

zaaknummer: KG 83513/2017
vonnisdatum: 7 september 2017

GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN CURAÇAO

VONNIS IN KORT GEDING

In de zaak van:

de naamloze vennootschap
SMARTPLAY N.V.,
gevestigd op Sint Maarten,
eiseres,
gemachtigde: mr. H.W. Braam,

--tegen--

de naamloze vennootschappen
RADCOMM CORPORATION N.V.,
gevestigd op Sint Maarten,
**UNITED TELECOMMUNICATION SERVICES (EASTERN CARIBBEAN)
N.V.**,
gevestigd op Curaçao,
gedaagden,
gemachtigde: mr. J.A. de Baar.

Partijen zullen hierna Smartplay, Radcomm en UTS genoemd worden. Gedaagden gezamenlijk zullen ook UTS c.s. genoemd worden.

1. Verloop van de procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift met producties, bij het Gerecht binnen gekomen op 17 augustus 2017;
- de producties van de kant gedaagden;
- de mondelinge behandeling van 30 augustus 2017;
- de door de advocaten van beide partijen overgelegde pleitnotities, in het geval van Smartplay met aanvullende producties.

1.2. Vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Smartplay exploiteert loterijen, waaronder een loterij door middel van SMS-diensten, op Curaçao, Sint Maarten en de eilanden van Caribisch Nederland.

2.2. UTS c.s. exploiteren mobiele telecommunicatienetwerken.

zaaknummer: KG 83513/2017
vonnisdatum: 7 september 2017

2.3. Tussen Smartplay en Radcomm is op 8 maart 2008 een overeenkomst tot stand gekomen op grond waarvan UTS haar faciliteiten aan Smartplay ter beschikking stelt ten behoeve van het verkopen van loten via SMS. De overeenkomst is aangegaan voor de duur van drie jaar. Na afloop van deze bepaalde tijd van drie jaar is de overeenkomst steeds met één jaar verlengd. De overeenkomst bevat een forumkeuze voor het Gerecht in eerste aanleg op Curaçao.

2.4. Een ministeriële beschikking van de minister van toerisme, economische zaken, verkeer en telecommunicatie van Sint Maarten van 9 maart 2012 luidt, voor zover van belang, als volgt:

“HEEFT BESLOTEN:

De vestigingsvergunning d.d. 12 oktober 1988, no. 555, verleend aan **SMARTPLAY N.V.**, in dier voege te wijzigen dat artikel 2 lid 4, wordt ingevoegd luidende:

4. Het verkopen van “SMS loterijen,” [...]

MEDEDELINGEN:

Deze vergunning houdt niet in dat mede is voldaan aan Loterijverordening (1909 [...]) en enige overige wettelijke regelingen die van toepassing zijn op **SMARTPLAY N.V.**”

2.5. Een ministeriële beschikking van 15 mei 2014 van diezelfde minister luidt, voor zover van belang, als volgt:

“Gelet op:

- De Loterijverordening;
- Het landsbesluit houdende algemene maatregelen ter uitvoering van artikelen 3bis, derde en vijfde lid en 4, tweede lid, van de Loterijverordening [...]

HEEFT BESLOTEN:

Aan [...] **SMARTPLAY N.V.**, [...] te rekenen vanaf 21 december 1999, voor een onbepaalde periode, onder de volgende voorwaarden, vergunning te verlenen voor het aanleggen en houden van

NUMMERLOTERIJ

[...]

Artikel 11:

De vergunninghoudster bepaalt in overleg met de Minister [...] het aantal spelen per week.

Artikel 12:

De loterijen worden georganiseerd in een of meer daartoe ingerichte lokaliteiten, welke overeenkomstig de geldende of nog door de Minister [...] te geven voorschriften moeten worden ingericht.”

2.6. Bij brief van 18 augustus 2016 heeft Radcomm aan Smartplay bericht, kort gezegd, dat vanwege diverse ontwikkelingen het leveren van diensten aan kansspelaanbieders “in principe” wordt afgebouwd en op termijn volledig wordt beëindigd, en dat de lopende overeenkomst tussen Radcomm en Smartplay per 8 maart 2017 zal worden beëindigd. Verder luidt de brief als volgt:

“UTS EC blijft echter bereid om met Smartplay N.V. in dialoog te gaan om diensten aan te kunnen blijven bieden waarvan de garantie kan worden gegeven dat het aanbieden hiervan geen onrust veroorzaakt in en rondom UTS.”

zaaknummer: KG 83513/2017
vonnisdatum: 7 september 2017

2.7. Nadien is overleg gevoerd tussen Radcomm en Smartplay over een voortzetting van de samenwerking. In dat verband heeft Radcomm de beëindiging van de dienstverlening aan Smartplay enkele keren uitgesteld.

2.8. Bij brief van 23 mei 2017 hebben UTS c.s. onder meer het volgende aan Smartplay bericht:

“De dochtervennootschappen van UTS EC zijn voor hun verzorgingsgebieden bereid om een nieuwe SMS dienstovereenkomst met Smartplay N.V. aan te gaan. Dit indien en voor zover wordt voldaan aan de hiernavolgende voorwaarden:

1. Smartplay N.V. beschikt over een eigen billing platform waar zij haar klanten balance bijhoudt.
2. Smartplay N.V. verkrijgt van de lokale telecommunicatie toezichthouders [...] een betaalnummer voor commerciële informatiediensten (0900); en
3. Smartplay N.V. beschikt over een vergunning voor het aanbieden van kansspelen op de verschillende verzorgingsgebieden.”

2.9. Bij brief van 3 juli 2017 hebben UTS c.s. onder andere het volgende aan Smartplay gemeld:

“Uit het hiernavolgende overzicht blijkt de stand van zaken met betrekking tot de gestelde voorwaarden per jurisdictie:

[...]

2. Sint Maarten:

- a. Smartplay heeft aangegeven een eigen billing platform te hebben;
- b. Smartplay heeft een door de telecomtoezichthouder afgegeven dienstnummer;
- c. nog niet is gebleken dat Smartplay over de vereiste loterijvergunning beschikt. Voor zover Smartplay wel over een loterijvergunning beschikt zal ook deze loterijvergunning de ‘Phonelottery’ expliciet moeten vermelden dan wel zal de bevoegde autoriteit schriftelijk moeten aangeven dat de huidige vergunning ook Phonelottery toestaat.”

2.10. Per 15 augustus 2017 hebben UTS c.s. de dienstverlening aan Smartplay beëindigd.

3. Het geschil

3.1. Smartplay vordert in kort geding het volgende, samengevat weergegeven:

- a. UTS c.s. te verbieden de dienstverlening ter zake van betaalde SMS-diensten op grond van de in 2.3 bedoelde overeenkomsten te beëindigen, zulks op straffe van een dwangsom;
- b. UTS c.s. te gebieden deze dienstverlening voort te zetten
- c. met veroordeling van UTS c.s. in de proceskosten.

3.2. UTS c.s. hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

4. De beoordeling

4.1. Gelet op de in de overeenkomst gemaakte forumkeuze en het gegeven dat de vordering uitdrukkelijk (mede) is gebaseerd op deze overeenkomst, is het Gerecht, oordelend in kort geding, bevoegd.

4.2. Het spoedeisend belang volgt uit de stellingen van Smartplay. Zij stelt immers dat zij vanwege het beëindigen van de dienstverlening door UTS c.s. de mogelijkheid verliest via het netwerk van UTS SMS-loten te verkopen, waarmee klaarblijkelijk een substantiële omzet is gemoeid. UTS c.s. hebben gesteld dat Smartplay haar SMS-loten inmiddels verkoopt via Digicel. Onweersproken heeft Smartplay echter gesteld dat daarmee slechts de klanten van Digicel en niet die van UTS worden bediend. Aan het (spoedeisend) belang doet dat dus niet af. Dat er veel tijd verstreken is met het overleg tussen Smartplay en UTS c.s., doet er niet aan af dat inmiddels de beëindiging van de dienstverlening een feit is, zodat Smartplay op dit moment een spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening.

4.3. Ter zitting heeft Smartplay te kennen gegeven dat de vordering onder a (een verbod aan UTS c.s. om de dienstverlening te beëindigen) niet meer aan de orde is, omdat die dienstverlening inmiddels feitelijk is geëindigd, en dat nog uitsluitend de vordering onder b aan de orde is.

4.4. Ter zitting heeft Smartplay ook te kennen gegeven dat de vordering uitsluitend betrekking heeft op de SMS-loterijen op Sint Maarten, en dus niet op die op Curaçao of de BES-eilanden.

4.5. Het Gerecht stelt bij de verdere beoordeling voorop dat het Radcomm vrij stond om de samenwerking met Smartplay te (willen) beëindigen. Die samenwerking vond plaats op basis van een duurovereenkomst. Een dergelijke overeenkomst is in beginsel opzegbaar. Weliswaar kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid, in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, meebrengen dat een duurovereenkomst slechts mag worden opgezegd indien voor opzegging een voldoende zwaarwegende reden bestaat, maar uit de stellingen van Smartplay kan niet worden afgeleid dat hier van een dergelijke bijzondere situatie sprake is. Het enkele feit dat de samenwerking al sinds 2008 bestond is daarvoor onvoldoende. Bovendien hebben UTS c.s. aangevoerd dat de gewenste beëindiging voortkomt uit zakelijke afwegingen, die ertoe hebben geleid dat zij in beginsel niet langer geassocieerd wensen te worden met de gokbranche. Niet gezegd kan worden dat deze afwegingen apert ondeugdelijk of onredelijk zijn. Daarbij komt dat Radcomm de komende beëindiging van de overeenkomst al in een zeer vroeg stadium concreet aan Smartplay heeft aangekondigd, zodat Smartplay ruimschoots gelegenheid had alternatieven te onderzoeken.

4.6. Stond het UTS c.s. dus op zichzelf vrij de samenwerking met Smartplay te willen beëindigen, die vrijheid eindigt waar UTS c.s. zelf te kennen hebben gegeven bereid te zijn de samenwerking voort te zetten indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan en indien redelijkerwijs aangenomen moet worden dat die voorwaarden zijn vervuld. Is dat het geval, dan vergen de eisen van redelijkheid en billijkheid dat UTS c.s. de toezegging nakomen. In de onderhavige kwestie staat vast dat UTS c.s. drie voorwaarden hebben gesteld om de samenwerking voort te zetten. Ter zitting hebben zij bevestigd dat, als die voorwaarden zijn vervuld, UTS c.s. de samenwerking nog steeds willen voortzetten.

4.7. Het Gerecht neemt voorshands aan dat aan de eerste twee door UTS c.s. gestelde voorwaarden is voldaan. Uit de correspondentie tussen partijen voorafgaand aan dit kort geding blijkt dat de vervulling van de derde voorwaarde (de vergunning) het hete hangijzer is. Ook uit de brief van UTS c.s. aan Smartplay van 3 juli 2017 (2.9) volgt redelijkerwijs dat de andere twee voorwaarden voor UTS c.s. geen issue meer waren. Tegen deze achtergrond geldt dat, voor zover UTS c.s. in dit kort geding de vervulling van die andere twee voorwaarden toch heeft willen betwisten, die betwisting onvoldoende is onderbouwd.

4.8. Smartplay heeft verschillende stukken overgelegd waaruit volgens haar blijkt dat zij voor Sint Maarten beschikt over de benodigde vergunningen om een SMS-loterij aan te bieden. Zij wijst op de hierboven in 2.4 en 2.5 geciteerde vergunningen en voorts op een vergunning van 21 februari 1990, waarbij het Smartplay werd toegestaan “videoloterijen” te houden. Smartplay heeft onbetwist gesteld dat deze oude vergunning is ingetrokken en vervangen door de in 2.5 genoemde beschikking. Volgens Smartplay is de reikwijdte van de huidige vergunning ruim, en dekt het begrip “nummerloterij” ook een via SMS gehouden loterij. Bovendien heeft Radcomm in 2011 ook al eens gevraagd om bewijs van de benodigde vergunningen voor SMS-loterijen en toen heeft zij genoeg genomen met de toen nog geldende vergunning uit 1990. Ook het feit dat Smartplay al acht jaar lang SMS-loterijen op Sint Maarten aanbiedt, is een aanwijzing dat zij beschikt over de vereiste vergunning, aldus Smartplay.

4.9. Het is aan Smartplay om voldoende feiten te stellen en te onderbouwen om de conclusie te kunnen trekken dat UTS zich niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat aan de derde voorwaarde nog niet is voldaan. Het had in de rede gelegen dat Smartplay daartoe bij de bevoegde autoriteiten (van Sint Maarten) een vergunning zou hebben aangevraagd die haar uitdrukkelijk toestemming gaf om SMS-loterijen te houden dan wel om van diezelfde autoriteiten een verklaring te vragen waaruit zou volgen dat de huidige vergunning mede het houden van SMS-loterijen dekt. Het ligt in beginsel niet op de weg van UTS c.s. om de reikwijdte van de bestaande vergunningen te beoordelen. Stukken als hier bedoeld heeft Smartplay echter niet overgelegd. In de processtukken wordt wel gewag gemaakt van diverse contacten met overheidsinstanties, maar dat betreft de Curaçaose overheid en niet die van Sint Maarten. Nu UTS c.s. steeds onderscheid hebben gemaakt tussen de verschillende “verzorgingsgebieden” (Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden), kon Smartplay daarmee niet volstaan.

4.10. Dit zou misschien anders zijn als er in redelijkheid geen twijfel over mogelijk zou zijn dat de huidige vergunning tot het houden van een “nummerloterij” ook het houden van SMS-loterijen in Sint Maarten dekt. Dat is niet het geval. Zoals UTS c.s. terecht hebben aangevoerd, lijkt uit de bij de vergunning behorende voorwaarden te volgen dat de vergunning betrekking heeft op loterijen die op een fysieke plaats worden gehouden (“lokaliteiten”), hetgeen niet lijkt te rijmen met een loterij die via SMS wordt gehouden. De in 2.4 weergegeven vergunning helpt Smartplay op dit punt niet. Deze spreekt weliswaar van een “SMS loterij”, maar het betreft hier slechts een *vestigings*vergunning, en bovendien wordt daarin expliciet vermeld dat deze vergunning niet impliceert dat aan de Loterijverordening wordt voldaan. Dat Smartplay al sinds 2008 zonder problemen een SMS-loterij op Sint Maarten

exploiteert, betekent niet dat zij dus beschikt over de vereiste vergunning. Dat Radcomm in 2011 mogelijk, in de visie van Smartplay, wel genoeg nam met de bestaande vergunning, maakt niet dat het haar nu niet meer vrij staat kritisch(er) te zijn op dit punt. Uit de brief van 18 augustus 2016 (2.6) volgt dat de opvattingen omtrent SMS-loterijen zich binnen UTS c.s. hebben ontwikkeld. Het staat hen vrij tegenwoordig kritischer te zijn over SMS-loterijen dan in 2011. Een argument om te kunnen aannemen dat de huidige vergunning volstaat is dit niet.

4.11. Op grond van het overwogene in 4.9 en 4.10 is het Gerecht voorshands van oordeel dat er onvoldoende basis is voor de conclusie dat UTS c.s. verplicht zijn de samenwerking met Smartplay voort te zetten. UTS c.s. hebben zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat er nog teveel onzekerheid resteert omtrent de reikwijdte van de aan Smartplay verleende vergunning om te kunnen aannemen dat Smartplay ook aan de derde voorwaarde heeft voldaan. De vordering zal dus worden afgewezen.

4.12. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Radcomm worden veroordeeld in de proceskosten van UTS c.s. Deze worden begroot op NAf 1.500 aan salaris.

5. De beslissing

Het Gerecht:

Rechtdoende in kort geding:

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt Smartplay in de proceskosten van UTS c.s., tot op heden begroot op NAf 1.500;
- 5.3. verklaart dit vonnis voor wat betreft de veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis in kort geding is gewezen door mr. Th. Veling, rechter in het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, en in aanwezigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 7 september 2017.