ECLI:NL:PHR:2025:1302

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	28-11-2025
Datum publicatie	28-11-2025
Zaaknummer	25/00202
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2026:1159
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Prejudiciële vragen (art. 392 Rv). Verbintenissenrecht; art. 3:40 BW; art. 7A:1825 e.v. BW; kansspelovereenkomsten; Wet op de kansspelen; verbod op zonder vergunning gelegenheid geven om deel te nemen aan kansspelen; strekking van het verbod; kansspelen via internet; zijn kansspelovereenkomsten die via het internet zijn aangegaan nietig als in strijd met de Wet op de kansspelen zonder vergunning gelegenheid is gegeven om deel te nemen aan kansspelen?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 25/00202

Zitting 28 november 2025

CONCLUSIE

S.D. Lindenbergh

In de zaak

[verzoeker]

tegen

TSG Interactive Gaming Europe Limited

Partijen worden hierna verkort aangeduid als [verzoeker] respectievelijk TSG.

1 Inleiding en samenvatting

1.1 Deze zaak gaat over de geldigheid van kansspelovereenkomsten die via het internet zijn aangegaan. Zij hangt samen met de zaak 25/00204, waarin ik vandaag ook concludeer.

1.2 De Wet op de kansspelen (hierna: de Wok) verbiedt het aanbieden van kansspelen, tenzij de aanbieder een vergunning voor kansspelen via het internet heeft. Het is pas sinds oktober 2021 mogelijk om in Nederland een dergelijke vergunning te krijgen. Toch spelen al lange tijd heel veel mensen vanuit Nederland via het internet kansspelen. Verschillende spelers vorderen nu van de kansspelaanbieders het geld dat zij daarmee hebben verloren terug. Zij stellen dat de door hen gesloten kansspelovereenkomsten ongeldig zijn, omdat de kansspelaanbieder geen vergunning had.

1.3 De tekst van de Wok is niet duidelijk over de geldigheid van kansspelovereenkomsten die zijn gesloten zonder dat de aanbieder daarvoor een vergunning had. Daarom hebben twee rechtbanken daarover prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad.

1.4 De rechtbank Amsterdam heeft in deze zaak aan de Hoge Raad de volgende vragen gesteld:

"1. Had de Wok aanvankelijk de strekking de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten?

2. Is de strekking na aanvankelijk aanwezig geweest te zijn verloren gegaan, onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen en/of gelet op het handhavingsbeleid van Ksa? Moet hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen aanbieders van kansspelen die op de grijze lijst van de Ksa stonden en andere aanbieders?

3. Is een kansspelovereenkomst tussen een in Nederland verblijvende consument en een aanbieder van kansspelen op internet die geen vergunning heeft in de zin van de Wok een nietige overeenkomst in de zin van artikel 3:40 BW?

4. Maakt het voor de beantwoording van vraag 3 nog uit of de kansspelaanbieder voldeed aan de prioriteringscriteria van Ksa?

5. Indien het antwoord op vraag 3 bevestigend luidt, welke rechtsgevolgen heeft dat dan? Is een vordering tot terugbetaling van het geleden verlies op grond van onverschuldigde betaling toewijsbaar?

6. Is voor het beantwoorden van vorenstaande vragen van belang dat een kansspelaanbieder, zoals TSG, haar diensten naar eigen zeggen beperkt tot het aanbieden aan spelers van een online mogelijkheid om tegen elkaar te spelen? En zo ja, heeft dat gevolgen voor hetgeen een speler als onverschuldigd betaald van de kansspelaanbieder kan terugvorderen?"

1.5 Ik adviseer om de eerste vier vragen en de zesde vraag met nee te beantwoorden en de vijfde vraag dus onbeantwoord te laten. Daarvoor heb ik de volgende redenen. De tekst, wetsgeschiedenis, wetssystematiek en doelstellingen van de Wok bieden geen aanwijzingen dat de wetgever met de Wok *het aangaan van kansspelovereenkomsten* heeft willen verbieden. De wet verbiedt alleen het aanbieden van kansspelen zonder vergunning. De tekst, wetsgeschiedenis, wetssystematiek en

doelstellingen van de Wok bieden ook geen aanwijzingen dat de Wok de strekking heeft of heeft gehad om de *geldigheid* aan te tasten van kansspelovereenkomsten die tot stand zijn gekomen nadat daartoe zonder vergunning gelegenheid is geboden. De wetgever heeft alleen voorzien in handhaving via het bestuursrecht en het strafrecht. De openbare orde of goede zeden dwingen er ook niet toe om te oordelen dat kansspelovereenkomsten nietig zijn. Bescherming van consumentenbelangen kan bovendien waarschijnlijk ook, en mogelijk beter, worden bereikt met minder vergaande sancties, zoals vernietiging van kansspelovereenkomsten wegens dwaling of schadevergoeding uit onrechtmatige daad.

1.6 Bij dit alles speelt een rol dat al heel lang op grote schaal via het internet is gegokt en dat het wetgevingsproces om daarvoor vergunningen mogelijk te maken tientallen jaren heeft geduurd, terwijl in dat proces en in het handhavingsbeleid voor zover ik heb kunnen nagaan nooit over de mogelijkheid van ongeldigheid van de kansspelovereenkomsten is gesproken. Ten slotte speelt een rol dat in het handhavingsbeleid is gewezen op de eigen verantwoordelijkheid van speldeelnemers en dat het aannemen van een recht op terugbetaling van door speldeelnemers geleden verliezen daarom niet zonder meer redelijk is.

2 Opzet van deze conclusie

2.1 Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Na een weergave van de feiten, het procesverloop en de inbreng van partijen en derden in paragraaf 3, beschrijf ik eerst de wettelijke regeling van de kansspelovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek (paragraaf 4). Dan schets ik het wettelijk kader waarover de rechtbank vragen stelt: de wetgeving over regulering van kansspelen (paragraaf 5). Ik ga daarbij tevens in op de historie ervan en op de wijze waarop deze wetgeving tot nu toe is gehandhaafd. Daarna zet ik het civielrechtelijke toetsingskader voor verboden rechtshandelingen (art. 3:40 BW) uiteen (paragraaf 6). Na de weergave van deze leerstukken (kort gezegd: de kansspelovereenkomst, de kansspelwetgeving en art. 3:40 BW) breng ik ze in paragraaf 7 samen: wat kunnen de regeling van de kansspelovereenkomst, de kansspelwetgeving en art. 3:40 BW betekenen voor de geldigheid van overeenkomsten die strekken tot het spelen van kansspelen op afstand? Vervolgens bespreek ik in paragraaf 8 de voorlopige oordelen van de rechtbank. In paragraaf 9 kom ik tot een beantwoording van de vragen. De paragrafen 4, 5, 6 en 7 zijn gelijkluidend aan die in mijn conclusie in de zaak 25/00204. Dit leidt tot de volgende inhoudsopgave:

§ 1 Inleiding

§ 2 Opzet van deze conclusie

§ 3 Feiten, procesverloop en inbreng van partijen en derden

Feiten (3.1 t/m 3.5)

Procesverloop (3.6 t/m 3.12)

Inbreng van partijen en derden (3.13 t/m 3.22)

§ 4 Kansspelovereenkomsten

De afdeling "Van spel en weddingschap" (art. 7A:1825 7A:1828 BW) (4.1 t/m 4.4)

Voorontwerp titel 16 van boek 7 (4.5 t/m 4.13)

Samenvatting (4.14)

§ 5 Kansspelwetgeving en kansspelbeleid

Opzet (5.1)

Regulering van kansspelen: uitgangspunten en geschiedenis (5.2 t/m 5.6)

De wet op de kansspelen (5.7 t/m 5.14)

Kansspelen via internet: beleid, wetgeving en handhaving in de jaren 90 tot aan de invoering van de Wet kansspelen op afstand op 1 april 2021 (5.15 t/m 5.36)

Handhaving via civiel recht (5.37 t/m 5.41)

Wet Kansspelen op afstand (5.42 t/m 5.46)

Samenvatting (5.47)
§ 6 Verboden rechtshandelingen
Soms een specifieke regeling, anders terugvallen op art. 3:40 BW (6.1 t/m 6.4)
Art. 3:40 BW
Inleiding (6.5 t/m 6.7)
Leden 2 en 3 (6.8 t/m 6.18)
Lid 1 (6.19 t/m 6.25)
Tendens: terugdringen van nietigheden (6.26)
Samenvatting (6.27 t/m 6.32)
§ 7 Balans: betekenis van kansspelwetgeving voor geldigheid van op afstand gesloten kansspelovereenkomsten
Aanpak (7.1)
Vertrekpunt: art. 7A:1825 e.v. BW (7.2)
Wat verbiedt de Wok? (7.3 t/m 7.5)
Wat is volgens de Wok het gevolg van overtreding van een in art. 1 Wok neergelegd verbod? (7.6 t/m 7.8)
Toetsing aan art. 3:40 BW (7.9 t/m 7.19)
Voorlopige conclusie: aanwijzingen voor gevolgen voor geldigheid zijn beperkt (7.20)
Nadere standpuntbepaling (7.21 t/m 7.28)
Samenvatting (7.29 t/m 7.32)
§ 8 Bespreking van de voorlopige oordelen van de rechtbank
§ 9 Beantwoording van de vragen
Vraag 1 en antwoord (9.2)
Vragen 2-5 (9.3 t/m 9.5)
Vraag 6 en antwoord (9.6)
Alternatieve beantwoording vragen 1 t/m 6 (9.7 t/m 9.8)
§ 10 Conclusie

3 Feiten, procesverloop en inbreng van partijen en derden

Feiten

3.1 In deze zaak gaat de rechtbank uit van de volgende feiten.1 TSG is aanbieder van online kansspelen, waaronder Pokerstars. In 2022 speelden naar schatting 3,4 miljoen spelers uit 140 landen online poker via Pokerstars. TSG maakt deel uit van Flutter Entertainment PLC (Flutter).

3.2 TSG is in 2011 opgericht in Malta en beschikt niet over een vergunning om in Nederland online kansspelen aan te bieden. Een kleindochter van Flutter, Tombola, overgenomen in 2021, heeft wel een Nederlandse online kansspelvergunning.

3.3 In maart 2006 heeft [verzoeker] zijn account aangemaakt op de website van Pokerstars, die toen nog geëxploiteerd werd door een zustervennootschap van TSG. TSG exploiteert de website Pokerstars vanaf juni 2012. Daarmee is een overeenkomst tot stand gekomen waarmee [verzoeker] via de website kon deelnemen aan kansspelen (hierna: kansspelovereenkomst). Dat heeft hij gedaan tussen maart 2006 en 2021. Zijn account is daarna gesloten en de kansspelovereenkomst is daarmee beëindigd.

3.4 [verzoeker] heeft deelname aan kansspelen bij TSG gefinancierd met zijn salaris en opbrengst uit de verkoop van een aandeel in onroerend goed. Ook heeft hij de erfenis van zijn vader gebruikt om mee

te gokken. Uiteindelijk is hij uit zichzelf gestopt met gokken. Met het spelen van deze kansspelen op de website Pokerstars heeft [verzoeker] een bedrag van USD 139.464,58 verloren (inzet minus opbrengsten).

3.5 [verzoeker] heeft bij brief van 26 april 2023 TSG gesommeerd binnen 14 dagen na dagtekening 140.682,58 te betalen aan [verzoeker] als vergoeding voor schade, dan wel dit bedrag terug te betalen. TSG heeft niets betaald.

Procesverloop

3.6 Het procesverloop is als volgt.2 [verzoeker] heeft TSG op 25 oktober 2023 gedagvaard. [verzoeker] vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat de kansspelovereenkomst die is gesloten tussen [verzoeker] en TSG nietig is en/of de kansspelovereenkomst te vernietigen; een veroordeling van TSG tot betaling aan [verzoeker] van USD 139.464,58, vermeerderd met wettelijke rente; een verklaring voor recht dat TSG onrechtmatig heeft gehandeld jegens [verzoeker] , althans toerekenbaar is tekortgeschoten, althans zich schuldig heeft gemaakt aan oneerlijke handelspraktijken en dat TSG verplicht is om de daardoor door [verzoeker] geleden schade te vergoeden; TSG te veroordelen tot betaling van schadevergoeding nader op te maken bij staat; te verklaren voor recht dat de kansspelovereenkomst door dwaling aan de zijde van [verzoeker] tot stand is gekomen en de overeenkomst te vernietigen en TSG te veroordelen de gevolgen daarvan ongedaan te maken door betaling van USD 139.464,58 aan [verzoeker] , althans (subsidiair) om het door [verzoeker] geleden nadeel op te heffen op de voet van art. 6:230 lid 2 BW door terugbetaling van de geleden verliezen alsook ander nadeel te betalen; en TSG te veroordelen in de proceskosten, met nakosten en wettelijke rente.

3.7 Bij vonnis van 3 april 2024 heeft de rechtbank een mondelinge behandeling bepaald. Op 17 april 2024 heeft vervolgens een mondelinge behandeling plaatsgevonden.

3.8 Bij vonnis van 12 juni 2024 (hierna: het tussenvonnis)3 heeft de rechtbank geoordeeld dat TSG online kansspelen heeft aangeboden terwijl zij daar geen vergunning voor had en dat het sluiten van een kansspelovereenkomst op basis van een verboden aanbod ook valt onder het verbod van artikel 1 Wok (rov. 5.13). De rechtbank heeft in het tussenvonnis haar voornemen bekend gemaakt om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad over de vraag of de Wok ook de strekking heeft het zonder vergunning aanbieden van online kansspelen aan te tasten. De rechtbank heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over dit voornemen en over de inhoud van de te stellen vragen, en heeft iedere verdere beslissing aangehouden.

3.9 [verzoeker] heeft op 21 augustus 2024 een akte genomen. TSG heeft op 21 augustus 2024 een akte ex art. 392 Rv genomen, inclusief producties. [verzoeker] heeft vervolgens op 13 november 2024 een akte uitlaten producties genomen.

3.10 Op 25 september 2024 heeft de rechtbank een vonnis uitgesproken in het voegingsincident, waarbij kansspelaanbieder Trannel had gevorderd dat de rechtbank toestaat zich te voegen aan de zijde van TSG om zich over de voorgenomen prejudiciële vragen te kunnen uitlaten.4 De rechtbank heeft de vordering van Trannel afgewezen.

3.11 Bij vonnis van 22 januari 2025 (hierna: het verwijzingsvonnis)5 heeft de rechtbank, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, op de voet van art. 392 lid 1 Rv de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

"1. Had de Wok aanvankelijk de strekking de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten?

2. Is de strekking na aanvankelijk aanwezig geweest te zijn verloren gegaan, onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen en/of gelet op het handhavingsbeleid van Ksa? Moet hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen aanbieders van kansspelen die op de grijze lijst van de Ksa stonden en andere aanbieders?

3. Is een kansspelovereenkomst tussen een in Nederland verblijvende consument en een aanbieder van kansspelen op internet die geen vergunning heeft in de zin van de Wok een nietige overeenkomst in de zin van artikel 3:40 BW?

4. Maakt het voor de beantwoording van vraag 3 nog uit of de kansspelaanbieder voldeed aan de prioriteringscriteria van Ksa?

5. Indien het antwoord op vraag 3 bevestigend luidt, welke rechtsgevolgen heeft dat dan? Is een vordering tot terugbetaling van het geleden verlies op grond van onverschuldigde betaling toewijsbaar?

6. Is voor het beantwoorden van vorenstaande vragen van belang dat een kansspelaanbieder, zoals TSG, haar diensten naar eigen zeggen beperkt tot het aanbieden aan spelers van een online mogelijkheid om tegen elkaar te spelen? En zo ja, heeft dat gevolgen voor hetgeen een speler als onverschuldigd betaald van de kansspelaanbieder kan terugvorderen?"

3.12 In de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad zijn schriftelijke opmerkingen ingediend op 6 juni 2025 door [verzoeker] , TSG en Electraworks, N1 Interactive Limited (hierna: N1), BML Group Limited (hierna: BML), Risepoint Limited (hierna: Risepoint), [A] Advocaten (hierna: [A]) en de Kansspelautoriteit (hierna: de Ksa). Het gaat bij deze schriftelijke opmerkingen, inclusief producties, om ruim 1200 paginas. [verzoeker] heeft vervolgens op 4 juli 2025 een reactie op de schriftelijke opmerkingen ingediend. TSG heeft eveneens op 4 juli 2025 een reactie op de schriftelijke opmerkingen ingediend.

Inbreng partijen en derden

3.13 De standpunten van partijen en de hiervoor genoemde derden, en de onderwerpen die zij in dat kader bespreken, laten zich als volgt samenvatten.

3.14 [verzoeker] onderschrijft de voorlopige oordelen van de rechtbank, maar vult de motivering aan (SO [verzoeker] , nr. 3).6 De eerste vraag beantwoordt hij bevestigend. Ter nadere motivering van de overweging van de rechtbank dat de wetgever van mening is dat een kansspelovereenkomst zonder vergunning nietig is (r.o. 5.26 tussenvonnis), verwijst hij naar art. 7.16.1 voorontwerp, de toelichting bij die bepaling en een opmerking van Minister van Justitie Donner (SO [verzoeker] , nr. 5-6).7 Volgens [verzoeker] heeft het verbod van art. 1 Wok verder niet zijn strekking verloren omdat onvergunde online kansspelen nog altijd maatschappelijk ongewenst en onaanvaardbaar zijn en zij bovendien niet zijn gedoogd maar juist actief bestuurs- en strafrechtelijk zijn bestreden (vraag 2, SO [verzoeker] , nr. 26). Hij bespreekt in dat kader de kansspelproblematiek en de doelstellingen van de kansspelregelgeving, namelijk consumentenbescherming, bestrijding van gokverslaving en bestrijding van illegaliteit en criminaliteit (SO [verzoeker] , nr. 8-11). Ook betoogt hij dat de strekkingsverlies-rechtspraak van de Hoge Raad ziet op zeldzame gevallen waarin een wettelijk verbod berustte op een (inmiddels achterhaald) zedelijkheidsoordeel, terwijl art. 1 Wok niet berust op een zedelijkheidsoordeel over kansspelen als zodanig, maar op voorkoming, beperking en bestrijding van individuele en maatschappelijke misstanden (SO [verzoeker] , nr. 12-13). [verzoeker] betoogt verder dat (de doelstellingen van) art. 1 Wok niet zijn gewijzigd na de opkomst van kansspelen via internet en de inwerkingtreding van de Wet kansspelen op afstand, en dat onvergunde online kansspelen altijd illegaal waren en nog steeds zijn (SO [verzoeker] , nr. 14-18). Hij betoogt tevens dat het illegaal aanbieden van online kansspelen nooit is gedoogd (SO [verzoeker] , nr. 19-23) en dat een grijze lijst op basis waarvan onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten aanbieders nooit heeft bestaan (SO [verzoeker] , nr. 24-26). [verzoeker] voert, in het kader van een bevestigende beantwoording van vraag 3, aan dat in het licht van de doelstellingen van art. 1 Wok nietigheid zelfs een noodzakelijke sanctie is (SO [verzoeker] , nr. 27), zoals ook is geoordeeld in Duitse en Oostenrijkse rechtspraak en wat ook blijkt uit de Maltese bescherming van kansspelaanbieders tegen nietigheid van overeenkomsten (SO [verzoeker] , nr. 28-33). Slechts in extreme gevallen kan met civielrechtelijk maatwerk een correctie op de nietigheidsanctie plaatsvinden, omdat de doelstellingen van de Wok zouden worden ondergraven als in algemene zin van de nietigheidssanctie wordt afgezien (SO [verzoeker] , nr. 34-36). Het maakt volgens [verzoeker] verder niet uit dat aanbieders aan de prioriteringscriteria van de Ksa voldeden (vraag 4), in de zin dat kansspelaanbieders gezien de aard van dat beleid daaraan niet het vertrouwen mochten ontlenen dat handelen in strijd met art. 1 Wok werd gedoogd (SO [verzoeker] , nr. 37). De vijfde vraag beantwoordt [verzoeker] bevestigend (SO [verzoeker] , nr. 38-40). Nietige overeenkomsten moeten worden afgewikkeld overeenkomstig art.

6:203-6:210 BW: de deelnemer aan een nietig kansspel kan zijn inleg terugvorderen, de aanbieder van een nietig kansspel kan de uitgekeerde winst terugvorderen (SO [verzoeker] , nr. 38). Op de prestatie van de aanbieder die bestaat uit het aanbieden van gelegenheid tot deelname aan een verboden kansspel zijn art. 6:210 lid 2 BW en art. 6:211 lid 1 BW van toepassing. Als die prestatie al op geld waardeerbaar is, is een dergelijke tegenvordering volgens [verzoeker] echter uitgesloten omdat dat direct afbreuk zou doen aan het verbod van art. 1 Wok (SO [verzoeker] , nr. 39). Alleen in uitzonderlijke gevallen zou met toepassing van art. 3:13, art. 6:2 en art. 6:248 BW een passende oplossing, in de zin dat de deelnemer toch enige vergoeding voor deelname moet betalen aan de aanbieder, kunnen worden gevonden die de ratio van art. 1 Wok geen geweld aandoet (SO [verzoeker] , nr. 40). [verzoeker] beantwoordt vraag 6 ontkennend, en betoogt dat het feitelijk onjuist is dat TSG alleen online kansspelen aanbiedt waarbij spelers tegen elkaar spelen (SO [verzoeker] , nr. 41), dat een overeenkomst tussen een deelnemer en een aanbieder van een kansspel waarbij de deelnemers tegen elkaar spelen, geen kansspelovereenkomst is in de zin van art. 7A:1825 BW, maar wel in de zin van art. 7.16.1 voorontwerp, en daarom een kansspelovereenkomst in de zin van art. 1 Wok (SO [verzoeker] , nr. 42), en dat ook die overeenkomsten nietig zijn, zodat de deelnemer zijn inleg van de aanbieder kan terugvorderen, evenals de aanbieder van de deelnemer kan terugvorderen wat hij aan de deelnemer heeft uitgekeerd (SO [verzoeker] , nr. 43).

3.15 TSG en Electraworks, die partij is in de samenhangende procedure 25/00204, hebben in beide zaken gezamenlijk dezelfde opmerkingen gemaakt. TSG beantwoordt eerst vraag 6, voordat zij vragen 1 t/m 5 bespreekt (SO TSG, hfst. 4). Zij betoogt dat [verzoeker] uitsluitend online poker heeft gespeeld en uitsluitend de variant waarin niet tegen het huis (TSG) wordt gespeeld en dat dus geen kansspelovereenkomst tot stand is gekomen tussen TSG en [verzoeker] , maar alleen tussen [verzoeker] en andere deelnemers (SO TSG, nr. 67-69). Volgens TSG is dit niet door [verzoeker] betwist en staat dit dus tussen partijen vast, maar heeft de rechtbank dit in strijd met art. 149 Rv niet vastgesteld (SO TSG, nr. 70-72). Volgens TSG is de rechtbank in strijd met art. 24 Rv buiten de feitelijke grondslag van [verzoeker] s vordering getreden en moet de Hoge Raad daarom afzien van beantwoording van vraag 6 (SO TSG, nr. 73-75). Hoe dan ook kan beantwoording van vraag 6 volgens TSG niet leiden tot een beslissing van de zaak omdat zij uitgaat van de verkeerde feitelijke grondslag, en ook vragen 1 t/m 5 niet kunnen leiden tot een beslissing in deze zaak (SO TSG, nr. 76-80). TSG gaat vervolgens (desondanks) in op vragen 1 t/m 5. TSG beantwoordt vraag 1 ontkennend: de Wok strekt niet tot nietigheid van kansspelovereenkomsten (SO TSG, hfst. 6, nr. 112-197), vraag 2 bevestigend: de Wok heeft haar strekking tot nietigheid verloren (SO TSG, hfst. 8, nr. 319- 365), vraag 3 ontkennend en vraag 4 bevestigend (SO TSG, hfst. 9, nr. 366-435) en betoogt in hoofdstuk 11 dat vraag 5 geen beantwoording behoeft omdat de overeenkomsten niet nietig zijn, terwijl zij, veronderstellenderwijs nietigheid tot uitgangspunt nemend, verder betoogt dat een vordering uit onverschuldigde betaling van deelnemer [verzoeker] niet toewijsbaar is (SO TSG, hfst. 11, nr. 513-548). TSG bespreekt verder verschillende onderwerpen. Zo geeft TSG, na een inleiding in hoofdstuk 1, in hoofdstuk 2 een "realistisch beeld van de online kansspelmarkt vóór 1 oktober 2021", in het kader waarvan zij kansspelaanbieders, wet- en regelgeving uit EU-lidstaten, zorgplicht en zelfregulering, cijfers van deelnemers, bestedingen en brutospeelresultaat, publieke bekendheid met het verbod en het ontbreken van een vergunningmogelijkheid bespreekt (SO TSG, nr. 21-47). In hoofdstuk 3 bespreekt TSG het contractuele kader, welke kansspelen er zijn en de geldstromen en afgescheiden vermogen. Hoofdstuk 4 (beantwoording vraag 6) is hiervoor al besproken. In hoofdstuk 5 wordt de tendens in literatuur en rechtspraak besproken om de nietigheid van rechtshandelingen en de gevolgen van een dergelijke nietigheid terug te dringen. Hoofdstuk 7 bevat een bespreking van het beleid en handhaving in de periode vanaf de opkomst van kansspelen via internet tot aan de invoering van de Wet kansspelen op afstand. In hoofdstuk 10 betoogt TSG dat in het kader van de beantwoording van vragen 3 tot en met 5 het Nederlandse kansspelbeleid moet worden getoetst aan art. 56 VWEU (vrijheid van dienstverlening). Het totaalverbod op online kansspelen is volgens TSG in strijd met art. 56 VWEU, omdat het absoluut ongeschikt was om verwezenlijking van het daarmee nagestreefde doel te waarborgen en omdat evenmin sprake was van een samenhangende en stelselmatige beperking op het vrij dienstenverkeer. TSG betoogt dat het rechtsgevolg van die strijdigheid is dat het Nederlandse recht Unierechtconform moet worden geïnterpreteerd, dan wel dat art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Wok en/of art. 3:40 BW buiten toepassing moeten worden gelaten. Ter

onderbouwing hiervan heeft zij een deskundigenrapport van [deskundige 1] en [deskundige 2] overgelegd (SO TSG, productie 15).8 Hoofdstuk 12 bevat tot slot een afronding.

3.16 De opmerkingen van de derden tevens aanbieders van kansspelen (namelijk Electraworks,9 N1, BML en Risepoint, hierna gezamenlijk: derden aanbieders) strekken tot beantwoording van de vragen in dezelfde zin als TSG ze heeft beantwoord: de Wok heeft nooit de strekking gehad om daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten (vraag 1), maar als dat wel zo zou zijn dan heeft de Wok die strekking verloren (vraag 2), kansspelovereenkomsten zijn (dus) niet nietig op grond van art. 3:40 BW (vraag 3), waarbij geldt dat (het voldoen aan) de prioriteringscriteria niet relevant is/zijn voor de beantwoording van de prejudiciële vragen (vraag 4) en eventuele nietigheid van de kansspelovereenkomsten geen vordering tot terugbetaling oplevert van geleden verlies op grond van onverschuldigde betaling (vraag 5). De derden aanbieders zijn bovendien van mening dat het Nederlandse totaalverbod op online kansspelen in de periode tot 1 oktober 2021 in strijd was met het Unierecht en dat het gevolg daarvan noodzakelijkerwijs is dat de vorderingen van de spelers moeten worden afgewezen. Zij stellen dat als de Hoge Raad dit anders ziet prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie overwogen kunnen worden (SO N1, nr. 6.10; SO BML, nr. 6.10 en SO Risepoint, nr. 68).

3.17 Hier kan nog het volgende aan worden toegevoegd.

3.18 N1 en BML10 sluiten zich, na inleidende opmerkingen in hoofdstukken 1 t/m 3, wat betreft het feitelijk kader aan bij de SO van Electraworks & TSG, meer in het bijzonder hoofdstuk 2, par. 6.3 en hoofdstuk 7 (SO N1, nr. 3.2 en SO BML, nr. 3.2). Zij vullen daarnaast ook feiten aan die specifiek op hun situatie betrekking hebben, bespreken de (aard van de) kansspelovereenkomsten die zij hebben gesloten en bespreken de invloed van het Unierecht op de beantwoording van de vragen (SO N1, hfst. 4 t/m 6 en SO BML hfst. 4 t/m 6). De zes prejudiciële vragen bespreken en beantwoorden zij in hoofdstukken 7 t/m 12, waarna zij afsluiten met een conclusie in hoofdstuk 13. In het kader van vraag 1 bespreken N1 en BML dat deze vraag ziet op lid 2 en lid 3 van art. 3:40 BW, dat het de vraag is of wel sprake is van een rechtshandeling, welke rol art. 7A:1825 e.v. BW speelt en dat de strekking van de Wok, zoals blijkt uit wetsgeschiedenis, rechtspraak en maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen, niet is dat rechtshandelingen nietig zijn, zodat lid 2 van art. 3:40 BW niet van toepassing is (SO N1, hfst. 7 en SO BML, hfst. 7). In het kader van vraag 2 bespreken zij dat de vraagstelling te beperkt is, omdat het niet alleen zou moeten gaan om het handhavingsbeleid van de Ksa in de relevante periode, maar ook mededelingen en beleid van de Ksa en Staatssecretarissen en het wetswijzigingstraject van de Wok. Als al sprake zou zijn van een strekking tot nietigheid of vernietigbaarheid, dan volgt volgens N1 en BML uit rechtspraak, wetsgeschiedenis, beleid en mededelingen van de Ksa en Staatssecretarissen en maatschappelijke ontwikkelingen dat sprake is van strekkingsverlies (SO N1, hfst. 8 en SO BML, hfst. 8). N1 en BML bespreken in het kader van vraag 2 ook het bestaan van, en de relevantie van de grijze lijst. In het kader van vraag 3 bespreken N1 en BML lid 1 van art. 3:40 BW, dat niet duidelijk is of het enkele gelegenheid geven tot deelname aan kansspelen kwalificeert als rechtshandeling, de rol van art. 7A:1825 e.v. BW, en dat verschillende feitenrechters hebben geoordeeld dat lid 1 van art. 3:40 BW niet van toepassing is op zaken als onderhavige (SO N1, hfst. 9 en SO BML, hfst. 9). In het kader van vraag 4 bespreken N1 en BML dat het niet relevant is of is voldaan aan de prioriteringscriteria, maar dat wél relevant is dat deze criteria bestonden omdat zij laten zien dat het beleid was gericht op kanalisatie (het behouden van het aanbod in de juiste vorm) en niet het volledig de kop indrukken van illegaal aanbod (SO N1, hfst. 10 en SO BML, hfst. 10). Vraag 5 beantwoorden N1 en BML in die zin dat eventuele nietigheid geen gevolgen behoort te hebben voor de status quo in de vermogensrechtelijke verhoudingen tussen aanbieders en spelers, omdat wederzijdse ongedaanmakingsverbintenissen in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:2), omdat art. 6:211 BW de terugbetalingsvorderingen van de spelers blokkeert en omdat de vordering tot terugbetaling van de inleg van de speler moet worden verrekend met de vordering van de aanbieder tot vergoeding van de waarde van haar prestatie (SO N1, hfst. 11 en SO BML, hfst. 11). BML en N1 stellen dat de kansspelen die in vraag 6 aan de orde zijn in dit verband niet voor hen aan de orde zijn, en beantwoorden deze vraag niet (SO N1, hfst. 12 en SO BML, hfst. 12).

3.19

Na een inleiding in hoofdstuk 1 over o.m. de kern van de zaak, de vennootschap Risepoint en aanverwante vennootschappen en het belang van Risepoint bij de procedure, bespreekt Risepoint in hoofdstuk 2 als voorvraag of het Nederlandse verbod op online kansspelen in overeenstemming was met het Unierecht en betoogt zij dat het Nederlandse totaalverbod op online kansspelen een ongerechtvaardigde inbreuk vormde op het vrij verkeer van diensten van art. 56 VWEU (SO Risepoint, hfst. 2), met het gevolg dat overtreding van het totaalverbod niet leidt tot nietigheid van kansspelovereenkomsten (SO Risepoint, nr. 32). Risepoint bespreekt daarbij ook de achtergrond van de afschaffing van het totaalverbod, waaronder de Placanica-doctrine, inhoudende dat handhaving tegen aanbieders die door strijd met het Unierecht geen vergunning konden krijgen, niet is toegestaan (SO Risepoint, par. 2.8). In hoofdstuk 3 bespreekt Risepoint vraag 1, art. 3:40 BW en art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Wok, en concludeert dat de Wok niet de strekking heeft rechtshandelingen aan te tasten. In hoofdstuk 4 beantwoordt Risepoint vraag 2. Daarbij gaat Risepoint in op de strekkingsverlies-jurisprudentie, de omstandigheid dat in Nederland en Europa op grote schaal aan onvergunde kansspelen werd deelgenomen, het feit dat de wetgever al sinds 2000 online kansspelen aan het legaliseren en reguleren was, het feit dat het aanbieden van online kansspelen door in Nederland onvergunde (bonafide) aanbieders niet meer als maatschappelijk onwenselijk, illegaal of strafwaardig werd ervaren, de omstandigheid dat het beleid was gericht op continuering van het aanbod van bonafide aanbieders, het feit dat strekkingsverlies is erkend door het Hof Amsterdam, het belang van de grijze lijst. Risepoint concludeert dat de Wok in ieder geval de strekking heeft verloren om rechtshandelingen aan te tasten. In hoofdstuk 5 beantwoordt Risepoint vraag 3 in de zin dat onvergunde online kansspelovereenkomsten niet nietig zijn en dat een beroep op art. 3:40 lid 2 BW ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In hoofdstuk 6 bespreekt Risepoint vraag 4 en concludeert dat de prioriteringscriteria van de Ksa niet relevant zijn voor beantwoording van de derde vraag, dan wel dat sprake is van strekkingsverlies ten aanzien van aanbieders die zich conformeerden aan de prioriteringscriteria. In hoofdstuk 7 betoogt Risepoint in het kader van de beantwoording van vraag 5 dat door spelers geleden verliezen om verschillende redenen niet kunnen worden teruggevorderd, waarbij zij ingaat op de verbintenissen uit kansspelovereenkomsten, art. 7A:1828 BW, de BW-bepalingen over onverschuldigde betaling en ongedaanmakingsverbintenissen, de waardering van prestaties onder een kansspelovereenkomst, verrekening, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de Placanica-doctrine. In hoofdstuk 8 betoogt Risepoint dat er geen kansspelovereenkomst is als de aanbieder louter faciliteert, dat de Wok niet (meer) de strekking heeft dergelijke (faciliterings)overeenkomsten aan te tasten, en dat bij onverhoopte vernietiging van dergelijke overeenkomsten verrekening kan plaatsvinden en in ieder geval niet het door de deelnemer geleden verlies kan worden teruggevorderd van de aanbieder. In het geval van het aanbieden aan spelers van een online mogelijkheid om tegen elkaar te spelen, worden de antwoorden op de vragen één tot en met vijf niet anders volgens Risepoint.

3.20 Er zijn ook schriftelijke opmerkingen gemaakt door derden die geen aanbieders zijn van kansspelen, namelijk door [A] en de Ksa.

3.21 [A] heeft opmerkingen gemaakt omdat de vragen o.m. betrekking hebben op de invloed van maatschappelijke ontwikkelingen en van het handhavingsbeleid van de overheid op de strekking van art. 1 Wok, en omdat [betrokkene 1] als advocaat sinds 2001 nauw betrokken is bij de relevante ontwikkelingen in de kansspelsector, en hij in het licht van zijn directe betrokkenheid en kennis van de feiten een reële bijdrage aan de beantwoording van de vragen meent te kunnen leveren (SO [A] , Vooraf).11 [A] verwijst, na een inleiding in hoofdstuk 1, voor de feitelijke achtergrond van de zaak naar hoofdstukken 2, 3 en 7 van de SO van Electraworks & TSG (SO [A] , nr. 2.1) en sluit zich aan bij de conclusies van het deskundigenrapport van [deskundige 1] en [deskundige 2] (SO [A] , nr. 2.2). In hoofdstuk 3 verkent hij de prejudiciële vragen en betoogt hij dat art. 3:40 BW het vertrekpunt moet zijn van de beantwoording van alle prejudiciële vragen (SO [A] , nr. 3.1). In hoofdstuk 4 bespreekt [A] art. 3:40 BW. In hoofdstuk 5 betoogt hij dat de Wok nooit de strekking heeft gehad om daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, dan wel die strekking heeft verloren (vragen 1 en 2). [A] bespreekt dat de Wok niet bepaalt dat het sluiten van een kansspelovereenkomst verboden is en, veronderstellenderwijs ervan uitgaand dat de Wok dit wel verbiedt, de Wok niet de strekking heeft dat dergelijke rechtshandelingen nietig zijn. In dat kader bespreekt hij een voorloper van de Wok, de Loterijwet 1905, en de (wetsgeschiedenis van de) Wok. In hoofdstuk 5 komen eveneens de

maatschappelijke ontwikkelingen na de invoering van de Wok in 1964 aan bod, waaronder activiteiten van de wetgever, de Betfair-rechtspraak van het Hof van Justitie op grond waarvan in een deel van de relevante periode in enkele kansspelsectoren niet meer handhavend mocht worden opgetreden tegen in Nederland onvergund aanbod, het prioriteringsbeleid van de Ksa, getuigenverklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 1] en de relevantie van de grijze lijst. In hoofdstuk 6 bespreekt [A] vragen 3 en 4. Volgens [A] moet vraag 3 ontkennend worden beantwoord (geen nietigheid o.g.v. art. 3:40 BW) omdat de Wok niet de strekking heeft om de rechtsgeldigheid van rechtshandelingen aan te tasten, althans omdat die strekking verloren is gegaan, en subsidiair omdat de redelijkheid en billijkheid in dit geval aan nietigheid op grond van art. 3:40 BW in de weg staat. Verder is in dat geval niet relevant of een aanbieder voldeed aan de prioriteringscriteria van de Ksa, dan wel geldt subsidiair dat de aanbieders die zich aan de voorwaarden hielden instrumenteel waren voor het Nederlandse kansspelbeleid en dat dit redelijkerwijs moet meebrengen dat overeenkomsten die deze aanbieders sloten, niet nietig zijn. In hoofdstuk 7 bespreekt [A] de rechtsgevolgen van een nietige kansspelovereenkomst (vraag 5), waaronder dat de aard van de prestaties van de aanbieders uitsluit dat zij ongedaan gemaakt worden (art. 6:210 lid 2 BW), dat de prestaties van de aanbieders niet op geld behoren te worden gewaardeerd (art. 6:211 lid 1 BW), dat wederzijdse vorderingen van speler en aanbieder in omvang gelijk zijn en kunnen worden verrekend, en dat een vordering uit onverschuldigde betaling wordt beperkt door de redelijkheid en billijkheid. In hoofdstuk 8 bespreekt [A] vraag 6. Daarbij verwijst hij naar de beantwoording van TSG & Electraworks, en daaraan voegt hij toe dat poker alleen tussen spelers onderling wordt gespeeld en er dus niets valt terug te vorderen van de aanbieder. In hoofdstuk 9 bespreekt hij art. 7A:1825 e.v. BW. Hoofdstuk 10 bevat een conclusie.

3.22 De opmerkingen, tot slot, van een andere derde niet-aanbieder, de Ksa, dienen ter aanvulling en correctie van de voorlopige oordelen van de rechtbank over de taak en het beleid van de Ksa, en zijn m.n. van belang voor de beantwoording van vragen 2 en 4 (SO Ksa, nr. 1.2).12 De Ksa voert aan dat de kansspelmarkt extra gevoelig is voor fraude, bedrog en verslaving; dat de verslavingsrisicos bij de online kansspelmarkt (zeer) hoog zijn en, in het bijzonder voor minderjarigen en personen met een (te ontwikkelen) bijzondere goklust, extra verslavingsrisicos meebrengt o.m. vanwege het ontbreken van direct contact tussen aanbieder en deelnemer, de gemakkelijke permanente toegang en het ontbreken van sociale controle; dat kansspelverslaving forse negatieve persoonlijke en sociaal-maatschappelijke gevolgen heeft; en dat de Ksa sinds haar oprichting op 1 april 2012 actief en zichtbaar handhavend heeft opgetreden tegen onvergunde online kansspelaanbieders (SO Ksa, nr. 2.1-2.7). Sinds haar oprichting behoort optreden tegen kansspelen op internet tot de hoogste prioriteiten van de Ksa, maar vanwege capaciteitsgebrek en de aard van de overtreding heeft de Ksa met prioriteit handhavend opgetreden tegen aanbieders die aan bepaalde criteria voldeden (prioriteringscriteria); dit beleid was volgens de Ksa handhavingsbeleid en geen gedoogbeleid (SO Ksa, nr. 3.1-3.25). De Ksa heeft zich nooit kunnen vinden in overwegingen van de rechtbank Amsterdam en het hof Amsterdam dat sprake zou zijn van gedragsrichtlijnen die een aanbieder van online kansspelen in acht zou moeten nemen wil tegen hem niet gehandhaafd worden (SO Ksa, nr. 3.11).13

4 Kansspelovereenkomsten

De afdeling "Van spel en weddingschap" (art. 7A:1825 7A:1828 BW)

4.1 De derde afdeling van titel 16 van boek 7A BW (Van kans-overeenkomsten) bevat vier bepalingen over spel en weddingschap (art. 7A:1825 t/m 7A:1828 BW). Het gaat om bepalingen uit het Oud BW, die nog steeds gelden omdat een voorontwerp op dit punt het nooit tot wet heeft gebracht.14 De twee relevante bepalingen luiden:

Art. 7A:1825 BW

De wet staat geene regtsvordering toe, ter zake van eene schuld uit spel of uit weddingschap voortgesproten.

Art. 7A:1828 BW

In geen geval, kan hij die het verlorene vrijwillig betaald heeft hetzelve terug eischen, ten ware, van de kant van dengenen die gewonnen heeft, bedrog, list of opligting hebbe plaats gehad.

4.2 Een overeenkomst van spel en weddenschap is een bijzondere kansovereenkomst en kan worden gedefinieerd als de kansovereenkomst die de kansen van partijen op winst en verlies afhankelijk stelt van een onzekere gebeurtenis waarbij partijen vóór het aangaan van de overeenkomst geen of slechts een andersoortig belang hadden.15 Spel en weddenschap vormen samen één begrip: het maakt voor het rechtsgevolg niet uit of een overeenkomst als spel of weddenschap wordt gedefinieerd.16

4.3 Op een overeenkomst van spel en weddenschap kan geen rechtsvordering worden gebaseerd (art. 7A:1825 BW). De winnende partij kan dus niet in rechte afdwingen dat de verliezende partij haar speelschuld voldoet.17 De verliezende partij kan daarentegen, behoudens kort gezegd bedrog, niet in rechte afdwingen dat haar wederpartij teruggeeft wat zij de verliezende partij vrijwillig uit hoofde van haar speelschuld heeft voldaan (art. 7A:1828 BW).18 Overeenkomsten van spel en weddenschap hebben dus een zekere werking: zij vormen een rechtsgeldige titel voor de vermogensverschuiving van de vrijwillig betaalde schuld.19 Dergelijke overeenkomsten zijn anders gezegd geldig; zij zijn niet nietig.

4.4 Voor deze regeling van beperkte gevolgen van dergelijke overeenkomsten zijn in de literatuur verschillende redenen aangedragen: spel en weddenschap zouden onzedelijk zijn, spel en weddenschap zouden tijdverspilling zijn zowel voor de spelers als voor de rechterlijke macht als deze de speelschulden zou moeten behandelen, en grote schulden uit spel en weddenschap zouden kunnen leiden tot ruïneuze gevolgen voor de speler en zijn gezin.20 Er is evenwel ook kritiek op de gedachte dat een overeenkomst van spel en weddenschap onzedelijk of immoreel is.21 In redelijkheid zou dat niet (meer) kunnen worden volgehouden, omdat het maatschappelijk is geaccepteerd dat kansspelen legitiem vermaak bieden en de overheid bovendien zelf ook profiteert van kansspelen.22

Voorontwerp titel 16 van boek 7

4.5 De hiervoor weergegeven regeling is afkomstig uit het Oude Burgerlijk Wetboek, maar is nog steeds geldend recht. Er is weliswaar een voorontwerp gemaakt voor een nieuwe titel 7.16, maar die is nooit in de wet opgenomen.23

4.6 Voor een goed begrip van de status van dit voorontwerp maak ik enkele opmerkingen over de geschiedenis ervan. Die laat zich als volgt samenvatten. Meijers had het idee om boek 7 te wijden aan bijzondere overeenkomsten. Hij heeft daarvoor een indeling gemaakt en heeft voor het merendeel van de overeenkomsten voorlopige teksten opgesteld,24 die echter nooit zijn gepubliceerd.25 Een toelichting van Meijers ontbrak.26 Na het overlijden van Meijers in juni 1954 rees de vraag hoe de nagelaten concepten van Meijers zouden kunnen worden voltooid.27 Minister Donker besloot de te bewerken stof te verdelen over een aantal juristen. Zij kregen de opdracht om de concepten van Meijers zo weinig mogelijk te veranderen; het ging hem in de eerste plaats om de toelichting.28 De bewerking van de titel over spel en weddenschap, destijds nog de beoogde titel 17,29 werd opgedragen aan De Jong.30 Eind december 1954 had de titel spel en weddenschap in tegenstelling tot verschillende andere titels nog geen toelichting.31 Tussen 1954 en 1961 is verder ook zeer weinig gebeurd aan boek 7.32 In 1961 werden vervolgens voor elk van de titels voor boek 7 die Meijers had bedacht (nieuwe) personen aangewezen om een voorontwerp met toelichting te maken. De Jong was met de coördinatie en eindredactie belast.33 De titel over spel en weddenschap werd opgedragen aan E.J.A. Fischer-Keuls. De opdracht was dit keer anders dan in 1954 niet om de door Meijers opgestelde teksten in beginsel ongewijzigd te laten: de juristen waren in 1961 juist volledig vrij in hun bewerking van de concepten van Meijers.34 In 1972 verscheen uiteindelijk het Groene Boek 7 met 20 titels.35

4.7 Dit levert het volgende beeld op. De tekst van het voorontwerp is mogelijk (deels) van Meijers afkomstig, of (deels) van andere juristen die zich na Meijers overlijden met de titel spel en weddenschap hebben bezig gehouden.36 De toelichting is in ieder geval niet van Meijers afkomstig. De Jong heeft daarvoor in 1954 de opdracht gekregen, maar in ieder geval tot 1961 (toen Fischer-Keuls de opdracht kreeg) lijkt er geen toelichting te zijn opgesteld. Het lijkt er sterk op dat de toelichting dus (volledig) van de hand van Fischer-Keuls is.37

4.8 Na 1972 is het rustig gebleven rond het voorontwerp. In 1990 schreef De Boer dat het de bedoeling was dat de materie van Boek 7 niet als één geheel aan het parlement zou worden voorgelegd, maar

telkens bij afzonderlijk wetsontwerp; verschillende titels waren toen ter hand genomen maar titel 7.16 nog niet.38 Van der Grinten schreef in 1991 dat het grootste gedeelte van het voorontwerp sinds 1972 in ruste was, en dat voor het merendeel van de onderwerpen zelfs geen wetsvoorstel in voorbereiding was.39 Dat gold ook toen nog voor de titel over spel en weddenschap (titel 7.16). Ook daarna lijkt er niets meer met het voorontwerp voor titel 7.16 te zijn gedaan.40 Het voorontwerp voor titel 16 van boek 7 heeft het met andere woorden nooit gebracht tot een parlementaire behandeling. Van der Grinten meende in 1991 bovendien dat het weinig zin had om over kansspelen en andere spelen bepalingen in het Burgerlijk Wetboek op te nemen.41

4.9 Art. 7.16.1 van het Voorontwerp luidde:

1. Uit overeenkomsten tot deelneming aan een kansspel ontstaan geen verbintenissen. Niettemin kan hetgeen uit hoofde van een zodanige overeenkomst vrijwillig is voldaan, na afloop van het spel niet worden teruggevorderd, tenzij de overeenkomst nietig of vernietigbaar is, bij haar uitvoering bedrog is gepleegd, of de verliezer door de voldoening in een noodtoestand is geraakt.

2. Het eerste lid is niet van toepassing op elders in de wet geregelde kansspelen die aan de voor hun geoorloofdheid gestelde vereisten voldoen.42

4.10 In lid 1 wordt de term kansspel gebruikt. Daarmee wordt volgens de toelichting aangesloten bij de Wok, waarin in art. 1 lid 1 aanhef en onder a is vermeld wat onder een kansspel wordt verstaan.43 Uit de toelichting blijkt dat het ontwerp de regeling van art. 1825 e.v. BW (oud) handhaaft dat kansspelovereenkomsten geen volwaardige verbintenissen opleveren, in de zin dat uit dergelijke overeenkomsten geen in rechte afdwingbare verbintenissen ontstaan maar dat wat uit hoofde van een dergelijke overeenkomst vrijwillig is voldaan na afloop van het spel niet kan worden teruggevorderd.44 Het voorontwerp berust op de gedachte "dat het deelnemen aan kansspelen op zedelijke en maatschappelijke gronden afkeurenswaardig is, zodat in beginsel het recht aan deze overeenkomsten geen juridische consequenties behoort te verbinden, maar dat anderzijds deze afkeurenswaardigheid niet zo ver gaat, dat deze overeenkomsten als nietig moeten worden beschouwd met het gevolg dat de verliezer het door hem uit hoofde van de overeenkomst betaalde ook na afloop van het spel nog als onverschuldigd betaald zou kunnen terugvorderen".45

4.11 Is het spel beëindigd en is de daaruit voortgekomen schuld voldaan, dan kan het betaalde dus niet meer worden teruggevorderd, tenzij één van de uitzonderingen genoemd aan het slot van lid 1 van art. 7.16.1 zich voordoet. De verschillende uitzonderingen zijn het geval dat "de overeenkomst nietig of vernietigbaar is, bij haar uitvoering bedrog is gepleegd, of de verliezer door de voldoening in een noodtoestand is geraakt". De regeling in het BW kent alleen een uitzondering in het geval van "bedrog, list of opligting" (art. 7A:1828 BW). In de toelichting bij het ontwerp wordt geëxpliciteerd dat "het betaalde wèl kan worden teruggeëist als de overeenkomst nietig is wegens strijd met de wet of met de openbare orde of de goede zeden of als zij op een der in de wet aangegeven gronden wordt vernietigd".46 Dat volgt echter ook al, zo wordt toegelicht, uit de algemene regels over rechtshandelingen in boek 3 en over overeenkomsten in boek 6, omdat die ook van toepassing zijn op kansspelovereenkomsten.47

4.12 Het tweede lid van art. 7.16.1 bepaalt dat het eerste lid niet van toepassing is op elders in de wet geregelde kansspelovereenkomsten die aan de voor haar geoorloofdheid gestelde vereisten voldoen.48 Uit de toelichting blijkt dat hiermee in de eerste plaats wordt gedoeld op kansspelen waarop de Wok betrekking heeft. Wordt niet aan de vereisten van de Wok voldaan "dan zijn overeenkomsten tot deelneming aan die spelen nietig en is de uitzondering, opgenomen aan het slot van het eerste lid, van toepassing", aldus de toelichting.49 Met andere woorden: hetgeen is gepresteerd op grond van een dergelijke nietige overeenkomst kan worden teruggevorderd.

4.13 Zoals gezegd is dit voorontwerp nooit ingevoerd. Minister Donner gaf daarover, vele jaren na de totstandkoming van het ontwerp en de toelichting, in een brief aan de Tweede Kamer de volgende uitleg:50

"De volgende overwegingen spelen een rol bij de vraag naar de noodzaak en het belang van titel 7.16. Deze titel berust nog op de gedachte dat het deelnemen aan een kansspel op zedelijke en maatschappelijke gronden afkeurenswaardig is, zodat de wetgever aan deze overeenkomsten geen juridische consequenties hoort te verbinden. Dit gaat echter niet zo ver dat hetgeen na afloop aan de

winnaar vrijwillig is voldaan, als onverschuldigd betaald teruggevorderd kan worden. Dit uitgangspunt is neergelegd in artikel 7.16.1 lid 1 van het voorontwerp. Hierop wordt in lid 2 een uitzondering gemaakt indien de wet een kansspel geoorloofd acht. Hierbij is van belang dat kansspelen ingevolge de Wet op de kansspelen verboden zijn, tenzij een vergunning is verleend. Van dit verbod zijn ingevolge artikel 2, aanhef en onder a, van de wet uitgezonderd kansspelen die noch voor het publiek zijn opengesteld, noch bedrijfsmatig worden gegeven. Hieruit volgt enerzijds dat in afwijking van artikel 7.16.1 lid 1 verbintenissen uit krachtens de Wet op de kansspelen toegestane kansspelen in rechte afdwingbaar zijn. Anderzijds volgt daaruit dat krachtens deze wet verboden overeenkomsten van kansspelen ingevolge artikel 3:40 lid 2 BW nietig zijn, zodat ook weer in afwijking van artikel 7.16.1 lid 1 hetgeen vrijwillig is voldaan wel teruggevorderd kan worden. Omdat thans alle kansspelen onder de werking van de Wet op de kansspelen vallen, heeft titel 7.16 dan ook geen betekenis. Bij de voorgenomen herziening van de Wet op de kansspelen zullen bepaalde kansspelen mogelijk ook zonder vergunning worden toegestaan. Voor dergelijke kansspelen zou, omdat ook deze geoorloofd zijn, titel 7.16 ook van geen betekenis zijn. Omdat het daarbij om relatief onschuldige kansspelen gaat, zoals bijvoorbeeld promotionele kansspelen, kan ook niet gezegd worden dat deze afkeurenswaardig zijn. Dit alles lijkt er op te wijzen dat de noodzaak en het belang van invoering van titel 7.16 BW afwezig is, doch een definitieve beslissing daarover kan pas worden genomen indien duidelijk is hoe de thans voorgenomen herziening van de Wet op de kansspelen zijn beslag krijgt. Daarbij zal ook onder ogen moeten worden gezien of titel 7.16 BW mogelijk toch nog van belang kan zijn voor kansspelen als bedoeld in artikel 2, aanhef en onder a, van de Wet op de kansspelen. Zie immers ook artikel 39 van deze wet.”51 (onderstreping door mij, A-G)

Samenvatting

4.14 Resumerend kan worden vastgesteld dat kansspelovereenkomsten, zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek, niet nietig maar geldig zijn, zij het dat de wetgever er geen volledige werking aan heeft toegekend. Betalingen op grond van dergelijke overeenkomsten zijn immers niet in rechte afdwingbaar maar kunnen, eenmaal vrijwillig voldaan, in beginsel niet worden teruggevorderd. In beginsel, want als sprake is van bedrog, list of oplichting kan het betaalde wel worden teruggevorderd (art. 7A:1828 BW). In het nooit ingevoerde voorontwerp en de toelichting wordt gesteld dat het betaalde ook nog kan worden teruggevorderd als de overeenkomst nietig of vernietigbaar is. Volgens de toelichting is dat vanwege strijd met de wet, waaronder begrepen de Wok, de openbare orde of de goede zeden en volgt dat ook reeds uit de algemene regels uit Boek 3 BW.

5 Kansspelwetgeving en kansspelbeleid

Opzet

5.1 Naast de hiervoor beschreven privaatrechtelijke regeling van de kansspelovereenkomst heeft de wetgever beoogd het spelen van kansspelen met wetgeving (in het bijzonder de Wok) te reguleren. Voor een goed begrip van de huidige Wok maak ik eerst enkele opmerkingen over de geschiedenis en uitgangspunten van wettelijke regulering van kansspelen.52 Daarna ga ik meer specifiek in op de inhoud van de Wok. Vervolgens bespreek ik de ontwikkeling van de regulering en handhaving van kansspelen via internet. Ik sta in dat verband nog afzonderlijk stil bij de rol van civielrechtelijke handhaving. Tot slot ga ik in op de per 1 april 2021 geldende Wet kansspelen op afstand.

Regulering van kansspelen: uitgangspunten en geschiedenis

5.2 De kansspelregulering werd en wordt niet gekenmerkt door een categorisch verbod op kansspelen, maar door kanalisering. Telkens wanneer dreigt dat het publiek naar illegale kansspelen wordt gezogen, wordt daarop gereageerd met een legaal aanbod van kansspelen, waarmee enerzijds kan worden voorzien in de speelbehoefte door een alternatief te bieden voor het illegale aanbod, terwijl anderzijds het aanbod kan worden beperkt tot de bestaande behoefte en voorkomen kan worden dat door concurrentie de vraag verder wordt gestimuleerd.53 Het legale aanbod wordt bovendien voorzien van verschillende waarborgen ter bescherming van de spelers, zodat het voor hen aantrekkelijker is daarvoor te kiezen en niet voor het illegale aanbod en de daarmee samenhangende onzekerheden.54 Andere uitgangspunten van de regulering zijn dat de concurrentiestrijd zoveel mogelijk wordt beperkt

en dat de speelzucht niet wordt uitgebuit voor particulier gewin, maar de opbrengst van kansspelen ten goede komt aan het algemeen belang.55

5.3 De genoemde uitgangspunten zijn in voorlopers van de Wok vaak uitgewerkt door een verbodsbepaling met een ontheffing voor aanbieders die een vergunning hebben.56 Zo ook in de Loterijwet 1905, die een belangrijke basis vormt voor de Wok.57 De regering liet zich destijds leiden door de gedachte dat:

"() terwijl niet het aanleggen van en nog minder het deelnemen in elke loterij reeds op zich zelf als onzedelijk mag worden gebrandmerkt, de speelhartstocht als zoodanig en nog veel meer de exploitatie daarvan, ook van overheidswege strenge veroordeeling verdienen.

De exploitatie van dien speelhartstocht en daardoor dien hartstocht zelf zooveel mogelijk te beteugelen is een openbaar volksbelang, evenzeer als de intooming van de volksdrankzucht en van de exploitatie dáárvan.

Van deze overwegingen uitgaande verbiedt de ontworpen regeling niet onvoorwaardelijk elke loterij en treedt zij evenmin straf bedreigend op tegen den deelnemer in eene verboden loterij. Zij keert zich alleen tegen hen, die uit particulier winstbejag gelegenheid verschaffen tot het deelnemen in loterijen. Niet tegen den speler in de loterij is het ontwerp gericht, maar tegen de loterijen zelve en tegen hen, die de speelzucht ten eigen bate exploiteeren".58

5.4 De regering wilde drie dingen bereiken met de Loterijwet 1905: 1) bescherming van het individu tegen bedrog en misleiding, 2) bescherming van het individu tegen baatzuchtige exploitatie van zijn speelzucht die niet met bedrog of misleiding gepaard gaat en 3) tempering van de speellust bij het individu, ook door het verminderen en wegnemen van de daartoe geboden gelegenheid.59 De Loterijwet 1905, die tot de invoering van de Wok in 1964, met verschillende wijzigingen, van kracht is geweest, kende in lijn met deze uitgangspunten een algemeen verbod op het houden en aanleggen van loterijen tenzij er toestemming was verleend (art. 2 aanhef en sub 1). De wet verbood tevens een aandeel in een loterij waarvoor geen toestemming was verleend "te verkoopen, te koop aan te bieden, af te leveren, uit te deelen of ten verkoop of ter uitdeeling in voorraad te hebben" (art. 2 aanhef en sub 3). Toestemming werd alleen verleend voor loterijen waarvan de opbrengst ten goede kwam aan, kort gezegd, het algemeen belang (art. 3). Art. 7 Loterijwet 1905 bepaalde dat overtreding van de verbodsbepalingen van art. 2 werd gestraft met een hechtenis of een geldboete.

5.5 In het kader van de Loterijwet 1905, zoals gezegd een voorloper van de Wok, heeft de Hoge Raad tweemaal geoordeeld over de geldigheid van (koop)overeenkomsten in verband met loterijen die onder die wet vielen. In een arrest uit 1918 liet de Hoge Raad een arrest van het hof Den Haag in stand, waarin het hof had geoordeeld dat een koopovereenkomst waarbij een aandeel in een verboden loterij (de vereiste toestemming was niet verleend) was gekocht een ongeoorloofde oorzaak had, en daarmee krachteloos (nietig) was. In cassatie werd geklaagd dat de Loterijwet 1905 niet het *kopen* van een lot verbood en ook niet uitdrukkelijk bepaalde dat overeenkomsten in strijd met de Loterijwet 1905 rechtsgevolgen missen.60 De Hoge Raad oordeelde echter dat het niet er niet toe deed dat de Loterijwet 1905 niet uitdrukkelijk bepaalde dat koopovereenkomsten geen rechtsgevolgen hebben, omdat de Loterijwet 1905 niet derogeert aan de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek:

"O. wat nu het middel zelf betreft () dat nu wel is waar in het middel is beweerd, dat het niet aannemelijk zou zijn, dat eene overeenkomst als de onderhavige geene rechtsgevolgen zou kunnen hebben, waar zulks niet uitdrukkelijk in de Loterijwet 1905 is bepaald, doch dat bij dit betoog uit het oog wordt verloren, dat de Loterijwet ten deze niet derogeert aan de voorschriften der tweede afdeeling van titel II van Boek III B. W. en mitsdien, zoo slechts vaststaat, dat de oorzaak der overeenkomst ongeoorloofd is ook met recht kon beslist worden, dat die overeenkomst geen rechtsgevolgen kon hebben."61

5.6 Als dus vaststond dat een overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak had, zoals in dit geval het verkopen van een lot in strijd was met de Loterijwet 1905, dan had zij geen rechtsgevolgen op grond van art. 1371 BW (oud). In een arrest uit 1923 heeft de Hoge Raad daaraan toegevoegd dat een nietigverklaring van een dergelijke koopovereenkomst niet nodig is de overeenkomst is van rechtswege krachteloos en dat het betaalde op grond van een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak als onverschuldigd kan worden teruggevorderd, waarbij het niet uitmaakt of beide partijen of

slechts één van beide partijen bij het sluiten van de overeenkomst in strijd met de wet, openbare orde of goede zeden hebben gehandeld.62 Op de vraag welke betekenis thans nog aan deze rechtspraak kan worden toegekend, kom ik terug in nr. 7.7.

De Wet op de kansspelen

5.7 Op 31 december 1964 is de Wet op de kansspelen in werking getreden.63 Achtergrond van deze wet is de opdracht die de Commissie Loterijwezen (hierna: de commissie) in 1958 kreeg om "het gehele vraagstuk van de loterijen en de daaraan verwante activiteiten in beschouwing te nemen en, mede met het oog op de hieraan verbonden algemene belangen op maatschappelijk en geestelijk gebied, van advies te dienen, met name over de vraag, of en in hoeverre wijziging of aanvulling van de geldende wettelijke bepalingen op dit stuk nodig zijn".64 De commissie heeft op 20 juni 1963 haar eindrapport ingediend, bestaande uit een voorontwerp van een wet, een ontwerp memorie van toelichting bij het voorontwerp en een ontwerp voor een algemene maatregel van bestuur.65 Het voorontwerp is door de wetgever vrijwel in zijn geheel overgenomen.66 Het uitgangspunt van de commissie om de materiële inhoud van bestaande bepalingen zoveel mogelijk te handhaven en alleen technische verbeteringen aan te brengen, is ook door de wetgever onderschreven.67 Destijds waren bepalingen over kansspelen verspreid over verschillende wetten.68 De wetgever achtte het van groot belang om tot harmonisatie en vereenvoudiging van de wetssystematiek te komen.69 Het onderscheid tussen hazardspel en loterij werd daarom opgeheven en het voorstel van de commissie om één algemene verbodsbepaling op te nemen werd gevolgd.70 Naast vereenvoudiging en harmonisatie wordt het voorontwerp van de Wok gekenmerkt door een kanaliserende gedachte: een gereguleerd aanbod van kansspelen zou misstanden aan producenten- en consumentenzijde van de kansspelmarkt kunnen voorkomen.71

5.8 De Wok bevatte bij invoering in 1964 een algemeen verbod in art. 1 Wok, kort gezegd, op a) het gelegenheid geven om mee te dingen naar prijzen bij kansspelen, tenzij er een vergunning is verleend, b) deelneming aan de gelegenheid onder a te bevorderen, c) gebruik te maken van een gelegenheid om mee te dingen naar prijzen bij kansspelen, wetende dat daarvoor geen vergunning is verleend en d) het opzettelijk in strijd met de waarheid wekken van het vermoeden dat een vergunning is verleend voor een gelegenheid onder a. Art. 2 bepaalde dat art. 1 Wok niet van toepassing was op, kort gezegd, kansspelen in de privésfeer, levensverzekeringen en premieleningen. Op de verboden van art. 1 Wok waren in titel VI strafsancties gezet. Art. 31 lid 1 Wok bepaalde dat "hij die hetgeen is verboden in art. 1, onder a en c, als bedrijf uitoefent wordt gestraft hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren en geldboete van ten hoogste vijftigduizend gulden, hetzij met één van deze straffen". Art. 33 Wok regelde de straf als de verbodsbepaling onder a niet als bedrijf werd overtreden, terwijl art. 34 Wok bepaalde dat overtreding van de verbodsbepaling van art. 1 onder c, behoudens het bepaalde in art. 31, wordt gestraft met een geldboete van ten hoogste duizend gulden.72 In 1964 bevatte de Wok nog geen bestuursrechtelijke sancties op overtreding van de bepalingen van art. 1 Wok.

5.9 Na invoering van de Wok in 1964 bleven vraag en aanbod in beweging, onder meer door nieuwe technologische ontwikkelingen.73 Er was dan ook kansspelaanbod dat niet aan de eisen voldeed. De wetgever speelde daarop in door wijziging en aanvulling van de Wok: een zich uitbreidend illegaal aanbod werd tegengegaan door het legale kansspelaanbod uit te breiden. Agressieve en riskante kansspelen werden gereguleerd om de (zwakkere) spelers te beschermen.74 Het voorontwerp voor de Wok bevatte zeven titels,75 terwijl de Wok nu vijftien titels kent.76

5.10 Ik bespreek hierna eerst de hoofdlijnen van de huidige77 Wok (nr. 5.11 e.v.). Daarna ga ik in op beleid, handhaving en wetgeving ten aanzien van kansspelen op afstand (nr. 5.15 e.v).

5.11 Het huidige art. 1 lid 1 Wok luidt:

"Behoudens het in Titel Va van deze wet bepaalde is het verboden:

a. gelegenheid te geven om mede te dingen naar prijzen of premies, indien de aanwijzing der winnaars geschiedt door enige kansbepaling waarop de deelnemers in het algemeen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen, tenzij daarvoor ingevolge deze wet vergunning is verleend;

b. de deelneming hetzij aan een onder a bedoelde gelegenheid, gegeven zonder vergunning ingevolge deze wet, hetzij aan een overeenkomstige gelegenheid, gegeven buiten het Rijk in Europa, te

bevorderen, daartoe middelen te verschaffen of daartoe voor openbaarmaking of verspreiding bestemde stukken in voorraad te hebben;

c. gebruik te maken van een onder a bedoelde gelegenheid, wetende dat voor het geven daarvan geen vergunning ingevolge deze wet is verleend;

d. opzettelijk in strijd met de waarheid het vermoeden te wekken dat voor een gelegenheid als onder a bedoeld ingevolge deze wet vergunning is verleend, of dat aan de verleende vergunning geen voorschrift of niet al de gestelde voorschriften zijn verbonden."

5.12 Art. 2 Wok strekt ertoe bepaalde gelegenheden of kansovereenkomsten van de werkingssfeer van het algemene verbod van art. 1 Wok uit te sluiten.78 Het bepaalt dat art. 1 Wok niet van toepassing is op, kort gezegd, a) gelegenheden die niet voor het publiek zijn opengesteld, noch bedrijfsmatig worden gegeven, b) toegestane levensverzekeringen en c) geldleningen die worden uitgeschreven door een publiekrechtelijk lichaam. De mogelijkheid om een vergunning te verlenen voor het organiseren van een kansspel is geregeld in art. 3 Wok, waarbij één van de vereisten is dat de opbrengst van het kansspel ten goede komt van het algemeen belang, tenzij de Wok anders bepaalt.79 De structuur van de Wok is kortom dat alle kansspel*gelegenheden* in beginsel verboden zijn, tenzij er vergunning is verleend of tenzij het kansspel onder één van de uitzonderingsbepalingen valt.80

5.13 Op grond van art. 5 en art. 6 Wok kunnen voorschriften aan de vergunning worden verbonden. In het Kansspelenbesluit worden die voorschriften verder uitgewerkt. De vergunning bevat strenge criteria, onder meer op het gebied van het voorkomen van fraude en misbruik, het voorkomen van kansspelverslaving en het waarborgen van een eerlijk spelverloop.81 Op grond van art. 7 Wok is het een vergunninghouder verboden om de vergunningvoorschriften te overtreden. De raad van bestuur van de Ksa heeft, kort gezegd, tot taak om vergunningen te verlenen, het voorkomen en het beperken van kansspelverslaving te bevorderen, niet toegestaan kansspelaanbod te bestrijden, op de naleving van de toepasselijke wet- en regelgeving en de vergunningen toe te zien en deze te handhaven (art. 33b Wok). Het toezicht op de naleving van de Wok is geregeld in titel VIa en de bestuursrechtelijke handhaving (bindende aanwijzing, last onder bestuursdwang, bestuurlijke boete, openbare waarschuwing, enz.) in titel VIb. De strafbaarstelling van het overtreden van de Wet op de kansspelen is geregeld in titel VIc. Zo zijn gedragingen in strijd met art. 1 aanhef en onder a Wok misdrijven voor zover zij opzettelijk zijn begaan en anders overtredingen (art. 36 lid 1 Wok), terwijl dergelijke gedragingen ook economische delicten zijn in de zin van de Wet op de economische delicten (art. 36 lid 3 Wok). Overtreding van de verbodsbepaling van art. 1 lid 1 aanhef en onder c Wok wordt gestraft met een geldboete (art. 36a lid 1 Wok).

5.14 De Wok bevat geen regels met betrekking tot privaatrechtelijke gevolgen van schendingen. De Wok bevat dus ook geen bepaling dat kansspelovereenkomsten die zijn gesloten zonder dat voor de gelegenheid daartoe een vergunning is verstrekt wel of niet nietig zijn. Zij bevat wel één bepaling die ziet op de civielrechtelijke gevolgen indien, kort gezegd, gelegenheid is gegeven *met* een vergunning. In art. 39, één van de slotbepalingen (titel VII), is namelijk bepaald dat artikel 1825 BW82 niet van toepassing is op prijzen en premies, behaald in gelegenheden, gegeven met vergunning ingevolge de Wok verleend. Artikel 39 Wok is niet toegelicht in de Memorie van Toelichting.83

Kansspelen via internet: beleid, wetgeving en handhaving in de jaren 90 tot aan de invoering van de Wet kansspelen op afstand op 1 april 2021

5.15 Het kansspelbeleid en de kansspelwetgeving worden, zoals gezegd, gekenmerkt door kanalisatie: het creëren van legaal, betrouwbaar en aantrekkelijk kansspelaanbod teneinde de bestaande speelbehoefte daarheen te leiden. De Wok is in dat kader verschillende keren uitgebreid bij de opkomst van nieuwe, nog niet gereguleerde kansspelen. Eén van de laatste aanpassingen is de invoering in 1993 van de instantloterij in titel IIa van de Wok.84 Een belangrijke ontwikkeling in de jaren daarna was de opkomst van kansspelen via internet. In die periode is een bijna eindeloze hoeveelheid materiaal over kansspelen (via internet) verschenen: rapporten, notas, notities, voortgangsrapportages, kamerbrieven, wetsvoorstellen, enz. Ik zal hierna op hoofdlijnen ingaan op de vraag hoe deze ontwikkeling in beleid, wetgeving en handhaving zich heeft voltrokken.

5.16 Ik begin met de bespreking van een beleidsnota waarin civielrechtelijke handhaving van de Wok en ook (voor het eerst) kansspelen via het internet aan de orde komen. De beleidsnota Kansspelen herijkt

uit het vergaderjaar 1995-1996 bevat een uitvoerige bezinning op het bestaande en toekomstige kansspelbeleid.85 Het centrale uitgangspunt bij de totstandkoming van de Wok in de jaren 60 was, aldus het kabinet, het kanaliseren van de menselijke speelzucht.86 De wetgever was er zich namelijk van bewust dat, hoewel aan het beoefenen van het kansspel diverse bezwaren kleven, het wagen van een gokje of speelzin een behoefte is die nu eenmaal bestaat.87 Indien bij gebrek aan een voldoende legaal aanbod onvoldoende aan deze speelzin tegemoet zou worden gekomen, zou de burger zich richten op buitenlandse kansspelen of het illegale aanbod.88 Daarom moest een beperkt legaal aanbod worden bevorderd onder strikt in de wet neergelegde voorwaarden, waarbij de opbrengst ten goede diende te komen aan de schatkist of het particulier initiatief.89 Het kansspelbeleid rustte dus op drie pijlers: i) het in goede banen leiden van het gelet op de menselijke behoefte onuitroeibare kansspel, met het oog op de bescherming van de spelers, de integriteit van het spel en het tegengaan van uitwassen en misstanden, zoals criminaliteit en verslaving; ii) fondsenwerving: het ten goede laten komen van de opbrengsten van het kansspel aan de staatskas en de goede doelen; en iii) het tegengaan van illegaliteit of van het wegvloeien van gelden naar buitenlandse aanbieders.90 Het in theorie beperkte91 legale aanbod werd steeds verder verruimd, onder meer door een kansspelbevorderend klimaat van toenemende concurrentie tussen aanbieders en toenemende reclame.92 Steeds meer vormen van kansspelen werden van het algemeen verbod uitgezonderd.93 Daarbij speelden veranderende maatschappelijke opvattingen over de toelaatbaarheid van bepaalde vormen van het kansspel een rol, maar ook de taxatie van de mogelijkheden om een verbod effectief te kunnen handhaven.94 De maatschappelijke acceptatie van (verschillende vormen van) het kansspel nam toe, maar ook de negatieve effecten zoals goksverslaving en criminaliteit.95 Het kabinet maakte zich zorgen over dat laatste en wilde dan ook aanscherping van het beleid. Kort gezegd: geen uitbreiding maar bevriezing van het kansspelaanbod, minder reclame en minder speelautomaten.96 Bij de handhaving stond het kabinet een integrale aanpak voor, waarbij het met name ging om het tegengaan van illegaal parallelaanbod en overtredingen van artikel 1 lid 1, aanhef en onder b, van de Wet op de kansspelen (waarin kort gezegd is verboden de deelneming aan een buitenlands kansspel te bevorderen of daartoe voor openbaarmaking of verspreiding bestemde stukken in voorraad te hebben).97 Bij handhaving had volgens het kabinet niet alleen het strafrecht een functie, maar ook het civiele recht, en wellicht in de toekomst het administratieve recht (bestuursrecht).98 Over de civielrechtelijke handhaving vermeldt de nota:

"Naast strafrechtelijke handhaving dienen de mogelijkheden van handhaving met behulp van het civiele recht verder onderzocht te worden. [O]p grond van het civiele recht kunnen «gelaedeerden» zelf optreden tegen illegale aanbieders van kansspelen. Meer dan thans reeds het geval zullen, naar het oordeel van het kabinet, vergunninghouders zelf moeten nagaan of via de burgerlijke rechter actie kan worden ondernomen tegen een op hun vergunning inbreuk makende illegale aanbieder."99

In de nota stonden kansspelen via internet nog nauwelijks op de radar: het Internet wordt tweemaal genoemd. De eerste keer worden technologische ontwikkelingen, zoals Internet genoemd in het kader van mogelijke verstorende invloeden op de stabiele ontwikkeling van de markt.100 De tweede keer in het kader dat de mogelijkheden voor kansspelen toenemen door technologische ontwikkelingen "*zoals Pay-Tv, waarmee men in de huiskamer interactief aan kansspelen mee kan doen of aan kansspelen op PCs via Internet, videotex of viditel.*"101 Die ontwikkelingen wilde het kabinet alert volgen en het wilde ook een verkennend onderzoek naar de rol van technologische ontwikkelingen voor het kansspelbeleid.

5.17 In maart 1999, ongeveer vier jaar na de nota Kansspelen herijkt, werd in het kader van de operatie Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit het nieuwe project Wet op de kansspelen gestart.102 Een werkgroep diende de gevolgen te onderzoeken van maatschappelijke, juridische, technologische en internationale ontwikkelingen voor de houdbaarheid van het destijds bestaande kansspelbestel en voorstellen te doen ter verbetering van de regulering.103 Deze werkgroep heeft een rapport ingediend, waarin het nieuwe doelstellingen voor het kansspelbeleid formuleerde:

- het beschermen van de consument;
- het tegengaan van gokverslaving; en
- het tegengaan van criminaliteit.104

Het kabinet heeft deze doelstellingen onderschreven en stelde onder meer als wijzigingen van het kansspelbeleid voor om aanbod van kansspelen op internet door Nederlandse vergunninghouders toe

te staan, en om de opsporing van illegale kansspelen en de handhaving van de Wok te intensiveren.105 Het uitvoeren van deze (en andere) beleidswijzigingen zou naar verwachting uiteindelijk leiden tot een algehele herziening van de Wok.106 Het kabinet informeerde de Tweede Kamer over de voortgang van het project Kansspelen met voortgangsrapportages. In de eerste voortgangsrapportage van 5 juni 2002 werd, naast herhaling van het voornemen om gecontroleerd kansspelaanbod via internet toe te staan, het voornemen van het kabinet aangekondigd om de handhaving van de Wok en opsporing van illegale kansspelen te intensiveren.107 Vooruitlopend op een algehele herziening van de Wok werd een gecombineerd en integraal handhavingstraject door politie, justitie en bestuur ingezet.108 De uitgangspunten van het integrale handhavingsbeleid waren neergelegd in bijlage 2 van de eerste voortgangsrapportage. Men dacht daarbij niet alleen aan strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving; ook civielrechtelijke handhaving werd als mogelijkheid genoemd:

"Overigens geldt voor gedupeerde deelnemers van illegale kansspelen dat zij de mogelijkheid hebben om privaatrechtelijk op te treden tegen de organisator van het illegale kansspel. Ook legale aanbieders van kansspelen kunnen de privaatrechtelijke weg bewandelen indien een illegaal kansspel wordt aangeboden dat onrechtmatig is jegens de legale aanbieder. Zo heeft De Lotto onlangs met succes een kort geding procedure aangespannen tegen de organisator van het illegale kansspelen LuckySMS op grond van onrechtmatig handelen."109

De tweede voortgangsrapportage uit 2003 bevatte het voornemen om een gelimiteerde proef te houden met het legaliseren van bepaalde kansspelen via internet en het voornemen om door het Korps Landelijke Politiediensten (hierna: KLPD) een onderzoek te laten uitvoeren naar de aard en omvang van illegaal kansspelaanbod, en de mogelijkheden om illegaal aanbod van kansspelen via internet aan te pakken.110 Ook de intensivering van de handhaving en de integrale aanpak daarvan kwam in de tweede voortgangsrapportage weer aan bod. Ditmaal werd opgemerkt dat naast strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en fiscaalrechtelijke handhaving, vergunninghouders de mogelijkheid hebben om civielrechtelijk op te treden tegen illegaal kansspelaanbod.111 Tot slot werd uitgesproken dat bij de herziening van de Wok het primaat zou komen te liggen bij bestuursrechtelijke handhaving, en dat het strafrecht zou dienen als sluitstuk.112 De derde voortgangsrapportage (2005) bevatte de toezegging van de minister om een op basis van het rapport van de KLPD uitgewerkte strategie ter bestrijding van niet-gereguleerde internetgoksites te delen met de Tweede Kamer (waarover hierna meer).113 Ook werd vermeld dat de integrale aanpak van de handhaving de afgelopen jaren tot goede resultaten had geleid.114 Onder die aanpak werd verstaan "een combinatie van civielrechtelijk optreden door kansspelvergunninghouders, bestuursrechtelijk optreden door ministeries en gemeenten, fiscaalrechtelijk optreden door de belastingdienst en FIOD-ECD, strafrechtelijke opsporing door de politie en vervolging door het Openbaar Ministerie".115 De minister zond tot slot, zoals gezegd, de voorgenomen Aanpak bestrijding van kansspelen via internet naar de Kamer.116 Die aanpak omvatte drie onderdelen: het ontwikkelen van instrumenten en hulpmiddelen om illegaal aanbod en bemiddeling op te sporen door middel van het detecteren op het internet en te komen tot vervolging, het via voorlichting ontmoedigen van aanbod van en deelname aan illegale kansspelen via internet, en de aanpak van illegale aanbieders en tussenpersonen op basis van bestuursrecht, fiscaal recht, civiel recht en strafrecht.117 Over de handhaving door middel van het civiele recht werd opgemerkt:

"Legale aanbieders van kansspelen worden ingelicht met betrekking tot het (mogelijk) onrechtmatig karakter van de handelwijze jegens hen. Zij hebben de mogelijkheid om een civielrechtelijke actie in te stellen tegen de (mede-) aanbieder van illegale kansspelen via internet (mede) gericht op de Nederlandse markt dan wel tegen de tussenpersonen die dit aanbod faciliteren. Deze wijze van handhaven kan niet door de overheid worden geïnitieerd, maar wordt wel aangemoedigd. De Lotto heeft bijvoorbeeld met succes procedures aangespannen tegen een aantal illegale aanbieders van kansspelen via internet."118

5.18 Naast de hiervoor besproken integrale aanpak van de handhaving van illegale kansspelen (via internet) werd nog een ander spoor gevolgd in de aanpak van illegaal aanbod, namelijk het bieden van een legaal alternatief.119 In dat kader werd, zoals in de voortgangsrapportages al was aangekondigd, een wetsvoorstel ingediend getiteld Wijziging van de Wet op de kansspelen houdende tijdelijke bepalingen met betrekking tot kansspelen via internet (hierna: Wetsvoorstel internetproef).120 Het

beoogde om beheerst en gecontroleerd ervaring op te doen met kansspelaanbod via internet door middel van een proef met het legaal organiseren van kansspelen via internet door één aanbieder, namelijk Holland Casino.121 Het uitgangspunt was daarbij dat het legale aanbod de toets van de doelstellingen van het kansspelbeleid het tegengaan van kansspelverslaving, bescherming van de consumenten en het tegengaan van criminaliteit diende te doorstaan.122 Tegelijkertijd werd met het oog op effectieve handhaving gewerkt aan een plan van aanpak voor het bestrijden van kansspelen via internet.123 Het Wetsvoorstel internetproef is op 20 september 2006 aangenomen in de Tweede Kamer. Het is vervolgens echter bij een hoofdelijke stemming met twee stemmen verschil op 1 april 2008 door de Eerste Kamer verworpen.124 Men vreesde voor een toename van kansspelverslaving en vond bovendien dat het aanbieden van kansspelen via internet geen overheidstaak was en dat ook andere partijen naast Holland Casino aan deze proef zouden moeten kunnen meedoen.125

5.19 Met de verwerping van het Wetsvoorstel internetproef kwam er geen vergunningsmogelijkheid voor internetkansspelen en bleven deze dus verboden, terwijl er bij het publiek wel behoefte was aan dit soort kansspelen.126 In een brief van 23 december 2008 aan de Tweede Kamer sprak de minister van Justitie dan ook het voornemen uit om opnieuw te onderzoeken of het mogelijk was een wettelijk regime voor kansspelen via internet in te voeren.127 De Adviescommissie Kansspelen via internet (hierna: adviescommissie) is vervolgens ingesteld om onderzoek te doen naar de regulering van kansspelen via internet, met het oog op verdergaande legalisering.128 In augustus 2010 verscheen het eindrapport Legalisatie van kansspelen via internet (hierna: eindrapport).129 Dit eindrapport geeft een goed beeld van de stand van zaken met betrekking tot wetgeving, beleid en handhaving van kansspelen via internet tot dan toe (augustus 2010), en bovendien wordt er op teruggegrepen bij het beleid dat daarna wordt gevormd.

5.20 De adviescommissie constateerde ten eerste dat een deel van het kansspelaanbod op internet legaal was en een deel illegaal. Volgens de adviescommissie had het kanalisatiebeleid in de loop der jaren namelijk geleid tot "partiële legalisatie van het aanbod via internet".130 In dit verband gebruikte de adviescommissie de term e-commerce, waarmee zij doelde op het feit dat internet als alternatief verkoop- en communicatiekanaal werd beschouwd voor bestaande kansspelen waarvoor al een vergunning was afgegeven.131 Voor partiële legalisatie werden twee methodes gebruikt. In sommige gevallen was het toegestaan een kansspel via internet aan te bieden op basis van een expliciete bepaling in de vergunning, waarbij die vergunning dan speciale voorschriften bevatte die samenhingen met het bijzondere karakter van kansspelen via internet.132 In andere gevallen was het impliciet toegestaan doordat het deelnemersreglement een verwijzing naar aanbod via internet bevatte.133 Op grond van deze methoden was volgens de adviescommissie "het grootste deel van het in Nederland legale live kansspelaanbod ook online beschikbaar".134 Voor bepaalde, wel in de Wok geregelde kansspelen, gold dat echter niet omdat de Wok-regeling zich dan verzette tegen online aanbod (vandaar *partiële* legalisatie). Zo waren casinospelen in de Wok gekoppeld aan het casino als fysieke locatie, kansspelautomaten aan een automaat als fysiek object in een fysieke inrichting en krasloten aan fysieke verkoopkanalen.135 De conclusie van de adviescommissie was dat er "al een aantal kansspelen via internet wordt toegestaan, namelijk de sporttotalisator, de totalisator, het lottospel, de staatsloterij, en de semi-permanente en incidentele goededoelenloterijen".136

5.21 De adviescommissie achtte het vervolgens opportuun om één soort illegaal online kansspelen te legaliseren, namelijk poker. Poker werd namelijk het meest online gespeeld en de commissie verwachtte ook dat dit zo zou blijven. De adviescommissie boog zich daarbij ook over de vraag hoe een nieuw internetregime voor poker vorm zou moeten krijgen. Zij nam daarbij tot uitgangspunt dat die legalisering zou moeten plaatsvinden "tegen de achtergrond van een grootschalig illegaal aanbod, waartegen niet langer effectief en efficiënt kan worden opgetreden".137 Een dergelijke situatie had zich in het verleden ook voorgedaan bij speelautomaten en de adviescommissie zocht de oplossing dan ook in dezelfde richting als die destijds bij de speelautomatensector is gekozen:

"Het kenmerkende van die richting was dat niet geprobeerd werd een nieuwe legale aanbieder in de markt te zetten. In plaats van nieuwe legale aanbieders tegenover de bestaande illegale aanbieders te zetten, werd gepoogd (een deel van) de illegale aanbieders om te vormen tot legale aanbieders. Men richtte zich niet op legalisatie van het aanbod, maar op legalisatie van de aanbieders."138
(onderstreping in het origineel, A-G)

De Adviescommissie voegde daaraan toe dat deze oplossing voor internetpoker in sommige opzichten nog gunstiger was dan bij de speelautomaten omdat een belangrijk deel van de markt voor internetpoker in handen was van "grote, goed georganiseerde en internationaal opererende bedrijven die door miljoenen klanten als betrouwbaar worden geacht".139 Het waren m.a.w. in hun landen van vestiging gerespecteerde bedrijven met beursnoteringen en kansspelvergunningen: deze bedrijven waren geen onderwereld, en ze ontplooiden hun activiteiten liever legaal dan illegaal.140

5.22 De adviescommissie constateerde verder dat er sprake was van grootschalig illegaal aanbod van internetkansspelen, grootschalige reclame voor dit illegale aanbod en ook grootschalige deelname aan dit aanbod.141 De bepalingen in art. 1 lid 1 Wok onder a, b en c werden kortom op grote schaal overtreden. De adviescommissie constateerde echter dat ondanks grootschalig overtreden van de Wet op de kansspelen er geen strafrechtelijke handhaving leek plaats te vinden.142 Het gebrek aan effectieve handhaving werd volgens haar veroorzaakt door drie, elkaar versterkende factoren: weinig publieke verontwaardiging over illegale kansspelen via internet, een slechte kosten/batenverhouding en een lage prioriteit bij de strafrechtketen. De adviescommissie lichtte de eerste factor als volgt toe:

"Illegale kansspelen op internet stuiten bij de bevolking van Nederland niet op veel weerstand en wekken weinig publieke verontwaardiging op. In dit opzicht zijn kansspelen via internet te vergelijken met het uitwisselen van film- en muziekbestanden via internet (*file sharing*): een aanzienlijk deel van de bevolking doet het en behalve de gelaedeerden en beroepshalve betrokkenen ziet niemand er blijkbaar veel kwaad in.

Deze situatie wordt versterkt door de grootschalige reclame voor kansspelen via internet. Hiervan gaat de suggestie uit dat kansspelen via internet legaal zijn. Dit lijkt uniek voor kansspelen, want er bestaat in Nederland geen vergelijkbare werving en reclame voor andere vergelijkbare illegale activiteiten: er bestaat geen TV-reclame voor de verkoop van drugs, wapens of illegale medicijnen. Ook een verbod op reclame voor legale goederen (bijvoorbeeld op tabaksreclame) wordt door de media goed nagevolgd.

Deze situatie wordt verder versterkt doordat de huidige regulering van kansspelen via internet niet transparant is. Sommige kansspelen mogen via internet aangeboden worden op basis van de vergunning; andere op basis van een door de Minister goedgekeurd[e] deelnemersreglement; weer andere worden gedoogd, mogelijk onder een gedoogregeling. Het is goed voorstelbaar dat een goedwillende burger op deze manier het spoor bijster raakt."143

5.23 De adviescommissie stelde drie maatregelen voor om de handhaving te verbeteren: het verduidelijken van de juridische situatie van toegelaten en verboden kansspelen via internet, versterking van de bestuurlijke handhaving en het afsnijden van het illegale aanbod van het Nederlandse publiek.144 De situatie destijds, aldus de adviescommissie, was dat de legale kansspelen soms berustten op een expliciete toestemming in de betreffende vergunning, soms op een vergunning zonder expliciete toestemming en soms op helemaal niets.145 De adviescommissie constateerde: "hierdoor wordt het toepasselijk recht minder transparant en verwatert het basisverbod: het nee-tenzij-stelsel wordt langzaam een misschien-tenzij-stelsel".146 Zij stelde voor het nee-tenzij-stelsel weer in ere te herstellen. De adviescommissie stelde verder afsnijden van het illegale aanbod voor, namelijk het blokkeren van het verkeer tussen (met name de buitenlandse) illegale aanbieder en consument door de in Nederland gevestigde partijen die daarvoor noodzakelijk waren (de Nederlandse internetprovider, de Nederlandse betaaldienstverlener en de Nederlandse media/distributeurs) aan te pakken op grond van art. 1 onder b Wok.147 In incidentele gevallen zag de adviescommissie ook een rol weggelegd voor blokkering via een last onder dwangsom en in sommige gevallen ook voor internetblokkering, waarbij als voorbeeld werd genoemd het Italiaanse stelsel waarbij het Italiaanse internetproviders is verboden data door te geven van internetsites op een voortdurend door de Italiaanse kansspelautoriteit geactualiseerde zwarte lijst van illegale kansspelaanbieders.148 Tot slot stelde zij invoering van een gespecialiseerd bestuursorgaan voor, dat zou zijn belast met toezicht op het legale aanbod en handhaving jegens illegale aanbieders.149 Het strafrecht diende *ultimum remedium* te zijn, aldus de adviescommissie.150

5.24

In een brief van 19 maart 2011 heeft de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie zijn visie uiteengezet op het kansspelbeleid.151 Na het memoreren van het van oudsher bestaande kanalisatiebeleid en de achterliggende doelstellingen van het kansspelbeleid (het voorkomen van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van criminaliteit en illegaliteit) stelde de staatsecretaris dat iedere deelnemer aan kansspelen ook deelneemt vanuit individuele verantwoordelijkheid.152 Beleid dat (mede) gebaseerd is op de gedachte dat burgers en bedrijven in staat dan wel verplicht zijn hun eigen verantwoordelijkheid te nemen, noemde de staatssecretaris een "meer eigentijdse benadering" van het kansspelbeleid, in vergelijking met het beleid van voorgaande kabinetten waarin vooral de risicos bepalend waren.153 De staatssecretaris wilde in dat kader "niet altijd vasthouden aan het aan de huidige Wok ten grondslag liggende beginsel om, ter beperking van de aan kansspelen verbonden risicos, per kansspelcategorie slechts één vergunning toe te laten (monopolie)", maar, "waar de betrokken belangen dat toelaten", de marktwerking bevorderen door meer aanbieders toe te laten en zo concurrentie op de markt te creëren. Volgens de staatssecretaris waren consumenten daarbij gebaat, mits de te beschermen belangen op adequate wijze via regelgeving werden geborgd.154 Met betrekking tot kansspelen via internet wilde de staatssecretaris niet het advies van de adviescommissie opvolgen om alleen online poker te reguleren: ook andere spelvormen kwamen volgens hem in aanmerking.155 De staatssecretaris merkte verder op:

"Ik ben mij ervan bewust dat kansspelen via internet, mede gelet op de laagdrempeligheid en het ontbreken van direct contact tussen deelnemer en aanbieder c.q. medespelers, bijzondere risicos met zich mee kunnen brengen, met name op het vlak van de kansspelverslaving. In de regelgeving zullen bijzondere waarborgen worden gesteld op het gebied van bescherming van kwetsbare spelers, het tegengaan van deelname door minderjarigen, bestrijding van frauduleus en crimineel gedrag, een betrouwbaar en snel betalingsverkeer, een eerlijk spelverloop, verantwoorde marketing en een veilig en betrouwbare operationale [sic] omgeving. Er zal worden aangesloten bij internationale standaarden op dit gebied."156

Een en ander wilde de staatssecretaris bereiken door middel van een (vergunning)stelsel, "waarbij het te bereiken beschermingsniveau wordt bewerkstelligd door het stellen van (strikte) regels en het houden van toezicht op de naleving van die regels".157 Dat veronderstelde een daadkrachtige toezichthouder, namelijk de beoogde kansspelautoriteit, voor de instelling waarvan destijds al een wetsvoorstel gereed lag (waarover nader hierna in nr. 5.26).158 De staatssecretaris vermeldde echter ook dat hij in verband met de regulering van kansspelen via internet zou bezien "of het wenselijk en mogelijk is aanvullende bepalingen op te nemen die een betere aanpak van illegaal kansspelaanbod via internet mogelijk maken".159 Hij dacht daarbij aan verbodsbepalingen voor het doen van betalingen aan of het ontvangen van betalingen van exploitanten van illegale kansspelen via internet, voor het maken van reclame voor illegale kansspelsites en voor internet service providers om gegevens over illegale kansspelsites te vermelden of door te geven.160

5.25 In het kader van handhaving sprak de staatssecretaris niet over civielrechtelijke handhaving. Dat kwam wel in een andere brief van de staatssecretaris (van 4 mei 2012) ter sprake:

"Met instemming heb ik van dit arrest [het eindarrest in een civielrechtelijke procedure tussen De Lotto en Ladbrokes161, A-G] kennisgenomen. Ik heb waardering voor de wijze waarop De Lotto, via tal van gerechtelijke procedures, de afgelopen jaren een bijdrage heeft geleverd aan de handhaving van het verbod in de Wet op de kansspelen om zonder vergunning kansspelen aan te bieden. Zeker in het verleden, toen de handhaving van de Wok lage prioriteit had bij het Openbaar Ministerie en de kansspelautoriteit nog niet van start was gegaan, vormden dergelijke civielrechtelijke handhavingsacties door vergunninghouders een welkome aanvulling op het overheidsbeleid.

Inmiddels hebben zich sinds 2003 het tijdstip waarop De Lotto haar procedure startte verschillende beleidsmatige en juridische ontwikkelingen voorgedaan die tot een andere aanpak nopen. In de eerste plaats wil ik wijzen op mijn brief van 19 maart 2011, waarin ik mijn plannen heb uiteengezet om het kansspelbeleid te moderniseren. Ik heb onder andere aangegeven een vergunningstelsel voor kansspelen via internet te willen inrichten en op deelgebieden waar nu nog een monopolie geldt indien mogelijk nieuwe toetreders te willen toelaten. Mede om deze ontwikkelingen te ondersteunen worden

eerst toezicht en handhaving verbeterd. Op 1 april jl. is daartoe de kansspelautoriteit van start gegaan."162

De staatssecretaris verwachtte dat door de inrichting van een vergunningstelsel voor online kansspelen en de nadruk op het bereiken van een hoge graad van kanalisatie, de druk op handhaving van de Wok minder groot zou worden.163 Niettemin diende de Wok in voorkomende gevallen streng te worden gehandhaafd.164 Daarmee zou de pas opgerichte Ksa worden belast, die daarvoor een bestuurlijke boete, last onder dwangsom of last onder bestuursdwang kon opleggen.165 Indien bestuursrechtelijke sancties niet leidden tot het gewenste gedrag, namelijk het afsluiten van kansspelsites voor deelname vanuit Nederland, kon volgens de staatssecretaris worden overgegaan "tot het toepassen van de procedure die kan leiden tot plaatsing op een zwarte lijst van kansspelaanbieders".166 De staatssecretaris merkte verder op dat sinds 2011 ervoor werd gezorgd dat banken geen zaken deden met illegale aanbieders van online kansspelen: 40 bedrijven waren aangeschreven en nadat sommigen daarvan hun aanbod niet staakten zijn zij op een zwarte lijst geplaatst die is gedeeld met de Nederlandse Vereniging van Banken.167 Tot slot vermeldde de staatssecretaris dat hij voornemens was aanbieders die persisteerden in het aanbieden van kansspelen gericht op Nederland te zijner tijd uit te sluiten voor een vergunning voor kansspelen in Nederland de Ksa zou ten aanzien van deze partijen handhavend optreden.168

5.26 De hiervoor al ter sprake gekomen Ksa is opgericht per 1 april 2012.169 Daarmee werd vooruitgelopen op de nieuwe Wet op de kansspelen, omdat in de praktijk al behoefte bestond aan een daadkrachtige toezichthouder op de kansspelsector.170 De Ksa kreeg tot taak de vergunningverlening voor diverse vormen van kansspelen, het geven van voorlichting en informatie, het toezicht op de naleving van de wet- en regelgeving en de handhaving van die wet- en regelgeving.171 Het wetsvoorstel "Wijziging van de Wet op de kansspelen in verband met de instelling van de kansspelautoriteit" behelsde dan ook in het kader van intensivering en vernieuwing van toezicht en handhaving nieuwe regels voor strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving.172 In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt, na uitgebreide bespreking van het bestuursrechtelijke instrumentarium en de mogelijkheid van fiscaalrechtelijke handhaving, ten slotte ook gewezen op de mogelijkheid van civielrechtelijke handhaving: "Daarnaast bestaat de mogelijkheid van civielrechtelijke handhaving, bijvoorbeeld wanneer een organisator van een kansspel wordt aangetast in zijn monopoliepositie."173

5.27 De Ksa was vanaf haar oprichting per 1 april 2012 (onder meer) belast met de handhaving van het verbod van art. 1, lid 1, aanhef en onder a, Wok en het tegengaan van onvergund online kansspelaanbod.174 Voordat de Ksa daarmee begon was het ministerie in het najaar van 2011 al gestart met het uitvoeren van de motie Kooiman c.s., inhoudende het verzoek aan de regering om ervoor te zorgen dat banken geen zaken zouden doen met partijen die illegaal kansspelen op internet aanboden.175 Een eerste serie van bijna 40 bedrijven is destijds aangeschreven met het verzoek het op Nederland gerichte kansspelaanbod te staken.176 In reactie daarop hebben enkele bedrijven hun aanbod gestaakt, maar een aantal bedrijven heeft, ook na herhaalde aanmaning, niet gereageerd.177 De laatstgenoemde bedrijven zijn toen opgenomen "op de eerste versie van een zwarte lijst, die inmiddels aan de Nederlandse Vereniging van Banken is gestuurd".178 Tot slot heeft een aantal bedrijven verklaard het niet eens te zijn met de visie van de Nederlandse overheid op de zwarte lijst, maar niettemin bereid te zijn hun aanbod gericht op Nederland te staken met het oog op een mogelijke vergunningverlening in de toekomst.179 In dat kader hebben deze bedrijven laten weten: 1) hun website niet langer in de Nederlandse taal aan te bieden en 2) zich te onthouden van marketingactiviteiten op Nederlandse radio, televisie en in drukwerk.180 Naar aanleiding van de motie Bouwmeester c.s.,181 inhoudende het verzoek om te bewerkstelligen dat illegale aanbieders van kansspelen niet in aanmerking kunnen komen voor een vergunning om kansspelen via internet aan te bieden, heeft de staatssecretaris het voornemen geuit "aanbieders die persisteren in het aanbieden van kansspelen gericht op Nederland, te zijner tijd uit te sluiten voor een vergunning voor kansspelen in Nederland".182

5.28 Optreden tegen kansspelen op internet behoorde al direct bij de oprichting tot de hoogste prioriteiten van de Ksa.183 Aanvankelijk heeft de raad van bestuur van de Ksa ingestemd om naast een zwarte lijst ook een grijze lijst van illegale aanbieders te hanteren.184 Op de grijze lijst zouden aanbieders

komen die vanaf 8 juni185 aan de volgende eisen voldeden: geen aanbod in de Nederlandse taal en geen reclame maken op TV, radio en geprinte media of via directe marketing.186 In het verslag van de vergadering van 24 mei 2012 wordt gesteld dat er geen politieke goedkeuring is voor het vooralsnog niet aanpakken van de aanbieders op de grijze lijst en het wel aanpakken van aanbieders op de zwarte lijst, maar dat het bestuur ervoor kiest om een eigen lijn te volgen en daarbij te wijzen op de eigen verantwoordelijkheid van de Ksa en de daarbij te stellen prioriteiten.187 Die lijn hield in dat aanbieders op de grijze lijst, die zich houden aan de gestelde voorwaarden, niet worden aangepakt.188 In het verslag wordt verder opgemerkt dat de illegale aanbieders hierover een brief zullen ontvangen en dat hierover een persbericht wordt uitgebracht.189

5.29 In oktober 2014 zijn enkele afspraken tussen de Ksa en bepaalde betaaldienstverleners neergelegd in een convenant ter bestrijding van illegale kansspelen via internet, met de strekking het betalingsverkeer tussen de consument en de aanbieders van illegale kansspelen op afstand te blokkeren.190 Op grond van het convenant accepteerden de betaaldienstverleners door de Ksa gesanctioneerde aanbieders niet als nieuwe klant en met gesanctioneerde aanbieders die al klant van de betaaldienstverleners waren, werden de contracten beëindigd zodra de opgelegde sanctie onherroepelijk was geworden.191 De Ksa had nauw contact met de betaaldienstverleners die bij het convenant waren aangesloten en wisselde informatie met hen uit.192 Ten behoeve van dit convenant is volgens de Ksa ook een lijst opgesteld met beboete partijen en een protocol.193 Uit een evaluatie van het convenant in oktober 2015 bleek dat de aangesloten betaaldienstverleners in het algemeen goed gevolg gaven aan de verplichtingen zoals neergelegd in het convenant.194 Een aantal partijen is vrijwillig zelfs verder gegaan.195 Zo werden bijvoorbeeld online kansspelaanbieders die op de Nederlandse markt gericht waren, ongeacht de vraag of ze op "de lijst van de kansspelautoriteit" vermeld stonden, niet als nieuwe cliënten geaccepteerd.196

5.30 Ondertussen zag de Ksa zich geconfronteerd met honderden illegale aanbieders.197 Volgens de Ksa zelf was het onmogelijk om tegen al die aanbieders daadwerkelijk op te treden.198 Zij noemt twee redenen die daarbij een rol speelden: i) de beperkte capaciteit van de Ksa in de jaren 2012 t/m 2021 en ii) de aard van de overtreding.199 De Ksa heeft daarom vanaf 8 juni 2012 brieven verstuurd aan (buitenlandse) aanbieders van illegale online kansspelen met de boodschap dat het aanbieden van kansspelen via internet gericht op de Nederlands markt verboden is en dat de Ksa daarop zal handhaven.200 Daarbij merkte de Ksa ook op dat gelet op het grote illegale aanbod de Ksa bij de handhaving prioriteit geeft aan aanbod dat is gericht op de Nederlandse markt en dat zij daarom op dat moment haar aandacht richtte op aanbieders:

- van wie de website eindigt op .nl; en/of
- van wie de website in de Nederlandse taal beschikbaar is; en/of
- die adverteren op de radio, televisie of in de gedrukte media voor de Nederlandse markt.

Deze criteria noemde de Ksa in de brief prioriteringscriteria (prioritisation criteria).201 Tegen aanbieders die voldeden aan één of meer van genoemde criteria zou met andere woorden met prioriteit door de Ksa worden gehandhaafd. Bovendien werd opgemerkt dat de staatssecretaris het voornemen had om aanbieders die persisteerden in illegaal aanbod gericht op Nederland te zijner tijd uit te sluiten voor een vergunning voor kansspelen in Nederland.202 Overigens wel pas nadat deze aanbieders door een waarschuwingsbrief de kans hadden gekregen om een en ander aan te passen en daardoor niet meer binnen de prioriteringscriteria te vallen. Wanneer echter bleek dat een aanbieder een en ander niet had aangepast, dan zou eerst worden gehandhaafd met bestuursrechtelijke maatregelen en vervolgens, als *ultimum remedium*, via het strafrecht. De Ksa deed zelf onderzoek of een aanbieder zijn websites had aangepast en of de aanbieder niet langer aan de prioriteringscriteria voldeed. De aanbieder werd daarover bericht.203 De Ksa liet weten dat, in het geval dat de aanbieder niet meer binnen de criteria viel, de websites niet meer aan de prioriteringscriteria voldeden en "de daarop uitgevoerde activiteiten (voorlopig) niet meer onder de focus van deze kansspelautoriteit" vielen. De Ksa benadrukte echter ook dat "kansspelaanbieders, die niet langer voldoen aan deze prioriteringscriteria" daarmee "niet legaal" zijn, maar dat tegen deze aanbieders "slechts in het kader van de prioriteitsstelling (voorlopig) niet opgetreden [zou] worden". Pas als een website niet gericht was op Nederland, bijvoorbeeld omdat de website niet raadpleegbaar was vanaf een Nederlands IP-adres en/of de aanbieder geen klanten uit Nederland accepteerde, zou dat aanbod volgens de Ksa niet

meer onder de reikwijdte van de Wok vallen. De Ksa maakte tot slot duidelijk dat zij, mocht daar reden toe zijn, deze prioriteringscriteria zou aanscherpen, maar de markt daarover tijdig zou informeren.204

5.31 Medewerkers van de Ksa hebben de raad van bestuur in een intern memo van 17 mei 2013 erop gewezen dat de prioriteringscriteria de ene keer werden gebruikt als prioriteringscriteria en de andere keer als gedoogvoorwaarden en/of mogelijke vergunningvoorwaarden, en dat het van belang was dat de Ksa zou bepalen wat het doel was van deze criteria.205 Volgens de opstellers zelf van het memo was sprake van (intern werkende) criteria op grond waarvan de Ksa bepaalde waar zij haar handhavingsfocus legde (wie wordt als eerste aangepakt), maar overtraden alle aanbieders van online kansspelen de wet.206 Er werden volgens het memo echter gaandeweg meer betekenissen aan de criteria gegeven, bijvoorbeeld dat aanbieders die niet (meer) voldeden aan de prioriteringscriteria niet zouden worden aangepakt (gedoogbeleid) en dat de prioriteringscriteria ook onderscheidende criteria waren om te bepalen welke aanbieders wel of niet in aanmerking zouden komen voor een vergunning bij invoering van de nieuwe wetgeving.207 Uit een volgend memo van 6 juni 2013 blijkt dat het bestuur op 21 mei 2013 had besloten dat de prioriteringscriteria alleen nog zouden worden gebruikt voor handhavingsdoeleinden.208 In dit memo werd verder opgemerkt dat het twijfelachtig was geworden of aanbieders die zich aan de criteria hadden geconformeerd nog aan te pakken waren, omdat de prioriteringscriteria in sommige uitlatingen konden worden uitgelegd als gedoogvoorwaarden.209 Verder werd gesteld dat om handhaving weer mogelijk te maken het zaak was om duidelijk en consistent uit te dragen dat alle aanbieders die kansspelen aanboden door middel van een op Nederland gerichte website zonder dat zij over een vergunning beschikten, de Wok overtraden.210

5.32 In februari 2014 zijn er ook Kamervragen gesteld over de aard en inhoud van de genoemde brieven van de Ksa aan aanbieders van online kansspelen en het prioriteringsbeleid, waaronder de vraag of er afspraken waren gemaakt met online aanbieders in de aanloop naar een eventueel geliberaliseerde markt voor online kansspelen.211 De staatssecretaris antwoordde dat er geen sprake was van enige afspraak, maar dat online aanbieders in 2012 zijn geïnformeerd over het prioriteringsbeleid van de Ksa en dat daarnaast, zoals gebruikelijk is bij wetgevingstrajecten, bij de totstandkoming van het wetsvoorstel online kansspelen212 overleg is gevoerd met diverse stakeholders, waaronder (onvergunde) online aanbieders.213 Daarnaast werd gevraagd hoe de brieven en het prioriteringsbeleid moesten worden geduid: werd er niet opgetreden tegen aanbieders die niet voldeden aan de prioriteringscriteria en was er sprake van gedoogbeleid? De staatssecretaris antwoordde dat het feit dat de aanbieders niet aan de prioriteringscriteria voldeden niet betekende dat deze aanbieders "per definitie vrijgesteld zijn van handhavend optreden van de Ksa".214 De Ksa had volgens de staatssecretaris ook al handhavend opgetreden tegen een aanbieder die niet onder de prioriteringscriteria viel.215 De staatssecretaris antwoordde ook nog dat de Ksa, naast het opleggen van bestuurlijke boetes, barrières opwerpt om de bedrijfsvoering van illegale kansspelaanbieders zo moeilijk mogelijk te maken, met als voorbeelden de samenwerking met websites zoals Facebook, het onmogelijk maken van betalingsverkeer van illegale aanbieders en de internationale samenwerking met andere kansspelautoriteiten.216 Op de vraag of de Ksa in mei 2013 wel wist wat zij aan het doen was (prioriteren of gedogen?) heeft de staatssecretaris geantwoord dat de Ksa naar zijn oordeel precies wist wat zij deed en dat het bestuur van de Ksa, vanwege de ontstane verwarring over de prioriteringscriteria en de vraag of dat gedogen behelsde, in een vergadering had vastgesteld "dat het gaat om prioriteringscriteria voor de handhaving".217 Tot slot is de vraag gesteld of medewerkers van het ministerie van Veiligheid en Justitie aanbieders van legale en illegale kansspelen hadden geadviseerd geen rechtszaken tegen elkaar aan te spannen.218 De staatssecretaris ontkende dat en zei dat door de online sector zelf was besloten lopende procedures op ijs te zetten zodat het ministerie in relatieve rust kon werken aan de voorbereiding van wetgeving voor kansspelen op afstand, en dat legale aanbieders die betrokken waren bij lopende procedures ook voorstander van deze rust waren.219

5.33 De Ksa is vanaf februari 2014 in nieuwsberichten expliciet gaan uitdragen dat zij niet gedoogde, maar handhaafde.220 Dit heeft de Ksa ook herhaaldelijk in haar jaarverslagen kenbaar gemaakt.221 In haar boetebesluiten heeft de Ksa verder het standpunt ingenomen dat het prioriteringsbeleid niet bedoeld was om een overtreding van het verbod vast te stellen.222

5.34 De prioriteringscriteria zijn vervolgens per 1 januari 2017 aangepast. Aan de drie tot dan toe gehanteerde criteria werden nieuwe criteria toegevoegd:

- gebruik van domeinnamen met daarin typisch aan Nederland refererende begrippen in combinatie met kansspelaanduidingen (bijvoorbeeld klompenbingo, gezelligheidspoker of rood-wit-blauw-casino);

- gebruik van betaalmiddelen die uitsluitend of grotendeels door Nederlanders worden gebruikt (iDeal);

- het ontbreken van (verschillende variaties van) geoblocking; en

- overige kenmerken waaruit gerichtheid op Nederland is af te leiden (bijvoorbeeld plaatjes van molens of klompen, prijzen in de vorm van stroopwafels).223

5.35 Tot slot zijn de prioriteringscriteria nog eenmaal aangepast in 2020. Er werd nog een criterium toegevoegd, namelijk het ontbreken van zichtbare leeftijdsverificatie.224

5.36 Voorgaande levert het volgende beeld op. Na de opkomst van kansspelen via internet in de jaren 90 van de vorige eeuw werd daar op grote schaal aan deelgenomen. De komst van het internet is in die zin een *gamechanger* geweest voor het kansspelbeleid en de handhaving ervan, omdat het kansspelaanbod niet langer binnen Nederland kon worden gereguleerd door uitsluiten van fysiek aanbod en het creëren van legaal aanbod. De wetgeving en handhaving zijn in wezen achter dit aanbod aan gegroeid waarbij de aandacht is verschoven van legalisatie van het *aanbod* naar legalisatie van bepaalde *aanbieders* die zich aan bepaalde regels hielden, maar ook dat bleek geen sinecure. De juridische status van de verschillende kansspelen via internet verschilde per kansspel en was voor het publiek onduidelijk. Een deel van het aanbod van kansspelen via internet was legaal, althans niet illegaal, omdat het (expliciet) via een bestaande vergunning was toegestaan, dan wel (impliciet) via het deelnemersreglement, dan wel omdat het werd gedoogd in een gedoogregeling (promotionele kansspelen). Een (groter) deel van het aanbod was echter illegaal. Toename van deelname aan (illegale) kansspelen leidde tot negatieve effecten als gokverslaving en criminaliteit. Men wilde de Wok daarom intensiever handhaven door middel van een integrale aanpak: een combinatie van bestuursrechtelijke, strafrechtelijke, fiscaalrechtelijke en civielrechtelijke handhaving. Dat laatste bespreek ik in de volgende paragraaf nog afzonderlijk. Naast het handhavingsspoor was er het wetgevingsspoor, waarbij werd gepoogd om kansspelen via internet te legaliseren. Het Wetsvoorstel internetproef werd in 2008 verworpen. Vervolgens werd nieuw beleid geformuleerd en een nieuw wetgevingstraject in gang gezet, vanuit de kanalisatiegedachte en de doelstellingen van het kansspelbeleid. Men had daarbij oog voor de (bijzondere) risicos die aan kansspelen via internet waren verbonden. Tegelijkertijd werd het kansspelbeleid gemoderniseerd: spelers hebben een eigen verantwoordelijkheid, geen monopolieposities voor aanbieders meer maar concurrentie tussen verschillende aanbieders, en legalisering van kansspelen via internet. De Ksa is per 1 april 2012 opgericht en was belast met vergunningverlening, toezicht en handhaving. De civielrechtelijke handhavingslijn verdween met het voorstel voor een Wet kansspelen op afstand, waarin de nadruk lag op bestuursrechtelijke handhaving en handhaving via het strafrecht als *ultimum remedium*, uit beeld. Het beleid dat vooruitlopend op de daadwerkelijke inwerkingtreding van de Wet kansspelen op afstand werd gevoerd, verhield zich ook niet goed met de civielrechtelijke handhaving: de gedachte was om bepaalde aanbieders van illegale kansspelen via internet aan te pakken en andere aanbieders niet, althans niet direct; civielrechtelijke handhaving zou dat beleid doorkruisen. Het wetgevingsproces nam ondertussen veel tijd in beslag en heeft lange tijd niet geleid tot een wettelijke regeling voor kansspelen via internet. Dat veranderde met de invoering van de Wet kansspelen op afstand per 1 april 2021.

Handhaving via civiel recht

5.37 Bij de voorgaande beschrijving van de handhaving van de Wok is enkele malen gerefereerd aan civielrechtelijke handhaving. De civielrechtelijke handhaving die men daarbij voor ogen had was dat legale aanbieders concurrerende illegale aanbieders aanspraken met een vordering uit onrechtmatige daad. Deze vorm van civielrechtelijke handhaving werd bijvoorbeeld (succesvol) door vergunninghouder De Lotto ter hand genomen. Naast deze vorm van civielrechtelijke handhaving is ook, voor zover ik kan zien, éénmaal genoemd dat gedupeerde *deelnemers* aan illegale kansspelen op grond van het privaatrecht konden optreden tegen de organisator van het illegale kansspel.225 Daarbij

werd niet toegelicht op welke wijze dat kon (een vordering uit onrechtmatige daad, een vordering op grond van onverschuldigde betaling?). Civielrechtelijke handhaving door het aankaarten van nietigheid van kansspelovereenkomsten is voor zover ik heb kunnen nagaan in het beleid nergens aan de orde geweest.

5.38 De rechtspraak over civielrechtelijke handhaving door concurrenten is illustratief voor de verenigbaarheid van het Nederlandse vergunningsstelsel van de Wok met het Unierecht. Daarover zijn in twee Nederlandse procedures door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State respectievelijk de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het HvJ EU).226

5.39 In de eerste, bestuursrechtelijke zaak wilde Betfair via internet kansspelen aanbieden in Nederland. Betfair vroeg de Minister om een vergunning, maar kreeg die niet omdat per kansspel één vergunning wordt verleend en deze voor de kansspelen die Betfair wilde aanbieden al was verleend aan De Lotto respectievelijk SGR. Betfair maakte vervolgens bezwaar tegen dat besluit en tegen de verlenging van de vergunningverlening aan De Lotto en SGR. In de tweede, civiele zaak bood Ladbrokes zonder vergunning kansspelen aan op de Nederlandse markt via telefoon en internet, waarop De Lotto, de enige vergunninghouder op grond van de Wok voor het organiseren van lottos, sportprijsvragen e.d., tegen Ladbrokes een vordering uit onrechtmatige daad instelde om deze te dwingen haar activiteiten in Nederland te staken.

5.40 Betfair en Ladbrokes stelden zich op het standpunt dat een Nederlandse vergunning niet nodig was omdat zij al een vergunning in een andere lidstaat hadden en het Nederlandse vergunningstelsel in strijd was met het vrij verkeer van diensten (destijds art. 49 EG, inmiddels art. 56 VWEU). Het HvJ EU oordeelde echter dat het éénvergunningstelsel van de Wok toelaatbaar is, ook als een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer daardoor niet op de Nederlandse markt zijn diensten kan aanbieden.227 Een lidstaat is dus niet gehouden om een door een andere lidstaat verleende vergunning voor kansspelen te erkennen.228 De vergunningverlen(g)ing zelf dient echter wel aan het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel te voldoen.229 De lidstaten komt kortom veel vrijheid toe bij hun kansspelbeleid.230 De achtergrond daarvan is dat het Nederlandse kansspelstelsel weliswaar inbreuk maakt op de vrijheid van diensten, maar dat daarop beperkingen gerechtvaardigd kunnen zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid.231 Het HvJ EU heeft in zijn rechtspraak bovendien een aantal dwingende redenen van algemeen belang vastgelegd die beperkingen op het vrij dienstenverkeer kunnen rechtvaardigen, zoals consumentenbescherming, bestrijding van fraude, het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, en het vermijden van maatschappelijke problemen in het algemeen.232 Het HvJ EU overwoog in *Ladbrokes/De Lotto* verder:

"19. In deze context kunnen de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard en de aan kansspelen en weddenschappen verbonden moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen, wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde (reeds aangehaalde arresten Gambelli e.a., punt 63, en Placanica e.a., punt 47).

20. De lidstaten zijn vrij, aan de hand van hun eigen schaal van waarden hun beleidsdoelstellingen op het gebied van kansspelen te bepalen en in voorkomend geval het gewenste beschermingsniveau nauwkeurig te omlijnen. De beperkingen die zij opleggen moeten evenwel voldoen aan de voorwaarden die met name met betrekking tot de evenredigheid ervan in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Placanica e.a., punt 48, en Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International, punt 59).

21. Meer bepaald moeten de beperkingen die zijn gebaseerd op de in punt 18 van het onderhavige arrest vermelde redenen geschikt zijn om de genoemde doelstellingen te verwezenlijken, in die zin dat zij ertoe bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt (zie in die zin arrest Gambelli e.a., reeds aangehaald, punt 67).

22. Volgens de rechtspraak van het Hof staat het aan de nationale rechter om na te gaan of de regelingen van de lidstaten daadwerkelijk beantwoorden aan de doelstellingen die daarvoor een rechtvaardiging zouden kunnen vormen en of, gelet op deze doelstellingen, de uit die regelingen voortvloeiende beperkingen niet onevenredig zijn (reeds aangehaalde arresten Gambelli e.a., punt 75, alsook Placanica e.a., punt 58)."

5.41 Naast dat lidstaten dus hun eigen beleidsdoelstellingen en het gewenste beschermingsniveau op het gebied van kansspelen kunnen bepalen, is het bovendien aan de nationale rechter om te bepalen of de grenzen die door het HvJEU aan die vrijheid worden gesteld, zoals met name de voorwaarde dat het kansspelbeleid evenredig moet zijn, in acht worden genomen.233 De Hoge Raad heeft vervolgens in de *Ladbrokes*-zaak het oordeel van het hof Arnhem in stand gelaten dat het Nederlandse vergunningstelsel door de Unierechtelijke beugel kan.234 In de Nederlandse rechtspraak is daarna vaak teruggegrepen op deze jurisprudentie als argument dat het Nederlandse vergunningstelsel zoals neergelegd in art. 1 lid 1 aanhef en onder a Wok geen ontoelaatbare beperking vormt of heeft gevormd op het vrij verkeer van diensten.235 De *Betfair*- en *Ladbrokes*-jurisprudentie ziet echter specifiek op de vraag of het éénvergunningstelsel met betrekking tot sportprijsvragen en lottos in overeenstemming is met het Unierecht,236 terwijl de vraag zou kunnen rijzen of het feit dat het in de Nederlandse kansspelwetgeving tot 1 oktober 2021 niet mogelijk was om een vergunning te krijgen om in Nederland kansspelen via internet aan te bieden, in overeenstemming is met het Unierecht. Recentelijk zijn ook prejudiciële vragen gesteld aan het HvJEU over de verenigbaarheid van het (voormalige) Duitse totaalverbod op kansspelen via internet237 en het vrij verkeer van diensten van art. 56 VWEU.238

Wet kansspelen op afstand

5.42 De Wok voorzag tot 1 april 2021 niet in een expliciete vergunningmogelijkheid voor het organiseren van kansspelen op afstand.239 Veel Europese overheden verleenden daar geen vergunning voor.240 Vanwege dat feit en omdat aanbieders van online kansspelen niet fysiek in Nederland aanwezig hoeven te zijn, hebben de aanbieders zich gevestigd in landen met gunstige voorwaarden zoals Antigua en Costa Rica, en, binnen Europa, Malta, de Kanaaleilanden en Gibraltar.241 Al jarenlang namen honderdduizenden Nederlanders via dergelijke aanbieders online deel aan kansspelen op afstand, maar zonder dat de doelstellingen van het Nederlandse kansspelbeleid waren gewaarborgd.242 Om daarin te voorzien is op 1 april 2021 de Wet kansspelen op afstand (hierna: Koa)243 in werking getreden.244 De kansspelen op afstand zijn geregeld in titel Vb Kansspelen op afstand van de Wok (art. 31 e.v.).

5.43 Art. 31 Wok luidt:

"1. Onder een kansspel op afstand wordt verstaan: een gelegenheid als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder a, die op afstand met elektronische communicatiemiddelen wordt gegeven en waaraan wordt deelgenomen zonder fysiek contact met degene die die gelegenheid geeft of die voor deelname aan die kansspelen ruimte en middelen ter beschikking stelt."

5.44 Hoewel deze ruime definitie zich daartoe niet beperkt, richt de Koa zich in eerste instantie op kansspelen via internet, omdat daar ten tijde van het wetsvoorstel al honderdduizenden Nederlanders aan deelnamen.245 Wegens het ontbreken van direct contact tussen de speler en de kansspelaanbieder kunnen deze spelen andere en grotere risicos op fraude en kansspelverslaving met zich brengen dan de traditionele fysieke, landgebonden kansspelen.246 De Koa maakt deel uit van de hiervoor geschetste modernisering van het kansspelbeleid, waarvan de doelstellingen zijn het voorkomen van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van fraude, illegaliteit en criminaliteit.247 Afdrachten aan de staat, goede doelen en sport worden daarbij als neveneffecten beschouwd.248 In het wetsvoorstel was daarom voorzien in de mogelijkheid om bij ministeriële regeling afdracht aan sport en goede doelen verplicht te stellen in de vorm van een minimaal afdrachtspercentage, maar werd niet reeds bij de opening van de markt een afdracht verplicht gesteld.249 De wetgever beoogde de bestaande en toekomstige behoefte aan kansspelen op afstand naar een verantwoord, betrouwbaar en controleerbaar aanbod te leiden, een aanbod met waarborgen tegen kansspelverslaving en criminaliteit (kanalisatie).250 Uitgangspunt is verder dat het aanbieden van kansspelen geen taak van de overheid is, maar dat de overheid wel verantwoordelijk is voor het bieden van een reguleringskader dat rekening houdt met specifieke risicos van kansspelen, voor het toezicht op de aanbieders en voor het bestrijden van aanbod zonder vergunning.251

5.45 Vanaf 1 oktober 2021 is het op grond van de Koa mogelijk een vergunning te krijgen om online kansspelen aan te bieden op de Nederlandse markt.252 De vergunning wordt voor bepaalde tijd verleend en is niet overdraagbaar (art. 31a lid 2 Wok). De aanbieder moet gevestigd zijn in een EU- of EER-lidstaat (art. 31g lid 1 Wok) en mag alleen kansspelen aanbieden aan geïdentificeerde en bij hem aangemelde en ingeschreven personen (art. 31k Wok). Bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat de houder van een vergunning tot het organiseren van kansspelen op afstand overeenkomstig bij die regeling te stellen regels periodiek een bedrag afdraagt aan een of meer instellingen die een algemeen belang dienen, werkzaam op het gebied van sport en lichamelijke vorming, cultuur, maatschappelijk welzijn of volksgezondheid (art. 31f Wok). Zoals gezegd is er niet voor gekozen om direct bij de opening van de markt een afdracht te verplichten (zie nr. 5.44 hiervoor). De gedachte was dat bij de wetsevaluatie drie jaar na inwerkingtreding de ontwikkeling van de afdrachten zou worden meegenomen. En indien de evaluatie daartoe aanleiding zou geven, zou art. 31f Wok de mogelijkheid bieden om, na afweging van alle beleidsdoelen, waaronder kanalisatie, een verplichte afdracht aan sport en goede doelen in te voeren voor houders van een vergunning tot het organiseren van kansspelen op afstand.253

5.46 Na vergunningverlening houdt de Ksa toezicht op de naleving van de wet- en regelgeving bij de vergunde aanbieders. De Ksa bestrijdt ook nog steeds het niet vergunde online kansspelaanbod. Dat doet de Ksa door continu informatie te verzamelen over illegale aanbieders, o.a. door het verwerken van externe signalen, webscraping en web traffic analyse.254 Het illegale aanbod heeft de Ksa in de drie jaar na invoering van de Koa bestreden door (voor)onderzoeken te doen naar illegale aanbieders en hun vervolgens boetes op te leggen.255 In het jaarverslag 2023 vermeldde de Ksa dat een (voornemen tot) last onder dwangsom in principe een effectief instrument is gebleken om illegaal aanbod aan te pakken.256 In een evaluatierapport over drie jaar Koa wordt echter geconcludeerd dat handhaving van het niet toegestane kansspelaanbod nog niet naar wens verloopt en onvoldoende effectief is, omdat illegale partijen opereren vanuit structuren en jurisdicties waar zij niet altijd effectief kunnen worden bestreden met het huidige (wettelijke) instrumentarium.257 Deze illegale partijen zijn namelijk eigenlijk nooit in Nederland gevestigd, maar in "complexe jurisdicties waar ze zich technisch afschermen" en waar het lastig is om boetes op te leggen of te innen.258 In het evaluatierapport wordt als verbetering voorgesteld om de toegang aan te pakken (websites blokkeren) en ook faciliterende partijen harder aan te pakken (zoals de hostingpartij, de betaalserviceprovider, advertentieplatforms als Meta en zoekmachines als Google).259

Samenvatting

5.47 De regulering van kansspelen is sinds jaar en dag niet gericht op het volledig verbieden van kansspelen, maar op kanalisatie van de speelbehoefte naar legaal aanbod. In de Wok is in art. 1 een stelsel neergelegd waarbij het aanbieden van kansspelen is verboden, tenzij een vergunning is verleend.260 Voor verschillende kansspelen geldt een éénvergunningstelsel: er is slechts één vergunning beschikbaar voor het aanbieden van dergelijke kansspelen. Benadrukt dient te worden dat dus alle kansspelen die onder het bereik van de Wok vallen verboden zijn, tenzij er een vergunning is verleend. De vraag is hoe de in de jaren 90 van de vorige eeuw opkomende kansspelen via internet in dat systeem pasten. In dat kader moet een onderscheid worden gemaakt tussen aanbieders die beschikten over een vergunning voor e-commerce (bijvoorbeeld verkoop van loten via internet) en aanbieders van e-gaming (het interactief spelen van kansspelen via internet),261 waarvoor tot 2021 geen vergunningstelsel bestond. Binnen het vergunningstelsel van de Wok waren er dus wel (beperkte) mogelijkheden voor kansspelen op afstand. Dergelijke interactieve e-gaming, waar het in deze zaak om gaat, werd (kennelijk) om verschillende redenen niet door de traditionele vergunninghouders aangeboden en het gevoelen was ook dat daarvoor nieuwe wetgeving en een nieuw vergunningstelsel nodig waren. Ten aanzien van dergelijke kansspelen op afstand heeft de wetgever lange tijd gezocht naar een adequate vorm van regulering. Ondertussen was er op grote schaal illegaal aanbod van dergelijke kansspelen via internet. Door de globalisering van dit aanbod, werd het speelveld bovendien anders dan bij de traditionele kansspelen. Men worstelde met de handhaving en (uiteindelijke) regulering ervan. De Ksa trad met prioriteit handhavend op tegen aanbieders van illegale kansspelen via internet die aan bepaalde prioriteringscriteria voldeden.262 Dat prioriteringsbeleid betrof, zo maakte de Ksa duidelijk nadat daar enige verwarring over was ontstaan, handhavingsbeleid en geen gedoogbeleid. Het prioriteringsbeleid is verschillende keren aangescherpt.

Aan het prioriteringsbeleid werd ook gekoppeld dat aanbieders die daaraan voldeden niet in aanmerking kwamen voor een vergunning bij de uiteindelijke inwerkingtreding van nieuwe wetgeving, terwijl aanbieders die daar niet aan voldeden, en met andere woorden hun aanbod níet op Nederland richtten, wél uiteindelijk voor vergunningverlening in aanmerking kwamen. Paradoxaal genoeg werden daarmee dus de facto aanbieders van de Nederlandse markt geweerd die er uiteindelijk, namelijk bij inwerkingtreding van de wetgeving over kansspelen op afstand met een vergunningmogelijkheid voor kansspelen op afstand, potentieel wél actief op mochten worden. Dit zou kunnen worden gezien als de tragiek van het beleid ten aanzien van kansspelen via internet in de periode voor de huidige kansspelwetgeving waarin kansspelen op afstand zijn geregeld. De huidige kansspelwetgeving strekt ertoe om ook kansspelen op afstand met vergunningen te reguleren. Het vergunningstelsel is gericht op het voorkomen van fraude en misbruik, het voorkomen van kansspelverslaving en het waarborgen van een eerlijk spelverloop. Handhaving van de wet geschiedt met bestuursrechtelijke sancties en, als *ultimum remedium*, met straffen. De wet voorziet niet met zoveel woorden in civielrechtelijke remedies bij handelen zonder een vergunning. Daaraan is voor zover ik heb kunnen nagaan in de wetsgeschiedenis van de kansspelwetgeving ook geen aandacht besteed en, afgezien van enkele opmerkingen over handhaving tegen oneerlijke concurrentie met art. 6:162 BW en één opmerking over de mogelijkheid van privaatrechtelijke handhaving door gedupeerde deelnemers aan kansspelen, in het handhavingsbeleid van de afgelopen decennia evenmin. Aan de geldigheid van een kansspelovereenkomst die is gesloten nadat daartoe een vergunde gelegenheid is gegeven is in art. 39 Wok wel aandacht besteed. Daarvoor gelden niet de beperkingen van art. 7A:1825 BW: een dergelijke overeenkomst is, behoudens bijvoorbeeld vernietiging wegens bedrog of dwaling, geldig, en de eruit voortvloeiende verplichtingen zijn in rechte afdwingbaar.

6 Verboden rechtshandelingen

Soms een specifieke regeling, anders terugvallen op art. 3:40 BW

6.1 Het contractenrecht breder: het rechtshandelingenrecht gaat uit van partijautonomie: partijen zijn in beginsel vrij om rechtshandelingen aan te gaan met wie en waarover zij willen.263 Die vrijheid wordt niettemin begrensd door de wet, de openbare orde en de goede zeden.

6.2 Het kan zijn dat een wet met zoveel woorden het aangaan van een rechtshandeling verbiedt en tevens met zoveel woorden voorziet in de rechtshandelingsrechtelijke gevolgen van schending van een dergelijk verbod. Zo zijn er wetsbepalingen die uitdrukkelijk bepalen dat overtreding ervan de geldigheid van een rechtshandeling aantast. Een voorbeeld daarvan is art. 1:400 lid 2 BW, dat een overeenkomst die afwijkt van de wettelijke rangorde van onderhoudsgerechtigden nietig verklaart. Er zijn ook wetsbepalingen die uitdrukkelijk bepalen dat overtreding ervan de geldigheid van de rechtshandeling onverlet laat. Een voorbeeld daarvan is art. 1:352 BW, dat bepaalt dat ondanks het ontbreken van de vereiste machtiging handelingen door een voogd verricht in strijd met art. 350 of art. 351 BW geldig zijn. In dergelijke gevallen heeft de wetgever dus uitdrukkelijk voorzien in de privaatrechtelijke betekenis van de wet in kwestie en blijft art. 3:40 BW buiten beeld.264 Dat de wet uitdrukkelijk voorziet in gevolgen van wetsovertreding voor rechtshandelingen (nietigheid of juist geldigheid) komt niet alleen voor in het Burgerlijk Wetboek, maar ook daarbuiten.265

6.3 Heeft de wetgever niet voorzien in de gevolgen voor rechtshandelingen die door een wet worden verboden, dan voorziet art. 3:40 BW in een toetsingskader voor de beoordeling van die gevolgen. Het artikel bevat een gelaagde open norm waarvan de toepassing telkens op het te beoordelen gevalstype kan worden toegesneden en in verschillende gevolgen kan resulteren: geldigheid, nietigheid of vernietigbaarheid, of een tussenvorm.

6.4 Het toetsingskader van art. 3:40 BW is nodig, omdat de wetgever bij de opstelling van een wet lang niet steeds heeft voorzien wat de verbintenisrechtelijke betekenis ervan is.266 Dat betekent dat de rechter alsnog over die betekenis (strekking) moet beslissen. Vanuit het perspectief van rechtsvinding is deze kwestie vergelijkbaar met het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen (art. 6:163 BW) in het kader van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), waarbij het gaat om de buitencontractuele betekenis van wetsbepalingen.267

Artikel 3:40 BW

a. *Inleiding*

6.5 Nu, zoals in paragraaf 5 uiteen is gezet, de kansspelwetgeving zelf niet met zoveel woorden voorziet in de civielrechtelijke gevolgen voor kansspelovereenkomsten die zijn gesloten na een aanbod waarvoor geen vergunning was verleend, moet de geldigheid van dergelijke overeenkomsten worden beoordeeld aan de hand van het toetsingskader van art. 3:40 BW. Dat toetsingskader is niet alleen complex, maar ook al geruime tijd in ontwikkeling. Daarom ga ik er hier uitvoerig op in.

6.6 Art. 3:40 BW luidt:

"1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.

2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt tot bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.

3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van de daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten."

6.7 Het artikel neemt tot uitgangspunt dat ongeoorloofde rechtshandelingen ongeldig zijn.268 Een rechtshandeling kan ongeoorloofd zijn omdat zij in strijd is met de goede zeden, de openbare orde of de wet.269 Daarnaast onderscheidt het artikel tussen verschillende aspecten van een rechtshandeling: de inhoud, de strekking en zo leert de wetsgeschiedenis het verrichten van de rechtshandeling. Deze twee driedelingen brengen mee dat in totaal negen combinaties denkbaar zijn (inhoud in strijd met de goede zeden, strekking in strijd met de openbare orde, etc.), die niet allemaal met zoveel woorden in art. 3:40 BW zijn uitgewerkt. Zo is het geval dat de *inhoud of strekking* van een rechtshandeling in strijd is met de *wet* niet uitdrukkelijk geregeld in de tekst van art. 3:40 BW.270 De niet met zoveel woorden geregelde gevallen kunnen niettemin langs indirecte weg tot nietigheid leiden.271 Daarbij speelt een rol dat de terminologische onderscheidingen (inhoud, strekking en aangaan enerzijds en goede zeden, openbare orde en wet anderzijds) in werkelijkheid niet steeds scherp zijn.272 Ik zal hierna de gebruikelijke interpretatie van art. 3:40 BW beschrijven en kom (in nr. 6.27 e.v.) tot een samenvatting.

b. *Leden 2 en 3*

6.8 Naar goed gebruik273 begin ik de bespreking bij strijd met de wet (leden 2 en 3), om vervolgens strijd met de goede zeden en openbare orde (lid 1) te bespreken.

6.9 De leden 2 en 3 van art. 3:40 BW hebben (slechts) betrekking op het geval dat het *verrichten* van een rechtshandeling (bij een overeenkomst: het sluiten) als zodanig in strijd is met een dwingende wetsbepaling. Dit staat niet met zoveel woorden in lid 2, maar volgt uit de wetsgeschiedenis:

"Nog zij opgemerkt, dat bij een overeenkomst zowel de rechtshandeling als de prestatie waartoe zij verplicht, verboden kan zijn. Het in het tweede en het derde lid bepaalde heeft op de rechtshandeling, de overeenkomst zelve, betrekking. Is een prestatie, waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet verboden, dan zal de overeenkomst volgens het eerste lid nietig zijn."274

6.10 Met wetsbepaling wordt gedoeld op wetgeving in formele zin en wetgeving van lagere wetgevers, maar alléén voor zover de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een dwingende wetsbepaling als bedoeld in lid 2 uitdrukkelijk door de formele wetgever aan de lagere wetgever is gedelegeerd.275

6.11 Soms blijkt expliciet uit de bepaling zelf of zij van dwingend (of aanvullend) recht is, in andere gevallen zal dit aan de hand van de bedoeling van de wetgever en de strekking van de wet moeten worden vastgesteld.276

6.12 Lid 2 neemt tot uitgangspunt dat het rechtsgevolg van een wegens strijd met een dwingende wetsbepaling ongeoorloofde rechtshandeling, *nietigheid* van rechtswege van de rechtshandeling is. Het rechtsgevolg kan echter ook zijn dat de rechtshandeling *vernietigbaar* is. De hoofdregel van nietigheid gaat volgens lid 2 namelijk niet op indien een rechtshandeling in strijd is met een dwingende wetsbepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van één van de partijen bij een meerzijdige

rechtshandeling. Lid 2 bepaalt tot slot dat "een en ander" geldt "voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit". Dat voorbehoud ziet zowel op de hoofdregel (nietigheid) als op de uitzondering (vernietigbaarheid), in de zin dat uit de strekking van een dwingende wetsbepaling die één van de partijen bij een meerzijdige rechtshandeling beoogt te beschermen, kan voortvloeien dat een daarmee strijdige rechtshandeling desalniettemin van rechtswege nietig of juist geldig is.277 Het voorbehoud biedt ook ruimte om tot een tussenvorm van nietigheid en vernietigbaarheid te concluderen.278

6.13 Een rechtshandeling in strijd met een dwingende wetsbepaling kan ook geldig zijn. Uit lid 3 volgt namelijk dat lid 2 geen betrekking heeft op wetsbepalingen die *niet de strekking hebben* de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Het gaat daarbij om wetsbepalingen op de schending waarvan geen enkele sanctie is gesteld (*leges imperfectae*) of alleen de sanctie van schadevergoeding en/of straf (*leges minus quam perfectae*), terwijl de rechtshandeling zelf rechtsgeldig blijft.279 Rechtshandelingen die in strijd zijn met dergelijke wetsbepalingen worden niet door de uit lid 2 voortvloeiende nietigheid getroffen, maar zijn geldig. Het voorbeeld uit de wetsgeschiedenis is de koop in een winkel na sluitingstijd (verboden en voor de verkoper strafbaar gesteld bij de Winkelsluitingswet).280 Het model van de leden 2 en 3 van art. 3:40 BW biedt dus een rijk geschakeerd beeld. Het artikel laat aan de rechter een grote vrijheid om naar gelang van de aard van de gevallen waarom het gaat, zijn weg te vinden.281

6.14 Het is een kwestie van interpretatie of een wetsbepaling de geldigheid van de door haar verboden rechtshandeling raakt,282 anders gezegd: of de strekking van de overtreden wet is om af te doen aan de geldigheid van de ermee strijdige rechtshandeling. Zoals gezegd (in nr. 6.2) is het in enkele gevallen uitdrukkelijk in de wet geregeld, maar is dat vaak niet het geval. In dat laatste geval dient de betekenis van de wet voor de civielrechtelijke gevolgen van overtreding van het verbod door de rechter te worden vastgesteld.283

6.15 Wat in art. 3:40 BW precies wordt bedoeld met de strekking van een wetsbepaling is niet helemaal duidelijk. Sommige auteurs onderscheiden de bewoordingen, de aard en de strekking van een bepaling,284 volgens anderen gaat het om de bedoeling van de wet, de ratio van de bepaling,285 maar zij zien in dat het daarbij gaat om meer dan wat als bedoeling uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt.286 Zelf lees ik het begrip strekking in art. 3:40 BW als het resultaat van interpretatie, een proces dat aanvangt bij de wettekst en de wetsgeschiedenis, maar daar vaak niet stopt omdat die geen uitsluitsel bieden. Het is dan aan de rechter om tot een normatief oordeel te komen, waarbij hij zijn gehele rechtsvindingsarsenaal kan aanwenden.287 Vaststelling van het strekkingsbereik is met andere woorden niet alleen een resultaat van onderzoek naar wat de wetgever (kenbaar) heeft bedoeld (dat is een feitelijk onderzoek), maar ook voor zover dat onderzoek geen uitsluitsel biedt en dat zal vaak het geval zijn een normatief oordeel over het beschermingsbereik van een bepaling.288 Nog anders gezegd: het is niet alleen een kwestie van vinden (van wetshistorische aanwijzingen voor de strekking), maar vaak ook een kwestie van *ervan* vinden (aanwijzen, kiezen van de strekking van de wetsbepaling door de rechter).

6.16 Bij het bepalen van de strekking van een wetsbepaling zal het toenmalige oogmerk van de wetgever, indien kenbaar, uiteraard nadrukkelijk doorklinken, maar bestaat dus ook ruimte om andere factoren mee te wegen, zoals het systeem van het recht, de actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzichten en de redelijkheid.289 De wetsgeschiedenis vormt dus het vertrekpunt voor de vaststelling van de strekking.290 Daarnaast kan de aard van de wetsbepaling als maatstaf dienen.291 Ook doelmatigheidsoverwegingen spelen een rol.292 Verder moet worden gelet op de door de bepaling beschermde belangen en in de wet voorziene sancties.293 De laatste twee elementen spelen ook een rol bij het bepalen of een overeenkomst die tot een door de wet verboden prestatie verplicht in strijd is met de openbare orde.294 Zo bezien zijn de beoordeling van strijdigheid met een dwingende wetsbepaling (lid 2) en strijdigheid met de goede zeden en openbare orde (lid 1) niet strikt van elkaar te scheiden. Er is dan ook betoogd dat indien de bedoeling van de wet niet duidelijk is, overwegingen ontleend aan de goede zeden en openbare orde de doorslag dienen te geven.295 Er is, anders gezegd, ook binnen het onderzoek naar de strekking van de wet ruimte voor "een richtinggevende rol" van de goede zeden en openbare orde.296 Morele overwegingen (goede zeden) en de wijze waarop de samenleving is ingericht (openbare orde) kunnen dus ook een rol spelen bij het vaststellen van de

strekking van een wetsbepaling.

6.17 Maatschappelijke ontwikkelingen die zich sinds de invoering van een wetsbepaling hebben voorgedaan kunnen meebrengen dat de strekking van een wetsbepaling om de geldigheid van ermee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, verloren is gegaan (strekkingsverlies).297 In een zaak over de verkoop van lotnummers in een bij de Arubaanse Loterijverordening verboden loterij (*catoochi*) liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand dat in het licht van geconstateerde maatschappelijke ontwikkelingen op Aruba het enkele feit dat de loterij en het verkopen van nummers daarin bij wet is verboden inmiddels niet meer leidde tot nietigheid van de overeenkomst.298 Het hof had vastgesteld dat de maatschappelijke ontwikkelingen op Aruba ertoe hadden geleid dat het (bedrijfsmatig) aanleggen van een *catoochi* in brede lagen van de Arubaanse samenleving niet meer als maatschappelijk onwenselijk, illegaal of strafwaardig werd ervaren en dan ook door de overheid werd gedoogd.299 Bijkomende omstandigheden kunnen ondanks dergelijk strekkingsverlies nog steeds maken dat de overeenkomst nietig is wegens strijd met de goede zeden.300

6.18 Het geval waarin de rechtshandeling of de prestatie waartoe zij verplicht verboden is tenzij vooraf een vereiste vergunning is verleend, is gelijk te stellen met het geval dat het verrichten, de inhoud of strekking van de rechtshandeling onvoorwaardelijk verboden is.301 De regels van art. 3:40 BW vinden dan onverkort toepassing.302

c. *Lid 1*

6.19 Naast het door art. 3:40 lid 2 en 3 bestreken gevalstype dat het *verrichten* van een rechtshandeling (het sluiten van een overeenkomst) in strijd is met de wet, kan ook de *inhoud* of *strekking* van een rechtshandeling in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling. Dat geval is zoals gezegd niet met zoveel woorden in art. 3:40 BW geregeld, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de geldigheid van een dergelijke rechtshandeling via de toets van lid 1 moet worden beoordeeld.303 De vraag is dan dus of een dergelijke rechtshandeling in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Als dat het geval is, is de rechtshandeling volgens art. 3:40 lid 1 BW nietig.

6.20 Ik maak eerst enkele opmerkingen over de begrippenparen inhoud/strekking van de rechtshandeling en strijd met de goede zeden/openbare orde. De *inhoud* van een rechtshandeling moet worden vastgesteld aan de hand van wat partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden (art. 3:33-35 BW). Bij een overeenkomst gaat het om de prestaties waartoe partijen zich verplichten.304 De *strekking* van een *rechtshandeling* nota bene wel te onderscheiden van de strekking van de geschonden *wetsbepaling* (zie daarover nr. 6.15 hiervoor) ziet in de eerste plaats op de ook voor anderen te voorziene gevolgen van een rechtshandeling.305 De voor anderen voorzienbare gevolgen betreffen bijkomende handelingen of voorbereidende handelingen. De prestatie is dan niet rechtstreeks verboden, maar wel indirect.306 Een voorbeeld biedt het standaardarrest *B/Aviolanda* waarin Aviolanda zich had verbonden om aluminium kammen aan B te leveren.307 Om die kammen te produceren moest Aviolanda haar fabriek ombouwen, maar dat was behoudens een vergunning (die Aviolanda niet bezat) bij wet verboden. De Hoge Raad oordeelde dat dit verbod noch het aangaan van de overeenkomst, noch de prestatie waartoe Aviolanda zich verbond rechtstreeks trof, maar dat de overeenkomst toch een verboden strekking kon hebben en nietig kon zijn als beide partijen bij het aangaan van de overeenkomst de bedoeling hadden of zich er van bewust waren dat de nakoming ervan zou leiden tot de overtreding van het wettelijke verbod. In de tweede plaats ziet de strekking van de rechtshandeling op de voor anderen kenbare *motieven* van de handelende.308 Bij een overeenkomst is de ander de wederpartij. Het bekende voorbeeld uit de wetsgeschiedenis is het kopen van een mes om iemand te doden: alleen als deze bedoeling ten tijde van de koop voor de verkoper kenbaar is, is sprake van een overeenkomst die wegens haar strekking in strijd is met de openbare orde of goede zeden.309 Voor de begrippen inhoud en strekking geldt overigens dat zij in de rechtspraak van de Hoge Raad wel zijn samengenomen.310 Het onderscheid moet dus niet te sterk worden aangezet.

6.21 De criteria goede zeden en openbare orde verwijzen naar de in een bepaalde maatschappelijke constellatie als fundamenteel ervaren normen van ongeschreven recht, waarbij bij de goede zeden de moraliteit centraal staat en bij de openbare orde met name de wijze waarop de maatschappij is ingericht.311 De Hoge Raad overwoog dat sprake is van strijd met de openbare orde als sprake is van strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele

aard.312 Het onderscheid tussen goede zeden en openbare orde is in wezen sterk vervaagd.313

6.22 De in de Toelichting Meijers verwoorde gedachte dat, als een overeenkomst naar inhoud of strekking verplicht tot een bij wet verboden prestatie, de overeenkomst (altijd) nietig is vanwege strijd met de openbare orde (lid 1),314 is geen geldend recht (meer). In het principiële arrest *Esmilo*/*Mediq* heeft de Hoge Raad daarover overwogen:

"Weliswaar is art. 3:40 BW in de T.M. nog aldus toegelicht dat indien een prestatie waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet is verboden, de overeenkomst volgens het eerste lid nietig is (Parl. Gesch. Boek 3, p. 191). Maar zoals in de verdere wetsgeschiedenis ligt besloten (zie de citaten in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.13.3 en 3.13.4), en ook in de rechtspraak is aanvaard (zie HR 7 april 2000, *LJN* AA5401, *NJ* 2000/652 en HR 11 mei 2001, *LJN* AB1555, *NJ* 2002/364), kan niet langer worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod. Zoals door de regeringscommissaris is opgemerkt is er namelijk een groot aantal wettelijke verboden, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen had (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1138). Een overeenkomst die in strijd komt met een zodanig verbod hoeft niet strijdig te zijn met de openbare orde. Daarom dient de rechter, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen."315

6.23 Als een overeenkomst naar inhoud of strekking verplicht tot een door de wet verboden prestatie moet de rechter dus beoordelen of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde. Hij dient daarbij tenminste (in elk geval) de volgende vier gezichtspunten te betrekken en daarvan in zijn motivering rekenschap af te leggen:

(i) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd;

(ii) of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden;

(iii) of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren; en

(iv) of de regel in een sanctie voorziet.

6.24 De inhoud en ratio van deze gezichtspunten zijn in het arrest niet uitgewerkt en behoeven nadere duiding.316 De eerste twee gezichtspunten zien op de betekenis van de geschonden regel: welke belangen worden erdoor beschermd en welke fundamentele beginselen zijn in het geding? Indien de overtreden bepaling (primair) strekt tot bescherming van het algemeen belang, wordt wel aangenomen dat nietigheid van rechtswege op haar plaats is.317 Indien de overtreden norm echter verschillende belangen beoogt te dienen (bijvoorbeeld bescherming van een persoon tegen een ander, maar ook tegen zichzelf; bescherming van een groep personen tegen een andere, maar ook behartiging van het algemeen belang), kan er reden zijn een tussenvorm tussen nietigheid en vernietigbaarheid aan te nemen.318 Bij fundamentele beginselen kan worden gedacht aan beginselen van grondrechtelijke aard, zoals vervat in de Grondwet, het EVRM en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.319 Het derde gezichtspunt bewustheid van de overtreding wordt (kennelijk) niet langer als voorwaarde voor ongeldigheid gezien, maar kan het gevalstype niettemin kleuren: bewuste, en zeker moedwillige wetsontduiking320 kan gewicht in de schaal leggen. Het vierde gezichtspunt (hoe is in sanctionering voorzien?) lijkt de kernvraag, omdat het hier gaat om de kwestie of privaatrechtelijke sanctionering met nietigheid op haar plaats is, maar biedt op zichzelf weinig richting. Enerzijds kan het feit dat reeds in strafrechtelijke en/of bestuurlijke sanctionering is voorzien worden opgevat als aanwijzing dat daarnaast privaatrechtelijke ongeldigheid niet nodig is. Daarbij kan bovendien een rol spelen dat ook andere, minder verstrekkende privaatrechtelijke remedies (zoals schadevergoeding wegens wetsschending) doorgaans mogelijk zijn. In dat verband is het beginsel van proportionaliteit van betekenis, zoals dat ook tot uitdrukking komt in de *Draft Common Frame of Reference*.321 Anderzijds kan privaatrechtelijke handhaving via nietigheid naast

strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionering een aanvullende rol van betekenis vervullen: dergelijke aanvullende handhaving geeft een regel meer tanden. De genoemde gezichtspunten geven dus op zichzelf weinig sturing aan het rechterlijk oordeel over de strekking van een verbodsregel; zij bieden de rechter vooral aanknopingspunten om zijn keuze in de hem toekomende beoordelingsruimte met argumenten te stofferen. Het gaat hier volgens mij wel over een rechtsvraag (heeft een wetsbepaling de strekking om de geldigheid van een ermee strijdige rechtshandeling aan te tasten?), waarop het antwoord niet afhankelijk is van een individuele rechterlijke afweging van feiten.

6.25 Ik merk tot besluit van deze paragraaf nog op dat, voordat toetsing van een casus aan de (goede zeden of) openbare orde kan plaatsvinden, eerst moet worden vastgesteld *dat* de inhoud of strekking van een rechtshandeling in strijd is met de wet. In gevallen waarin de wet dat met zoveel woorden bepaalt is dat betrekkelijk eenvoudig. Is dat niet het geval, dan kan ook hier de strekking van de wet van betekenis zijn: strekt de wet ertoe de *rechtshandeling* te *verbieden*? Ook op dit punt kan de strekking van de wet dus van betekenis zijn in het toetsingskader van art. 3:40 lid 1 BW.322

d. Tendens: terugdringen van nietigheden

6.26 Het hiervoor geschetste wettelijke kader van art. 3:40 BW moet worden gezien in het licht de tendens om de sanctie van nietigheid terug te dringen, ook wel relativering van nietigheden genoemd.323 De Hoge Raad spreekt van "het streven van de wetgever om in de sinds 1992 geldende wet nietigheden en de gevolgen daarvan terug te dringen".324 Deze tendens houdt niet alleen in dat, zoals hiervoor uiteen is gezet, (steeds) minder snel tot nietigheid wordt geconcludeerd,325 maar ook dat de gevolgen van nietigheid worden gerelativeerd. De Hoge Raad heeft in dat kader geoordeeld dat aan het Burgerlijk Wetboek het uitgangspunt ten grondslag ligt "*dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt*".326 Het is dus niet per definitie zo dat dat de rechtsgevolgen van een door nietigheid getroffen rechtshandeling in het geheel niet intreden. Zo kent de wet de rechtsfiguren van partiële nietigheid (art. 3:41 BW), conversie (art. 3:42 BW) en convalescentie (art. 3:58 BW), waardoor de rechtsgevolgen van een nietige rechtshandeling (deels) toch intreden. Ook in gevallen waarin deze bepalingen niet van toepassing zijn, hoeft niet noodzakelijkerwijs in termen van alles-of-niets te worden gedacht: er is een overgangsgebied tussen geldigheid en nietigheid van rechtshandelingen en de gevolgen daarvan laten zich modelleren.327

Samenvatting

6.27 Het voorgaande levert het volgende beeld op.

6.28 Wordt met totstandkoming, inhoud of strekking van een rechtshandeling een wetsbepaling overtreden, dan voorziet de wet in kwestie soms met zoveel woorden in de gevolgen van een dergelijke overtreding voor de geldigheid van die rechtshandeling. Veelal is dat echter niet het geval en dan moet de vraag naar (on)geldigheid van de rechtshandeling worden beoordeeld met behulp van het toetsingskader van art. 3:40 BW. Dan moet eerst worden onderzocht wat de wet verbiedt.

6.29 Is het *aangaan* van een rechtshandeling in strijd met de wet, dan moet volgens art. 3:40 lid 2 en 3 BW worden beoordeeld of, en zo ja, in hoeverre de geschonden wetsbepaling ertoe strekt om de geldigheid van de rechtshandeling aan te tasten. Dat vraagt in de eerste plaats om een onderzoek naar de wetsgeschiedenis van de geschonden regel, maar uiteindelijk omdat dat onderzoek vaak geen uitsluitsel zal bieden om een *interpretatie* van de strekking van de regel, waartoe de rechter zijn volledige rechtsvindingsarsenaal mag en moet aanwenden. Hij moet bijvoorbeeld rekening houden met de wetsgeschiedenis, de aard van de bepaling, de door de bepaling beschermde belangen, de in de wet voorziene sancties, het systeem van het recht, de actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzichten en de redelijkheid.

6.30 Is niet het aangaan van de rechtshandeling door de wet verboden, dan *kan* de rechtshandeling niettemin nietig zijn wegens strijd met de goede zeden of openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW). De reflex dat elke rechtshandeling die verplicht tot een bij wet verboden prestatie automatisch strijd met de openbare orde oplevert, is immers in ieder geval sinds *Esmilo/Mediq* achterhaald: ook in dit geval moet de strekking van het wettelijke verbod door de rechter worden vastgesteld, eerst om vast te stellen wat de wet precies verbiedt,328 en vervolgens om vast te stellen of dat gevolgen heeft voor de geldigheid van de rechtshandeling en, zo ja, welke. Anders gezegd: ook in dat geval moet de rechter door interpretatie vaststellen wat de gevolgen zijn van schending van een wettelijk verbod voor de

geldigheid van een rechtshandeling. De Hoge Raad heeft voor die beoordeling een niet limitatief aantal gezichtspunten aangedragen die begrijpelijkerwijs verwantschap vertonen met voor de toepassing van art. 3:40 lid 2 en 3 BW relevante omstandigheden.

6.31 Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat het onderscheid in werking en uitwerking van de leden 2 en 3 van art. 3:40 BW enerzijds en lid 1 van die bepaling anderzijds in wezen is vervaagd. Men zou kunnen zeggen dat bij een wettelijk verbod steeds moet worden beoordeeld welke betekenis de schending ervan heeft voor de geldigheid van een rechtshandeling. Daarbij is relevant wat het verbod verbiedt (het aangaan, de inhoud of de strekking van de rechtshandeling), wat de wetsgeschiedenis van de overtreden wet erover zegt, maar ook wat gelet op de aard van de bepaling, de erdoor beschermde belangen, de door de schending geschonden belangen, de wijze waarop in sanctionering is voorzien, de beschikbaarheid van andere, minder rigoureuze remedies, en de overige omstandigheden van het geval een passend gevolg is voor de geldigheid van de rechtshandeling.

6.32 Zowel met betrekking tot het aannemen van gevolgen voor de geldigheid van een rechtshandeling als met betrekking tot de modaliteit van die gevolgen valt een tendens van toenemende terughoudendheid waar te nemen.

7. **Balans: betekenis van kansspelwetgeving voor geldigheid van op afstand gesloten kansspelovereenkomsten**

Aanpak

7.1 Het wordt tijd om de balans op te maken van het voorgaande. Ik doe dat door hetgeen ik hiervoor uiteen heb gezet op elkaar te betrekken: wat leren de regeling van de kansspelovereenkomst in het BW, de (ontwikkeling van de) kansspelwetgeving en art. 3:40 BW over de (on)geldigheid van kansspelovereenkomsten die op afstand zijn gesloten zonder dat de aanbieder van het kansspel over een voor het aanbieden van het kansspel vereiste vergunning beschikte? Ik begin daartoe in nr. 7.2 met de regeling in het BW (art. 7A1825 e.v.), vervolg in nr. 7.3 e.v. met de vraag wat art. 1 Wok verbiedt en of er aanwijzingen zijn dat overtreding van de Wok ongeldigheid van rechtshandelingen tot gevolg heeft, en bespreek ten slotte in nr. 7.9 e.v. toepassing van art. 3:40 BW. Na een voorlopige conclusie in nr. 7.20 kom ik tot een nadere standpuntbepaling in nr. 7.21 e.v. Ik sluit in nr. 7.29 e.v. af met een samenvatting.

Vertrekpunt: art. 7A:1825 e.v. BW

7.2 Ik stel voorop dat art. 7A:1825 e.v. BW als regel hanteert dat een kansspelovereenkomst geldig is, maar niet afdwingbaar: wat vrijwillig is betaald, kan (volgens art. 7A:1828 BW: behoudens wilsgebreken) niet met succes worden teruggevorderd. Een kansspelovereenkomst die is aangegaan nadat is voldaan aan de vereisten uit de Wok, is geldig en afdwingbaar (art. 39 Wok). In die gevallen verbindt de Wok dus meer gevolgen aan dergelijke overeenkomsten dan art. 7A:1825 BW doet. Anders dan mijn ambtgenoot Snijders,329 lees ik in art. 39 Wok niet dwingend de "logische keerzijde [] dat het organiseren van een kansspel dat door de Wet op de kansspelen in het geheel wordt verboden, dan wel dat wordt georganiseerd zonder een door die wet verplicht gestelde vergunning, in beginsel tot gevolg moet hebben dat de daartoe gesloten overeenkomst tussen de organisator en de deelnemer een ongeoorloofde [bedoeld zal zijn: geoorloofde, A-G] oorzaak mist en daarom nietig is (art. 3:40 lid 2 en 3 BW)". Ten minste evenzeer verdedigbaar lijkt mij dat voor een kansspelovereenkomst die niet de zegen krijgt van art. 39 Wok, in beginsel de beperkte geldigheid van art. 7A:1825 BW resteert.330 In beginsel, omdat toepassing van art. 3:40 BW tot een andere uitkomst kan leiden.331

Wat verbiedt de Wok?

7.3 De vraag die beantwoording verdient is of, en zo ja hoe, de overtreding van een in de Wok neergelegd verbod de geldigheid van een na overtreding van dat verbod aangegane kansspelovereenkomst raakt. Daartoe is het nodig om eerst te bezien wat art. 1 Wok precies verbiedt332 en daarna te onderzoeken of de Wok, de totstandkomingsgeschiedenis ervan of de toepassing van art. 3:40 BW meebrengt dat overtreding van de Wok gevolgen heeft voor de geldigheid van dergelijke kansspelovereenkomsten.

7.4 De Wok verbiedt in art. 1, kort gezegd, a) het zonder vergunning *gelegenheid bieden* tot het spelen van kansspelen;333 b) het zonder vergunning *bevorderen van deelneming* of het daartoe verschaffen van middelen; c) het *gebruik maken van een gelegenheid wetende dat* geen vergunning is verleend; en d) het opzettelijk *wekken van het vermoeden dat een vergunning is verleend*. De tekst van en de

toelichting op de Wok bieden geen aanknopingspunten om te oordelen dat het *aangaan* van een kansspelovereenkomst zonder vergunning verboden is.334 Evenmin blijkt uit de tekst of uit de wetsgeschiedenis dat de *inhoud* of de *uitvoering* van dergelijke kansspelovereenkomsten verboden is.335 Naar de letter genomen verbiedt art. 1 Wok slechts het verrichten van bepaalde *feitelijke handelingen* (gelegenheid geven, deelnemen, gebruik maken, vermoeden wekken). Het gaat daarbij telkens om handelingen die het *aanbod*, in de zin van het beschikbaar maken, van kansspelen betreffen, hetgeen de wetgever met vergunningen heeft willen reguleren. Het is niet duidelijk hoe ver dit verbod op gelegenheid geven reikt: is sprake van gelegenheid geven als in een krant een advertentie wordt geplaatst waarin de lezer wordt opgeroepen tot deelneming aan een kansspel? Of als een bank geldt uitleent aan haar cliënt om mee te gokken? Of als een huis wordt verhuurd met de wetenschap dat er een kansspelbedrijf in zal worden gevestigd?336 Stel dat men inderdaad aanneemt dat sprake is van overtreding van het verbod, dan is vervolgens niet duidelijk hoe zich dat verhoudt tot de overeenkomsten die in deze gevallen aan de orde zijn: is de geldleningsovereenkomst nietig?, de huurovereenkomst?, enz. Over al die vragen laat de Wok zich niet uit.

7.5 Het voorgaande neemt niet weg dat het verrichten van een of meer van de door art. 1 Wok verboden feitelijke handelingen wel nodig is om een kansspelovereenkomst op afstand te kunnen aangaan: zonder het bieden van gelegenheid kan de overeenkomst niet worden aangegaan. Ik kom hierop terug bij de bespreking van art. 3:40 BW (nr. 7.9).

Wat is volgens de Wok het gevolg van overtreding van een in art. 1 Wok neergelegd verbod?

7.6 De Wok voorziet niet met zoveel woorden in de ongeldigheid van kansspelovereenkomsten die, kort gezegd, zonder vergunning zijn gesloten. De Wok bepaalt in art. 39 Wok, als gezegd (nr. 5.14), slechts dat kansspelovereenkomsten die *met* een vergunning zijn aangegaan wel geldig en afdwingbaar zijn. De Wok kent alleen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties (zie nr. 5.13).

7.7 De wetsgeschiedenis van de Wok bevat ook geen duidelijke aanknopingspunten voor ongeldigheid van kansspelovereenkomsten die, kort gezegd, zonder vergunning zijn aangegaan. Er is wel oudere rechtspraak over de Loterijwet 1905 waarin het kopen van loten in een onvergunde loterij nietig werd geacht wegens een ongeoorloofde oorzaak (hiervoor nr. 5.5). Die rechtspraak lijkt mij evenwel niet zonder meer richtinggevend voor beantwoording van de nu voorliggende vraag: de Loterijwet 1905 verbood (anders dan de Wok) het *verkopen* als zodanig en belangrijker het leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak heeft sindsdien een relevante ontwikkeling doorgemaakt.337 Voorts bevat slechts de toelichting op het voorontwerp voor titel 7.16 en een daarop gebaseerde opmerking van een latere minister van justitie (Donner) een aanwijzing voor nietigheid van dergelijke overeenkomsten, maar dit voorontwerp is nooit wet geworden en de toelichting op het voorontwerp stamt uit een tijd waarin het leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak strikter werd opgevat dan volgens de huidige veel genuanceerdere regeling van art. 3:40 BW geldt. Uit de opmerking van Donner blijkt niet dat hij dit onder ogen heeft gezien. Het maakt in ieder geval geen onderdeel uit van zijn bespiegeling over het voorontwerp.338

7.8 In het kader van de ontwikkeling van het handhavingsbeleid met betrekking tot de kansspelwetgeving, waaronder begrepen handhavingsbeleid over kansspelen op afstand, is, voor zover ik heb kunnen zien, ook geen aandacht besteed aan de mogelijke ongeldigheid van kansspelovereenkomsten die zijn aangegaan nadat daarvoor zonder een vergunning gelegenheid is geboden. Nu zou men kunnen zeggen dat dat ook geen kwestie is van overheidsbeleid, omdat handhaving via nietigheid aan de individuele gedupeerden is, maar dat geldt ook voor de wél in het beleid genoemde mogelijkheid om op grond van het privaatrecht tegen ongeoorloofd concurrerende kansspelaanbieders op te treden (vgl. hiervoor nr. 5.16, 5.17 en 5.25). Het is in dit licht op zijn minst opmerkelijk dat de ongeldigheid van kansspelovereenkomsten in het geschetste handhavingsdebat nimmer aan de orde is gesteld. Dat betekent in ieder geval dat over de verhouding van nietigheid van kansspelovereenkomsten tot andere handhavingsmechanismen (bestuursrechtelijke en strafrechtelijke) geen enkele (kenbare) gedachtevorming heeft plaatsgevonden. Ik kom hierop nog terug in nr. 7.24.

Toetsing aan art. 3:40 BW

7.9 Nu de Wok en de totstandkomingsgeschiedenis ervan geen uitsluitsel bieden over de (on)geldigheid van kansspelovereenkomsten die, kort gezegd, tot stand zijn gekomen na het onvergund bieden van gelegenheid, moet worden teruggevallen op het beoordelingskader van art. 3:40 BW. Dit

beoordelingskader is complex en genuanceerd en het is in de afgelopen decennia onderhevig aan de tendens om niet alleen het aannemen van nietigheid van rechtshandelingen, maar ook de gevolgen van ongeldigheid van rechtshandelingen terug te dringen.

7.10 Omdat de tekst van art. 1 Wok slechts feitelijke handelingen verbiedt en uit de wetsgeschiedenis niet anders blijkt, ben ik geneigd om aan te nemen dat niet het na een onvergund geboden gelegenheid *aangaan* van kansspelovereenkomsten in strijd is met de wet. Dat zou betekenen dat het casustype buiten de leden 2 en 3 van art. 3:40 BW valt.

7.11 Er zijn niettemin auteurs die aannemen dat overeenkomsten in strijd met de Wok nietig zijn op grond van art. 3:40 *lid 2* BW.339 Zij lijken er zonder meer van uit te gaan dat de Wok het *verrichten* van rechtshandelingen zonder vergunning verbiedt en dat de strekking van art. 1 Wok zonder meer meebrengt dat de rechtshandeling *nietig* is.340 Het eerste lees ik, als gezegd, niet in art. 1 Wok341 en het tweede lijkt mij geen recht te doen aan het genuanceerde toetsingskader van art. 3:40 BW. Gelet op de in beginsel vergaande gevolgen van de sanctie van nietigheid verdient het in ieder geval (meer) motivering. In dat verband zijn de hierna te bespreken gezichtspunten relevant.

7.12 Ook in de feitenrechtspraak is aangenomen dat kansspelovereenkomsten in strijd zijn met het verbod van art. 1 lid 1, aanhef en onder a Wok, en nietig zijn op grond van art. 3:40 *lid 2* BW.342 In de feitenrechtspraak is echter ook wel aangenomen dat kansspelovereenkomsten weliswaar in strijd zijn met dat verbod, maar niet nietig zijn omdat er sprake is van strekkingsverlies.343 In het kader van art. 30u Wok, dat, kort gezegd, de verplichting tot weigering van kwetsbare personen inhoudt,344 hebben verschillende rechtbanken en het hof Amsterdam verder geoordeeld dat schending van die bepaling niet leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid van kansspelovereenkomsten.345 Tot slot zijn er nog de Dexia-zaken waarin het hof Amsterdam verschillende malen heeft geoordeeld dat (zijn vaste rechtspraak is dat) de Wok niet de strekking heeft de geldigheid van rechtshandelingen aan te tasten.346

7.13 Zoals ik hiervoor heb gezegd (nr. 7.10), dient het onderhavige gevalstype mijns inziens niet te worden beoordeeld aan de hand van art. 3:40 lid 2 BW, maar aan de hand van art. 3:40 lid 1 BW. Ik meen overigens dat de uitkomst van beoordeling aan de hand van het tweede lid geen andere zou (mogen) zijn. Ter beantwoording van de vraag of kansspelovereenkomsten die zijn aangegaan na een onvergund geboden gelegenheid niettemin op grond van art. 3:40 *lid 1* BW nietig zijn, moet mijns inziens worden onderzocht of zij naar hun *strekking* in dit geval: vanwege de voor het aangaan onmisbare verboden voorbereidingshandeling:347 het onvergund bieden van gelegenheid in strijd zijn met de openbare orde of de goede zeden. Dat die strekking van de kansspelovereenkomsten in strijd is met de Wok (zonder overtreding van de Wok kunnen de kansspelovereenkomsten niet worden aangegaan) is daarvoor niet zonder meer voldoende: er moet een nadere beoordeling plaatsvinden aan de hand van onder meer de door de Hoge Raad in *Esmilo/Mediq* geformuleerde gezichtspunten (hiervoor nr. 6.22).

7.14 Het eerste gezichtspunt aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een rechtshandeling nietig is wegens strijd met de (goede zeden of) openbare orde betreft de belangen die door de geschonden regel worden beschermd. De beschermde belangen bij kansspelregulering in het algemeen en bij de Wok in het bijzonder zijn in de afgelopen eeuw vrij consistent dezelfde gebleven. Het gaat om het algemene belang bij een gereguleerd, betrouwbaar aanbod van kansspelen om deelnemers aan gokspelen te beschermen tegen fraude, misleiding en bedrog. Daarnaast zijn bestrijding van kansspelverslaving en criminaliteit achterliggende doelstellingen van de kansspelregulering. De wetgever gaat er daarbij min of meer vanuit dat er wordt deelgenomen aan (legale dan wel illegale) kansspelen. Dat lijkt inderdaad iets van alle tijden te zijn. Hij heeft dan ook niet het deelnemen daaraan in het algemeen willen verbieden, maar deelnemers willen beschermen tegen de gevaren die aan kansspelen kleven. Aldus is duidelijk dat de Wok individuele en algemene belangen dient: het tegengaan van fraude, misleiding en bedrog, kansspelverslaving en criminaliteit. Met de kansspelregulering is ook bescherming van de ten opzichte van (commerciële) aanbieders zwakkere kansspeldeelnemers beoogd. Al aan de Loterijwet 1905 lag ten grondslag bescherming van het individu tegen bedrog en misleiding en baatzuchtige exploitatie van zijn speelzucht ook zonder dat sprake was van bedrog en misleiding.348 In de memorie van toelichting bij de Wok wordt geen gewag gemaakt van dergelijke doelstellingen, maar die wet was dan ook enkel bedoeld als technische

harmonisatiewetgeving: de bestaande bepalingen wilde men materieel niet aanpassen.349 Aangenomen kan dus worden dat de Wok, waarvan de Loterijwet 1905 een belangrijke voorloper is, vergelijkbare beschermingsdoelstellingen heeft als de Loterijwet 1905. De bescherming-van-deelnemers-lijn is dan doorgetrokken in de toen nog niet van toepassing zijnde Koa en is daarin bovendien meer benadrukt en uitgewerkt. In de memorie van toelichting bij de Koa wordt het waarborgen van een hoge mate van consumentenbescherming als één van de achterliggende doelen van het (gemoderniseerde) kansspelbeleid genoemd.350 Zo lijkt dus ook bescherming van de zwakkere deelnemers een rode draad te zijn in de kansspelregulering.

7.15 De vraag is echter hoe de genoemde belangen van betekenis zijn voor de openbare orde en in het verlengde daarvan wat zij betekenen voor het wel of niet aannemen van nietigheid van kansspelovereenkomsten. Daarbij is van belang dat bescherming van de betrokken belangen niet noodzakelijkerwijs hoeft te worden geëffectueerd door middel van nietigheid van overeenkomsten die, op wat voor manier dan ook, in strijd zijn met de Wok.351 In dit verband is van belang dat deze belangen ook met andere remedies dan nietigheid van kansspelovereenkomsten kunnen worden gediend. Als bijvoorbeeld sprake is van bedrog of misleiding, kan de overeenkomst al op die grond worden aangetast, terwijl eventuele schade die een deelnemer heeft geleden door buitensporige speelzucht, verslaving, mogelijk zou kunnen worden geadresseerd door middel van een schadevergoedingsvordering gebaseerd op onrechtmatige daad. Ik kom op deze verhouding tot andere remedies terug bij de bespreking van het vierde gezichtspunt. Al met al bieden de aan dit eerste gezichtspunt te ontlenen argumenten voor het onderhavige gevalstype volgens mij weinig eenduidige richting voor het aannemen van nietigheid. Voor het tegendeel (geen nietigheid) biedt het gezichtspunt overigens evenmin uitsluitsel.

7.16 Het tweede gezichtspunt betreft de vraag of door de inbreuk op de Wok fundamentele beginselen worden geschonden. Door het bieden van gelegenheid om kansspelen op afstand aan te gaan zonder over een daartoe vereiste vergunning te beschikken schendt een kansspelaanbieder onmiskenbaar de wet, maar daarmee worden, afgezien van het algemene beginsel dat men zich aan de wet dient te houden, volgens mij niet zonder meer fundamentele beginselen geschonden: de aangegane kansspelovereenkomsten vormen als zodanig geen schending van fundamentele beginselen.

7.17 Het derde gezichtspunt, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, biedt in het onderhavige type gevallen volgens mij weinig richting.352 Weliswaar verbiedt art. 1 onder c Wok gebruik te maken van, kort gezegd, een gelegenheid tot kansspelen die zonder vergunning is geboden, "wetende dat voor het geven daarvan geen vergunning ingevolge deze wet is verleend", maar voorziet de Wok op dat punt reeds in een strafsanctie (art. 36 e.v. Wok). Het lijkt erop dat de wetgever hiermee vooral de naleving van de vergunningplicht heeft willen ondersteunen; uit niets blijkt dat schending van deze regel de geldigheid van een kansspelovereenkomst beoogt aan te tasten. Het lijkt ook niet aannemelijk dat de aldus tot stand gekomen kansspelovereenkomsten zijn aangegaan teneinde moedwillig de wet te overtreden of om de werking van de wet af te zwakken.

7.18 Het vierde gezichtspunt lijkt mij voor het onderhavige type gevallen bij uitstek van betekenis, omdat het ziet op de kernvraag of naast de met zoveel woorden door de wet voorgeschreven bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties en wellicht ook ter beschikking staande andersoortige civielrechtelijke remedies (rechterlijk verbod, vernietiging, schadevergoeding) een civielrechtelijke nietigheidssanctie op grond van art. 3:40 BW op haar plaats is. Van gewicht lijkt mij in dit verband dat de Wok, die evident publiekrechtelijke regulering van kansspelen op het oog heeft, inzet op bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering (zie hiervoor nr. 5.13). De Wok voorziet daarentegen niet in privaatrechtelijke gevolgen voor rechtshandelingen die na een onvergund aanbod van kansspelen zijn aangegaan, terwijl de wet wèl uitdrukkelijk privaatrechtelijke gevolgen verbindt aan kansspelovereenkomsten die via een (wel) vergunde gelegenheid zijn aangegaan (zie hiervoor nr. 5.14). Die laatste zijn krachtens art. 39 Wok onverminderd geldig (zie hiervoor nr. 7.2). Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat voor onvergunde kansspelovereenkomsten het minder verstrekkende rechtsgevolg van art. 7A:1825 BW geldt: die overeenkomsten zijn geldig maar de daaruit voortvloeiende vorderingen zijn niet in rechte afdwingbaar. Die visie wordt ook in de literatuur wel verkondigd.353 De gedachte is dan dat toepasselijkheid van de Wok niet zonder meer de regeling van de kansspelovereenkomst in art. 7A:1825 e.v. BW buiten spel plaatst,354 maar daarop een aanvulling

biedt. Ik kom op dit vierde gezichtspunt terug bij mijn nadere standpuntbepaling (nr. 7.21 e.v.).

7.19 Naast de hiervoor genoemde gezichtspunten zijn denkelijk ook andere gezichtspunten relevant. Zo leggen ook het hiervoor al aangestipte beginsel van proportionaliteit en het ermee verwante beginsel van subsidiariteit gewicht in de schaal, in welk verband ook de doorkruising van andere handhavingsmechanismen een rol kan spelen. Ik kom daarop hierna nog terug. Ten slotte kunnen ook de rechtszekerheid en de redelijkheid van de uitkomst van betekenis zijn.

Voorlopige conclusie: aanwijzingen voor gevolgen voor geldigheid zijn beperkt

7.20 Dit brengt mij tot de voorlopige conclusie dat al het voorgaande niet sterk pleit voor het aannemen van gevolgen voor de geldigheid van kansspelovereenkomsten die zijn aangegaan zonder dat de aanbieder van dergelijke kansspelen over een vergunning beschikte: de Wok regelt het niet, de wetsgeschiedenis zwijgt erover, slechts in het kader van een voorontwerp werd nietigheid aangenomen, maar dat dateert uit een tijd waarin over nietigheden anders werd gedacht, het handhavingsbeleid maakt er geen gewag van en in de rechtspraak aangedragen gezichtspunten over de openbare orde wijzen niet sterk in de richting van ongeldigheid.

Nadere standpuntbepaling

7.21 Dat wet, wetsgeschiedenis, wetssystematiek, handhavingsbeleid en rechtspraak weinig overtuigende aanknopingspunten bieden voor het aannemen van gevolgen voor de geldigheid van kansspelovereenkomsten die zijn aangegaan nadat zonder vergunning gelegenheid is geboden tot het spelen van kansspelen op afstand, sluit niet uit dat niettemin dergelijke gevolgen worden aangenomen. Daar pleit voor dat aanvullende privaatrechtelijke sanctionering van de Wok de publiekrechtelijke sanctionering kan versterken: nietigheid van dergelijke rechtshandelingen zou in die zin kunnen bijdragen aan handhaving van de in de Wok neergelegde verboden en zo tot *Durchsetzung* van de doelen van die wet.355 Ik gebruik dat woord, omdat dit, als ik het goed zie, voor de Duitse356 en Oostenrijkse357 rechter een belangrijk motief is geweest om zonder vergunning op afstand gesloten kansspelovereenkomsten nietig te achten.

7.22 Ter vergelijking wijs ik op de arresten *Arvato I* en *Bol.com* van de Hoge Raad over de handhaving van in Nederlands recht omgezet Europees consumentenrecht waarin afwegingen over de (in)effectiviteit van publiekrechtelijke handhaving op de achtergrond mogelijk ook een rol hebben gespeeld.358 Het betrof in die zaken (o.m.) schending van bepaalde informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten, waarover art. 24 van die richtlijn bepaalt dat lidstaten sancties op overtredingen moeten vaststellen die "doeltreffend, evenredig en afschrikkend" zijn. De Hoge Raad heeft in deze arresten overwegingen gewijd aan de (gedeeltelijke) nietigheid van overeenkomsten waarbij deze informatieplichten zijn geschonden.359 Ik merk hierbij overigens op dat kansspelovereenkomsten níet onder het geharmoniseerde Europese consumentenrecht vallen. Zo sluit de Richtlijn consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten), die in *Arvato I* en *Bol.com* centraal stond, kansspelovereenkomsten uitdrukkelijk uit van het toepassingsbereik.360 Kansspelwetgeving, waaronder de sanctionering van overtreding daarvan, is met andere woorden binnen de grenzen van de fundamentele vrijheden zoals vrij verkeer van diensten overgelaten aan de lidstaten.361

7.23 Voor het geven van een impuls aan privaatrechtelijke handhaving door het inroepen van nietigheid zou in het bijzonder kunnen pleiten dat bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving jegens buitenlandse aanbieders van online kansspelen geen sinecure is.362 Ik merk hierbij op dat handhaving door kansspeldeelnemers via nietigheid ten aanzien van buitenlandse aanbieders evenmin eenvoudig zal zijn: ook individuele terugvordering van inleg onder een buitenlandse kansspelaanbieder lijkt mij, nog afgezien van vragen van verjaring, geen sinecure. Weliswaar kan nietigheid van kansspelovereenkomsten een remmend effect hebben op het aanbod (aanbieders lopen het risico van terugvordering bij verlies) en de vraag (spelers lopen het risico van terugvordering bij winst), maar omdat deze spelen worden gespeeld met inleg vooraf en transnationale terugvordering complex is, lijkt het mij de vraag of dat effect groot zal zijn.

7.24 Hoewel aanvulling van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving met privaatrechtelijke handhaving de doelmatigheid van wetgeving kan bevorderen, kan een dergelijke mix van sancties ook vragen en spanningen oproepen omdat de verschillende handhavingsmechanismen soms afstemming

vergen. Het ligt in de rede dat als er drie mechanismen zouden zijn om te handhaven (bestuurs-, straf- en privaatrecht), de wetgever iets zou bepalen over de afstemming van deze mechanismen. Als de veronderstelling van de wetgever was geweest dat alle kansspelovereenkomsten op afstand hoe dan ook nietig zijn, dan zou dat namelijk (realisatie van) de kanalisatiedoelstelling wezenlijk beïnvloeden. Ten aanzien van kansspelen op afstand lijkt mij in dit verband niet alleen relevant dat de wetgever niet heeft voorzien in een dergelijke afstemming,363 maar ook dat voor zover ik heb kunnen nagaan in de jarenlange discussie over handhaving van regelgeving inzake kansspelen op afstand op geen enkele (kenbare) wijze aandacht is besteed aan de verhouding tot privaatrechtelijke handhaving in de vorm van het aankaarten van nietigheid van kansspelovereenkomsten (nr. 5.15 e.v.). Dat roept onder meer vragen op over de geldigheid van op afstand aangegane kansspelovereenkomsten met aanbieders ten aanzien waarvan uiteenlopende bestuursrechtelijke handhaving is toegepast, dan wel ten aanzien waarvan in het geheel niet is gehandhaafd. Dat is eens te meer relevant omdat vóór de inwerkingtreding van de Koa het beleid inzake kansspelen op afstand al lijkt te zijn gericht op kanalisatie van de speelzucht naar bepaalde aanbieders van online kansspelen, namelijk naar aanbieders die niet voldeden aan de prioriteringscriteria.364 Dit zou aanleiding kunnen zijn om de geldigheid van op afstand aangegane kansspelovereenkomsten te differentiëren naar gelang het ten aanzien van de aanbieder in kwestie gevoerde bestuursrechtelijke handhavingsbeleid, maar eenvoudig lijkt mij dat niet.365 Mij lijkt het gebrek aan afstemming van publiekrechtelijke handhaving met het aannemen van privaatrechtelijke ongeldigheid van zonder vergunning op afstand aangegane kansspelovereenkomsten een belangrijke reden om van dat laatste af te zien.

7.25 Bij het voorgaande komt nog het volgende. Privaatrechtelijke handhaving van de Wok is waarschijnlijk ook mogelijk met andere, minder rigoureuze sancties dan de nietigheid van kansspelovereenkomsten. Daarbij valt te denken aan een rechterlijk verbod op het bieden van gelegenheid zonder vergunning, vernietiging wegens dwaling en schadevergoeding wegens tekortschieten of onrechtmatig handelen. Daarmee kan het tegengaan van uitwassen van onvergunde kansspelen op afstand ook, en bovendien op een meer op het gevalstype toegesneden wijze, worden bevorderd. En daarmee zou meer recht worden gedaan aan beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.366 Inspiratie op dit punt biedt het Europese consumentenrecht, dat van (privaatrechtelijke) sancties niet alleen vereist dat zij doeltreffend en afschrikkend zijn, maar ook evenredig.367 De Hoge Raad overwoog bijvoorbeeld in dat kader dat een gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst waarbij enerzijds de rechten van de consument geheel in stand blijven maar anderzijds de verplichtingen, met name de betalingsverplichtingen, van de consument geheel wegvallen, weliswaar een doeltreffende sanctie zou zijn, maar in veel gevallen klaarblijkelijk niet zou beantwoorden aan de eis dat sancties ook voor de handelaar evenredig moeten zijn.368

7.26 Het is aannemelijk dat het aannemen van nietigheid van kansspelovereenkomsten die zijn aangegaan nadat daartoe zonder vergunning gelegenheid is geboden verstrekkende gevolgen zou kunnen hebben voor grote aantallen in het verleden gesloten kansspelovereenkomsten. In dat verband is bovendien relevant dat waarschijnlijk alleen deelnemers aan kansspelen die daardoor per saldo verlies hebben geleden zullen proberen om dat verlies geheel ongedaan te maken, terwijl zij doorgaans bewust het risico zullen hebben aanvaard dat zij verlies zouden lijden. De redelijkheid daarvan springt niet in het oog. Ik wijs in dit verband op het belang dat, vanaf ongeveer 2011, in het handhavingsbeleid is toegekend aan de eigen verantwoordelijkheid van kansspelspelers.369

7.27 Art. 3:40 BW en de wettelijke regeling van de nietigheden bieden weliswaar de mogelijkheid om de werking van ongeldigheid te mitigeren, maar de tekst en de wetsgeschiedenis van de Wok bieden geen aanknopingspunten om daaraan in de onderhavige gevallen invulling te geven, terwijl ook niet op voorhand vaststaat dat die invulling voor ieder gevalstype gelijk zou moeten zijn. Dat zou kunnen betekenen dat rechterlijk maatwerk nodig is, hetgeen de afwikkeling van grote aantallen zaken zou compliceren, omdat daarvoor evenmin aanknopingspunten zijn. Ook deze omstandigheden pleiten wat mij betreft tegen het aannemen van nietigheid van de kansspelovereenkomsten.

7.28 Het voorgaande brengt mij tot de slotsom dat ik nietigheid van kansspelovereenkomsten die op afstand zijn aangegaan nadat daartoe zonder vergunning gelegenheid is geboden geen passende sanctie vind op overtreding van de Wok.

Samenvatting

7.29 Art. 7A:1825 BW voorziet in beperkte bindende kracht van kansspelovereenkomsten: zij zijn geldig, maar niet afdwingbaar. De Wok voorziet niet met zoveel woorden in ongeldigheid van kansspelovereenkomsten die, kort gezegd, zonder vergunning zijn aangegaan. De wetsgeschiedenis biedt ook geen overtuigende aanwijzingen voor nietigheid van dergelijke overeenkomsten. Wel voorziet de Wok in geldigheid en afdwingbaarheid van kansspelovereenkomsten die met een vergunning zijn aangegaan (art. 39 Wok).

7.30 De Wok verbiedt niet het *aangaan* van kansspelovereenkomsten, maar het zonder vergunning bieden van gelegenheid tot het spelen van kansspelen op afstand. De casus valt daarmee buiten het bereik van art. 3:40 lid 2 en 3 BW. Het verbod om zonder vergunning kansspelen op afstand aan te bieden zou zo kunnen worden begrepen dat het de strekking van de rechtshandeling verbiedt in de zin van art. 3:40 lid 1 BW (het aangaan van kansspelovereenkomsten op afstand zonder dat de aanbieder ervan over een vergunning beschikt is niet mogelijk zonder overtreding van de Wok). In deze visie moet de geldigheid van de kansspelovereenkomsten worden beoordeeld naar de maatstaf van art. 3:40 lid 1 BW: zijn deze naar hun strekking in strijd met de goede zeden of openbare orde en om die reden nietig?

7.31 De gezichtspunten aan de hand waarvan die beoordeling moet plaatsvinden wijzen allerminst eenduidig in de richting van een nietigheidssanctie. Het stelsel van de Wok, die (wel) voorziet in bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering van overtredingen, duidt er eerder op dat de Wok niet de strekking heeft om de geldigheid aan te tasten van kansspelovereenkomsten die zijn aangegaan zonder dat de aanbieder over een daarvoor vereiste vergunning beschikte. De privaatrechtelijke sanctie van nietigheid zou daarop weliswaar een aanvulling bieden die handhaving van de regels van de Wok zou kunnen versterken, maar toepassing van deze sanctie zou ook het bestuursrechtelijke handhavingsbeleid kunnen doorkruisen en daarom afstemming vergen, waarin de wet (ook) niet voorziet. Ik denk bij die (ongewenste) doorkruising aan de opmerking van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in de brief van 4 mei 2012, dat privaatrechtelijke handhaving door vergunninghouders jegens concurrenten middels het onrechtmatigedaadsrecht voorheen een welkome aanvulling op het overheidsbeleid was, maar ten tijde van het schrijven van die brief een andere aanpak nodig was (zie nr. 5.25 hiervoor). Mij dunkt dat als al voor de minderverstrekkende remedie van een vordering uit onrechtmatige daad gold dat deze ongewenst was vanwege doorkruising van het overheidsbeleid, dat eens te meer gold voor de nietigheidssanctie. Bovendien staan aan gedupeerde kansspelspelers andere civielrechtelijke remedies (bij wilsgebreken: vernietiging, bij onrechtmatige daad: schadevergoeding) ten dienste, die minder verstrekkend zijn en beter op het individuele geval kunnen worden toegesneden. De sanctie van nietigheid van de kansspelovereenkomst staat in zoverre op gespannen voet met de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Nietigheid zou de lasten van de wetsovertreding in de praktijk bovendien in beginsel geheel bij de aanbieders leggen, terwijl verzachting van de gevolgen van ongeldigheid ook geen eenvoudig begaanbare weg is, omdat de (wetsgeschiedenis van de) Wok daarvoor evenmin aanknopingspunten biedt.

7.32 Al met al lijkt het mij niet passend om aan te nemen dat kansspelovereenkomsten die zijn gesloten nadat daartoe zonder vergunning de gelegenheid is geboden nietig te achten.

8 Bespreking van de voorlopige oordelen van de rechtbank

8.1 In het tussenvonnis heeft de rechtbank voorlopige antwoorden geformuleerd op de door haar gestelde vragen. Tegen de achtergrond van het voorgaande zal ik daar nu op ingaan, waarbij ik de nadruk leg op de bespreking van de eerste vraag.

8.2 De eerste door de rechtbank voorgelegde vraag luidt:

"1. Had de Wok aanvankelijk de strekking de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten?"

8.3 Daarover overweegt de rechtbank (tussenvonnis):

"5.22. De rechtbank is voorlopig van oordeel dat de Wok de strekking had het zonder vergunning aanbieden van online kansspelen aan te tasten. De redenen daarvoor zijn als volgt.

5.23. De Wok is op 31 december 1964 in werking getreden. Het doel van de Wok was om bepalingen uit de Loterijwet, het Wetboek van Strafrecht, de Totalisatorwet en andere voorschriften te harmoniseren en te vereenvoudigen.370 In de Loterijwet waren regels opgesteld over het aanbieden van en deelnemen aan loterijen en in het Wetboek van Strafrecht was een algemeen verbod op kansspelen (hazardspelen) opgenomen. De Totalisatorwet voorzag in de mogelijkheid om een vergunning te verlenen voor kansspelen bij harddraverijen en paardenrennen. Dit was de enige uitzonderingsregeling op het verbod op kansspelen. Deze uitzonderingsregeling is veralgemeniseerd en opgenomen in artikel 1 Wok. De bepaling is algemeen geformuleerd en omvat daarmee een vergunningplicht voor alle vormen van kansspelen (inclusief kansspelen die toen nog niet voorzien waren, zoals bijvoorbeeld via het internet). De strekking was om een algemeen verbod op kansspelen neer te leggen waarop slechts na vergunningverlening een uitzondering mogelijk was. Zodoende kon het aanbod van kansspelen gecontroleerd worden om ongewenste gevolgen voor de maatschappij tegen te gaan en de consument te beschermen. Bij die ongewenste gevolgen kan worden gedacht aan criminaliteit en witwassen; de consument moet vooral beschermd worden tegen het risico van gokverslaving.371 Fundamentele maatschappelijke belangen, waaronder de volksgezondheid, verzetten zich dus tegen ongereguleerd gokken.

5.24. In de Wok is niet bepaald dat het sluiten van een kansspelovereenkomst zonder vergunning leidt tot (civielrechtelijke) nietigheid van die overeenkomst. Ook in de Memorie van Toelichting bij de Wok wordt niet gesproken over de civielrechtelijke gevolgen van het handelen in strijd met artikel 1 Wok. Het komt dus aan op beoordeling van de vraag of de Wok desondanks de strekking heeft om de geldigheid van kansspelovereenkomsten aan te tasten die in strijd zijn met het verbod om kansspelen aan te bieden zonder vergunning.

5.25. De rechtbank is voorlopig van oordeel dat de omstandigheid dat fundamentele maatschappelijke belangen in het geding zijn en de wetgever het specifiek met het oog op bescherming van de maatschappij en individuele consumenten van belang heeft geacht om het aanbieden van kansspelen alleen bij uitzondering en gereguleerd toe te staan, maakt dat dit artikel de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Het zijn met name de bescherming van de consument en het tegengaan van gokverslaving, illegaliteit en criminaliteit die een zodanig algemeen karakter hebben dat nietigheid van een met de Wok strijdige handeling een passende sanctie is. De rechtbank vindt steun voor dit voorlopige oordeel in het volgende.

5.26. De minister van Justitie (Donner) heeft in 2005 naar aanleiding van vragen uit de Tweede Kamer over het voornemen voor een nieuwe titel 7.16 BW (Kansspelen en andere spelen) het volgende geantwoord:

"*Hierbij is van belang dat kansspelen ingevolge de Wet op de kansspelen verboden zijn, tenzij een vergunning is verleend. Van dit verbod zijn ingevolge artikel 2, aanhef en onder a, van de wet uitgezonderd kansspelen die noch voor het publiek zijn opengesteld, noch bedrijfsmatig worden gegeven. Hieruit volgt enerzijds dat in afwijking van artikel 7.16.1 lid 1 verbintenissen uit krachtens de*

Wet op de kansspelen toegestane kansspelen in rechte afdwingbaar zijn. Anderzijds volgt daaruit dat krachtens deze wet verboden overeenkomsten van kansspelen ingevolge artikel 3:40 lid 2 BW nietig zijn, zodat ook weer in afwijking van artikel 7.16.1 lid 1 hetgeen vrijwillig is voldaan wel teruggevorderd kan worden. Omdat thans alle kansspelen onder de werking van de Wet op de kansspelen vallen, heeft titel 7.16 dan ook geen betekenis".372

Hieruit volgt dat de wetgever kennelijk ervan is uitgegaan dat een kansspelovereenkomst zonder vergunning nietig is.

5.27. Ook in de rechtspraak is bevestigd dat artikel 1 Wok de strekking heeft om de geldigheid van rechtshandelingen aan te tasten als in strijd met artikel 1 Wok kansspelen worden aangeboden zonder vergunning. Zo heeft het hof s-Hertogenbosch in 2004, met verwijzing naar andere rechtspraak, overwogen dat373:

"de rechtspraak over kansspelovereenkomsten overwegend eenduidig is, in die zin dat kansspelovereenkomsten die in strijd zijn met artikel 1 aanhef en sub a van de Wet op de kansspelen, op grond van artikel 3:40 lid 2 BW nietig worden geoordeeld".

5.28. In het Unibet-arrest van het hof Amsterdam uit 2016 is geoordeeld dat de Wok onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen (in verband met de opkomst van kansspelen via internet en het handelen van de overheid in dat verband) de strekking heeft verloren om met artikel 1 Wok strijdige rechtshandelingen (het sluiten van kansspelovereenkomsten zonder vergunning) aan te tasten. Hieruit volgt dat het hof kennelijk heeft aangenomen dat artikel 1 Wok in elk geval de strekking heeft gehad de geldigheid van met die bepaling strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Het hof overwoog aldus:

"*Uitgangspunt daarbij is dat het verbod van artikel 1, eerste lid onder a, Wok zowel strekt tot stelselmatige ordening van de markt voor kansspelen in Nederland als tot het tegengaan van fraude en het beteugelen van het risico van kansspelverslaving. Deze doelen worden gediend doordat de genoemde wetsbepaling het recht om op het grondgebied van Nederland gelegenheid te geven tot deelname aan kansspelen, beperkt tot aanbieders aan wie daartoe van overheidswege een vergunning is verleend en doordat aan een zodanige vergunning voorschriften kunnen worden verbonden, die de vergunninghouder moet naleven op grond van het bepaalde in artikel 1, tweede lid, Wok, dat handelen in strijd daarmee verbiedt. Het tweeledige doel van artikel 1, eerste lid onder a, Wok brengt mee dat deze bepaling niet uitsluitend strekt tot bescherming van de wederpartij van de aanbieder van kansspelen in een geval waarin in strijd met het daarin neergelegde verbod een kansspelovereenkomst is tot stand gekomen, zoals in de nu voorliggende zaak. Uit de artikelen 3:40, tweede en derde lid, BW volgt daarom dat een overeenkomst die is aangegaan in strijd met het verbod van artikel 1, eerste lid onder a, Wok nietig is, tenzij moet worden aangenomen dat laatstgenoemde bepaling niet de strekking heeft de geldigheid van een daarmee strijdige overeenkomst aan te tasten. Deze uitzondering doet zich in het voorliggende geval voor. Hierbij verdient overweging dat een wetsbepaling die oorspronkelijk, op het tijdstip van de inwerkingtreding ervan, de strekking heeft gehad de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, deze strekking in de loop van de tijd onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen na haar inwerkingtreding kan verliezen. Ten aanzien van de overeenkomst tussen Unibet en [ ] is daarvan sprake.*"374

5.29. De rechtbank verwijst verder naar de conclusie van Advocaat-Generaal Snijders (hierna: de AG) voor het recente arrest van de Hoge Raad in een zaak van een op Curaçao gevestigde aanbieder van online kansspelen. Daarin overweegt de AG:

"*3.10 In 1964 is in Nederland de Wet op de Kanspelen (Wok) tot stand gekomen. Deze wet voorziet in een vergunningstelsel voor kansspelen als gedefinieerd in die wet (art. 1 e.v. Wok). Gokspelen vallen in beginsel onder die wet. Dat geldt sinds 2021 door een wetswijziging ook voor het aanbieden van online kansspelen (kansspelen op afstand, Titel Vb Wok). (...).*

(...).

3.14 (...). *Het bij wet toestaan van kansspelen waarvoor een vergunning is verleend, stelt (...) op zichzelf al buiten twijfel dat de met die kansspelen gewonnen prijzen ook in rechte opvorderbaar zijn en dat een eenmaal betaalde (of toegezegde) inleg, inzet of prijs in beginsel niet is terug te vorderen (of ongedaan te maken). Art. 7.16.1 lid 2 van het Ontwerp Meijers hield dit ook met zoveel woorden in door te bepalen dat de regeling van het BW niet van toepassing is op elders in de wet geregelde kansspelen die aan de voor hun geoorloofdheid gestelde vereisten voldoen. Blijkens de toelichting was daarbij gedacht aan de Wet op de Kansspelen.*

3.15 *De logische keerzijde van het voorgaande lijkt dat het organiseren van een kansspel dat door de Wet op de kansspelen in het geheel wordt verboden, dan wel dat wordt georganiseerd zonder een door die wet verplicht gestelde vergunning, in beginsel tot gevolg moet hebben dat de daartoe gesloten overeenkomst tussen de organisator en de deelnemer een ongeoorloofde oorzaak mist en daarom nietig is (art. 3:40 lid 2 en 3 BW). Het aanbieden van en het contracteren over die kansspelen worden immers juist uitdrukkelijk door de wet verboden en het organiseren van die spelen strafbaar verklaard, in verband met de vele bezwaren die zijn verbonden aan het ongecontroleerd plaatsvinden van gokken (o.m. valsspelen, witwassen van crimineel geld en gokverslaving). Het ligt voor de hand om aan te nemen dat de overeenkomst die bij die illegale spelen tot stand komt, in die mate ongewenst is, dat de nietigheidssanctie op haar plaats is. Deze nietigheid volgt op zichzelf niet zonder meer uit de strijd met de wet, maar valt gelet op de strekking van de Wet op de Kansspelen in beginsel aan te nemen. In de regeling van art. 7.16.1 lid 1 Ontwerp BW was deze nietigheid uitdrukkelijk voorzien. Als gevolg van die nietigheid kan een reeds door een speler betaalde inleg of inzet als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd (art. 6:203 BW).”*375

5.30. De AG concludeerde dat de klacht dat het hof ten onrechte had aangenomen dat een spelovereenkomst met een op grond van de daar aan de orde zijnde Antilliaanse verordening vergunningplichtige exploitant van gokdiensten die niet over de vereiste vergunning beschikte in beginsel nietig was, niet terecht was voorgedragen. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep op grond van artikel 81 Wet RO verworpen.

5.31. De AG merkte in zijn conclusie op dat het oordeel omtrent de nietigheidsvraag anders kan zijn als het organiseren van een bepaald kansspel zonder vergunning, kort gezegd, door de overheid wordt gedoogd en in brede lagen van de samenleving niet meer als maatschappelijk onwenselijk, illegaal of strafwaardig wordt ervaren. Dan kan niet meer *worden gezegd dat het enkele feit* dat het organiseren van het kansspel zonder vergunning is verboden, ook tot nietigheid van de spelovereenkomst leidt. De vraag of dit het geval is, is in de onderhavige procedure uitvoerig beargumenteerd. De rechtbank zal daarop hierna ingaan in haar bespreking van de vraag of de Wok de strekking om de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten heeft verloren.

5.32. Rechtbank Overijssel heeft op 17 april 2024 in twee vonnissen geoordeeld dat artikel 1 van de Wok de strekking had (en heeft) daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten:

”*Vanwege het algemene karakter van het verbod in artikel 1 van de Wok, de omstandigheid dat fundamentele beginselen in het geding zijn en de wetgever het specifiek met het oog op bescherming van de maatschappij en individuen van belang heeft geacht om het aanbieden van kansspelen bij uitzondering en gereguleerd toe te staan, is de rechtbank van oordeel dat sprake is van een wetsbepaling die de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.”*376

5.33. Rechtbank Noord-Nederland kwam op 22 mei 2024 tot dezelfde conclusie. De rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft in haar uitspraak van 29 mei 2024 onder verwijzing naar het Unibet-arrest van het hof Amsterdam in het midden gelaten of de Wok de strekking had als hiervoor bedoeld (en nam strekkingsverlies aan).

5.34. In de literatuur wordt de conclusie dat de Wok de strekking had strijdige rechtshandelingen aan te tasten onderschreven door Van Schaick:

"*overeenkomsten die onder de definitie van art. 1 WoK vallen maar ingevolge de WoK niet of niet zonder vergunning geoorloofd zijn, zijn nietig. Daaruit ontstaan dus geen verbintenissen; bij gebreke van een nadere wettelijke bepaling zijn de prestaties die op basis van dergelijke overeenkomsten worden verricht, zonder rechtsgrond - dus onverschuldigd verricht (art. 6:203).*"377

5.35. De argumenten die TSG aandraagt om tot een andere conclusie te komen op dit punt leiden de rechtbank niet tot een (voorlopig) ander oordeel.

5.36. TSG heeft gewezen op het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 14 april 2023.378 In die uitspraak overwoog de kantonrechter:

"*Artikel 30u Wok strekt er weliswaar toe om te voorkomen dat probleemspelers overeenkomsten in speelhallen sluiten, maar houdt op zichzelf geen verbod van die overeenkomsten in, en strekt er evenmin toe om de geldigheid van deze overeenkomsten aan te tasten. Dat is wel vereist voor vernietiging van de overeenkomsten in de hier bedoelde zin.*"

Het ging in die zaak dus om een overtreding van artikel 30u Wok en niet van artikel 1 Wok. Artikel 30u Wok verplicht de houder van een vergunning om toegang aan minderjarigen en kwetsbare personen tot kansspelautomaten te onthouden. Daarmee ziet deze bepaling op de situatie dat de kansspelaanbieder wel in het bezit is van een vergunning en de vergunninghouder sommige personen de toegang moet weigeren. Dat is een ander voorschrift dan het algehele verbod van artikel 1 Wok om kansspelen aan te bieden zonder vergunning. Uit deze uitspraak kan daarom geen conclusie worden getrokken ten aanzien van de strekking van artikel 1 Wok.

5.37. De arresten van het hof Amsterdam waarnaar TSG verwijst gaan over een aandelenleaseconstructie (Dexia-zaken).379 Het hof heeft in die zaken primair geoordeeld, kort gezegd, dat op overeenkomsten als in die zaak de Wok niet van toepassing is. Het hof heeft weliswaar vervolgens ook (kennelijk ten overvloede) overwogen dat de Wok niet de strekking heeft om de geldigheid aan te tasten van met die wet strijdige rechtshandelingen, maar heeft dat niet gemotiveerd. De rechtbank kan daaruit voor deze zaak dus geen argumenten ontlenen die pleiten tegen de conclusie dat de Wok de strekking heeft (gehad) de rechtsgeldigheid van met artikel 1 Wok strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Datzelfde geldt voor bekrachtiging van het arrest van hof Den Haag van 28 april 2015 door de Hoge Raad in zijn arrest van 2 december 2016380. Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt dat geen cassatiemiddel was gericht tegen de overweging van het hof dat de Wok niet de strekking heeft om de geldigheid van met die wet strijdige rechtshandelingen aan te tasten."

[voetnoten overgenomen en doorgenummerd, A-G]

8.4 Ik merk op dat de rechtbank weinig precies is in het antwoord op de vraag wat de Wok op welke wijze beoogt aan te tasten. Hoewel de vraag luidt of de Wok aanvankelijk de strekking had "de geldigheid van *daarmede strijdige rechtshandelingen* aan te tasten", luidt het voorlopige antwoord (in r.o. 5.22) "dat de Wok de strekking had *het zonder vergunning aanbieden van online kansspelen* aan te tasten". In r.o. 5.24 overweegt de rechtbank dat in de Wok niet is bepaald dat het sluiten van een kansspelovereenkomst zonder vergunning leidt tot civielrechtelijke nietigheid van die overeenkomst en overweegt zij:

"Het komt dus aan op beoordeling van de vraag of de Wok desondanks de strekking heeft om de geldigheid van kansspelovereenkomsten aan te tasten die in strijd zijn met het verbod om kansspelen aan te bieden zonder vergunning."

8.5 In het verwijzingsvonnis overweegt de rechtbank vervolgens:

"3.9 TSG stelt voor een voorvraag toe te voegen waarin het verschil tot uiting komt tussen het gelegenheid geven tot het spelen van een kansspel en de rechtshandeling van het daadwerkelijk sluiten van een kansspelovereenkomst. Het eerste (gelegenheid geven) valt volgens TSG onder de leden 2 en 3 van artikel 3:40 BW (strijd met een dwingende wetsbepaling), het laatste (sluiten van een kansspelovereenkomst) onder lid 1 van dat artikel (strijd met de goede zeden of de openbare orde). Daarbij is tevens van belang of een speler eenmalig een kansspelovereenkomst sluit of bij elke

inzet een nieuwe kansspelovereenkomst sluit. Dit is relevant voor het strekkingsverlies, dat in de loop van de tijd kan zijn ontstaan, aldus TSG. In verband daarmee stelt zij (ook) een herformulering van vraag 1 voor.

3.10. De rechtbank vindt het niet nodig deze voorvraag toe te voegen. Het is voldoende duidelijk dat het in de vragen gaat over de rechtshandeling van het sluiten van een kansspelovereenkomst. Uit r.o. 5.13 van het tussenvonnis volgt dat het in strijd met de wet aanbieden van een kansspel (bij aanvaarding) leidt tot een kansspelovereenkomst die in strijd is met de wet (zoals bedoeld in artikel 3:40, leden 2 en 3, BW). De rechtbank beschouwt het openen van een account als een raamovereenkomst, waarbij tussen partijen de voorwaarden worden overeengekomen voor het spelen van kansspelen. Vervolgens kan elke inzet als afzonderlijke kansspelovereenkomst worden gezien, maar die zal moeten worden beoordeeld in samenhang met de raamovereenkomst. Voor een herformulering van vraag 1 ziet de rechtbank daarom evenmin aanleiding. De rechtbank handhaaft daarom deze vraag."

8.6 Hiervoor (nr. 7.3-7.5) heb ik uiteengezet dat de Wok het zonder vergunning *bieden van gelegenheid* tot het spelen van kansspelen op afstand verbiedt, maar dat de vraag is wat de betekenis (strekking) van dit verbod is voor de geldigheid van een na het bieden van een dergelijke gelegenheid gesloten kansspel*overeenkomst*. Het bieden van gelegenheid is een feitelijke handeling en geen rechtshandeling. Het bieden van gelegenheid is (dus) ook niet het *verrichten* van een rechtshandeling als zodanig.

8.7 Blijkens r.o. 3.10 van het verwijzingsvonnis (hiervoor geciteerd) bevindt de kwestie zich volgens de rechtbank in het domein van art. 3:40, leden 2 en 3, BW. Hiervoor (nr. 7.10 e.v.) heb ik uiteengezet dat het onderhavige gevalstype volgens de wetsgeschiedenis van art. 3:40 BW niet valt onder art. 3:40, leden 2 en 3, BW, omdat de Wok niet het *aangaan van kansspelovereenkomsten* verbiedt, maar eventueel onder art. 3:40 lid 1 BW, omdat de *strekking* van de rechtshandeling (in de vorm van een voorbereidingshandeling) meebrengt dat deze als de aanbieder van het kansspel niet over een vergunning beschikt niet kan worden verricht zonder wetsovertreding (hiervoor nr. 7.13 e.v.). Daarbij merk ik op dat in lid 1 van art. 3:40 BW de vraag niet (direct) is wat de strekking van de geschonden wetsbepaling is,381 maar of een rechtshandeling in strijd is met de goede zeden of openbare orde. In dat kader kan echter ook de strekking van de wetsbepaling een rol spelen, zoals ook blijkt uit verschillende gezichtspunten in *Esmilo/Mediq*. Dat betekent dat het aankomt op toetsing aan (onder meer) de in *Esmilo/Mediq* gegeven gezichtspunten. De rechtbank lijkt dat ook onder ogen te zien, omdat zij (tussenvonnis, r.o. 5.25) ingaat op door de Wok beschermde belangen, maar zij toetst niet aan andere gezichtspunten voordat zij haar voorlopige oordeel formuleert (tussenvonnis, r.o. 5.25):

"dat de omstandigheid dat fundamentele maatschappelijke belangen in het geding zijn en de wetgever het specifiek met het oog op bescherming van de maatschappij en individuele consumenten van belang heeft geacht om het aanbieden van kansspelen alleen bij uitzondering en gereguleerd toe te staan, maakt dat dit artikel de strekking heeft van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten."

8.8 De rechtbank vindt steun voor dit oordeel in de beantwoording door minister Donner van Kamervragen over het voorontwerp voor titel 7.16 BW in 2005 (zie hiervoor nr. 4.13), in eerdere uitspraken van feitenrechters, in de literatuur (Van Schaick), en in de conclusie van mijn ambtgenoot Snijders (die zich deels ook baseert op de uitspraken van minister Donner). Hiervoor (nr. 7.7) heb ik uiteengezet dat de beantwoording van Kamervragen door minister Donner geen overtuigende aanwijzing biedt voor het aannemen van nietigheid, omdat deze zonder nadere toetsing aan gezichtspunten uitgaat van nietigheid wegens strijd met de goede zeden of openbare orde, hetgeen niet in overeenstemming is met de gangbare interpretatie van art. 3:40 BW. Datzelfde geldt voor de visie van Van Schaick (zie nr. 7.11). Ook heb ik (in nr. 7.2) uiteengezet dat en waarom ik het anders zie dan mijn ambtgenoot Snijders. Hij gaat er kennelijk vanuit dat het "contracteren over die kansspelen [] uitdrukkelijk door de wet [wordt] verboden" en dat "de daartoe gesloten overeenkomst tussen de organisator en de deelnemer een ongeoorloofde [bedoeld zal zijn: geoorloofde, A-G] oorzaak mist en daarom nietig is (art. 3:40 lid 2 en 3 BW)", maar op beide punten zie ik het anders (zie hiervoor nr. 7.3-7.5 en 7.9-7.19). Men zou wat mij betreft ten minste evengoed als logische keerzijde van het verbod van art. 1 Wok kunnen zien dat de aldus gesloten kansspelovereenkomsten niet de zegen van art. 39 Wok (onbeperkte geldigheid) ontvangen, maar blijven steken in het regime van art. 7A:1825 e.v. BW (zie

hiervoor nr. 7.2).

8.9 Al met al acht ik het voorlopige antwoord van de rechtbank op de eerste vraag niet overtuigend.

8.10 De tweede door de rechtbank voorgelegde vraag luidt:

"2. Is de strekking na aanvankelijk aanwezig geweest te zijn verloren gegaan, onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen en/of gelet op het handhavingsbeleid van Ksa? Moet hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen aanbieders van kansspelen die op de grijze lijst van de Ksa stonden en andere aanbieders?"

8.11 Na een weergave van rechtspraak over strekkingsverlies (tussenvonnis, r.o. 5.38-5.40), de ontwikkelingen met betrekking tot de handhaving van art. 1 Wok (tussenvonnis, r.o. 5.41-5.54) en de strekking van de Wet kansspelen op afstand (tussenvonnis, r.o. 5.55-5.58), motiveert de rechtbank in het tussenvonnis, r.o. 5.59-5.62 haar ontkennende beantwoording van deze vraag in r.o. 5.63 van het tussenvonnis.

8.12 De derde door de rechtbank voorgelegde vraag luidt:

"3. Is een kansspelovereenkomst tussen een in Nederland verblijvende consument en een aanbieder van kansspelen op internet die geen vergunning heeft in de zin van de Wok een nietige overeenkomst in de zin van artikel 3:40 BW?"

8.13 Bij de (bevestigende) beantwoording van deze vraag toetst de rechtbank aan de in *Esmilo/Mediq* gegeven gezichtspunten:

"5.69. De rechtbank is voorlopig van oordeel dat dit het geval is. Voor zover de maatstaven uit het arrest Esmilo/Mediq382, dat overigens ziet op de omstandigheid dat een overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, ook in een geval als het onderhavige (een door de wet verboden prestatie) moeten worden toegepast, staan die naar het oordeel van de rechtbank aan het aannemen van nietigheid niet in de weg. De toets is in dat geval vierledig:

(i) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd,

(ii) of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden,

(iii) of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en

(iv) (iv) of de regel in een sanctie voorziet. De rechtbank zal hierna op deze punten ingaan.

5.70. Ad (i) De strekking van het verbod is onder meer om consumenten, waaronder minderjarigen, te vrijwaren van de toegang tot (ongereguleerd aangeboden) kansspelen vanwege de daaraan verbonden risicos voor de gezondheid en het welzijn van de betrokkene. De opvatting dat het reguleren van het aanbod van (online) kansspelen uit een oogpunt van handhaafbaarheid en mogelijkheden tot sturing op de inhoud van dat aanbod te prefereren valt boven het categorisch verbieden daarvan doet aan de beschermwaardigheid en beschermingsnoodzaak van dat belang niet af- het onderstreept het veeleer.

Ad (ii): het gaat hier om fundamentele belangen. Het betreft in wezen consumentenbescherming op een terrein waarop de EU de wettelijke regeling bewust aan de lidstaten heeft gelaten, niet omdat de EU het minder beschermwaardig achtte maar, integendeel, omdat het lidstaten de ruimte wilde laten om strengere regels te stellen.

Het criterium sub (iii) past niet in deze context. Het is meer bedoeld om te werken in gevallen waarin partijen zich beide bewust waren van het verbod en dient ertoe om in die gevallen een niet te goeder trouw gedaan beroep op nietigheid buiten de deur te houden.

Tenslotte (iv): de omstandigheid dat de wet een sanctie kent is onvoldoende reden voor een ander oordeel. Het gaat hier om een vorm van wetsschending die voor illegale aanbieders zo profijtelijk is dat een strafsanctie onvoldoende effectief is. Bestuurlijk optreden tegen een vanuit het buitenland georganiseerd online aanbod lijkt ook een hachelijke onderneming."

[voetnoot overgenomen en doorgenummerd, A-G]

8.14 Hiervoor heb ik al uiteengezet (in nr. 7.9 e.v.) dat de toetsing aan deze gezichtspunten dient plaats te vinden in het kader van art. 3:40 lid 1 BW en waar die toetsing mij toe brengt: geen onmiskenbare strijd met de openbare orde of de goede zeden en dus geen nietigheid van de kansspelovereenkomsten. Mij dunkt overigens dat de vraag niet is of de "toepassing" van deze

"maatstaven" "aan het aannemen van nietigheid niet in de weg" staat, maar of aan de hand van deze gezichtspunten wordt geoordeeld dat de overeenkomst die verplicht tot een bij de wet verboden prestatie of waaraan een bij wet verboden strekking kleeft, in strijd is met de openbare orde.

8.15 De vierde door de rechtbank voorgelegde vraag luidt:

"4. Maakt het voor de beantwoording van vraag 3 nog uit of de kansspelaanbieder voldeed aan de prioriteringscriteria van Ksa?"

8.16 De rechtbank beantwoordt deze vraag voorlopig ontkennend:

"5.71. De rechtbank is voorlopig van oordeel dat ook als een kansspelaanbieder steeds heeft voldaan aan de prioriteringscriteria, dat niet van invloed is op de vraag of de kansspelovereenkomst nietig is, omdat de Ksa steeds duidelijk heeft gemaakt dat het niet handhavend optreden jegens partijen die voldeden aan de prioriteringscriteria niet als gedogen van handelen in strijd met de Wok mocht worden gezien. Zie de rechtspraak van de Afdeling, genoemd in rechtsoverweging 5.63 [bedoeld zal zijn r.o. 5.61, A-G]."

8.17 De beantwoording van de vierde vraag door de rechtbank veronderstelt dat de Wok de strekking heeft (gehad) om rechtshandelingen aan te tasten. Uit de door mij voorgestelde beantwoording van de eerste prejudiciële vraag blijkt dat ik dat anders zie en dat daarom mijn antwoord op de tweede vraag (strekkingsverlies) en derde vraag (nietigheid) eveneens ontkennend luidt en datzelfde geldt voor beantwoording van de vierde vraag. *Als* men tot een andere beantwoording van de eerste vier vragen komt, ligt het mijns inziens niet voor de hand om tussen aanbieders onderscheid te maken in gevolgen voor de geldigheid van kansspelovereenkomsten aan de hand van de voor hen geldende handhavingscriteria.

8.18 De vijfde vraag luidt:

"5. Indien het antwoord op vraag 3 bevestigend luidt, welke rechtsgevolgen heeft dat dan? Is een vordering tot terugbetaling van het geleden verlies op grond van onverschuldigde betaling toewijsbaar?"

8.19 De rechtbank overweegt daarover:

"5.72. Indien de kansspelovereenkomst op grond van het voorgaande nietig zou zijn, is hetgeen ter uitvoering van die overeenkomst is betaald zonder rechtsgrond betaald. [verzoeker] vordert terugbetaling van zijn gehele verlies op grond van onverschuldigde betaling. TSG heeft er echter op gewezen dat toewijzing van die vordering zou betekenen dat [verzoeker] gedurende de hele looptijd van de kansspelovereenkomst risicoloos heeft kunnen spelen en daar dan geen enkele vergoeding voor verschuldigd zou zijn. Volgens haar wordt de kansspelovereenkomst in dat geval tot een loterij zonder nieten. Vandaar dat de rechtbank ook de vraag opwerpt welke rechtsgevolgen de eventuele nietigheid van de kansspelovereenkomst voor partijen heeft. Op dit punt heeft de rechtbank geen voorlopig oordeel."

8.20 Nietigheid van een overeenkomst brengt mee dat betaling die op grond van een dergelijke overeenkomst heeft plaatsgevonden onverschuldigd was en dus in beginsel ongedaan moet worden gemaakt (art. 6:203 BW). Voor hetgeen de speler heeft betaald betekent dit in beginsel dat hij een aanspraak op terugbetaling krijgt. Voor de aanbieder betekent dit in beginsel dat hij zonder rechtsgrond de mogelijkheid tot het spelen van een kansspel heeft aangeboden. Door verweerders is hier zeer uitvoerig op ingegaan. Zie de hoofdtekst hiervoor in nr. 3.13 t/m 3.22 met o.m. een kort overzicht van welke standpunten zij in de schriftelijke opmerkingen over dit onderwerp hebben ingenomen.

8.21 De zesde vraag, ten slotte, luidt:

"6. Is voor het beantwoorden van vorenstaande vragen van belang dat een kansspelaanbieder, zoals TSG, haar diensten naar eigen zeggen beperkt tot het aanbieden aan spelers van een online mogelijkheid om tegen elkaar te spelen? En zo ja, heeft dat gevolgen voor hetgeen een speler als onverschuldigd betaald van de kansspelaanbieder kan terugvorderen?"

8.22 De rechtbank overweegt daarover in het verwijzingsvonnis:

"3.26. Hierbij moet er vanuit worden gegaan dat de kansspelaanbieder de gelegenheid geeft om een account te maken waarmee de speler toegang krijgt tot een omgeving waarin hij tegen andere spelers

kan spelen en dat de kansspelaanbieder zelf niet een van de spelers is. Ook moet er vanuit worden gegaan dat de kansspelaanbieder een deel van de inleg in elke speelronde ontvangt, terwijl de inzet van de spelers en de uitkering van door hen gewonnen bedragen via bij de aanbieder aangehouden spelersrekeningen plaatsvindt.

3.27. De rechtbank is voorlopig van oordeel dat het geen relevante omstandigheid is dat spelers tegen elkaar spelen en niet (ook) tegen de kansspelaanbieder, TSG. Tussen in dit geval [verzoeker] en TSG bestaat een overeenkomst die [verzoeker] gelegenheid geeft tot het spelen van online poker (tegen andere spelers), of in de woorden van artikel 1 Wok: het meedingen naar prijzen of premies waarbij de aanwijzing der winnaars geschiedt door enige kansbepaling. Dat is een kansspelovereenkomst. Dat het spel bij online poker betekent dat er tegen anderen wordt gespeeld, is dus niet relevant voor de vraag wat de gevolgen zijn van het sluiten van een kansspelovereenkomst met TSG. Spelers die bij een kansspelaanbieder die geen vergunning had gelden hebben ingelegd op grond van een met die aanbieder gesloten nietige kansspelovereenkomst hebben dus onverschuldigd betaald, ook al is dat geld vervolgens maar gedeeltelijk aan de aanbieder ten goede gekomen en gedeeltelijk aan andere spelers uitgekeerd."

8.23 Zoals gezegd is vraag 6 alleen in deze zaak voorgelegd, maar de vraag heeft betrekking op een geval dat mogelijk ook in (veel) andere zaken tussen kansspelaanbieders en deelnemers speelt, namelijk, kort gezegd, de situatie waarin een kansspelaanbieder faciliteert dat bezoekers van zijn website tegen elkaar een kansspel spelen (bijvoorbeeld poker ik neem dat spel hierna tot uitgangspunt) en waarbij de kansspelaanbieder niet zelf één van de spelers is.383 Het lijkt mij van belang om in dit verband het volgende te onderscheiden. Zo moet ten eerste worden vastgesteld, zoals ook de rechtbank terecht doet, dat sprake is van gelegenheid geven in de zin van art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Wok wanneer kansspelaanbieders faciliteren dat bezoekers van hun websites tegen elkaar poker spelen. Ten tweede lijkt mij dat, anders dan de rechtbank meent, de overeenkomst die daarbij tot stand komt *tussen de kansspelaanbieder en de deelnemer* niet (per se) een kansspelovereenkomst is. Dat gegeven is evenwel niet beslissend voor de beantwoording van de vragen 1 t/m 5, omdat de Wok niet het aangaan van (kansspel)overeenkomsten verbiedt, maar feitelijke handelingen (gelegenheid geven), zodat ook in dit geval eenvoudigweg weer de vraag is: heeft de Wok de strekking (ook) een dergelijke overeenkomst tussen kansspelaanbieder en deelnemer aan te tasten? In die zin lijkt mij inderdaad niet relevant, zo meen ik met de rechtbank, dat de deelnemers niet tegen de kansspelaanbieder hebben gespeeld. Wél is relevant, lijkt mij, dat als eventueel wordt aangenomen dat de Wok de strekking heeft om daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, wellicht nog onderscheid moet worden gemaakt tussen verschillende overeenkomsten waarbij gelegenheid wordt gegeven. Het is bijvoorbeeld voorstelbaar dat de Wok wel de strekking heeft kansspelovereenkomsten aan te tasten, maar bijvoorbeeld niet de strekking heeft om een huurovereenkomst aan te tasten waarbij de verhuurde ruimte zal worden gebruikt om kansspelen te beoefenen.384 Mijns inziens is, ten derde en tot slot, ook relevant dat in dit geval bij eventuele nietigheid van de overeenkomsten goed uit elkaar moet worden gehouden aan welke partij er onverschuldigd is betaald.

9 Beantwoording van de vragen

9.1 In het licht van het voorgaande zou Uw Raad tot de volgende beantwoording kunnen komen van de door de rechtbank gesteld vragen.

Vraag 1

Had de Wok aanvankelijk de strekking de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten?

Antwoord

9.2 Ik stel voor om de eerste vraag ontkennend te beantwoorden om de volgende redenen. 1) De tekst, wetsgeschiedenis, doelstellingen en wetssystematiek van de Wok bieden geen aanwijzingen dat de wetgever met de Wok het verrichten van rechtshandelingen heeft willen verbieden (nr. 7.3 e.v.). De wetgever heeft alleen feitelijke handelingen, zoals het gelegenheid geven van art. 1 lid 1, aanhef en

onder a, Wok, verboden, en overtreding van die verboden gesanctioneerd met strafrechtelijke en later ook bestuursrechtelijke sancties (nr. 5.13 en 7.6). De kansspelovereenkomsten zijn daarom slechts indirect in strijd met de Wok: niet het aangaan van de overkomsten of de daaruit voortvloeiende prestaties zijn verboden, maar dergelijke overeenkomsten kunnen niet worden aangegaan zonder bijkomende handelingen die door de Wok zijn verboden, namelijk het gelegenheid geven (nr. 7.5 en 7.9 e.v.). 2) De tekst, wetsgeschiedenis, doelstellingen en wetssystematiek van de Wok bieden geen aanwijzingen die erop duiden dat art. 1 Wok de strekking heeft of heeft gehad om de geldigheid van kansspelovereenkomsten aan te tasten die tot stand zijn gekomen nadat daartoe zonder vergunning gelegenheid is geboden (nr. 7.7 en 7.8). 3) De openbare orde of goede zeden, die ook kunnen worden gevat onder strekking van de Wok, dwingen er evenmin toe om een dergelijke strekking aan te nemen dan wel om kansspelovereenkomsten op die grond nietig te achten. De door de Hoge Raad in dit verband geformuleerde gezichtspunten wijzen niet in de richting van deze sanctie (nr. 7.13 e.v.). 4) Daarentegen wijzen juist de gezichtspunten van proportionaliteit en subsidiariteit in de richting van minder verstrekkende privaatrechtelijke remedies dan algehele nietigheid van de kansspelovereenkomsten (nr. 7.25). Met mogelijk ook ter beschikking staande minder verstrekkende sancties (vernietiging wegens dwaling, schadevergoeding uit onrechtmatige daad) kan de sanctionering bovendien beter op het gevalstype worden toegesneden (nr. 7.15, 7.18 en 7.25). 5) Het vormgeven van een aanvullende rol van privaatrechtelijke handhaving door het aannemen van algehele nietigheid van de kansspelovereenkomsten is risicovol vanwege mogelijke doorkruising van het gekozen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhavingsbeleid, waarbij kanalisering van aanbod steeds voorop heeft gestaan (nr. 7.24). In dat verband is relevant dat, voor zover ik heb kunnen nagaan, aan de mogelijkheid van nietigheid van kansspelovereenkomsten in alle discussies over het handhavingsbeleid nooit aandacht is besteed. 6) De redelijkheid van de gevolgen van nietigheid van de kansspelovereenkomsten springt, mede gelet op de betekenis die in het handhavingsbeleid aan eigen verantwoordelijkheid van de kansspeldeelnemers is gehecht, niet in het oog (nr. 7.26).

Vragen 2-5

9.3 Het voorgaande brengt mee dat in mijn visie de overige door de rechtbank gestelde vragen (ook) ontkennend kunnen worden beantwoord (vragen 2 t/m 4), dan wel geen beantwoording behoeven (vraag 5). De Wok heeft nooit de strekking gehad om de geldigheid van rechtshandelingen aan te tasten en heeft die strekking dan ook niet kunnen verliezen, zodat ook geen onderscheid hoeft te worden gemaakt tussen aanbieders van kansspelen die op de grijze lijst van de Ksa stonden en andere aanbieders (vraag 2). Een kansspelovereenkomst tussen een in Nederland verblijvende consument en een aanbieder van kansspelen op internet die geen vergunning heeft in de zin van de Wok, is niet nietig op grond van artikel 3:40 BW (vraag 3). Het maakt voor de geldigheid van de kansspelovereenkomst niet uit of de kansspelaanbieder wel of niet voldeed aan de prioriteringscriteria van de Ksa (vraag 4). Tot slot hoeft niet te worden behandeld wat de rechtsgevolgen zijn van nietigheid, omdat vraag 3 ontkennend is beantwoord (vraag 5).

9.4 Mocht uw Raad een bevestigende beantwoording van de eerste vraag overwegen, dan ben ik desgewenst uiteraard bereid om aanvullend te concluderen. Ik zal hierna in nr. 9.7 e.v. op hoofdlijnen uiteenzetten hoe mijns inziens de grondslag voor het aannemen dat de Wok (wel) de strekking heeft om de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, kan doorwerken in de beantwoording van de vragen.

9.5 Ik merk eerst nog het volgende op. In de schriftelijke opmerkingen van Electraworks en TSG, en derden N1, BML, Risepoint en [A] wordt gesteld dat het feit dat het tot 1 oktober 2021 niet mogelijk was om voor het aanbieden van online kansspelen in Nederland een vergunning te krijgen een totaalverbod op het online aanbieden van kansspelen inhield, dat in strijd was met art. 56 VWEU (vrij verkeer van diensten). Zij beroepen zich daartoe op een ten behoeve van de onderhavige procedure door twee Leidse hoogleraren opgesteld rapport. Ik merk op dat over deze vraag door de Maltese rechter prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Europese hof (hiervoor nr. 5.41). Bij de door mij voorgestelde beantwoording van de eerste prejudiciële vraag behoeft deze kwestie geen toelichting. Mocht uw Raad daar niettemin prijs op stellen, dan ben ik uiteraard bereid om ook op dit punt aanvullend te concluderen.

Vraag 6

Is voor het beantwoorden van vorenstaande vragen van belang dat een kansspelaanbieder, zoals TSG, haar diensten naar eigen zeggen beperkt tot het aanbieden aan spelers van een online mogelijkheid om tegen elkaar te spelen? En zo ja, heeft dat gevolgen voor hetgeen een speler als onverschuldigd betaald van de kansspelaanbieder kan terugvorderen?

Antwoord

9.6 Met de rechtbank ben ik van mening dat de kansspelaanbieder ook in dat geval gelegenheid geeft om mee te dingen naar prijzen of premies waarbij de aanwijzing der winnaars geschiedt door enige kansbepaling in de zin van art. 1 Wok. De kansspelaanbieder overtreedt dus de Wok als hij dit zonder vergunning doet. De beantwoording van de voorgaande vragen (1 t/m 5) wordt dus niet anders, in de zin dat de beantwoording hetzelfde blijft als men dit geval tot uitgangspunt neemt. Ook voor deze overeenkomst geldt namelijk dat de Wok niet het *aangaan* van dergelijke overeenkomsten verbiedt. De overeenkomst tussen kansspelaanbieder en deelnemer aan een dergelijk kansspel is, indien zij zonder vergunning is aangegaan, wel naar haar strekking in strijd met art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Wok, omdat de voorbereidingshandelingen voor het aangaan van de overeenkomst in strijd zijn met die bepaling. De Wok heeft echter niet de strekking de geldigheid van dergelijke overeenkomsten aan te tasten. Dergelijke overeenkomsten zijn dus niet nietig en er is dan ook geen sprake van onverschuldigde betaling van hetgeen ter uitvoering van die overeenkomst is gepresteerd.

Alternatieve beantwoording vragen 1 t/m 6

9.7 Als men, anders dus dan ik voorstel, aanneemt dat dat de Wok wél de strekking heeft om daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten (vraag 1), dan merk ik daarbij het volgende op. Als die keuze berust op de gedachte dat met het verbod om zonder vergunning gelegenheid te geven om deel te nemen aan kansspelen op afstand zwaarwegende algemene belangen zijn gediend, zoals de openbare orde (criminaliteit en fraude) en volksgezondheid (gokverslaving) en dat dat aanvullende privaatrechtelijke handhaving in de vorm van nietigheid van kansspelovereenkomsten rechtvaardigt, ligt het in de rede om aan te nemen dat deze gedachte doorwerkt in de beantwoording van de vragen 2 t/m 6.

9.8 In de eerste plaats zie ik in het geval dat een strekking tot aantasting van rechtshandelingen wordt aangenomen evenals de rechtbank weinig overtuigende argumenten om verlies van die strekking aan te nemen (vraag 2). De in 2021 ingevoerde Wet kansspelen op afstand knoopt uitdrukkelijk aan bij het al sinds 1964 bestaande vergunningstelsel van de Wok (kansspelen zijn verboden, tenzij er een vergunning is verleend). De opvattingen van de wetgever en de maatschappelijke opvattingen zijn in dat opzicht sinds de inwerkingtreding van de Wok in 1964 niet gewijzigd. Het (zoekende) handhavingsbeleid van de Ksa in de periode 2012 tot 2021 maakt dat niet anders. Prioritering bij de handhaving door de toezichthouder behelst niet dat de Wok haar strekking heeft verloren. Er is dan ook geen reden om onderscheid te maken tussen aanbieders van kansspelen die wel of niet op een grijze lijst (of iets dergelijks) van de Ksa stonden, want de aanbieders die zonder vergunning kansspelen hebben aangeboden zijn allemaal in overtreding geweest van art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Wok. Het ligt dan ook in de rede om aan te nemen dat de kansspelovereenkomsten in die visie nietig zijn, en niet vernietigbaar, omdat het verbod van art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Wok niet slechts strekt tot bescherming van één partij bij de overeenkomst maar juist strekt tot bescherming van het algemeen belang (vraag 3). Ligt het doel van aanvullende privaatrechtelijke handhaving voor, dan ligt het aannemen van algehele nietigheid bovendien voor de hand en is er geen goede grond om een onderscheid te maken tussen de verschillende aanbieders al naar gelang zij wel of niet onder de prioriteringscriteria van de Ksa vielen,385 omdat aanbieders die zonder vergunning kansspelen aanboden, zoals gezegd, allemaal de Wok hebben overtreden (vraag 4). Het ligt ten slotte voor de hand om aan te nemen dat de grondslag voor de aanname dat de Wok de strekking heeft om de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, ook doorwerkt in de rechtsgevolgen van de nietigheid (vraag 5): die zullen dan ferm moeten zijn, bijvoorbeeld door aan te nemen dat hetgeen door deelnemers onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd, waarbij de door de aanbieders verrichte prestatie op nihil kan worden gewaardeerd. Tot slot werpt dit ook licht op het pokergeval (vraag 6), omdat ook in dat geval de overeenkomsten tussen aanbieder en deelnemer

nietig zullen zijn. De beantwoording van vragen 1 t/m 5 wordt ook dan niet anders.

10 Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen in de hierboven onder 9.2, 9.3 en 9.6 voorgestelde zin.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

1 De feiten zijn ontleend aan het tussenvonnis van de rechtbank Amsterdam van 12 juni 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:3469, r.o. 3.1-3.5 TSG klaagt over deze feitenvaststelling, zie SO ElectraWorks & TSG, nr. 199, met verwijzing naar de relevante processtukken. De rechtbank heeft hierop gereageerd in het verwijzingsvonnis (Rechtbank Amsterdam 22 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:369), r.o. 3.3 e.v.

2 Het procesverloop is gedeeltelijk ontleend aan Rechtbank Amsterdam 12 juni 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:3469, r.o. 2.1 en Rechtbank Amsterdam 22 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:369, r.o. 1.1.

3 Rechtbank Amsterdam 12 juni 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:3469.

4 Rechtbank Amsterdam 24 september 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:5965.

5 Rechtbank Amsterdam 22 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:369.

6 De schriftelijke opmerkingen van [verzoeker] zijn identiek aan die van [...] in de samenhangende zaak 25/00204, afgezien van het feit dat [verzoeker] nog de zesde prejudiciële vraag van de rechtbank Amsterdam bespreekt, namelijk in nr. 41-44, en [...] niet. Zie SO [verzoeker] , nr. 4.

7 Het Voorontwerp, de Toelichting en de opmerking van de minister worden hierna in de hoofdtekst in nr. 4.5 e.v. besproken.

8 Dit deskundigenrapport is ook overgelegd als productie 1 bij SO BML, als productie 1 bij SO N1 en als productie 1 bij SO Risepoint. [A] deelt de conclusies van dit rapport, zie SO [A] , nr. 2.2. Het rapport is tot stand gekomen in opdracht van Bird en Bird, [B] en Legaltree, en voor de verrichte werkzaamheden hebben de auteurs een financiële vergoeding ontvangen (Deskundigenrapport, voetnoot 1).

9 Electraworks is partij in de samenhangende zaak 25/00204 en in deze zaak (25/00202) een derde. Electraworks en TSG hebben echter gezamenlijk schriftelijke opmerkingen gemaakt in beide zaken. De schriftelijke opmerkingen van Electraworks worden hierna niet meer besproken omdat die al hiervoor in de hoofdtekst zijn besproken (zie nr. 3.15).

10 N1 en BML hebben ieder afzonderlijk schriftelijke opmerkingen ingediend, maar deze zijn qua opbouw identiek en ook qua inhoud (grotendeels) gelijkluidend. Ik bespreek ze daarom samen.

11 [betrokkene 1] is tweemaal als getuige gehoord "over afspraken en besprekingen met het Ministerie" (SO [A] , Vooraf, p. 2).

12 De Ksa heeft zich niet uitgelaten over hoe de prejudiciële vragen volgens haar moeten worden beantwoord.

13 De betreffende uitspraken zijn: Rechtbank Amsterdam 18 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1452 en Hof Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4212.

14 Zie nader nr. 4.5.

[15] *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/289. De wet zelf bevat geen definitie, hoewel kwalificatie dus wel van belang is vanwege de rechtsgevolgen die art. 7A:1825 e.v. BW eraan verbinden.

[16] *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/289.

[17] *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/289.

[18] In de meeste Europese landen wordt de overeenkomst van spel en weddenschap op dezelfde manier behandeld als in art. 7A:1825 en 7A:1828 BW, zie *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/297.

[19] Zie *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/298 voor een bespreking van de vraag hoe een overeenkomst van spel en weddenschap en de speelschuld het beste kunnen worden gekarakteriseerd. T.a.p. wordt betoogd dat deze overeenkomst een bron is van natuurlijke verbintenissen en dat het een rechtens relevante én veelal geoorloofde overeenkomst is.

[20] *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/297 en zie ook uitgebreid over dit onderwerp: E.J.A. Fischer-Keuls, Spel en weddenschap in het nieuwe B.W. en elders, in: J.F. Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer: 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973 (hierna: Fischer-Keuls), p. 88 e.v.

[21] *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/297.

[22] *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/297.

[23] Dit voorontwerp zal waarschijnlijk ook nooit worden ingevoerd, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30 137, nr. 8, p. 5-6 en zie daarover *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/289.

[24] Niet voor alle bijzondere overeenkomsten heeft Meijers een ontwerp opgesteld, namelijk niet voor de (collectieve) arbeidsovereenkomst, de schadeverzekering en nog een aantal andere overeenkomsten. Voor de titel spel en weddenschap lijkt hij wel een ontwerp te hebben gemaakt. Zie E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1995 (hierna: Florijn), p. 440.

[25] W.C.L. van der Grinten, Boek 7 BW, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal: opstellen aangeboden aan prof. mr. H.C.F. Schoordijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Kluwer 1991, p. 87.

[26] Behalve bij de verzekeringsovereenkomst, zie J. de Boer, Uitwendige wetsgeschiedenis van boek 7 nieuw burgerlijk wetboek, *WPNR* 1990/5982, p. 730, l.k.

[27] Bij Meijers overlijden was het voorontwerp van boek 7 waarschijnlijk nog niet helemaal af, maar Florijn vermoedt dat het al in een vergevorderd stadium was en dat in feite eigenlijk alleen de toelichting nog ontbrak. Zie Florijn, p. 444-446.

[28] Florijn, p. 448.

[29] In het Groen Boek uit 1972 is het titel 16 geworden omdat de door Meijers in boek 7 beoogde titel over de vervoers- en expeditieovereenkomst is overgebracht naar boek 8. Zie J. de Boer, Uitwendige wetsgeschiedenis van boek 7 nieuw burgerlijk wetboek, *WPNR* 1990/5982, p. 730, m.k.

[30] Florijn, p. 448.

[31] Florijn, p. 449 e.v.

[32] Wat er wel is gebeurd, had geen betrekking op de titel over spel en weddenschap, aldus Florijn, p. 453.

[33] J. de Boer, Uitwendige wetsgeschiedenis van boek 7 nieuw burgerlijk wetboek, *WPNR* 1990/5982, p. 730, m.k.

[34] Zie J. de Boer, "Uitwendige wetsgeschiedenis van boek 7 nieuw burgerlijk wetboek", *WPNR* 1990/5982, p. 730, l.k. en Florijn, p. 460. Florijn bespreekt t.a.p. verschillende redenen hiervoor.

[35] Voluit: *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek ingevolge de opdracht van de Minister van Justitie opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong, Tekst, Vierde gedeelte (Boek 7)*, s-Gravenhage: SDU 1972 en *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek ingevolge de opdracht van de Minister van Justitie opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong, Toelichting, Vierde gedeelte (Boek 7)*, s-Gravenhage: SDU 1972. Deze voorontwerpen zijn de geschiedenis ingegaan als de groene boeken vanwege hun kaftkleur, zie V.J.A. Sütö, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004 (hierna: Toelichting), p. 13.

36 Volgens Florijn (p. 472), die voor enkele titels (maar niet de titel over spel en weddenschap) van boek 7 een vergelijking heeft gemaakt tussen de concepten van Meijers en de uiteindelijke teksten in het Groene Boek, zijn de verschillen "per saldo" niet zo groot en gaat het om kleine nuanceverschillen, die meestal voor de praktijk van weinig belang zijn. De concepten van Meijers zijn zoals gezegd niet gepubliceerd.

37 Daarvoor spreekt ook dat E.J.A. Fischer-Keuls het werk van De Jong (coördinatie en eindredactie) grotendeels van hem lijkt te hebben overgenomen. Florijn schrijft dat "de uiteindelijke redactie van "belangrijke stukken van de toelichting" niet afkomstig is van de individuele ontwerpers, maar dat zij werd geschreven door Fischer-Keuls, die hem [De Jong, A-G] met ingang van de zomer van 1967 voor de werk terzijde zou staan en het uiteindelijk vrijwel geheel heeft overgenomen." Florijn wijst erop dat dit beeld wordt bevestigd door de vele notas van de hand van mevrouw Fischer in het archief. Zie Florijn, p. 470 e.v. Verder spreekt hiervoor dat Fischer-Keuls kort na de publicatie van het Groene Boek een uitgebreid opstel heeft gewijd aan het voorontwerp: E.J.A. Fischer-Keuls, Spel en weddenschap in het nieuwe B.W. en elders, in: J.F. Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer: 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 87-103.

38 J. de Boer, Uitwendige wetsgeschiedenis van boek 7 nieuw burgerlijk wetboek, *WPNR* 1990/5982, p. 730 en p. 733.

39 W.C.L. van der Grinten, Boek 7 BW, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal: opstellen aangeboden aan prof. mr. H.C.F. Schoordijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Kluwer 1991, p. 87.

40 Het voorontwerp duikt uiteindelijk weer op in 2004/2005, als minister Donner enkele opmerkingen daaraan wijdt in het kader van de vraag van Kamerleden of dat voorontwerp ooit nog wordt ingevoerd. Zie de hoofdtekst hierna.

41 W.C.L. van der Grinten, Boek 7 BW, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal: opstellen aangeboden aan prof. mr. H.C.F. Schoordijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Kluwer 1991, p. 92. Zijn overwegingen waren de volgende: "Kansspelen zijn ingevolge de Wet op de kansspelen verboden tenzij een vergunning is verleend. Kleijn [voetnoot 6 luidt: "Asser, Bijzondere Overeenkomsten IV, p. 265", A-G] stelt, dat voor verboden kansspelen wellicht art. 1825 BW [het huidige art. 7A:1825 BW, A-G] geldt. Indien het BW geen eigen voorziening omtrent kansspelen zou geven, zou ik willen aannemen dat een verboden overeenkomst van kansspel nietig is. Hiertegen zie ik geen bedenking." Van der Grinten acht kansspelovereenkomsten dus nietig *als* er geen specifieke regeling voor kansspelovereenkomsten is in het BW, en lijkt met andere woorden met Kleijn te vinden dat bij aanwezigheid van een dergelijke specifieke regeling in het BW (die er inderdaad was in art. 1825 e.v. BW (oud) en nu nog steeds is in art. 7A:1825 e.v. BW), die regeling voorrang heeft ten opzichte van de regeling in de Wok in combinatie met het leerstuk van de verboden overeenkomst (art. 3:40 BW).

42 De enige andere bepaling van ontwerptitel 7.16, art. 7.16.2 Voorontwerp, luidt: "Hetgeen verschuldigd is uit hoofde van een spel dat niet het karakter van een kansspel heeft, kan op verzoek van de schuldenaar door de rechter worden verminderd, indien het hem bovenmatig voorkomt. Een hiermede strijdig beding is nietig."

43 Toelichting p. 1153 en zie ook Fischer-Keuls, p. 88.

44 Toelichting, p. 1152 en zie ook Fischer-Keuls, p. 87.

45 Toelichting, p. 1152. Fischer-Keuls, p. 88 wijst erop dat de toelichting er zich niet over uitlaat waarin die afkeurenswaardigheid van het deelnemen aan kansspel is gelegen. Zij bespreekt vervolgens (p. 89 e.v.) verschillende redenen die door verschillende auteurs daarvoor zijn aangedragen. Zelf is Fischer-Keuls kritisch op het ontwerp. Zo vindt zij dat het onzedelijkheidsargument niet moet worden aangevoerd door een overheid die gebruik maakt van de gokzucht van de burgers om de staatkas of instellingen die het algemeen belang behartigen te spekken. Bovendien is het argument dat soms dronkenschap of bedrog plaatsvindt bij een kansspel geen goede reden om kansspelovereenkomsten niet juridisch afdwingbaar te maken: dergelijke misbruiken dienen als zij zich voordoen met de daartoe geëigende middelen te worden bestreden. Zie Fischer-Keuls, p. 92.

46 Toelichting, p. 1154.

47 Toelichting, p. 1154.

48 Toelichting, p. 1154.

49 Toelichting, p. 1154.

50 *Kamerstukken II* 2004/05, 30137, nr. 8, p. 5-6.

51 Art. 39 Wok luidt: "Artikel 1825 van het Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing op prijzen en premies, behaald in gelegenheden, gegeven met vergunning ingevolge deze wet verleend.". Zie daarover hierna nr. 5.14 van de hoofdtekst.

52 Zie uitgebreid over dit onderwerp hoofdstuk 3 (p. 109-159) van A. van t Veer, H. Moerland en C. Fijnaut, *Gokken in drievoud: facetten van deelname, aanbod en regulering*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993 en *Kamerstukken II* 2005/06, 24557, nr. 74b1, p. 3 (dat overigens grotendeels gebaseerd lijkt op eerstgenoemde bron).

53 *Kamerstukken II* 2005/06, 24557, nr. 74b1, p. 3. Zie ook al eerder *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2 (Nota Kansspelen herijkt), p. 3.

54 *Kamerstukken II* 2005/06, 24557, nr. 74b1, p. 3.

55 *Kamerstukken II* 2005/06, 24557, nr. 74b1, p. 3. Het uitgangspunt dat de speelzucht niet mag worden uitgebuit voor particulier gewin is (deels) losgelaten, omdat tegenwoordig kansspelen op afstand (titel Vb Wok) wel (deels) commercieel geëxploiteerd mogen worden. Zie de bespreking in de nr. 5.44 van de hoofdtekst.

56 Al in het Soeverein Besluit van 22 juli 1814, nr. 69 (*Stb*. 1814,86) stonden bepalingen die overeenkomen met de huidige artikelen 1 en 3 Wok. Ook de Loterijwet 1905 (*Stb*. 1905,171), waarover hierna in de hoofdtekst, kende dergelijke bepalingen.

57 *Kamerstukken II* 2005/06, 24557, nr. 74b1, p. 3 en *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3 (MvT bij de Wok).

58 *Kamerstukken II* 1902/03, 213, nr. 3, p. 4, l.k.

59 *Kamerstukken II* 1902/03, 213, nr. 3, p. 4, l.k.

60 Art. 2, aanhef en sub 2 Loterijwet 1905 verbood, kort gezegd, het *verkopen* (en niet mede het *kopen*) van een lot in een verboden loterij. Het achterliggende uitgangspunt van de Loterijwet 1905 was dan ook dat alleen strafbedreigend werd opgetreden tegen de (aanbieders van de) loterij en niet tegen de deelnemers in een loterij, zie *Kamerstukken II* 1902/03, 213, nr. 3, p. 4, l.k. (geciteerd in nr. 5.3 hiervoor).

61 HR 15 februari 1918, ECLI:NL:HR:1918:112, *NJ* 1918/389, *W*. 10250.

62 HR 4 mei 1923, ECLI:NL:HR:1923:168, *NJ* 1923/920, *W*. 11113.

63 De Wet van 10 december 1964, houdende nadere regelen met betrekking tot Kansspelen (Wet op de kansspelen) is gepubliceerd in *Stb*. 1964, 483. Het Besluit van 16 december 1964, houdende de datum van inwerkingtreding van de Wet op de kansspelen (*Stb*. 1964, nr. 483) is gepubliceerd in *Stb*. 1964, 508.

64 *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3, p. 6, l.k.

65 Het eindrapport van 20 juni 1963 van de Commissie is als bijlage bij de MvT gevoegd, zie *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 4.

66 *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3, p. 6, r.k.

67 *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3, p. 6-7. Wel merkt de regering op dat het echter onmogelijk was om "elke materiële verandering te vermijden" (p. 7 r.k.). Eén van die materiële wijzigingen is dat in de Loterijwet deelneming aan verboden loterijen niet strafbaar was, terwijl deelneming aan kansspelen (waaronder loterijen) onder de Wok wél strafbaar is gesteld, namelijk het bedrijfsmatig deelnemen aan kansspelen als misdrijf (art. 31 jo. art. 1 onder c) en het deelnemen in de wetenschap dat geen vergunning is verleend als overtreding (art. 34 jo. art. 1 onder c). Uit de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3, p. 8, r.k.), blijkt niet meer dan dat "bij het vervallen van het onderscheid tussen loterij [geregeld in de Loterijwet, A-G] en hazardspel [geregeld in het Wetboek van Strafrecht, A-G] [] uiteraard ook hier een keuze in de ene of andere richting [moet] worden gedaan", en dat de regering de keuze maakte om de lijn van strafbaarstelling van deelneming aan het *hazardspel* in het WvSr te volgen, zodat ook deelneming aan *kansspelen* in de Wok strafbaar is gesteld.

68 Het gaat om de Loterijwet, het Wetboek van Strafrecht en de Totalisatorwet. Zie *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3, p. 6, r.k. en p. 7, l.k.

69 *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3, p. 7, l.k. (MvT).

70 *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3, p. 7, l.k. (MvT), waar wordt opgemerkt dat de delictsomschrijvingen (klaarblijkelijk de delictsomschrijvingen die verspreid waren over de Loterijwet, Totalisatorwet en het Wetboek van Strafrecht) door de algemene verbodsbepaling van art. 1 Wok zijn vervangen, wat er op duidt dat art. 1 Wok in feite een strafrechtelijke bepaling is. Daarop duidt ook dat de Wok bij de invoering een titel Strafbepalingen (titel VI) bevatte, maar nog geen titels over bestuurlijke handhaving, de kansspelautoriteit, enz.

71 Zie A. van t Veer, H. Moerland en C. Fijnaut, *Gokken in drievoud: facetten van deelname, aanbod en regulering*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 126; *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 3 en *Kamerstukken II* 2005/06, 24557, nr. 74b1, p. 4.

72 Art. 35 Wok bepaalde dat de feiten strafbaar gesteld bij art. 33 en 34 worden beschouwd als overtredingen, terwijl de feiten strafbaar gesteld bij artikelen 31 en 32 worden beschouwd als misdrijven.

73 Zie voor deze paragraaf *Kamerstukken II* 2005/06, 24557, nr. 74b1, p. 4-5.

74 Voorbeelden zijn de introductie van de casinotitel in de Wok in 1974 (Wet van 2 juli 1974, *Stb*. 441) op grond waarvan de vestiging van casinos in Nederland mogelijk werd en de uitbreiding van de Wok met een speelautomatentitel in 1985 (Wet van 25 november 1985, *Stb*. 600).

75 (I) Algemene bepalingen, (II) De Staatsloterij, (III) Sportprijsvragen, (IV) de Totalisator, (V) Prijsvragen en speelautomaten, (VI) Strafbepalingen en (VII) Slotbepalingen. Zie *Kamerstukken II 1963-1964*, 7603, nr. 2 (Ontwerp van Wet).

76 De huidige Wok is als volgt opgebouwd: algemene bepalingen (titel I), enige bijzondere vormen van kansspelen (titel Ia), de staatsloterij (titel II), de instantloterij (titel IIa), sportweddenschappen (titel III), de totalisator (titel IV), de lotto (titel IVa), casinospelen (titel IVb), speelautomaten (titel Va), kansspelen op afstand (titel Vb), de kansspelautoriteit (titel VI), het toezicht op naleving (titel VIa), bestuurlijke handhaving (titel VIb), strafbepalingen (titel VIc) en slotbepalingen (titel VII). Titel V is vervallen.

77 De Wok zoals die geldt na de laatste wijziging die per 25 februari 2025 in werking is getreden, zie *Stb*. 2024, 391.

78 A. van t Veer, H. Moerland en C. Fijnaut*, Gokken in drievoud: facetten van deelname, aanbod en regulering*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 171.

79 Zie op dit punt inmiddels art. 31f Wok, waarover nader nr. 5.45.

80 A. Komen & D.W.F. Verkade, *Kansspelen en cadeau-acties*, Deventer: Kluwer 1972, p. 3. en A. van t Veer, H. Moerland en C. Fijnaut, *Gokken in drievoud: facetten van deelname, aanbod en regulering*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 167.

81 *Kamerstukken II* 2005/06, 24557, nr. 7, p. 6.

82 Bedoeld is het huidige art. 7A:1825 BW, dat hiervoor is besproken.

83 In zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2024:36 voor HR 1 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:295 (art. 81 RO)), voetnoot 18 heeft mijn ambtgenoot, A-G Snijders, uiteengezet dat art. 39 Wok zijn oorsprong lijkt te vinden in art. 11 van de Regeling der Staatsloterij (Wet van 23 Juli 1885, *Stb*. 142). In de toelichting daarop staat dat buiten twijfel dient te staan dat art. 1825 BW oud niet van toepassing is op die loterij, zie *Kamerstukken II* 1884/85, 48, nr. 3, p. 5 (bij art. 12). In de Loterijwet 1905 was een dergelijke bepaling niet opgenomen. In 1951 is art. 24 aan de Loterijwet 1905 toegevoegd, dat art. 1825 BW oud alsnog niet van toepassing verklaarde op loterijen waarvoor krachtens de Loterijwet 1905 toestemming was verleend (*Stb*. 1950, K. 619). In de toelichting op deze bepaling staat: "Deze bepaling kwam ook reeds voor in de wet van 1885. Het komt logisch voor, ze mede te doen gelden voor prijzen en premiën, getrokken in andere toegestane loterijen." Zie *Kamerstukken II* 1948/49, 1042, nr. 3, p. 7, r.k.

84 Bij wet van 2 december 1993, *Stb*. 1993, 658.

85 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2 (nota Kansspelen herijkt). Deze nota vormt een vervolg op een eerdere nota (Kansspelen in perspectief) van eind jaren 80. Daarin werd (uiteraard) nog niet gerept van kansspelen via internet. Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21277, nr. 2.

86 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 3 (nota Kansspelen herijkt).

87 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 3 (nota Kansspelen herijkt).

88 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 3 (nota Kansspelen herijkt).

89 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 3 (nota Kansspelen herijkt).

90 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 4 en p. 27-28 (nota Kansspelen herijkt).

91 Het kanalisatiebeleid was gericht op het in goede banen leiden (namelijk naar gereguleerd en betrouwbaar legaal aanbod) van de *bestaande* behoefte en beoogde géén uitbreiding van de bestaande behoefte te creëren. Zie nr. 5.2 hiervoor.

92 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 4 (nota Kansspelen herijkt).

93 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 4 (nota Kansspelen herijkt).

94 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 4 (nota Kansspelen herijkt).

95 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 3-7 (nota Kansspelen herijkt).

96 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 7 e.v. (nota Kansspelen herijkt). Achter het derde doel lag ook een onderscheid tussen riskante (in de zin van: meer kans op verslaving met zich meebrengende) en minder riskante kansspelen: speelautomaten werden riskanter geacht dan, bijvoorbeeld, loterijen.

97 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 11 (nota Kansspelen herijkt).

98 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 11 (nota Kansspelen herijkt). De Wok bevatte destijds nog geen bestuursrechtelijke bepalingen.

99 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 12 (nota Kansspelen herijkt).

100 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 8 (nota Kansspelen herijkt).

101 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 28 (nota Kansspelen herijkt).

102 *Kamerstukken II* 1998/99, 24036, nr. 126, p. 2. Daarbij werd onderzocht welke mogelijkheden er waren de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de regelgeving van de verschillende typen kansspelen te verbeteren.

103 *Kamerstukken II* 1998/99, 24036, nr. 126, p. 2.

104 *Kamerstukken II* 2000/01, 24036, nr. 180, p. 5.

105 *Kamerstukken II* 2000/01, 24036, nr. 180, p. 5. In het rapport over kansspelen was geconcludeerd dat één van de knelpunten van het kansspelbeleid het tekort aan handhaving van de Wok was, zie *Kamerstukken II* 2000/01, 24036, nr. 180, p. 3. Dat leidde tot een aanzienlijk aanbod van illegale kansspelen, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 24036 en 24557, nr. 257, p. 12.

106 *Kamerstukken II* 2000/01, 24036, nr. 180, p. 12.

107 *Kamerstukken II* 2001/02, 24036 en 24557, nr. 257, p. 6-7.

108 *Kamerstukken II* 2001/02, 24036 en 24557, nr. 257, p. 7. Bij die integrale aanpak waren de ministeries van Justitie, Financiën (met name de Belastingdienst) en Economische Zaken, Politie, Openbaar Ministerie, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en Verispect B.V. (toezichthouder van speelautomaten) betrokken.

109 *Kamerstukken II* 2001/02, 24036 en 24557, nr. 257, p. 14.

110 *Kamerstukken II* 2002/03, 24036 en 24557, nr. 280, p. 10.

111 *Kamerstukken II* 2002/03, 24036 en 24557, nr. 280, p. 12, onder de toevoeging: "Dit [civielrechtelijk optreden door vergunninghouders tegen illegaal aanbod, A-G] gebeurt regelmatig en met succes".

112 *Kamerstukken II* 2002/03, 24036 en 24557, nr. 280, p. 12.

113 *Kamerstukken II* 2004/05, 24557 en 29800, nr. 47, p. 7.

114 *Kamerstukken II* 2004/05, 24557 en 29800, nr. 47, p. 8.

115 *Kamerstukken II* 2004/05, 24557 en 29800, nr. 47, p. 8.

116 *Kamerstukken II* 2004/05, 24557, nr. 59 (brief met drie bijlagen: Aanpak bestrijding van kansspelen via internet, het rapport Kansspelen op Internet en de Planning voor de aanpak bestrijding van kansspelen via

internet).

117 *Kamerstukken II* 2004/05, 24557, nr. 59, p. 2 (Aanpak bestrijding van kansspelen via internet).

118 *Kamerstukken II* 2004/05, 24557, nr. 59, p. 5 (Aanpak bestrijding van kansspelen via internet).

119 Al in de nota Kansspelen herijkt werd gesproken van een twee-sporenbeleid om illegaliteit van kansspelen tegen te gaan: enerzijds handhaving van de Wok en anderzijds het bieden van een legaal alternatief. Effectieve bestrijding van illegale kansspelen was namelijk niet eenvoudig en bovendien wijzigden de opvattingen over de toelaatbaarheid van bepaalde kansspelen, zodat het geen goed begaanbare weg meer was om deze illegaliteit enkel met justitiële middelen te bestrijden. Het bieden van een legaal alternatief was een tweede, pragmatische manier om illegaliteit tegen te gaan. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, nr. 2, p. 4 (nota Kansspelen herijkt).

120 *Kamerstukken II* 2005/06, 30362, nr. 2 (Voorstel van wet).

121 *Kamerstukken II* 2005/06, 30362, nr. 3, p. 1 en 4 (MvT).

122 *Kamerstukken II* 2005/06, 30362, nr. 3, p. 3 (MvT).

123 *Kamerstukken II* 2005/06, 30362, nr. 3, p. 2 (MvT).

124 *Handelingen I* 2007/08, nr. 25, p. 1040-1042.

125 *Handelingen I* 2007/08, nr. 25, p. 1040-1042.

126 *Kamerstukken II* 2008/09, 24557, nr. 93, p. 8.

127 *Kamerstukken II* 2008/09, 24557, nr. 93, p. 8.

128 Zie de Instellingsregeling Adviescommissie kansspelen via internet van 22 september 2009, *Stcrt*. 2009,17046.

129 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 24557, nr. 123.

130 Eindrapport, p. 37. Vgl. de brief van de staatssecretaris van 4 mei 2012 (*Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 3) waarin hij opmerkt: "Op dit moment is overigens al wel toegestaan dat vergunninghouders van loterijen loten verkopen via internet en dat de twee vergunninghouders van weddenschappen op beperkte schaal weddenschappen aanbieden via internet."

131 Eindrapport, p. 37. E-commerce stond in tegenstelling tot e-gaming: de laatste term werd gebruikt voor het daadwerkelijk spelen van kansspelen via internet.

132 Eindrapport, p. 37-38.

133 Eindrapport, p. 38. Het deelnemersreglement dient volgens de adviescommissie t.a.p., anders dan een vergunning, primair om de verhouding tussen kansspelaanbieder en speler te regelen, en niet de verhouding tussen overheid en kansspelaanbieder. Het deelnemersreglement moest echter ter goedkeuring aan de minister worden voorgelegd. Dergelijke goedkeuring kan worden opgevat als toestemming, en dus legaal aanbod.

134 Eindrapport, p. 39.

135 Eindrapport, p. 39.

136 Eindrapport, p. 43. In alle gevallen was dit gebeurd via uitbreiding van de bestaande regimes voor de desbetreffende kansspelen, aldus de Adviescommissie t.a.p.

137 Eindrapport, p. 49.

138 Eindrapport, p. 49.

139 Eindrapport, p. 50.

140 Eindrapport, p. 50.

141 Eindrapport, p. 53-54.

142 Eindrapport, p. 54. T.a.p. meldt de adviescommissie dat haar geen enkel geval bekend is van een strafzaak wegens overtreding van artikel 1 Wok met betrekking tot internet. Wel verzond de minister van Justitie brieven naar op het Nederlandse publiek gerichte kansspelaanbieders via internet, waarin zij werden gewezen op de illegaliteit van hun handelen. Vergelijkbare brieven werden verzonden aan aanbieders van betaaldiensten voor internetkansspelen en media die daarvoor reclame maakten. Er was

echter geen strafrechtelijke *follow-up* wanneer zij niet meewerkten.

143 Eindrapport, p. 54-55.

144 Eindrapport, p. 56-60.

145 Eindrapport, p. 56. In de laatste categorie vielen de zogenaamde promotionele kansspelen, kansspelen georganiseerd bij wijze van promotie van een organisatie, product of dienst. De Wok voorzag niet in vergunningverlening voor promotionele kansspelen, en zij waren dus verboden. Vooruitlopend op herziening van de Wok was op 1 januari 2006 echter de Gedragscode promotionele kansspelen ingevoerd, die min of meer het karakter had van een gedoogregeling: er werd in de praktijk niet opgetreden tegen promotionele kansspelen die voldeden aan de voorwaarden en voorschriften van de Gedragscode. Zie Eindrapport, p. 19.

146 Eindrapport, p. 56.

147 Eindrapport, p. 59.

148 Eindrapport, p. 59.

149 Eindrapport, p. 57-58.

150 Eindrapport, p. 58.

151 *Kamerstukken II* 2010/11, 24 557, nr.124 (Brief 19 maart 2011).

152 *Kamerstukken II* 2010/11, 24 557, nr.124, p. 1 (Brief 19 maart 2011).

153 *Kamerstukken II* 2010/11, 24 557, nr.124, p. 3 (Brief 19 maart 2011).

154 *Kamerstukken II* 2010/11, 24 557, nr.124, p. 3 (Brief 19 maart 2011).

155 *Kamerstukken II* 2010/11, 24557, nr. 124, p. 4 (Brief 19 maart 2011).

156 *Kamerstukken II* 2010/11, 24557, nr. 124, p. 4 (Brief 19 maart 2011).

157 *Kamerstukken II* 2010/11, 24557, nr. 124, p. 7 (Brief 19 maart 2011).

158 *Kamerstukken II* 2010/11, 24557, nr. 124, p. 7 (Brief 19 maart 2011).

159 *Kamerstukken II* 2010/11, 24557, nr. 124, p. 7 (Brief 19 maart 2011).

160 *Kamerstukken II* 2010/11, 24557, nr. 124, p. 7-8 (Brief 19 maart 2011).

161 HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6689, *NJ* 2012/314, m.nt. M.R. Mok (*De Lotto/Ladbrokes*).

162 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 2 (Brief 4 mei 2012).

163 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 7 (Brief 4 mei 2012).

164 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 7 (Brief 4 mei 2012).

165 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 7-8 (Brief 4 mei 2012).

166 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8 (Brief 4 mei 2012).

167 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8 (Brief 4 mei 2012).

168 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8 (Brief 4 mei 2012).

169 Wet van 22 december 2011 tot wijziging van de Wet op de kansspelen in verband met de instelling van de kansspelautoriteit, *Stb*. 2012, 11 en zie *Stb*. 2012, 83 voor het inwerkingtredingsbesluit.

170 *Kamerstukken II* 2009/10, 32264, nr. 3, p. 2.

171 *Kamerstukken II* 2009/10, 32264, nr. 3, p. 2.

172 *Kamerstukken II* 2009/10, 32264, nr. 3, p. 2 e.v.

173 *Kamerstukken II* 2009/10, 32264, nr. 3, p. 18.

174 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 7 (Brief 4 mei 2012) en zie ook SO Ksa, nr. 2.5-2.6.

175 *Kamerstukken II* 2010/11, 24557, nr. 14.

176 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8 (Brief 4 mei 2012).

177 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8 (Brief 4 mei 2012).

178 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8 (Brief 4 mei 2012). Deze zwarte lijst is kennelijk niet met de Tweede Kamer gedeeld. Het is niet bekend welke aanbieders erop hebben gestaan en wat er in de praktijk met de lijst is gebeurd, volgens SO Ksa, nr. 3.4.

179 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8 (Brief 4 mei 2012).

180 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8 (Brief 4 mei 2012). Aan deze twee criteria werd later, in het kader van de prioriteringscriteria, waarover hierna in de hoofdtekst meer, nog een derde criterium toegevoegd, namelijk dat de website niet mocht eindigen op ".nl". Zie SO Ksa, nr. 3.3.

181 *Kamerstukken II* 2010/11, 24557, nr. 14.

182 *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8 (Brief 4 mei 2012).

183 *Kamerstukken II* 2009/10, 32264, nr. 6, p. 5.

184 Zie de citaten uit de verslagen van vergaderingen van de raad van bestuur van de Ksa van 10 mei 2012 en 24 mei 2012 in r.o. 3.5 van het verwijzingsvonnis. Deze verslagen zijn openbaar gemaakt bij besluit 7973 van 6 november 2012 van de raad van bestuur van de Ksa, en zijn te vinden via www.kansspelautoriteit.nl/over-ons/woo-verzoeken/.

185 Naar ik aanneem gaat het om 8 juni 2012, A-G.

186 Verwijzingsvonnis, r.o. 3.6.

187 Verwijzingsvonnis, r.o. 3.6.

188 Verwijzingsvonnis, r.o. 3.6.

189 Volgens de Ksa zijn de zwarte en grijze lijsten nooit opgesteld, is de brief nooit verstuurd en is het persbericht nooit uitgebracht, zie SO Ksa, nr. 3.6 en voetnoot 10. De Ksa geeft vervolgens (nr. 3.7) echter wel aan dat een ten behoeve van een hierna in de hoofdtekst te bespreken convenant tussen de Ksa en betaaldienstverleners opgestelde lijst met beboete partijen als de zwarte lijst kan worden beschouwd.

190 *Kamerstukken II* 2015/16, 33996, nr. 12, p. 74.

191 *Kamerstukken II* 2015/16, 33996, nr. 12, p. 74.

192 *Kamerstukken II* 2015/16, 33996, nr. 12, p. 74.

193 SO Ksa, nr. 3.7, waar de Ksa ook opmerkt dat deze lijst wellicht kan worden gezien als de zwarte lijst.

194 *Kamerstukken II* 2015/16, 33996, nr. 12, p. 75.

195 *Kamerstukken II* 2015/16, 33996, nr. 12, p. 75.

196 *Kamerstukken II* 2015/16, 33996, nr. 12, p. 75.

197 SO Ksa, nr. 3.8.

198 SO Ksa, nr. 3.8.

199 SO Ksa, nr. 3.8, waar wordt toegelicht dat de Ksa met weinig personeel naast het uitvoeren van alle andere taken van de Ksa (beleidsadvisering, vergunningverlening, Woo-besluiten) de illegale aanbieders moest opsporen (gebrek aan capaciteit), terwijl het lang niet altijd duidelijk was wie de aanbieders van de spellen waren en waar zij zich bevonden (aard van de overtreding).

200 Zie bijlage 1 bij de SO Ksa voor voorbeelden van deze brieven. De eerste in het Engels gestelde brief in bijlage 1 is van 8 juni 2012 en zal hierna in de hoofdtekst worden besproken.

201 Zie bijvoorbeeld ook de (Nederlandse) brief van 22 januari 2013 in bijlage 1 bij de SO Ksa.

202 Zie daarover de brief van de staatssecretaris van 4 mei 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8, die in nr. 5.25 hiervoor is besproken.

203 Zie de brief van 22 januari 2013 in bijlage 1 bij de SO Ksa, die hierna in de hoofdtekst wordt besproken.

204 Zie de brief van 8 juni 2012 en de brief van 22 januari 2013 in bijlage 1 bij de SO Ksa.

205 SO Ksa, bijlage 2.

206 SO Ksa, bijlage 2, p. 1.

207 SO Ksa, bijlage 2, p. 1-2. Dit beeld werd door de opstellers van het memo gecreëerd door persberichten van de Ksa zelf, maar ook door de staatsecretaris in zijn brief van 4 mei 2012, waarin hij suggereerde dat

de Ksa alleen optrad tegen aanbieders die voldeden aan de prioriteringscriteria (*Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8).

208 SO Ksa, bijlage 3, p. 1.

209 SO Ksa, bijlage 3, p. 1.

210 SO Ksa, bijlage 3, p. 1.

211 *Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel handelingen 1287, p. 2-3 (vraag en antwoord 3-6).

212 Kennelijk bedoelde de staatssecretaris daarmee de wetgeving voor kansspelen op afstand die in voorbereiding was, zie *Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel handelingen 1287, p. 3 (antwoord 8).

213 *Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel handelingen 1287, p. 2 (vraag en antwoord 3).

214 *Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel handelingen 1287, p. 2-3 (vraag en antwoord 4 en 5).

215 *Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel handelingen 1287, p. 2-3 (vraag en antwoord 4 en 5). Later is opnieuw door de staatssecretaris bevestigd dat geen sprake was van gedoogbrieven, maar van waarschuwingsbrieven, en dat aanbieders die niet meer onder de prioriteringscriteria vielen niet waren vrijgesteld van handhaving, zie *Kamerstukken II* 2014/15, Aanhangsel 1844, vraag en antwoord 2 t/m 5.

216 *Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel handelingen 1287, p. 2-3 (vraag en antwoord 4 en 5).

217 *Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel handelingen 1287, p. 3 (vraag en antwoord 6).

218 *Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel handelingen 1287, p. 3-4 (vraag en antwoord 8).

219 *Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel handelingen 1287, p. 3-4 (vraag en antwoord 8).

220 Zie de geciteerde voorbeelden in SO Ksa, nr. 3.14-3.16 en de in bijlage 4 overgelegde nieuwsberichten.

221 Zie de geciteerde jaarverslagen in SO Ksa, nr. 3.18-3.20.

222 SO Ksa, nr. 3.21 met in voetnoot 24 voorbeelden van dergelijke besluiten, die openbaar toegankelijk zijn en te raadplegen zijn via www.kansspelautoriteit.nl.

223 SO Ksa, nr. 3.24.

224 SO Ksa, nr. 3.25.

225 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 24036 en 24557, nr. 257, p. 14. Dit betreft de eerste voortgangsrapportage. In de twee daaropvolgende rapportages werd dit niet meer genoemd, evenmin als in de handhavingsstrategie Aanpak bestrijding van kansspelen via internet.

226 Het HvJEU heeft op dezelfde dag uitspraak gedaan in beide zaken. Het betreft HvJEU 3 juni 2010, C-203/8, ECLI:EU:C:2010:307, *NJ* 2010/490, m.nt. M.R. Mok onder nr. 491, AB 2011/17, m.nt. A. Buijze (*Betfair/Nederland*) en HvJEU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308, *AA* 2010/0712, m.nt. P.J. Slot, *NJ* 2010/491, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/18, m.nt. A. Buijze onder nr. 17 (*Ladbrokes/De Nationale Sporttotalisator*, ook wel *Ladbrokes/De Lotto*). Zie, naast genoemde annotaties, over deze arresten o.m. P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en S.C.G. van den Bogaert , Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat, *NJB* 2010/1529, vol. 85, nr. 29, p. 1900-1907; J.C.M. van der Beek, Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga, *NtER* 2010/9, p. 305-317 en M. Koppenol-Laforce, H.W. Wefers Bettink en A.P. Koburg, Online kansspelen in Nederland: *the next level*, *Mediaforum* 2012/9, p. 270-279.

227 *Betfair/Nederland*, pt. 37 en pt. 63 en *Ladbrokes/De Lotto*, pt. 58.

228 *Betfair/Nederland*, pt. 33.

229 *Betfair/Nederland*, pt. 62-63. Dit geldt voor zover het niet gaat om een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle uitoefent.

230 Zo concludeert annotator Buijze, *AB* 2011/17, nr. 3. Annotator Mok, *NJ* 2012/314, nr. 4, merkt op dat dit niet bezwaarlijk is: "een gemeenschappelijke markt kan heel goed bestaan zonder geharmoniseerde kansspelwetgeving."

231 *Ladbrokes/De Lotto*, pt. 18. Zie ook *NJ* 2010/491, nr. 2 waar annotator Mok uitgebreid de eerdere rechtspraak van het HvJ EU over dit onderwerp uiteenzet.

232 *Ladbrokes/De Lotto*, pt. 18.

233 *Betfair/Nederland*, pt. 28-31 en *Ladbrokes/De Lotto*, pt. 22.

234 HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6689, *NJ* 2012/314, m.nt. M.R. Mok (*De Lotto/Ladbrokes*). De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde echter na de prejudiciële beantwoording dat het Nederlandse vergunningenbeleid niet aan het transparantiebeginsel voldeed en dat Betfair in de gelegenheid moest worden gesteld om mee te dingen naar een kansspelvergunning, zodat een eind kwam aan de jarenlange onderhandse vergunningverlen(g)ing aan De Lotto en SGR, zie ABRvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8768, *AB* 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel. Na aanpassing van de statuten van de Stichting de Nationale Sporttotalisator (De Lotto) was de onderhandse vergunningverlening weer in lijn met het Unierecht, omdat de Nederlandse overheid strenge controle uitoefende op De Lotto via de zogenaamde commissaris D. Zie ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466, *AB* 2018/443, m.nt. A. Drahmann, r.o. 6.7-6.10.

235 Bijvoorbeeld recentelijk door de Rechtbank Den Haag, zie Rechtbank Den Haag 5 maart 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:3356, r.o. 4.13. In de literatuur is echter wel betoogd dat het Nederlandse kansspelbeleid niet aan de eisen van de *Betfair*- en *Ladbrokes*-arresten van het HvJEU voldoet, zie M. Koppenol-Laforce, H.W. Wefers Bettink en A.P. Koburg, Online kansspelen in Nederland: *the next level*, *Mediaforum* 2012/9, p. 270-279.

236 De ABRvS heeft in 2018 (opnieuw) geoordeeld dat dit stelsel in overeenstemming is met het Unierecht, zie ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466, *AB* 2018/443, m.nt. A. Drahmann.

237 In de kansspelwetgeving van de Duitse deelstaten was uitdrukkelijk bepaald dat kansspelen via internet verboden waren, zie § 4 van het Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (verdrag tussen de deelstaten inzake kansspelen) van 15 december 2011, lid 4: "Het organiseren en het aanbieden van openbare kansspelen op het internet is verboden." Lid 1 van genoemde kansspelwet bevatte een verbod op kansspelen tenzij er een vergunning was verleend, maar lid 4 sloot kansspelen op internet dus helemaal uit, zij het dat in lid 5 een (beperkte) uitzonderingsmogelijkheid voor loterijen en sportweddenschappen was opgenomen. De Nederlandse vertaling van deze bepalingen is overgenomen uit de conclusie van 4 september 2025 van AG Emiliou in C-440/23 *European Lotto and Betting et Deutsche Lotto- und Sportwetten* (ECLI:EU:C:2025:668), nr. 5.

238 Het betreft de zaak C-440/23 *European Lotto and Betting et Deutsche Lotto- und Sportwetten*. AG Emiliou heeft op 4 september 2025 in die zaak een conclusie genomen (ECLI:EU:C:2025:668). Er is nog geen uitspraak van het HvJEU.

239 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 4. Op p. 2 wordt dit het gesloten stelsel van de Wok genoemd. Een wetsvoorstel uit 2005 om kansspelen via internet te reguleren is in 2008 door de Eerste Kamer verworpen (p. 4). Zoals hiervoor in nr. 5.20 e.v. is beschreven, voerden sommige vergunninghouders wel al (legaal) bepaalde activiteiten op gokgebied via internet uit. Die activiteiten worden meestal aangeduid met de term e-commerce (kort gezegd: het via internet verkopen van loten die men ook fysiek kon kopen e.d.), in tegenstelling tot e-gaming waarbij interactief wordt gegokt via internet. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 3.

240 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 4.

241 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 4.

242 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 2.

243 Wet van 20 februari 2019 tot 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 (*Stb*. 2019,127).

244 *Stb*. 2021,45.

245 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 19. Vgl. ook het tussenvonnis, r.o. 1.2: veel Nederlands hebben ook vóór 1 oktober 2021, vanaf welk moment het pas mogelijk is om een vergunning daarvoor te verkrijgen, al gegokt via websites van online kansspelaanbieders.

246 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 2 en 7, waarbij tegelijkertijd wordt opgemerkt dat de technologie die nodig is voor het organiseren van kansspelen op afstand andere en juist betere mogelijkheden biedt om die risicos te beteugelen. Dat kansspelen op internet andere en ernstigere risicos met zich brengen voor consumenten dan de traditionele kansspelen, is ook erkend door het Hof van Justitie, zie HvJEU 8 september 2010, C-46/08, ECLI:EU:C:2010:505, *NJ* 2010/647, m.nt. M.R. Mok

(*Carmen Media Group/Land Schleswig-Holstein*), pt. 103 (waarnaar wordt verwezen op p. 7 van de MvT bij de Koa). Zie bijv. ook M. Kouwenberg & E. Maathuis, Online gokken: inzetten op verslavingspreventie, *AA* 2024/0083, p. 83, die erop wijzen dat online gokken risicovoller is dan gokken op locatie omdat het anoniem, makkelijk en snel kan, en je ook aan meerdere spellen tegelijk kunt meedoen.

247 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 2, 5, 15 *et passim*. Deze drie doelstellingen zijn er volgens de wetgever al van oudsher, maar realisatie ervan wordt in tegenstelling tot voorheen niet langer nagestreefd door het aanbod zoveel mogelijk te beperken, maar door aan het toegestane aanbod strikte regels en voorwaarden te stellen en op de naleving daarvan effectief toezicht te houden (p. 15).

248 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 5.

249 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 18, waar wordt toegelicht dat een *verplichte* afdracht een ongewenst neveneffect zou kunnen hebben, namelijk dat via het afficheren met sport- en goede doelenorganisatie een scherpere concurrentie met de huidige loterijen ging plaatsvinden, waardoor de totale afdracht eerder lager dan hoger zou kunnen worden en dat daarom, en vanwege de gewenste kanalisatie, niet reeds bij de opening van de markt een afdracht werd verplicht. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 33996, nr. 3 en 6.

250 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 2, 5, 15. Zie ook p. 15: "Met het wetsvoorstel wordt gestreefd naar een zo hoog mogelijke kanalisatie van deelname aan illegale kansspelen op afstand naar deelname aan gereguleerd en veilig aanbod." De wetgever dacht daarbij aan 80% als ondergrens, in de zin dat er naar werd gestreefd dat tenminste 80% van het totale door Nederlandse spelers gegenereerde bruto spelresultaat wordt gerealiseerd bij aanbieders met een vergunning. Door het mogelijk te maken dat vergunninghouders een passend en attractief aanbod kunnen bieden, kan volgens de wetgever worden bereikt dat dat de Nederlandse speler "geen behoefte heeft te spelen bij illegale kansspelaanbieders."

251 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 6.

252 De Koa trad weliswaar op 1 april 2021 in werking, maar met een beslistermijn voor het toekennen van een vergunning van zes maanden ontvingen de eerste 10 aanbieders pas op 1 oktober 2021 een vergunning om online kansspelen aan te bieden. Zie art. 31b Wok jo. art. 2.4 lid 1 Besluit kansspelen op afstand en het Rapport *Drie jaar legaal online gokken. Evaluatie van de Wet Kansspelen op afstand* (21 oktober 2024), p. 38.

253 *Kamerstukken II* 2020/21, 33996 en 24557, nr. 89, p. 3.

254 Rapport *Drie jaar legaal online gokken. Evaluatie van de Wet Kansspelen op afstand* (21 oktober 2024), p. 138.

255 Rapport *Drie jaar legaal online gokken. Evaluatie van de Wet Kansspelen op afstand* (21 oktober 2024), p. 139.

256 Aangehaald in het Rapport *Drie jaar legaal online gokken. Evaluatie van de Wet Kansspelen op afstand* (21 oktober 2024), p. 139, waar ook een tabel is opgenomen met gegevens over onderzoeken en boetes door de Ksa naar illegale aanbieders in de jaren 2021, 2022 en 2023.

257 Rapport *Drie jaar legaal online gokken. Evaluatie van de Wet Kansspelen op afstand* (21 oktober 2024), p. 140.

258 Rapport *Drie jaar legaal online gokken. Evaluatie van de Wet Kansspelen op afstand* (21 oktober 2024), p. 140.

259 Rapport *Drie jaar legaal online gokken. Evaluatie van de Wet Kansspelen op afstand* (21 oktober 2024), p. 140-142.

260 Behoudens het in titel Va over speelautomaten bepaalde (art. 1 lid 1 aanhef), en met een uitzondering voor kort gezegd kansspelen in huiselijke kring, levensverzekeringen en publiekrechtelijke leningen die buiten het bereik van de Wok vallen, zie art. 2 Wok. De kansspelen in deze zaak vallen niet onder de hier genoemde uitzonderingen.

261 Het HvJEU gebruikt de term interactieve kansspelen, zie HvJEU 3 juni 2010, C-203/8, ECLI:EU:C:2010:307, *NJ* 2010/490, m.nt. M.R. Mok onder nr. 491, *AB* 2011/17, m.nt. A. Buijze (*Betfair/Nederland*), pt. 11 en HvJEU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308, *AA* 2010/0712, m.nt. P.J. Slot, *NJ* 2010/491, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/18, m.nt. A. Buijze onder nr. 17 (*Ladbrokes/De Nationale*

Sporttotalisator, ook wel *Ladbrokes/De Lotto*), pt. 7.

262 Nogmaals: het *voldoen* aan de prioriteringscriteria was dus niet positief (in de zin van: dan heb je als aanbieder aan de voorwaarden voor een legaal aanbod voldaan), maar juist negatief: dan was het aanbod (bij uitstek) illegaal en werd er handhavend opgetreden door de Ksa.

263 *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/41.

264 Zie *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/319 en 607 en H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.7 voor nog meer voorbeelden.

265 Vgl. bijvoorbeeld art. 1:116 lid 3 Wft, art. 4:60 lid 4 Wft en art. 4:62p lid 5 Wft.

266 Zo heeft regeringscommissaris Snijders opgemerkt dat er een groot aantal wettelijke verboden is, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen had, zie *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1138. Zie ook J.H. Nieuwenhuis, *AA* 1985/34, nr. 4, p. 217, die hetzelfde signaleert. Inmiddels lijkt daar wel (meer) aandacht voor te zijn van de wetgever. Eén van de uitgangspunten voor het gebruik van regelgeving als instrument is namelijk dat dient te worden onderzocht "of handhaving het beste langs bestuursrechtelijke, civielrechtelijke of strafrechtelijke weg dan wel op andere wijze kan plaatsvinden", zie aanwijzing 2.7 lid 2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (bijgewerkt tot en met de 12e wijziging, *Stcrt*. 2024, 20921). Aanwijzing 2.21, aanhef en onder e, wijst er verder op dat zoveel mogelijk in de wet worden opgenomen voorschriften "inzake sancties van bestuursrechtelijke of civielrechtelijke aard". Een mooi voorbeeld van toepassing van deze aanwijzingen biedt art. 1:23 Wet op het financieel toezicht (Wft), waarin is bepaald dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling die is verricht in strijd met de bij of krachtens deze wet gestelde regels niet uit dien hoofde aantastbaar is, behalve voorzover in deze wet anders is bepaald.

267 Zie S.D. Lindenbergh, Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid, *AA* 2012/740, p. 742 en J.H. Nieuwenhuis, *AA* 1985/34, nr. 4, p. 217, l.k.

268 *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/323.

269 Er kan geen scherpe grens tussen deze categorieën worden getrokken, zie *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/311.

270 Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dit gevalstype via lid 1 moet worden beoordeeld. In de Toelichting wordt daarbij opgemerkt: "het is immers in strijd met de openbare orde te achten om zich tot prestaties te verplichten, die de wet verbiedt.", zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 191.

271 J. Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 5 (resterende gevallen).

272 *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/311.

273 Zie. *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/314 e.v.; H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6 e.v.; S.D. Lindenbergh, Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid, *AA* 2012/740, p. 741 en J. Hijma, De ongeoorloofde oorzaak, *WPNR* 1991/6030, p. 884 e.v.

274 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 191. Hijma betoogt dat deze uitleg van leden 2 en 3 op grond van de wetsgeschiedenis (leden 2 en 3 zien alleen op het verrichten van een rechtshandeling) niet dwingend hoeft te zijn, maar dat ook heel goed strijd in algemene zin van de rechtshandeling met de wet (het verrichten, de inhoud en/of strekking) eronder kan vallen. Dat heeft als voordeel dat het soms lastig te maken onderscheid tussen verrichten, inhoud en strekking van een rechtshandeling niet hoeft te worden gemaakt en dat in al deze gevallen de strekking van de geschonden wetsbepaling beslissend is. Zie J. Hijma, "De ongeoorloofde oorzaak", *WPNR* 1991/6030, p. 886. Tjong Tjin Tai bepleit ook dat "voor de helderheid" alle gevallen van schending van dwingend recht onder art. 3:40 lid 2 BW worden geschaard, zie *NJ* 2013/172, nr. 4, laatste alinea.

275 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 192: "Men lette er voorts op dat de leden 2 en 3 uitsluitend zien op dwingende *wets*bepalingen. Daaronder zijn niet ook verordeningen van de lagere wetgever begrepen, tenzij de bevoegdheid tot het maken van een bepaling als bedoeld in lid 2 uitdrukkelijk aan deze werd gedelegeerd. In dit opzicht wijkt artikel 3.2.7 dus af van artikel 1373 B.W., waarin naar algemeen wordt aangenomen onder wet" moet worden verstaan: ieder algemeen verbindend door het Nederlands gezag uitgevaardigd voorschrift."

276 H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.4 en *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/316.

277 H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.6.3. onder verwijzing naar MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 191-192; J. Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 3e.

278 H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.6.3, onder verwijzing naar MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* 1981, p. 192 en met voorbeelden. Een tussenvorm tussen nietigheid en vernietigbaarheid is volgens Van Kooten bijvoorbeeld dat de rechter ambtshalve een dwingende wetsbepaling toepast en nietigheid vaststelt, ofschoon alleen de door die wet beschermde partij een beroep op de wetsbepaling kan doen (vernietigbaarheid) en dus niet zoals in het geval van nietigheid van rechtswege ook de wederpartij bij de rechtshandeling of een derde.

279 Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190, waar Meijers als voorbeeld geeft: het verbod om in strijd met andermans jachtrecht zich wild toe te eigenen en het tot ambtenaren gerichte verbod om bepaalde overeenkomsten aan te gaan. Tevens noemt hij de arresten *Notariswet* en *F/K*. Zie verder J. Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 4 en H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.7.

280 TM en MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 191.

281
W. Snijders, Schoordijks vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 en de vrijheid van de exegeet, *NJB* 1987/41, p. 316. Vgl. H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 3. Beide auteurs betrekken die vrijheid op het feit dat de aard van de geschonden wetsbepalingen behoorlijk kan verschillen, zodat de rechter de vrijheid moet hebben om daarmee rekening te houden.

282 H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.7.

283 In zijn *NJ*-noot onder HR 13 januari 1938, ECLI:NL:HR:1938:164, *NJ* 1938/600 m.nt. E.M. Meijers (*Notariswet*) stelt Meijers dat de civielrechtelijke gevolgen moeten worden achterhaald aan de hand van "*inhoud en strekking der betreffende wetsbepaling*".

284 H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.7.

285 J. Hijma, De ongeoorloofde oorzaak, *WPNR* 1991/6030, p. 885-886 (ratio) en J.H. Nieuwenhuis, *AA* 1985/34, nr. 4, p. 217 (bedoeling van de wet).

286 Vgl. J. Hijma in *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), nr. 4. In zijn noot bij HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59 m.nt. J. Hijma (*[...] / [...]*) betoogt hij dat het doel van een wet kan worden geschaard onder het rijkere begrip strekking.

287 Vgl. A.R. Bloembergen, Verboden overeenkomsten, *SEW* 1958/8, p. 236 ("het gehele arsenaal van interpretatiemethoden [is] toegelaten"), A.R. Bloembergen, Gebrekkige rechtshandelingen in het gewijzigd ontwerp boek 3 N.B.W. (artikelen 3.2.6-3.2.21), *WPNR* 1972/5190, p. 425. Zie in dezelfde zin Hijma in *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), nr. 4. Het vertoont dan ook overeenkomsten met de toepassing van art. 6:163 BW, de relativiteit in het onrechtmatigedaadsrecht, met dien verstande dat het bij art. 3:40 BW gaat om de vraag of de strekking is dat de rechtshandeling nietig is, terwijl het in het onrechtmatigedaadsrecht gaat om de vraag of de wettelijke norm strekt tot vergoeding van bepaalde schade. Zie S.D. Lindenbergh, "Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid", *AA* 2012/740, p. 742.

288 S.D. Lindenbergh, *NJ* 2020/233 (*Alphense schietpartij*), nr. 14.

289 J. Hijma in *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), nr. 4.

290 H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.7. In het arrest *Notariswet* (hiervoor aangehaald) baseerde de Hoge Raad zijn oordeel uitdrukkelijk op de geschiedenis van de betreffende wettelijke bepaling.

291 H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.7 onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 191, waar wordt verwezen naar HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/127 (*F/K*).

292 *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/615.

293 T.F.E. Tjong Tjin Tai in zijn *NJ*-noot, nr. 4, 2e alinea bij HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*).

294 In *Esmilo/Mediq* (al aangehaald), r.o. 4.4 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat om te achterhalen of een overeenkomst die verplicht tot een door de wet verboden prestatie ook in strijd is met de openbare orde, de rechter in elk geval in zijn beoordeling dient te betrekken (i) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, (ii) of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, (iii) of partijen zich van de inbreuk bewust waren, en (iv) of de regel in een sanctie voorziet. Zie nader nr. 6.22.

295 J.H. Nieuwenhuis, *AA* 1985/34, nr. 4, p. 217. Alleen op die manier kan volgens Nieuwenhuis t.a.p. worden verklaard waarom een overeenkomst in strijd met de Prijzenwet (nietig) anders wordt behandeld dan een overeenkomst in strijd met de Winkelsluitingswet (geldig): ontduiking van wettelijke prijsvoorschriften wordt gezien als een ernstiger inbreuk op de openbare (economische) orde, dan koop na sluitingstijd.

296 J. Hijma, "De ongeoorloofde oorzaak", *WPNR* 1991/6030, p. 886, l.k.

297 *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/323; J. Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 4 en H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.8. Zie ook de arresten HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/265, m.nt. C.J.H. Brunner onder nr. 266 (*Club 13*) en HR 7 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9950, *NJ* 1991/266, m.nt. C.J.H. Brunner (*Catoochi*), dat hierna wordt besproken.

298 HR 7 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9950, *NJ* 1991/266, m.nt. C.J.H. Brunner (*Catoochi*), r.o. 3.3.

299 De waardering van het hof van de maatschappelijke ontwikkelingen op Aruba kon in cassatie niet op juistheid worden onderzocht, zie *Catoochi*, r.o. 3.3.

300 In die zin de conclusie van A-G Koopmans, nr. 13 vóór HR 7 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9950, *NJ* 1991/266, m.nt. C.J.H. Brunner (*Catoochi*).

301 Dit laat natuurlijk onverlet dat eerst moet worden vastgesteld *dat* de rechtshandeling verboden is.

302 H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 8.

303 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 191.

304 J. Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 2b. Ook indien slechts één van beide prestaties met goede zeden of openbare orde in strijd is, is lid 1 toepasselijk.

305 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 190.

306 J. Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 2c onder verwijzing naar HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/128 (*B/Aviolanda*).

307 HR 11 mei 1951, ECLI:NL:HR:1951:AG1977, *NJ* 1952/128, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*B/Aviolanda*).

308 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 190.

309 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 190.

310 In *Esmilo/Mediq*, r.o. 4.4 overwoog de Hoge Raad dat "de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, [niet] meebrengt dat zij een verboden strekking heeft". Volgens annotatoren Hijma (*NJ* 2017/59, nr. 10) en Lindenbergh (*AA* 2012, p. 742) neemt de Hoge Raad inhoud en strekking van de rechtshandeling hier samen.

311 J. Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 2a. Het gaat dus weliswaar om ongeschreven normen, maar wel om rechtsnormen, zodat de vraag een overeenkomst in strijd is met de goede zeden of de openbare orde in cassatie kan worden onderzocht, zie *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/310.

312 HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. J. Hijma (*[...] / [...]*), r.o. 3.5.1.

313 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *NJ* 2013/172, nr. 2, die stelt dat beide begrippen tegenwoordig nagenoeg samenvallen.

314 Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 191, onder de toevoeging dat dit zelfs het geval is wanneer de prestatie in het verrichten van een rechtshandeling bestaat, die wel verboden is, maar niet als sanctie haar nietigheid kent.

315 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*), r.o. 4.4. Zie over dit arrest ook M.R. Hebly en A.N.L. de Hoogh, Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW, *MvV* 2013/2, p. 60-64; P.W. den Hollander, De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad, *NTBR* 2013 2013/4 en S.D. Lindenbergh, Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid, *AA* 2012/740, p. 740-743.

316 De herkomst van deze gezichtspunten is niet duidelijk. Annotator Tjong Tjin Tai (*NJ* 2013/172, nr. 3) wijst er op dat zij deels ook in art. II.7:302 lid 3 van de *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) zijn te vinden, waarin de rechtsgevolgen zijn geregeld van overeenkomsten die dwingende bepalingen schenden (*contracts infringing mandatory rules*). Daarin worden verder ook nog genoemd: het doel van de regel (*the purpose of the rule which has been infringed*, sub a), de categorie beschermde personen (*the category of persons for whose protection the rule exists*, sub b) en de ernst van de schending (*the seriousness of the infringement*, sub d).

317 *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/615.

318 *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/615.

319 *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/325a en nr. 347c, betoogt dat de fundamentele beginselen van gezichtspunt 2 moeten worden onderscheiden van het begrip fundamenteel beginsel dat de wezenlijke belangen van de samenleving betreft en vorm geeft aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt (de definitie van het begrip openbare orde, zie daarover nr. 345). Immers, indien een beginsel in laatstbedoelde zin is geschonden, moet worden aangenomen dat de overeenkomst nietig is. De andere in *Esmilo/Mediq* genoemde gezichtspunten spelen dan geen rol.

320 Te beoordelen naar het tijdstip van het aangaan van de rechtshandeling, aldus HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. J. Hijma (*[...] / [...]*), r.o. 3.7.

321 Art. II.7:302 lid 3 DCFR bepaalt dat het rechtsgevolg van een inbreuk (nietig, vernietigbaar of geldig) moet zijn *an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances*. Zie ook M.R. Hebly en A.N.L. de Hoogh, Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW, *MvV* 2013/2, p. 64 en zie Tjong Tjin Tai, *NJ* 2013/172, nr. 2 en 3, die t.a.p. stelt dat men moet bezien of "de daadwerkelijk geschonden belangen tot consequenties nopen (mede gelet op het proportionaliteitsbeginsel)", onder verwijzing naar HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/378, m.nt. M.M. Mendel (*Royal & Sun Alliance c.s./Universal Pictures*).

322 Vgl. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. J. Hijma (*[...] / [...]*) en in het bijzonder de noot van Hijma onder 10.

323 Bijvoorbeeld door Tjong Tjin Tai, zie *NJ* 2013/172, nr. 4.

324 HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, *NJ* 2016/90, m.nt. H.J. Snijders (*Snippers q.q./Rabobank*), r.o. 3.6.2.

325 In de woorden van Tjong Tjin Tai (*NJ* 2013/172, onder 2): "De tekst van art. 3:40 BW markeert één stadium in deze ontwikkeling, doch niet het laatste." In dezelfde zin A.S. Hartkamp, Nieuw nulliteitenrecht. Enkele opmerkingen bij het gedachtegoed van Jaap Hijma, *WPNR* 2023/7399, nr. 9, die echter ook twee door het Europese recht geïnspireerde uitzonderingen op de relativeringstendens noemt, namelijk de leer van het Hof van Justitie EU om na de vernietiging van oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden (Richtlijn 1993/13/EEG) in beginsel geen ruimte te laten voor het mitigeren van de gevolgen van de nietigheid en de ambtshalve toepassing van richtlijnbepalingen op het gebied van het consumentenrecht. Dat laatste is strikt genomen geen uitzondering op de relativeringstendens maar leidt er volgens Hartkamp t.a.p. wel toe dat de urgentie van civielrechtelijke nulliteiten wordt beklemtoond en de kans dat zij effect sorteren wordt vergroot. In *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2018/314 en 615 wordt opgemerkt dat in art. 3:40 BW de relativering in de eerste plaats voortvloeit uit de leden 2 (schending van een dwingende wetsbepaling leidt soms tot vernietigbaarheid) en 3 (schending van een dwingende wetsbepaling laat de geldigheid van de rechtshandeling onverlet) en in de tweede plaats uit het feit dat gevallen van strijd met niet-gedelegeerde lagere wetgeving onder het bereik van lid 1 zijn gebracht, waardoor het aan de rechter wordt overgelaten om te oordelen of nietigheid, met het oog op de concrete omstandigheden van het geval, op haar plaats is. J. Hijma, De ongeoorloofde oorzaak, *WPNR* 1991/6030, p. 885, r.k.

326 HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/378 m.nt. M.M. Mendel (*Royal & Sun Alliance c.s./Universal Pictures*), r.o. 4.7 en herhaald in HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2221, *NJ* 2008/502 (*AVM Accountants/O*), r.o. 3.4.2. J. Hijma, De ongeoorloofde oorzaak, *WPNR* 1991/6030, p. 886, m.k.

327 J. Hijma, De ongeoorloofde oorzaak, *WPNR* 1991/6030, p. 886, m.k.

328 Vgl. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. J. Hijma (*[...] / [...]*).

329 In zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2024:36 voor HR 1 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:295 (art. 81 RO)), onder 3.15.

330 A. Komen & D.W.F. Verkade, *Kansspelen en cadeau-acties*, Deventer: Kluwer 1972, nr. 37, p. 45; B. Wessels, Hoofdstuk XII. Spel en weddenschap, in: C.J. van Zeben e.a. (red.), *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 463; W.C.L. van der Grinten, Boek 7 BW, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal: opstellen aangeboden aan prof. mr. H.C.F. Schoordijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant*, Kluwer: Deventer 1991, p. 92 en A. van t Veer, H. Moerland en C. Fijnaut, *Gokken in drievoud: facetten van deelname, aanbod en regulering*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 269. Aarzelend is Kleijn (Asser/Kleijn, *Bijzondere overeenkomsten IV* 1988), die enerzijds schrijft dat "men algemeen aanneemt" dat kansspelovereenkomsten in strijd met de Wok nietig zijn vanwege strijd met de goede zeden (nr. 339, p. 257), en anderzijds dat voor verboden kansspelen "wellicht" de regeling van art. 1825 e.v. BW, het huidige art. 7A:1825 e.v. BW, geldt (nr. 349, p. 265).

331 Zo ziet men dat in het Duitse recht ook bij het met art. 7A:1825 vergelijkbare § 762, Abs. 1 BGB ("*Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.*). Deze *Unwirksamkeit* van kansspelovereenkomsten sluit niet uit dat de overeenkomst ook op een andere grond *unwirksam* kan zijn, bijvoorbeeld o.g.v. § 134 BGB (vergelijkbaar met art. 3:40 BW). Zie MüKoBGB/Habersack, 9. Aufl. 2024, BGB § 762 Rn. 21 en 24; BeckOK BGB/Janoschek, 73. Ed. 1.11.2024, BGB § 762 Rn. 18 en P. Kemper, *Verbotenes Online-Glücksspiel und verbotene Zahlungen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, p. 159 met verdere verwijzingen.

332 Het is een steeds terugkerend strijdpunt bij de problematiek van ongeoorloofde overeenkomsten wat er nu precies verboden is door de wetgever, zie A.R. Bloembergen, Verboden overeenkomsten, *SEW* 1958/8, p. 276.

333 Onder gelegenheid geven moet worden verstaan "iedere situatie waarbij men de bedoeling heeft een ander uit te nodigen of de mogelijkheid te verschaffen deel te nemen aan een kansspel", aldus A. Komen & D.W.F. Verkade, *Kansspelen en cadeau-acties*, Deventer: Kluwer 1972, nr. 6. Niet nodig is dat het publiek zich ervan bewust is dat er gelegenheid wordt gegeven, enkel het feit dát er gelegenheid wordt gegeven is voldoende, aldus HR 3 juni 1969, ECLI:NL:HR:1969:AB3620, *NJ* 1969/386. De Hoge Raad heeft verder geoordeeld dat "doel en strekking" van art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Wok nopen tot een ruime uitleg van het begrip gelegenheid geven, en "dat van hier te lande gelegenheid geven in evenbedoelde zin [in de zin van art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Wok, A-G] sprake is wanneer via internet door middel van een mede op Nederland gerichte website de toegang tot kansspelen wordt geboden aan potentiële deelnemers in Nederland en dezen via hun computer rechtstreeks aan het spel kunnen deelnemen, dat wil zeggen zonder dat andere handelingen zijn vereist dan die op de computer kunnen worden verricht.", zie HR 18 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4841, *NJ* 2005/404, m.nt. M.R. Mok, r.o. 3.3.2 en r.o. 3.3.3.

334 Anders dan art. 2, aanhef en onder c, Loterijwet 1905, dat het zonder toestemming *verkopen* van een lot verbood. Vgl. B. Wessels, Hoofdstuk XII. Spel en weddenschap, in: C.J. van Zeben e.a. (red.), *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 463, die betoogt dat de Wok niet de strekking heeft om de geldigheid aan te tasten van overeenkomsten die in strijd daarmee zijn gesloten, maar om het geven van gelegenheid om te spelen te verhinderen.

335 Voor de volledigheid: het aangaan van kansspelovereenkomsten is ook niet voorwaardelijk verboden in de zin dat pas overeenkomsten mogen worden aangegaan met een vergunning. Ook dat valt niet in art. 1 lid 1 aanhef en onder a Wok te lezen.

336 Deze voorbeelden zijn ontleend aan A. Komen & D.W.F. Verkade, *Kansspelen en cadeau-acties*, Deventer: Kluwer 1972, nr. 6. De auteurs merken op dat in deze gevallen degenen die deze feitelijke handelingen uitvoeren (de krant, de bank en de verhuurder) onder omstandigheden (in het voorbeeld van de geldlening: als de bank zich in het speelhol bevindt) strafrechtelijk kunnen worden vervolgd vanwege overtreding van art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Wok, maar dat de overeenkomsten civielrechtelijk geoorloofd zijn.

337 Zie nr. 5.4 e.v.

338 Het arrest *Esmilo/Mediq* is weliswaar pas later gewezen, namelijk in 2012, maar de tendens om nietigheden te relativeren was er ook al toen minister Donner zijn opmerkingen maakte.

339 A. Pitlo, G.J. Wolffensperger en B.S. Frenkel, *Benoemde overeenkomsten*, Gouda: Quint 1979, p. 346 beroepen zich daartoe op de hiervoor in nr. 5.5 besproken oude rechtspraak over de Loterijwet 1905, nl. HR 15 februari 1918, ECLI:NL:HR:1918:112, *NJ* 1918/389, *W*. 10250 en HR 4 mei 1923, ECLI:NL:HR:1923:168, *NJ* 1923/920, *W*. 11113. Zie voorts T.F.E. Tjong Tjin Tai, Weg met boek 7A!, *WPNR* 2016/7172, p. 794, l.k. (onder het voorbehoud dat de verbodsbepalingen van de Wok niet uitsluitend strekken tot bescherming van één partij); *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/294 en A.M. Veldhuis, Hoofdstuk XI. Spel en weddenschap, in: C.J. van Zeben e.a. (red.), *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1989, p. 347.

340 Door *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/294 wordt bijvoorbeeld gesteld dat "overeenkomsten die onder de definitie van art.1 WoK vallen maar ingevolge de WoK niet of niet zonder vergunning geoorloofd zijn", nietig zijn. In andere zin Wessels, die weliswaar (impliciet) aanneemt dat de Wok het zonder vergunning aangaan van overeenkomsten verbiedt, maar vervolgens wel op de strekkingsvraag ingaat en betoogt dat de Wok niet de strekking heeft om de geldigheid van dergelijke overeenkomsten aan te tasten, maar om het geven van gelegenheid om te spelen te verhinderen. Wessels verdedigt verder dat de regels van het huidige art. 7A:1825 e.v. BW een *lex specialis* vormen ten opzichte van de open norm strijd met de goede zeden en de openbare orde. Zie B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. Amsterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1988, par. 210 en B. Wessels, Hoofdstuk XII. Spel en weddenschap, in: C.J. van Zeben e.a. (red.), *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 463.

341 Het is mogelijk gebaseerd op de hiervoor nr. 5.5 e.v. besproken oude rechtspraak over de Loterijwet 1905, die het *verkopen* van loten verbood.

342 Rechtbank Overijssel 2 april 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:2097; Rechtbank Overijssel 17 april 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:2078; Rechtbank Overijssel 17 april 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:2079; Rechtbank Noord-Nederland 22 mei 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:1971; Rechtbank Overijssel 19 juni 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:3191; Rechtbank Overijssel 2 juli 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:4337; Rechtbank Overijssel 2 juli 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:4338; Rechtbank Den Haag 17 juli 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:11007; Rechtbank Den Haag 17 juli 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:11009; Rechtbank Den Haag 17 juli 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:11013; Rechtbank Den Haag 17 juli 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:11011; Rechtbank Noord-Nederland 26 februari 2025, ECLI:NL:RBNNE:2025:702 en Rechtbank Den Haag 5 maart 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:3356. Echter, niet alle feitenrechters hebben dit geoordeeld. Zo overwoog een voorzieningenrechter dat nietigheid van kansspelovereenkomsten niet aannemelijk is, zie Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 juni 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP6957, r.o. 4.8. Daarbij overwoog deze rechter o.m. in r.o. 4.6 dat "Bezwaarlijk valt vol te houden dat het bieden van gelegenheid tot deelname aan kansspelen in Nederland in strijd is met openbare orde en goede zeden. De wèl over een vergunning beschikkende organisaties, waaronder de Staatsloterij, proberen op legale wijze middels moderne massamedia in onder meer TV-shows en in Ster-spots het gelukzoekend publiek te bewegen een kans te wagen door deel te nemen in de door hen aangeboden vormen van kansspel. Dat wijst er op dat in Nederland bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de moreel en financieel schadelijke gevolgen voor de samenleving van kansspelen en weddenschappen, in het algemeen geen rol spelen (in dezelfde zin: het Gambelli-arrest, r.o. 63 jo. 69). Artikel 3:40 lid 1 BW is op kansspelen dan niet van toepassing. Wel neemt de rechter aan dat een vergunningstelsel als dat van artikel 1 WoK dienstig kan zijn aan het beschermen van het publiek, mede met het oog op het voorkomen van fraude (Gambelli, r.o. 73) of criminele bemoeienis met het kansspelbedrijf (Gambelli, r.o. 74) en de bescherming van het deelnemend publiek tegen de bijzondere gevaren in dat verband. Dat maakt dat artikel 3:40 lid 2 BW wel van toepassing is en dat de tussen Millennium Services en de deelnemers gesloten overeenkomsten, die slechts verplichten tot betaling van geldsommen, zijnde niet op zichzelf ongeoorloofde prestaties, niet nietig maar op vordering van de deelnemer vernietigbaar zijn."

343 Rechtbank Amsterdam 18 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1452, bekrachtigd door Hof Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHMAS:2016:4212. Deze lijn is ook gevolgd in Rechtbank Zeeland-West-Brabant 29 mei 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:3524.

344 Art. 30u lid 1 Wok: "Onverminderd het bepaalde bij of krachtens artikel 4a, biedt de houder van een vergunning tot het aanwezig hebben van een of meer kansspelautomaten in een inrichting als bedoeld in

artikel 30c, eerste lid, onder b, geen toegang tot die inrichting aan een persoon: a. die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt; b. wiens gegevens zijn opgenomen in het register, bedoeld in artikel 33h; c. ten aanzien van wie hij redelijkerwijs moet vermoeden dat deze door onmatige deelname aan kansspelen of door kansspelverslaving schade kan berokkenen aan zichzelf of aan naasten."

345 Rechtbank Amsterdam 14 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:8258; Gerechtshof Amsterdam 4 februari 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:290 en Gerechtshof Amsterdam 18 februari 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:534.

346 Gerechtshof Amsterdam 28 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1637, r.o. 3.3 en Gerechtshof Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3609, r.o. 3.5. Vervolgens heeft het hof terugverwezen naar het laatstgenoemde arrest: zie Gerechtshof Amsterdam 9 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3413, r.o. 3.4; Gerechtshof Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:540, r.o. 3.4; Gerechtshof Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:541, r.o. 3.4; Gerechtshof Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:GHMAS:2022:542, r.o. 3.4 en Gerechtshof Amsterdam 2 juli 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1841, r.o. 4.1.

347 Vgl. het hiervoor (nr. 6.20) besproken arrest *B/Aviolanda*: om (geoorloofd) kammen te produceren was een aanpassing van de fabriek noodzakelijk, waarvoor geen vergunning was verleend.

348 Zie nr. 5.4 hiervoor.

349 Waarbij zij opgemerkt dat het laatste niet helemaal is gelukt, in de zin dat de Wok wel degelijk enkele materiële wijzigingen met zich meebracht. Zie nr. 5.7 hiervoor.

350 *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 13-14.

351 Ook bij de Koa, waar de nadruk (mede) sterk ligt op consumentenbescherming, blijkt uit niets dat de wetgever dat heeft gewild. De achterliggende gedachte van de Koa is dat overheidsregulering en toezicht (een vergunningstelsel) de consument moeten beschermen tegen de risicos van kansspelen, zoals verslavingsrisicos. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 5.

352 Volgens de rechtbank speelt het in casu zelfs geen rol en dient het er slechts toe om een door partijen niet te goeder trouw gedaan beroep op nietigheid te blokkeren (tussenvonnis, r.o. 5.70). Zie daarover kritisch M.W. Bijloo in *RCR* 2024/64. Volgens deze auteur is het niet in lijn met *Esmilo/Mediq*, waar deze omstandigheid eerder lijkt te zien op een relativering van de nietigheid: zelfs als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod leidt dit niet automatisch tot nietigheid. Genoemd arrest verwijst volgens Bijloo niet naar het belemmeren van een beroep op nietigheid in geval één van de partijen niet te goeder trouw is. Daarvoor is volgens hem eerder de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de geëigende actie.

353 A. Komen & D.W.F. Verkade, *Kansspelen en cadeau-acties*, Deventer: Kluwer 1972, nr. 37, p. 45; B. Wessels, Hoofdstuk XII. Spel en weddenschap, in: C.J. van Zeben e.a. (red.), *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 463; W.C.L. van der Grinten, Boek 7 BW, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal: opstellen aangeboden aan prof. mr. H.C.F. Schoordijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant*, Kluwer: Deventer 1991, p. 92 en A. van t Veer, H. Moerland en C. Fijnaut, *Gokken in drievoud: facetten van deelname, aanbod en regulering*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 269. Aarzelend is Kleijn (Asser/Kleijn, *Bijzondere overeenkomsten IV* 1988), die enerzijds schrijft dat "men algemeen aanneemt" dat kansspelovereenkomsten in strijd met de Wok nietig zijn vanwege strijd met de goede zeden (nr. 339, p. 257), en anderzijds dat voor verboden kansspelen "wellicht" de regeling van art. 1825 e.v. BW, het huidige art. 7A:1825 e.v. BW, geldt (nr. 349, p. 265).

354 Zoals verdedigd door *Asser/Houben & Van Schaick 7-VIII* 2023/294 ("Door de invoering van de Wet op de kansspelen (WoK) is het geldingsbereik van art.7A:1825 e.v. BW sterk teruggedrongen. Op overeenkomsten die onder de definitie van art.1 WoK vallen, zijn art.7A:1825 e.v. BW niet van toepassing.") en mijn ambtgenoot A-G Snijders in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2024:36 voor HR 1 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:295 (art. 81 RO), onder 3.14.

355 De Ksa heeft gesteld dat zij in de relevante periode een beperkte handhavingscapaciteit had, zie SO Ksa, nr. 3.8 e.v.

356 Het Duitse Bundesgerichtshof oordeelde in een zaak over online sportweddenschappen (BGH 22 März 2024, I ZR 88/23, ECLI:DE:BGH:2024:220324BIZR88.23.0, r.o. 30): "Die effektive Durchsetzung der genannten legitimen Ziele [nl. het ontstaan van speelzucht verhinderen en het scheppen van voorwaarden om de speelzucht te bestrijden, de speelzucht door een beperkt kansspelaanbod in gereguleerde banen leiden, het tegengaan van de zwarte markt, bescherming van (jeugd)spelers en de bescherming van spelers tegen bedrog en criminaliteit, zie r.o. 29, A-G] erfordert grundsätzlich die Nichtigkeit der unter Verstoß gegen die Erlaubnispflicht auf Grundlage eines Internetangebots geschlossenen Glücksspielverträge." Zie ook r.o. 52: "Der Verstoß des Sportwettenangebots der Beklagten gegen das gesetzliche Verbot des § 4 Abs. 5 Nr. 2 GlüStV 2012 dürfte die Nichtigkeit der mit dem Kläger geschlossenen Sportwettenverträge erfordern. Der Zweck des Verbotsgesetzes dürfte in diesem Fall nicht anders zu erreichen sein als durch die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB" (onderstreping, A-G). Daartegenover staat dat het volgens het BGH vaste rechtspraak is dat wanneer het wettelijke verbod door bestuurs- of strafrechtelijke handhaving kracht kan worden bijgezet (Nachdruck verleihen), er dan geen plaats is voor een civielrechtelijke nietigheidssanctie, zie r.o. 27. Het betrof overigens een voorlopig oordeel ("vorläufige rechtliche Beurteilung"), maar het verzoek tot Revision is na dit voorlopig oordeel ingetrokken, zie *NJW* 2024/1950 onder Zum Sachverhalt.

357 Oberste Gerichtshof 26 juni 2024, 8 Ob 21/24g, r.o. 5.3: "Nur die absolute Nichtigkeit der gegen § 2 Abs 4 GSpG [de Oostenrijkse kansspelwetgeving, A-G] verstoßenden Verträge und die Möglichkeit auch der Veranstalter, das als Gewinn Geleistete zurückzuverlangen, entspricht daher dem ordnungspolitischen Zweck des GSpG, nicht konzessioniertes Glücksspiel zu unterbinden ()."

358 Zie over de verhouding tussen publiekrechtelijke handhaving en privaatrechtelijke handhaving van in Nederlands recht omgezet Europees consumentenrecht ook de recente conclusie van de plaatsvervangend procureur-generaal van 10 oktober 2025 (ECLI:NL:PHR:2025:1093), nr. 6.5 e.v.

359 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *JOR* 2022/52, m.nt. F.P.C. Strijbos, *NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon, *TvC* 2022, afl. 3, p. 139, m.nt. T. Jonkers, *AA* 2023/0282, m.nt. W.H. van Boom (*Arvato I*), r.o. 3.1.13-3.1.16 en HR 4 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1355, *NJ* 2025/87, m.nt. M.B.M. Loos, *TvC* 2025/14, p. 94, m.nt. M.Y. Schaub, UDH:IR/18655 m.nt. E.D.C. Neppelenbroek (*Bol.com*), r.o. 4.8.1 e.v.

360 Zie art. 3 lid 3 onder c ("Deze richtlijn is niet van toepassing op overeenkomsten: () c) betreffende gokactiviteiten waarbij bij kansspelen een inzet met een waarde in geld wordt gedaan, met inbegrip van loterijen, casinospelen en weddenschappen;") en ook de considerans, overweging 31.

361 Wél wordt in de MvT bij de Koa consumentenbescherming als één van de doelstellingen van de Koa genoemd (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 7 e.v. en p. 27 e.v.). Dat ziet er m.i. echter niet op dat het Unierechtelijke consumentenrecht van toepassing wordt verklaard en bovendien was die wetgeving nog niet van kracht in de periode waarop deze prejudiciële procedure betrekking heeft.

362 Vgl. het tussenvonnis r.o. 5.70.

363 Voor zover er al aandacht is geweest voor samenloop van civielrechtelijke handhaving met bestuursrechtelijke handhaving lijkt het er eerder op dat de staatssecretaris vond dat met het verstrijken van de tijd voor het eerste minder plaats is. Zie hiervoor nr. 5.25. In de literatuur is opgemerkt dat handhaving van de Wok vóór 1 april 2012 (de start van de Ksa) was overgelaten aan vergunninghouders zoals De Lotto, en dat vanaf 1 april 2012 handhaving weer een overheidstaak werd, zie M. Koppenol-Laforce, H.W. Wefers Bettink en A.P. Koburg, Online kansspelen in Nederland: *the next level*, *Mediaforum* 2012/9, p. 270.

364 Vgl. de opmerking van de Staatssecretaris dat aanbieders die persisteerden in hun aanbod illegaal op Nederland richten, kort gezegd: die onder de prioriteringscriteria vielen, te zijner tijd uit te sluiten van vergunningverlening, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32264, nr. 25, p. 8 (Brief 4 mei 2012). Daar klinkt in door dat aanbieders die níet onder de prioriteringscriteria vielen wel in aanmerking kwamen.

365 Ook indachtig "het belang voor de rechtspraktijk van eenvoudig te hanteren regels", zie HR 4 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1355, *NJ* 2025/87, m.nt. M.B.M. Loos, *TvC* 2025/14, p. 94, m.nt. M.Y. Schaub, UDH:IR/18655 m.nt. E.D.C. Neppelenbroek (*Bol.com*), r.o. 4.8.10.

366 Zo ook H. Köhler in zijn Anmerkung, nr. 3 in *NJW* 2024/1950 bij BGH 22 März 2024, I ZR 88/23, ECLI:DE:BGH:2024:220324BIZR88.23.0. Volgens hem is het in strijd met het proportionaliteitsvereiste om iedere kansspelovereenkomst categorisch en zonder beoordeling per individueel geval nietig te verklaren,

waarbij hij ook wijst op de ongewenste consequentie dat men zonder risico kan deelnemen aan kansspelen (een kansspel zonder nieten) en het feit dat de belangen van deelnemers al door andere wettelijke bepalingen worden beschermd.

367 Zie art. 24 lid 1 Richtlijn consumentrechten.

368 HR 4 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1355, *NJ* 2025/87, m.nt. M.B.M. Loos, *TvC* 2025/14, p. 94, m.nt. M.Y. Schaub, UDH:IR/18655 m.nt. E.D.C. Neppelenbroek (*Bol.com*), r.o. 4.8.7.

369 Zie nr. 5.24.

370 *Kamerstukken II* 1963/64, 7603, nr. 3, p. 6-8 (MvT).

371 Zie ook de onder 5.29 aangehaalde conclusie en de strekking van de Wet Koa zoals weergegeven onder 5.56.

372 *Kamerstukken II,* 2004/05, 30 137, nr. 8, p. 5-6.

373 Gerechtshof `s Hertogenbosch 14 september 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR4586, r.o. 4.9.2-4.9.4.

374 Zie Gerechtshof Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4212, r.o. 3.6.

375 Zie de conclusie van de AG van 12 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:36, nr. 3.15.

376 Rechtbank Overijssel 17 april 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:2078, r.o. 5.6 en ECLI:NL:RBOVE:2024:2079, r.o. 5.10.

377 *Asser/Houben & Van Schaick 7 Dl VIII* 2023, 7.3. nr. 294, p. 358.

378 Rechtbank Amsterdam 14 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:8258.

379 Gerechtshof Amsterdam 28 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1637 en 8 oktober 2019. ECLI:NL:GHAMS:2019:3609.

380 Hoge Raad 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2749.

381 Wél van de strekking van de rechtshandeling. Die strekking moet echter goed worden onderscheiden van de strekking van de wet(sbepaling).

382 Hoge Raad 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609.

383 TSG heeft gesteld dat [verzoeker] uitsluitend poker heeft gespeeld op haar website, en uitsluitend de variant waarbij niet tegen het huis (TSG) werd gespeeld, zie SO Electraworks & TSG, nr. 69. Uit het hiervoor in nr. 5.19 e.v. besproken Eindadviesrapport Legalisatie van kansspelen via internet uit augustus 2010 blijkt dat poker (destijds) het meest gespeelde online kansspel was.

384 Het voorbeeld van de huurovereenkomst is ontleend aan HR 14 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC3590, *NJ* 1986/57, m.nt. Th. W. van Veen (aangehaald in A. van t Veer, H. Moerland en C. Fijnaut, *Gokken in drievoud: facetten van deelname, aanbod en regulering*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 163), een strafzaak waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat met het verhuren van een ruimte waarin een kansspel werd gespeeld sprake was van overtreding van art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Wok.

385 Nog afgezien van de lastige afbakeningsvragen die daarbij spelen, omdat het niet zo zwart wit is waar, wanneer, welke criteria golden en in welke mate aanbieders zich daar wel of niet aan hebben gehouden.