c) dat Loterijverlies.nl B.V. de commerciële entiteit is achter Loterijverlies die derhalve alleen maar is opgericht om te bereiken wat die commerciële entiteit zelf niet kan, namelijk het instellen van een collectieve actie, en dat artikel 3:305a BW niet bedoeld is om een dergelijke commerciële activiteit te faciliteren (o.m. CvD onder 12 en 13).

Het hof schaarft zich achter hetgeen de rechtbank hieromtrent heeft overwogen onder 4.2 en 4.3 van het vonnis en voegt daar het volgende aan toe. Het woord 'gedupeerden' in de doelomschrijving van Loterijverlies verwijst, in redelijkheid uitgelegd, naar personen die zich gedupeerd achten door kansspelen, en niet, zoals Staatsloterij betoogt, naar personen waarvan aan de hand van een individuele toets moet worden vastgesteld of zij daadwerkelijk schade hebben geleden. Derhalve is voldoende duidelijk voor welke belangen van welke personen Loterijverlies krachtens haar statutaire doelomschrijving opkomt. Argument (a) van Staatsloterij loopt hierop stuk. Niet betwist is dat Loterijverlies zich op 9 juli 2008 al heeft beroepen op misleiding door Staatsloterij (punt 58 van de PA van Staatsloterij) en dat Loterijverlies getracht heeft het gevorderde door het voeren van overleg met Staatsloterij te bereiken (zie lid 2 van artikel 3:305a BW). Hieruit blijkt voldoende dat Loterijverlies het in de statuten vermelde belang ook feitelijk heeft behartigd, zie de volgende passages uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3:305a BW (MvT 22 486, nr 3, blz. 20 onderaan):

- 'De vlag moet de lading wel dekken. Gedacht kan hier bij voorbeeld worden aan het in lid 2 (...) bedoelde overleg',
- 'Hiermee is tevens aangegeven dat ook aan een ad hoc in het leven geroepen organisatie niet zonder meer de weg naar de rechter wordt afgesneden'.

Argument (b) van Staatsloterij kan om deze reden niet worden aanvaard. Vast staat dat ongeveer 23.000 natuurlijke personen die zich benadeeld ('gedupeerd') achten door Staatsloterij zich ter behartiging van hun hierin gelegen (gelijksoortige) belangen hebben aangemeld bij Loterijverlies. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat sprake is van misbruik van het door het artikel 3:305a BW in het leven geroepen recht, ook al zouden commerciële belangen van Loterijverlies.nl B.V. en haar indirecte oprichter/DGA [X] (en het omzeilen van het no cure no pay-verbod) mede een rol spelen. Ook argument (c) van Staatsloterij gaat dus niet op. De conclusie luidt dat het onder 2.3 vermelde niet-ontvankelijkheidsverweer van Staatsloterij geen doel treft.

2.5 Op het andere niet-ontvankelijkheidsverweer van Staatsloterij, dat Loterijverlies geen belang heeft bij haar vorderingen, onder meer omdat degenen voor wie zij zegt op te komen daarbij belang missen, zal zo nodig later worden ingegaan. Dit geldt ook voor de met dit verweer verband houdende stelling van Staatsloterij, dat sprake is van overlapping van vorderingen (zie MvA onder 4.12 en 4.18 en punt 65, kleine letter, PA).

2.6 Voor het eerst ten pleidooie in hoger beroep heeft Staatsloterij een beroep gedaan op artikel 38 WoK, dat als volgt luidt:

'Alle aanspraken, voortvloeiend uit de uitslag van kansbepalingen in een gelegenheid, gegeven met vergunning ingevolge deze wet verleend, vervallen na verloop van een jaar na de dag waarop zij zijn ontstaan'.

Aangezien het hier een nieuw verweer betreft dat ingevolge het arrest van de Hoge Raad (HR) van 9 december 2011 (LJN: BR2045) uiterlijk in de MvA naar voren had moeten zijn gebracht, zal dit verweer buiten beschouwing worden gelaten. Overigens zou het zijn verworpen nu de door Loterijverlies ingestelde vorderingen geen aanspraken zijn als bedoeld in artikel 38 WoK (aanspraken op gewonnen prijzen, zie de MvT op dit artikel).

2.7 Dat - zoals Staatsloterij in althans de eerste aanleg heeft aangevoerd - artikel 7A:1828 BW aan de vorderingen van Loterijverlies in de weg zou staan, vermag het hof niet in te zien. Daargelaten of die bepaling wel van toepassing is in een geval als het onderhavige, zijn noch de vorderingen van Loterijverlies noch de daarmee te faciliteren schadevorderingen van de bij haar aangesloten deelnemers vorderingen tot teruggeving van het voor de loten betaalde, terwijl bovendien (vgl. CvR onder 6.1) misleiding op een lijn is te stellen met 'list' in de zin van die bepaling, zodat daardoor in elk geval geen obstakel wordt opgeworpen voor de op misleiding gebaseerde vorderingen van Loterijverlies en de bij haar aangeslotenen.

3. Vordering A: misleiding; algemene opmerkingen

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.

4.2 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.

4.3 Staatsloterij heeft hiertegen ingebracht dat de in haar advertenties gedane mededelingen juist zijn (vgl. punt 17 PA) en dat zij geen onjuiste mededelingen heeft gedaan over het aantal prijzen dat per trekking was gevallen (MvA onder 2.18). De zojuist in rov. 4.2 bij a) en b) weergegeven feitelijke stellingen van Loterijverlies en de stukken die Loterijverlies ter onderbouwing van die stellingen heeft overgelegd - dat zijn met name de producties 6 en 7 bij de inleidende dagvaarding (ID) en de producties 7-9 en 13 bij MvG - zijn door Staatsloterij evenwel niet (voldoende duidelijk en gemotiveerd) bestreden. De juistheid van die feitelijke stellingen van Loterijverlies is bovendien af te leiden uit hetgeen (blijkens de door Staatsloterij overgelegde transcriptie, productie 10 bij CvA) door [NB], woordvoester van Staatsloterij, tijdens de al eerder genoemde uitzending van Tros Radar van 29 oktober 2007 in een interview met Antoinette Hertenberg (AH) van Tros Radar is gezegd, meer in het bijzonder de volgende passage daaruit: 'AH: Ja in de studio bij ons is [NB] van de Staatsloterij. Welkom, fijn dat u er bent.

NB: Dank u wel.

AH: We hebben de website er goed op nagekeken en de reglementen en dat onderscheid tussen verkochte loten en niet verkochte loten en dat u uit beiden trekt, dat wordt ons nergens duidelijk gemaakt. Hoe moeten mensen dat weten?

NB: Mensen kunnen dat eigenlijk ook niet weten. (...).

(...).

AH: (...). Maar dan ga ik het even hebben, heel concreet over die 20 prijzen van 100.000 en 20

prijzen van 50.000. Om even heel duidelijk te zijn (...), die zijn niet gegarandeerd en er gaan er helemaal geen 20 uit

NB: Nee dat klopt, er gaan er gemiddeld 4 per maand, gaan er uit.

AH: Maar waarom zet u dat dan niet in de krant?

NB: We trekken wel 20 nummers.

AH: Maar er zijn maar 4 winnaars.

NB: Er zijn 4 winnaars, maar er zijn 20 lotnummers wat we trekken en die publiceren we ook, want dat laten we niet achter

AH: Ja maar er staat bij niet winnende lotnummers, er staat zoals we net in het filmpje zagen, 20 winnaars van 100.000 en 20 winnaars van 50.000, Dat is gewoon echt misleidend, want dat is niet wat het is.

NB: Ik zou dat niet misleidend willen noemen, maar het is misschien niet zo transparant en daarvan hebben wij ook ...

AH: Maar het is gewoon niet waar.

NB: Er worden wel 20 prijzen getrokken, alleen het kan ook op verkochte loten. (Het hof begrijpt uit het verloop van het gesprek dat NB hier heeft gezegd of heeft bedoeld te zeggen 'alleen het kan ook op niet-verkochte loten'). Daar geef ik je ook helemaal gelijk in, daar van hebben wij zelf ook gezegd, 10 november hebben we weer een trekking, en daar hebben we ook die 20 winnaars veranderd in 20 prijzen.

AH: Maar zou het niet eerlijker zijn om gewoon te zijn, zeggen, 4 winnaars, want dan doet u precies wat er gebeurt, want ik weet natuurlijk nog steeds niet hoeveel van die lotnummers dan daadwerkelijk ook in handen van iemand komen. Waarom zet u dan niet gewoon 3 of 4 winnaars?

NB: Naja dat is een keuze om zeg maar gegarandeerd en niet gegarandeerde prijzen uit te keren. 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.

(...).

AH: Ja maar het is maar een klein kansje, omdat al die miljoenen, u zegt het zelf, loten worden toegevoegd. Denkt u dat veel mensen dit weten?

NB: Ik denk niet dat veel mensen dit weten nee.

(...)'.

4.4 Als productie 0 bij MvG heeft Loterijverlies advertenties overgelegd die stammen uit het euro-tijdperk, dus van na 1 januari 2002 (in de advertentie aan de achterzijde van die productie wordt '2005' genoemd) waarin staat vermeld:

'elke maand 20 winnaars van € 100.000,-'.

Uit de opmerkingen van [NB] blijkt echter dat er maandelijks gemiddeld maar 4 winnaars van de prijs van € 100.000,- waren. Verder blijkt uit de opmerking van [NB], dat voor de trekking van 10 november de term '20 winnaars' wordt veranderd in '20 prijzen', dat vaker met het woord 'winnaars' werd geadverteerd, ook wanneer de te winnen/gewonnen prijzen werden/waarden getrokken uit niet-verkochte loten.

4.5 Indien in punt 1.8 MvA moet worden gelezen dat Staatsloterij de hiervoor onder 4.2 weergegeven stellingen a) en b) van Loterijverlies voor zover betrekking hebbend op de jaren 2000 en 2001 betwist, dan gaat het hof hieraan voorbij. Voor stelling a) van Loterijverlies is voor de jaren 2000 en 2001 steun te vinden in de onbestreden producties 13-1 t/m 13-6 bij MvG. Haar stelling b) is ook voor die jaren erkend door Staatsloterij onder 2.7 MvA, waar zij algemeen heeft opgemerkt dat bij de publicatie van de prijzen na de trekking geen onderscheid werd gemaakt tussen lotnummers die wel en niet verkocht waren en prijzen die wel en niet werden uitgekeerd. Aan de andere kant kan de door Loterijverlies gestelde misleiding hooguit tot 1 januari 2008 hebben plaatsgevonden (zie rov. 4.1 in fine) en niet 't/m 2008', zoals in vordering A van Loterijverlies is opgenomen.

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 (groten)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 mogelijk 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 gevegd 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 van 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' (ondersteuning 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 meedeed. 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 ($20: 21.000.000 =$) 0,00000953 %, dus 7 keer zo klein. In beide gevallen zijn de kansen echter zo minuscule 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 aannemen.

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 winkansen, 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 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 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 trekkingsuitslagen - 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 0,00000953 %, zie rov. 4.14) en de schade per deelnemer daarom nihil is althans nagenoeg 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.

4.19 In de tweede plaats heeft Staatsloterij aangevoerd - zie CvD onder 57, deels herhaald in punt 5.11 MvA - dat iedere vordering die ziet op de periode voor 2003, althans 18 september 2003, is verjaard, zulks kennelijk op basis van de redenering dat op de datum van de inleidende dagvaarding (ID) in deze zaak, 18 september 2008, vijf jaren waren verstreken sinds (18 september) 2003. Voor de gevorderde verklaringen voor recht, waaronder vordering A, geldt evenwel een verjaringstermijn van twintig jaren (artikel 3:306 BW), en niet van vijf jaren zoals door Staatsloterij tot uitgangspunt is genomen. In zoverre stuit haar verjaringsverweer hierop af. Indien in een geval als het onderhavige, waar het uiteindelijke doel het verkrijgen van schadevergoeding is, nochtans zou moeten worden gekeken naar de vijf-jaartermijn van artikel 3:310 BW, dan kan dat niet tot een ander oordeel leiden. Gezien het onder 4.8 overwogene kan immers niet worden aangenomen dat de deelnemers aan de staatsloterij, althans de bij Loterijverlies aangesloten deelnemers, voor de uitzending van Tros Radar van 29 oktober 2007 met de gestelde schade bekend zijn geworden - Loterijverlies zelf bestond toen niet eens - zodat de termijn van deze verjaring op zijn vroegst kan zijn gaan lopen op 29 oktober 2007 en dus ten tijde van de ID nog niet was verstreken.

4.20 In de derde plaats heeft Staatsloterij naar voren gebracht dat Loterijverlies zich op het standpunt stelt dat alle reclame-uitingen van Staatsloterij uit de periode 2000-2008 misleidend zijn, 'zodat het petitum aldus kon worden geformuleerd', doch dat Loterijverlies in dit standpunt niet kan worden gevolgd aangezien vordering A moet zijn toegespitst op bepaalde als zodanig aangeduide mededelingen. Het hof constateert dat het standpunt dat Staatsloterij aan Loterijverlies toeschrijft aansluit bij het petitum sub (i) van Loterijverlies uit de eerste aanleg, strekkende tot een declaratoir dat 'de reclame-uitingen' misleidend zijn (vgl. de punten 1.5 en 3.1 van de PE van Staatsloterij), maar niet meer bij de in hoger beroep daarvoor in de plaats gestelde vordering A die strekt tot een declaratoir, dat in de bedoelde periode misleidende mededelingen zijn gedaan. Als derhalve klaarblijkelijk berustend op een misverstand, wordt aan dit verweer van Staatsloterij voorbij gegaan.

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 verkeerd 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 gebleven. 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 maandelijkse 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 vallende 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 bedoeld 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.

7. Vordering B: toerekenbare tekortkoming

7.1 Vordering B - die bestaat uit de vijf bij vordering A vermelde onderdelen - berust met name op de stelling dat de deelnemer een lot heeft gekocht, en daarmee een contract met Staatsloterij is aangegaan, op basis van de verwachtingen die Staatsloterij in haar reclame scheidt, te weten dat alle daarin genoemde prijzen zouden worden uitgekeerd (vgl. rov. 4.2), maar dat deze verwachtingen niet door Staatsloterij 'zijn nagekomen' (punt 42 MvG). Deze stellingname van Loterijverlies - die een onderbouwing vormt van de onderdelen (i), (ii) en (iv) daarvan - komt er op neer dat Staatsloterij de deelnemers een hogere winkans heeft voorgespiegeld dan hen in werkelijkheid werd geboden en dat Staatsloterij dus niet heeft voldaan aan haar contractuele verplichting om de deelnemers die hogere winkans te bieden. Hierbij gaat het om de gemiste kans op winst (het positief belang), en uit de aard der zaak niet om het negatief belang, waarbij immers het uitgangspunt is dat er geen contract had moeten zijn. Het op het positief belang geënte, in rov. 4.18 weergegeven 'onvoldoende belang'-verweer van Staatsloterij - dat gezien punt 3.30 jo. 3.27 MvA ook op vordering B betrekking heeft - slaagt nu het door Loterijverlies niet is weersproken, hoewel zij daartoe bij pleidooi in hoger beroep de gelegenheid heeft gehad. Wat de onderdelen (i), (ii) en (iv) betreft, is vordering B om reeds deze reden niet toewijsbaar, wat onderdeel (iii) betreft om reden dat daarvoor ten aanzien van deze vordering geen enkele onderbouwing is gegeven en wat het in punt 124 MvG wel toegelichte onderdeel (v) betreft, om reden dat het er in dit geding voor moet worden gehouden dat aan de 60%-norm is voldaan (zie rov. 6.4).

8. Vordering C: onrechtmatig handelen jegens het publiek

8.1 Ook vordering C bestaat uit dezelfde vijf onderdelen als vordering A. Aan vordering C heeft Loterijverlies verder dezelfde feiten en stellingen ten grondslag gelegd als aan vordering A, terwijl er geen aanwijzing is dat vordering C een verdere strekking zou hebben; vordering C ziet net als vordering A op onrechtmatig handelen jegens 'het publiek'. Hieruit volgt in de eerste plaats dat voor de onderdelen waarvoor vordering A is toegewezen, Loterijverlies geen belang heeft bij vordering C, en in de tweede plaats dat voor de onderdelen waarvoor vordering A is afgewezen, vordering C het lot daarvan deelt. Het in rov. 2.5 genoemde 'overlappings'-argument van Staatsloterij gaat hier dus op. Vordering C is mitsdien niet toewijsbaar.

9. Vordering D: strijd met artikel 8 lid 2 WoK en onderliggende regelgeving

9.1 Blijkens de daarop onder 53-59 MvG gegeven toelichting, strekt ook deze vordering - net als, in elk geval deels, de vorderingen B, C, E en F, zie punt 59, aanhef, MvG - in wezen tot vaststelling dat Staatsloterij zich schuldig heeft gemaakt aan de in rov. 4.1 t/m 4.21 reeds vastgestelde misleiding van het publiek/de (gemiddelde) consument, en dus tot nogmaals vaststelling daarvan. Uit die toelichting is niet op te maken dat vordering D tevens een verdere strekking heeft. Bij het nogmaals vaststellen van een reeds vastgestelde misleiding (overlapping) heeft Loterijverlies geen voldoende belang. Voor zover met vordering D is beoogd te doen vaststellen dat Staatsloterij in strijd heeft gehandeld met artikel 8 lid 2 WoK en de onderliggende regelgeving omdat de 60%-norm niet per trekking is gehaald, kan dit Loterijverlies niet baten gezien het onder 6.3 en 6.4 overwogene. Dit een en ander brengt met zich dat ook vordering D niet toewijsbaar is.

10. Vordering F: ongerechtvaardigde verrijking

10.1 Deze vordering is gegrond op de stelling dat Staatsloterij zich zonder dat daarvoor een redelijke grond bestond, heeft verrijkt met de inkomsten van de verkoop van staatsloten nu lang niet altijd 60% van die inkomsten is uitgekeerd en de deelnemers, wanneer zij hadden geweten dat sprake was van niet gegarandeerde prijzen, geen staatslot zouden hebben gekocht en dus schade hebben geleden (zie de punten 51 en 62 MvG).

10.2 Staatsloterij heeft er terecht op gewezen dat de beweerde verrijking (de verkrijging van de

aankooprijzen van de loten) zijn grondslag heeft in rechtshandelingen (overeenkomsten met de deelnemers) die - nu het in eerste aanleg onder (ii) primair gevorderde in appel niet is gehandhaafd - in stand zijn gebleven. Derhalve kan niet worden gezegd dat die verrijking - wat daar verder ook van zij - ongerechtvaardigd was. Reeds hierop strandt vordering F.

10.3 Verder stoelt ook vordering F op dezelfde feiten als vordering A en is niet aangegeven dat daarmee meer of anders kan worden bereikt dan met vordering A. Derhalve is het in de rov. 8.1 en 9.1 overwogene hier van overeenkomstige toepassing.

11. Vordering H: Kansspelbelasting

11.1 Vordering H van Loterijverlies berust op de stelling dat Staatsloterij ermee adverteert dat haar prijzen belastingvrij zijn, terwijl de deelnemers in werkelijkheid de kansspelbelasting zelf dragen. Het voor de deelnemers bestemde uitkeringspercentage van 60% wordt, aldus Loterijverlies, immers berekend door de uitgekeerde prijzen plus de kansspelbelasting te delen door de inleg.

11.2 Ingevolge artikel 1 van de Wet op de Kansspelbelasting (WKB) wordt, en werd, een directe belasting geheven van de gerechtigden tot prijzen (dus: de winnaar) van binnenlandse kansspelen. Ingevolge artikel 5 WKB kan, en kon, er voor worden gekozen om de belasting te laten betalen door de winnaar (die dan 29% - tot 1 januari 2006: 25% - afdraagt) of door de organisator (dan wordt de prijs met 100/71 - tot 1 januari 2006: 100/75 - vermenigvuldigd).

11.3 Staatsloterij heeft niet betwist dat zij ermee adverteert dat haar prijzen belastingvrij zijn. Zij heeft daaromtrent onweersproken de volgende nadere toelichting gegeven. Het bedrag dat als prijs is aangekondigd wordt voor 100% aan de winnaar uitgekeerd. De 'werkelijke prijs' is dus $(100/71 \times 100 =)$ 141% van dat bedrag. Staatsloterij draagt hierover 29% belasting af, zodat 100% als netto prijs aan de winnaar wordt uitgekeerd.

11.4 Door Staatsloterij is ook niet betwist dat - zoals Loterijverlies stelt althans in haar stellingname besloten ligt - het uitkeringspercentage van 60% wordt berekend aan de hand van wat Staatsloterij de 'werkelijke prijs' noemt (141% van het als prijs aangekondigde bedrag). De kansspelbelasting wordt dus betaald uit het voor uitkering aan de deelnemers bestemde 60%-deel van de inleg. Aldus bezien heeft Loterijverlies gelijk met haar stelling dat bij de staatsloterij de deelnemers de kansspelbelasting zelf betalen.

11.5 De gemiddelde consument zal begrijpen dat bij het winnen van een prijs in de Nederlandse staatsloterij belasting zal moeten worden betaald. Hij zal ook begrijpen dat - zoals in artikel 1 WKB is vastgelegd - de verplichting om die belasting te betalen op de winnaar rust en dat daaraan niet afdoet dat de organisator (hier: Staatsloterij) de betaling van die belasting op zich kan nemen. Gelet hierop zal de gemiddelde consument de uitingen van Staatsloterij niet zo opvatten dat ook de 60% van de inleg die voor uitkering aan de winnaars is bestemd, belastingvrij is in de zin dat daarover geen belasting meer is verschuldigd. Die uitingen zijn - ook volgens Loterijverlies (CvR onder 4.6.3) - bovendien juist in de zin dat de winnaar over de prijs waarmee wordt geadverteerd, geen belasting hoeft te betalen. Geconcludeerd moet daarom worden dat, ondanks het onder 11.4 overwogene, de hier bedoelde uitingen van Staatsloterij niet als misleidend zijn aan te merken. Vordering H van Loterijverlies loopt hierop stuk.

12. De vorderingen I en J: aanzetten tot onmatige deelname/onvoldoende informatie

12.1 Onder 128 MvG heeft Loterijverlies benadrukt dat het belangrijkste punt bij haar vorderingen I en J is dat Staatsloterij niet op een of andere wijze heeft medegedeeld dat zij minder prijzen uitkeert dan zij in haar advertenties doet vermoeden (zie de rov. 4.1-4.21). Hierdoor heeft, zo betoogt Loterijverlies, Staatsloterij, hoewel zij op grond van artikel 14 lid 2 BS daartegen moet waken, aangezet tot onmatige deelname aan die loterij en heeft zij bovendien, hoewel zij, naar ook voortvloeit uit artikel 14 lid 3 BS, ervoor dient te waken dat de deelnemers slachtoffer worden van hun eigen handelen, onvoldoende informatie verstrekt over verantwoorde deelname,

mogelijkheden voor hulpverlening met betrekking tot kansspelverslaving, het spelverloop, de winkansen, de winstbepaling, de eventuele inhouding van kansspelbelasting en de wijze waarop deelname aan het kansspel kan worden beëindigd.

12.2 In artikel 14 lid 2 BS is het volgende bepaald:

'De Stichting (= Staatsloterij, hof) draagt er zorg voor dat aan wervings- en reclame-activiteiten op zorgvuldige en evenwichtig wijze vorm wordt gegeven, waarbij in het bijzonder wordt gewaakt tegen het aanzetten tot onmatige deelneming aan de door de stichting georganiseerde kansspelen'.

Lid 3 van artikel 14 BS luidt als volgt:

'De stichting neemt bij haar wervings- en reclame-activiteiten de haar door de minister gegeven aanwijzingen, gehoord het college, in acht'.

12.3 Wellicht kan worden gezegd dat Staatsloterij door haar misleidende wijze van adverteren (zie de rov. 4.1-4.21) zich schuldig heeft gemaakt aan onzorgvuldige en onevenwichtige reclameactiviteiten als bedoeld in artikel 14 lid 2 BS, doch enkel hieruit kan - anders dan Loterijverlies suggereert onder 57 MvG - nog niet worden afgeleid dat Staatsloterij, die dat betwist, ook heeft aangezet tot onmatige deelname aan de staatsloterij. Dat dit zo zou zijn, is door Loterijverlies niet nader met feiten onderbouwd. Indien de bevindingen in het Kien-rapport (dat van het ondervraagde internetpanel 81% aangaf dat het niet aan de loterij zou hebben deelgenomen wanneer het vooraf had geweten dat niet alle prijzen zouden worden uitgekeerd en 77% aangaf dat het niet zou hebben deelgenomen wanneer het vooraf had geweten dat prijzen op loten kunnen vallen die niet zijn verkocht) als zodanige onderbouwing zouden moeten beschouwd - Loterijverlies heeft deze bevindingen niet in het kader van haar vorderingen I en J opgevoerd - dan kan haar dat niet baten nu de methodiek, deugdelijkheid en betrouwbaarheid van het door Kien verrichtte onderzoek door/namens Staatsloterij gemotiveerd is betwist (zie de door haar als productie 3 overgelegde verklaring van prof. Pruyn en de punten 28-36 PA). Het hof citeert ter illustratie de volgende passage uit de verklaring van prof. Pruyn:

'(...) de conclusie op blz. 3 (onderaan) (van het Kien-rapport, het hof) dat 71% tot 85% aangeeft "dat ze niet zouden hebben deelgenomen wanneer zij deze informatie op voorhand had gehad". Da's nogal wiesdes. Achteraf (...) meten is natuurlijk onvergelykbaar met vooraf meten (als de trekking nog moet plaatsvinden)'.

Voor zover Loterijverlies zich in dit verband zou willen beroepen op de Klaver-enquete en de Tros Radar-enquete geldt mutantis mutandis hetzelfde. Opgemerkt wordt nog dat Loterijverlies niet concreet te bewijzen heeft aangeboden dat Staatsloterij heeft aangezet tot onmatige deelname aan de staatsloterij (zie ook rov. 16.1).

12.4 Vordering I van Loterijverlies is niet toewijsbaar, zo volgt uit het zojuist overwogene. Dat geldt ook voor haar vordering J. Bij deze vordering voor zover zij ziet op het onderwerp 'winkansen', heeft Loterijverlies geen belang vanwege de toewijzing van vordering A te dien aanzien. Niet valt in te zien dat Staatsloterij door niet mede te delen dat de prijzen ook uit niet-verkochte loten werden getrokken, haar informatieverplichting met betrekking tot de andere in die vordering genoemde onderwerpen (onder meer: kansspelverslaving, spelverloop, de wijze waarop deelname kan worden beëindigd) zou hebben geschonden.

13. Vordering E: schending informatieplicht jegens het publiek

13.1 Vordering E is uitsluitend gebaseerd op de feiten en stellingen die ook ten grondslag zijn gelegd aan de vorderingen A, I en J, terwijl niet is gesteld of gebleken dat vordering E een verdere strekking heeft. Om de in de rov. 8.1 en 9.1 genoemde redenen is vordering E niet toewijsbaar.

14. Vordering K: rectificatie

14.1 De rectificatievordering K heeft betrekking op de in de rov. 4.1-4.4.21 besproken misleidende reclame van Staatsloterij die na 1 januari 2008 niet meer heeft plaatsgevonden, en daarnaast op de wijze van reclamemaking van Staatsloterij in het algemeen, die echter slechts voor één geval, namelijk de Koninginnedagloterij 2008, onrechtmatig is bevonden. Gezien het

inmiddels sinds de laatste onrechtmatige handeling verstreken tijdsverloop van ruim vijf jaren, is het belang van Loterijverlies bij de gevorderde rectificatie zozeer verminderd dat die maatregel thans niet meer als passend kan worden beschouwd. Het door Staatsloterij gevoerde verweer met die inhoud (zie punt 81 CvA en punt 5.13 MvA) treft dus doel. Vordering K is bijgevolg niet toewijsbaar.

15. Vordering L: buitengerechtelijke kosten

15.1 Nu vordering A grotendeels toewijsbaar is geoordeeld, is er een grondslag voor vordering L, waarmee vergoeding van de door Loterijverlies zelf geleden schade wordt beoogd.

15.2 De mogelijkheid, dat Loterijverlies kosten heeft gemaakt die op de voet van artikel 6:96, lid 2 en/of 3 (oud) BW voor vergoeding in aanmerking komen, is aannemelijk. De zaak zal dan ook voor de begroting van die kosten naar de schadestaatprocedure worden verwezen, zoals door Loterijverlies is gevorderd.

16. Slotsom

16.1 Het algemene bewijsaanbod dat Loterijverlies onder 145 MvG heeft gedaan, wordt als niet-gespecificeerd gepasseerd.

16.2 De slotsom luidt dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd en dat de in hoger beroep als A aangeduide vordering van Loterijverlies wat haar onderdelen (i) t/m (iv) betreft, alsook haar vordering L zullen worden toegewezen, zij het dat alleen vordering L uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. De overige vorderingen van Loterijverlies zullen worden afgewezen.

16.3 Aangezien partijen ieder deels in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten in beide instanties worden gecompenseerd.

Beslissing

Het gerechtshof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 31 maart 2010, en opnieuw rechtdoende:
- verklaart voor recht 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 artikel 6:194 (oud) BW;
- verklaart voor recht dat Staatsloterij in 2008 misleidende mededelingen heeft gedaan over de hoogte van prijzen en hierdoor in strijd heeft gehandeld met artikel 6:194 (oud) BW;
- veroordeelt Staatsloterij 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;
- wijst af het door Loterijverlies meer of anders gevorderde;
- compenseert de proceskosten in beide instanties, aldus dat ieder de eigen kosten draagt;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin uitgesproken veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.Y. Bonneur, J.E.H.M. Pinckaers en S.J. Schaafsma; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 28 mei 2013 in aanwezigheid van de griffier.