ECLI:NL:RBAMS:2024:3469

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	12-06-2024
Datum publicatie	12-06-2024
Zaaknummer	747113 HA ZA 24-205
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	De rechtbanken Amsterdam en Noord-Holland hebben gezamenlijk besloten rechtsvragen voor te leggen aan de Hoge Raad. Ze willen duidelijkheid krijgen over de vraag of gokkers bij online aanbieders zonder vergunning, hun verlies terug kunnen krijgen. Het antwoord van de Hoge Raad kan een einde maken aan de rechtsongelijkheid die is ontstaan omdat verschillende rechtbanken hier anders over oordelen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJF 2024/316 RCR 2024/64

Uitspraak

RECHTBANK Amsterdam

Civiel recht

Zaaknummer: 747113 HA ZA 24-205

Vonnis van 12 juni 2024

in de zaak van

[eisende partij] ,

wonende te [woonplaats] ,

eisende partij,

hierna te noemen: [eisende partij] ,

advocaat: mr. B.Z. Loonstein,

tegen

de rechtspersoon naar buitenlands recht

TSG INTERACTIVE GAMING EUROPE LIMITED,

gevestigd te San Giljan (Malta),

gedaagde partij,

hierna te noemen: TSG,

advocaat: mr. J.A.I. Verheul.

1 Waar gaat deze zaak over?

1.1. Kansspelen op afstand zijn kansspelen waaraan de speler online en dus zonder fysiek contact met de organisator van de kansspelen deelneemt. Onder de Wet op de kansspelen (Wok) is het aanbieden van kansspelen niet toegestaan zonder vergunning. In de Wok was tot 1 oktober 2021 niet iets specifiek geregeld voor online kansspelen. Het was tot deze datum ook niet mogelijk voor online kansspelaanbieders om een Nederlandse vergunning te krijgen.

1.2. Op 1 april 2021 is de Wet Kansspelen op afstand (Wet Koa) in werking getreden. Deze wet is bedoeld om het aanbieden van online kansspelen te regelen om consumenten te beschermen, kansspelverslaving te voorkomen, en illegaliteit en criminaliteit tegen te gaan. Vanaf 1 oktober 2021 is het mogelijk een vergunning te krijgen om online kansspelen aan te bieden op de Nederlandse markt. Veel Nederlanders hebben ook vóór 1 oktober 2021 al gegokt via websites van online kansspelaanbieders.

1.3. [eisende partij] heeft vanaf maart 2006 tot en met 2021 deelgenomen aan kansspelen via een website van TSG. Daarbij heeft hij USD 139.464,58 verloren (inzet minus opbrengsten). In deze procedure vordert hij dit bedrag terug. Hij vindt dat de kansspelovereenkomst die hij met TSG is aangegaan nietig is en/of vernietigd moet worden, omdat de overeenkomst in strijd is met het wettelijk verbod zonder vergunning kansspelen aan te bieden. TSG is het daar niet mee eens. Zij voert onder meer aan dat het nooit de bedoeling van dat verbod is geweest om overeenkomsten ongeldig te laten zijn. Als dat ooit wel zo was, dan is dat niet meer zo omdat online gokken inmiddels geaccepteerd is.

1.4. In de rechtspraak zijn over vergelijkbare zaken tegenstrijdige uitspraken gedaan. Mede daarom zal de rechtbank rechtsvragen aan de Hoge Raad stellen. In dit vonnis zijn die vragen opgenomen. Partijen mogen hierop nog reageren.

2 De procedure

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 25 oktober 2023, met producties 1 tot en met 3,
- de conclusie van antwoord, met producties 1 tot en met 34,
- akte overlegging aanvullende producties van [eisende partij] , met producties 5 tot en met 34,
- het tussenvonnis van 3 april 2024, waarbij de mondelinge behandeling is bepaald,
- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 17 april 2024, met de spreekaantekeningen van mr. Loonstein en mr. Verheul in de eerste termijn en de spreekaantekeningen van mr. Verheul in de tweede termijn,
- de brief van 28 mei 2024 van TSG met opmerkingen bij het proces-verbaal.

2.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

3 De feiten

3.1. 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 [eisende partij] 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 [eisende partij] 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. [eisende partij] 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 [eisende partij] een bedrag van USD 139.464,58 verloren (inzet minus opbrengsten).

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

4 Het geschil

4.1. [eisende partij] vordert dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. voor recht verklaart dat de kansspelovereenkomst die is gesloten tussen [eisende partij] en TSG nietig is en/of de kansspelovereenkomst vernietigt, en

II. TSG veroordeelt om de van [eisende partij] ontvangen bedragen, met aftrek van de aan [eisende partij] uitbetaalde bedragen, zijnde een bedrag van USD 139.464,58 te betalen aan [eisende partij] , deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van storting,

en/of

III. voor recht verklaart dat TSG onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eisende partij] , althans toerekenbaar jegens [eisende partij] tekort is geschoten, althans zich schuldig heeft gemaakt aan oneerlijke handelspraktijken, wegens de in het lichaam van de dagvaarding genoemde gedragingen en voor recht verklaart dat TSG verplicht is om de door deze gedragingen geleden schade aan de zijde van [eisende partij] te vergoeden, en

IV. TSG veroordeelt om aan [eisende partij] te betalen een bedrag van USD 139.464,58,

of

V. (subsidiair) TSG veroordeelt tot betaling van meer en/of andere schade, althans enige schade, die door [eisende partij] is geleden door de in het lichaam van de dagvaarding genoemde grondslagen, deze schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet,

en/of

VI. voor recht verklaart dat de kansspelovereenkomst door dwaling aan de zijde van [eisende partij] tot stand is gekomen en (primair) de kansspelovereenkomst vernietigt en tevens TSG veroordeelt om de gevolgen ongedaan te maken door betaling van USD 139.464,58 aan [eisende partij] , althans (subsidiair) om het door [eisende partij] geleden nadeel op de voet van artikel 6:230 lid 2 BW opheft door terugbetaling van geleden verliezen alsook ander nadeel te betalen,

en in alle gevallen

VII. TSG veroordeelt in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met de buitengerechtelijke incassokosten, de nakosten en de wettelijke rente.

4.2. [eisende partij] stelt, kort samengevat, dat in de periode dat hij via de website van TSG gokte, TSG geen vergunning had om kansspelen aan te bieden. De kansspelovereenkomst was dus in strijd met artikel 1 Wok en daarom nietig, dan wel vernietigbaar, op grond van artikel 3:40 Burgerlijk Wetboek (BW). Het geld dat [eisende partij] heeft ingezet en verloren heeft hij dus onverschuldigd betaald en moet TSG daarom terugbetalen. Verder heeft TSG haar zorgplicht tegenover [eisende partij] geschonden, doordat zij niet heeft gereageerd op signalen dat [eisende partij] ongezond spelgedrag vertoonde. Doordat TSG [eisende partij] heeft laten gokken, heeft [eisende partij] schade geleden, die TSG moet vergoeden. [eisende partij] heeft TSG hierover aangeschreven op 26 april 2023. TSG heeft echter geweigerd de schade te vergoeden en het verloren geld terug te betalen. Zij moet dat alsnog doen, aldus [eisende partij] .

4.3. TSG voert verweer. TSG concludeert tot niet-ontvankelijkheid van [eisende partij] , dan wel tot afwijzing van zijn vorderingen, met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van [eisende partij] in de kosten van deze procedure.

4.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, nader ingegaan.

5 De beoordeling

Nederlandse rechter bevoegd en Nederlands recht van toepassing

5.1. Dit geschil heeft een internationaal karakter omdat TSG gevestigd is in Malta en [eisende partij] in Nederland woont. De rechtbank moet daarom ambtshalve toetsen of de Nederlandse rechter bevoegd is en welk recht van toepassing is op deze zaak.

5.2. De Nederlandse rechter is op grond van artikel 26 Verordening Brussel I-bis bevoegd van het onderhavige geschil kennis te nemen. TSG heeft er expliciet voor gekozen om de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet te betwisten, zodat van een stilzwijgende forumkeuze sprake is.

5.3. Ten overvloede merkt de rechtbank op dat zij ook zonder stilzwijgende forumkeuze bevoegd zou zijn. Vast staat dat [eisende partij] een consument is en TSG een onderneming die commerciële activiteiten ontplooit. TSG heeft gesteld dat zij die activiteiten niet op Nederland heeft gericht. Zij leidt dat af uit het feit dat de Kansspelautoriteit (hierna: de Ksa) haar heeft laten weten dat zij niet onder de criteria voor handhaving viel.

5.4. [eisende partij] bestrijdt dat en stelt dat gerichtheid op Nederland onder meer kon blijken uit het gebruik van primair door Nederlanders gebruikte betaalmiddelen (zoals iDeal) of de afwezigheid van geoblocking. De website van TSG is ook nadat het prioriteringsbeleid van de Ksa bekend werd gemaakt (op 1 juni 2017) tot 1 oktober 2021 gewoon bereikbaar geweest vanuit Nederland.

5.5. Vast staat dat tussen [eisende partij] en TSG een overeenkomst tot stand is gekomen die [eisende partij] toegang gaf tot online gokken. Niet is gesteld of gebleken dat TSG niet wist of kon weten dat [eisende partij] in Nederland woonde. Omdat TSG wist of behoorde te weten dat het aanbieden van kansspelen zonder vergunning in Nederland verboden was, behoorde zij er voor te zorgen dat zij geen overeenkomsten sloot met personen die in Nederland woonden. Omdat zij dat toch gedaan heeft, kan worden aangenomen dat TSG haar diensten op Nederland heeft gericht. De consument beschermende bepalingen van artikel 17 tot en met 19 Brussel I-bis1 zijn daarom van toepassing. Nu [eisende partij] in Nederland woont is de Nederlandse rechter bevoegd om van dit geschil kennis te nemen voor zover de vorderingen zien op de kansspelovereenkomst.2

5.6. Voor zover de ingestelde vorderingen hun grondslag hebben in onrechtmatig handelen en zou worden aangenomen dat de artikelen 17 tot en met 19 Brussel I-bis in zoverre toepassing missen, ook al hangen de vorderingen ten nauwste samen met de kansspelovereenkomst, is de Nederlandse rechter ook bevoegd om van deze vorderingen kennis te nemen op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I-bis. [eisende partij] heeft vanuit Nederland toegang gehad tot de website van TSG waarop de kansspelen zijn aangeboden en de gestelde schade van [eisende partij] als gevolg van zijn deelname aan de kansspelen is in Nederland ontstaan. Het schadebrengende feit in de zin van voornoemd artikel heeft zich dus in Nederland voorgedaan.

Toepasselijk recht

5.7.

Op de zaak is Nederlands recht van toepassing omdat partijen in hun stellingen en weren een beroep doen op het Nederlandse recht. Een dergelijke impliciete rechtskeuze, duidelijk blijkend uit de omstandigheden van het geval, is mogelijk op grond van zowel de Rome I-Verordening3 die geldt voor verbintenissen uit overeenkomst (zie artikel 3 lid 1) als de Rome II-Verordening4 die geldt voor verbintenissen uit onrechtmatige daad (zie artikel 14 lid 1). De vorderingen zullen gelet op het voorgaande worden beoordeeld naar Nederlands recht.

5.8. Ten overvloede merkt de rechtbank op dat ook zonder impliciete rechtskeuze Nederlands recht van toepassing zou zijn. Dat volgt uit de hoedanigheid waarin partijen de overeenkomst zijn aangegaan. [eisende partij] heeft gehandeld als natuurlijke persoon en TSG in de uitoefening van haar onderneming. Dit betekent dat de kansspelovereenkomst wordt beheerst door Nederlands recht, omdat TSG haar activiteiten mede heeft gericht op Nederland (zie onder 5.5) en [eisende partij] daar woont. Dit volgt uit artikel 6 lid 1 Rome I. Voor de vorderingen van [eisende partij] op grond van onrechtmatige daad is ook Nederlands recht van toepassing nu de gestelde schade zich in Nederland heeft voorgedaan, zie artikel 4 van Rome II.

Is het sluiten van een kansspelovereenkomst zonder vergunning in strijd met de Wok?

5.9. [eisende partij] en TSG verschillen in de eerste plaats van mening over de geldigheid van de kansspelovereenkomst. [eisende partij] stelt zich primair op het standpunt dat die overeenkomst nietig is, omdat TSG zonder vergunning - en daarmee in strijd met de wet gelegenheid heeft geboden tot online kansspelen. [eisende partij] beroept zich op artikel 3:40 BW. Daarover overweegt de rechtbank als volgt.

5.10. Op grond van artikel 1 onder a van de Wok is het verboden om zonder vergunning gelegenheid te geven om mee te dingen naar prijzen of premies, als de aanwijzing van de winnaars geschiedt door enige kansbepaling waarop de deelnemers in het algemeen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen.

5.11. Op grond van artikel 3:40 lid 1 BW is een rechtshandeling nietig als deze in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat strijd met een dwingende wetsbepaling ook leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, met een uitzondering voor de bepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van één van de partijen bij een meerzijdige rechtshandeling. In dat laatste geval leidt strijd met de dwingende wetsbepaling slechts tot vernietigbaarheid van de rechtshandeling. Verder bepaalt lid 3 dat de rechtshandeling bedoeld in lid 2 alleen nietig of vernietigbaar is als de betreffende wetsbepaling de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.

5.12. TSG voert aan dat artikel 3:40 lid 2 BW alleen van toepassing is op wetten die het sluiten van een overeenkomst (of: het verrichten van een rechtshandeling) als zodanig verbieden. Dat doet artikel 1 Wok niet: die verbiedt alleen het zonder vergunning gelegenheid geven om aan kansspelen deel te nemen. De kansspelovereenkomst zelf is niet in strijd met artikel 1 Wok en dus is de kansspelovereenkomst niet nietig, aldus TSG.

5.13. Dit verweer slaagt niet. Vaststaat dat TSG online kansspelen heeft aangeboden (gelegenheid heeft gegeven tot het spelen van online kansspelen) terwijl zij daar geen vergunning voor had. Vast staat ook dat [eisende partij] de voorwaarden van TSG heeft moeten aanvaarden bij het openen van zijn account waarmee een overeenkomst tot stand kwam die datgene mogelijk maakt wat artikel 1 Wok nu juist verbiedt: het meedingen naar prijzen of premies waarbij de aanwijzing der winnaars geschiedt door enige kansbepaling, tenzij de aanbieder een vergunning heeft. Het sluiten van een kansspelovereenkomst op basis van een verboden aanbod is dus ook verboden. Het sluiten van een kansspelovereenkomst valt daarom ook onder het verbod van artikel 1 Wok.

strekking en strekkingsverlies: voornemen om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen

5.14. Het volgende verweer ziet op artikel 3:40 lid 3 BW: strijd met een dwingende wetsbepaling leidt niet tot nietigheid als de betreffende wetsbepaling niet de strekking heeft de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Toegepast op de voorliggende casus luidt de te beantwoorden vraag: heeft de Wok de strekking het zonder vergunning aanbieden van online kansspelen aan te tasten.

5.15. Deze vraag valt in twee delen uiteen. Vraag 1: was deze strekking aanwezig bij het invoeren van de regeling? Vraag 2: is deze strekking door verloop van tijd verloren gegaan? Deze laatst vraag is alleen relevant als de eerste met "ja" wordt beantwoord.

5.16. De rechtbank zal op dit punt ambtshalve rechtsvragen aan de Hoge Raad stellen bij wijze van prejudiciële beslissing. Volgens artikel 392 lid 1 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv) kunnen die vragen gesteld worden als dat nodig is om op de vordering te beslissen en het antwoord rechtstreeks van belang is:

"a. voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of

b. voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet."

Geval b. doet zich hier voor. Het is de rechtbank ambtshalve bekend en ook met partijen besproken dat er tot op heden ongeveer vijftig zaken bij de verschillende rechtbanken zijn aangebracht op basis van dagvaardingen die grotendeels overeenstemmen met de dagvaarding in de onderhavige zaak. Tot op heden hebben drie rechtbanken in vier verschillende zaken uitspraak gedaan in zogenoemde kansspelzaken. De rechtbanken Overijssel en Noord-Nederland hebben geoordeeld dat het aanbieden van kansspelen in Nederland zonder vergunning nietigheid van de kansspelovereenkomst met zich brengt.5 In deze zaken zijn de vorderingen van de speler daarom toegewezen en is de aanbieder van online kansspelen veroordeeld tot (terug)betaling van de verloren gelden. De rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft anders geoordeeld. In die procedure zijn de vorderingen van de speler afgewezen omdat in lijn met het Unibet-arrest van het hof Amsterdam van 25 oktober 2016 (zie hierna in overweging 5.28) geoordeeld is dat het verbod uit de Wok om zonder vergunning kansspelen aan te bieden haar strekking heeft verloren.6 Daarnaast zijn er volgens die rechtbank voldoende maatregelen getroffen om verslaving aan de betreffende kansspelen zoveel mogelijk te voorkomen en is er gewaakt tegen onmatige deelname aan die spelen, waarbij meespeelt dat de speler als deelnemer een eigen verantwoordelijkheid heeft.

5.17. TSG heeft een onderzoek naar de marktomvang van online gokken in het geding gebracht, waaruit blijkt dat in 2018 naar schatting ruim 1,8 miljoen personen deelnamen aan betaalde online kansspelen en dat hun uitgaven werden begroot op 591,7 miljoen. Afhankelijk van de verdere ontwikkeling van het recht op dit punt bestaat de kans dat een min of meer substantieel deel van die personen (al dan niet in een collectieve actie) in de toekomst een soortgelijke vordering aanhangig zou willen maken.

5.18. Uit het voorgaande blijkt dat de rechtspraak over deze kwestie uiteenlopend heeft geoordeeld en dat nog vele uitspraken zullen volgen. Het zou buitengewoon inefficiënt zijn en voor partijen lang duren en kostbaar zijn als de vragen die in al deze zaken beslissend zijn pas door de Hoge Raad zouden kunnen worden beantwoord na hoger beroep en cassatie. Dit is de reden dat deze rechtbank de rechtsvragen die in deze zaken steeds beslissend zijn nu aan de Hoge Raad wil voorleggen.

5.19. De rechtbank is voornemens de volgende vragen te stellen:

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

2. Zo ja, is die strekking na aanvankelijk aanwezig geweest te zijn verloren gegaan onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen en/of gelet op het handhavingsbeleid van de Kansspelautoriteit?
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 (of een daaraan gelieerde entiteit) voldeed aan de prioriteringscriteria van de Kansspelautoriteit?
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?

5.20. Partijen zullen in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over het voornemen om deze vragen te stellen en over de inhoud van de te stellen vragen.

5.21. Hierna zal de rechtbank toelichten wat volgens haar het antwoord op deze vragen is. Dat doet zij omdat bij het behandelen van prejudiciële vragen door de Hoge Raad het dienstig kan zijn te vernemen wat de verwijzende rechter vindt. Vanzelfsprekend is dit slechts een voorlopig oordeel. Een definitieve beslissing volgt pas nadat de Hoge Raad heeft beslist.

Vraag 1: Had de Wok aanvankelijk de strekking de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten?

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.7 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.
Zo doende 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 worden beschermd tegen het risico van gokverslaving.8 Fundamentele maatschappelijke belangen 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"*.9

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 dat10:

"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." 11

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 [naam 2] 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). 12

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 er hierna op 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." 13

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)." 14

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 deze rechtbank van 14 april 2023.15 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 sommigen 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).16 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 28 april 2015 door de Hoge Raad in zijn arrest van 2 december 201617. 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 aan te tasten van met die wet strijdige rechtshandelingen.

<u>Vraag 2: Is de strekking na aanvankelijk aanwezig geweest te zijn verloren gegaan, onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen en/of gelet op het handhavingsbeleid van de Kansspelautoriteit?</u>

5.38. In het [naam 6] -arrest18 van 2 februari 1990 heeft het hof geoordeeld dat een verkoop van goodwill en inventaris van een sexclub nietig was wegens strijd met het toenmalige bordeelverbod van artikel 250bis van het Wetboek van Strafrecht. Dat oordeel werd door de Hoge Raad vernietigd, met de volgende motivering:

"s Hofs arrest berust kennelijk op de gedachte dat art. 250bis ook in zoverre tot handhaving van het daarin vervatte verbod noopt, dat een overeenkomst als de onderhavige nietig is wegens strijd met de goede zeden. Niet kan evenwel worden gezegd dat art. 250bis thans nog tot een dergelijke handhaving van het verbod noopt. In dit verband is het volgende van belang.

De minister van Justitie heeft bij MvA aan de Tweede Kamer der St.-Gen. op wetsontwerp 18 202, 19851986, nr. 5 (bij de Tweede Kamer ontvangen op 24 sept. 1985) medegedeeld dat art. 250bis nauwelijks wordt toegepast. Teneinde de gemeenten in staat te stellen een prostitutiebeleid te voeren dat past in de lokale sfeer en een betere bescherming van de prostituee mogelijk te maken, werd bij op diezelfde dag ontvangen Nota van Wijzigingen voorgesteld om het huidige art. 250bis te schrappen. Het wetsontwerp is door de Tweede Kamer aangenomen en het is thans bij de Eerste Kamer aanhangig, alwaar tot op heden niet van belangrijke tegenstand tegen het voorstel is gebleken. De behandeling aldaar is nog niet voltooid omdat de minister van Justitie heeft medegedeeld het op prijs te stellen dat de openbare behandeling in de Eerste Kamer wordt gecombineerd met die betreffende een wetsvoorstel strekkende tot wijziging van de strafbepaling inzake vrouwenhandel (Nadere MvA aan de Eerste Kamer nr. 18 202, 19881989, nr. 39a). Bij die Nadere MvA heeft de minister van Justitie tevens als zijn opvatting te kennen gegeven het rechtens niet geldig zijn van overeenkomsten op het terrein van exploitatie van prostitutie als een nadeel te beschouwen.

Een en ander leidt tot de gevolgtrekking dat in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen niet kan worden gezegd dat art. 250bis ook thans tot nietigheid van overeenkomsten als de onderhavige leidt."

5.39. In het Catoochi-arrest19 van 7 september 1990 heeft het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba over een verboden loterij op Aruba geoordeeld dat in het licht van de door het hof geconstateerde maatschappelijke ontwikkelingen op Aruba die ertoe hebben geleid dat het (bedrijfsmatig) aanleggen van een loterij als de onderhavige in brede lagen van de Arubaanse samenleving niet meer als maatschappelijk onwenselijk, illegaal of strafwaardig wordt ervaren en dan ook door de overheid wordt gedoogd niet kan worden gezegd dat het enkele feit dat deze loterij en het verkopen van nummers daarin bij de wet is verboden, ook thans leidt tot nietigheid van de overeenkomst tot verkoop van nummers in zulk een loterij. Volgens de Hoge Raad gaf dat oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

5.40. In het Unibet-arrest20 van het hof Amsterdam van 25 oktober 2016 heeft het hof aangenomen dat artikel 1 Wok zijn strekking heeft verloren. Het hof heeft in dat verband het volgende overwogen:

() 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 [de speler] is daarvan sprake.

Het hof overweegt daarbij, samengevat, dat (1) er veelvuldig gelegenheid wordt gegeven tot deelname aan online kansspelen terwijl geen vergunning mogelijk is, (2) van overheidswege niet bestendig en eenduidig is gehandhaafd, (3) geen voornemen bestaat tot optreden tegen aanbieders van online kansspelen die zich aan bepaalde gedragsrichtlijnen houden, en (4) aanvaarding van het wetsvoorstel kansspelen op afstand de bestaande praktijk laat voortbestaan.

5.41. De feitelijke ontwikkelingen met betrekking tot de handhaving van artikel 1 Wok waren sinds 2011 als volgt.

5.42. Bij brief van 30 september 2011 heeft het ministerie van Veiligheid en Justitie diverse aanbieders van online kansspelen geïnformeerd dat het aanbieden van online kansspelen in Nederland en/of op websites gericht op Nederland verboden is en dat het onrechtmatig aanbieden van kansspelen een overtreding is van artikel 1 aanhef onder a van de Wok, hetgeen een economisch delict betreft in de zin van de Wet op de Economische delicten.

5.43. Op 20 maart 2012 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen een groot aantal online aanbieders, waaronder TSG (Pokerstars) en vertegenwoordigers van de Staatssecretaris en de Ksa in oprichting. In het gesprek zijn onder meer aan de orde gekomen de voorwaarden waaronder (althans de wijze waarop) het bieden van gelegenheid om deel te nemen aan online kansspelen in Nederland kon worden gecontinueerd totdat online kansspelen bij wet zouden zijn gereguleerd en verkrijging van een vergunning in Nederland niet langer onmogelijk was. Bij die gelegenheid heeft TSG duidelijk gemaakt groot voorstander te zijn van regulering en zich te willen conformeren aan gedragsrichtlijnen op grond waarvan het bieden van gelegenheid om deel te nemen aan online kansspelen in Nederland in de transitiefase kon worden gecontinueerd.

5.44. Op 1 april 2012 is, mede vanwege het ontbreken van een effectief sanctie-instrument in de toentertijd geldende Wok, de Ksa opgericht als toezichthouder op de kansspelsector. Het optreden tegen kansspelen via internet behoorde van aanvang af tot de hoogste prioriteiten van de Ksa.21

5.45. TSG heeft vrijwillig voldaan aan twee gedragsrichtlijnen die haar waren medegedeeld bij de bespreking op 20 maart 2012, te weten dat de website niet raadpleegbaar mocht zijn in de Nederlandse taal en dat er geen reclame via radio, televisie of in geprinte media gericht mocht zijn op de Nederlandse markt. Ook heeft zij voldaan aan de later haar medegedeelde voorwaarde dat de website niet mocht eindigen met een .nl-extensie. Deze voorwaarden worden hierna ook wel aangeduid als prioriteringscriteria.

5.46. Bij brief van 31 juli 2012 heeft de Ksa op basis van eigen onderzoek aan TSG bevestigd dat de juiste stappen zijn gezet om zeker te stellen dat haar website niet aan de prioriteringscriteria voldoet en dat de Ksa haar aandacht daarom op dat moment niet op TSG concentreert. In het slot van de brief vermeldt de Ksa dat TSG een van de partijen is die haar sociale verantwoordelijkheid neemt en dat de Ksa een constructieve relatie met TSG nastreeft.

5.47. Op 28 januari 2013 heeft een meet and greet plaatsgevonden tussen Ksa en aanbieders van online kansspelen die de prioriteringscriteria in acht namen, waaronder TSG (Pokerstars).

5.48. In een interne memo van 23 april 2013 van de Ksa over de aanpak van een tweede lichting illegale kansspelaanbieders via internet staat, voor zover van belang:

<u>Ad 1: Stand van zaken meldingen</u>

In 2012 zijn 34 kansspelaanbieders via internet aangeschreven waarvan er 24 op dit moment niet meer voldoen aan de prioriteringscriteria (Dat wil zeggen dat ze niet voor handhaving in aanmerking komen). Zeven van de aangeschreven aanbieders gaan nu een traject van bestuurlijke handhaving in. Tegen hun zal een bestuurlijk rapport worden opgemaakt. De overige aanbieders dienen opnieuw aangeschreven te worden ().

<u>Ad 2: Prioritering ontvangen meldingen</u>

Ook indien een algemene aanschrijving juridisch mogelijk blijkt te zijn, ligt het in de lijn der verwachtingen dat vele niet zullen reageren en we om capaciteitsredenen nog steeds prioriteiten moeten stellen voor wat betreft de bestuurlijke aanpak van illegale sites. ()

<u>Ad 3: Wijze aanpak tweede lichting</u>

()

Daarnaast gaat het individueel benaderen van aanbieders de capaciteit ruimschoots te boven. ()

Om die reden is voorgesteld door middel van een publicatie alle aanbieders in één keer te informeren en hen de gelegenheid te bieden zich te melden en te conformeren aan de voorwaarden. Degene die zich niet melden kunnen dan en direct worden aangepakt en komen niet in aanmerking voor een vergunning.()

5.49. TSG (Pokerstars) was aanwezig op een door de Ksa georganiseerde Workshop on best practices on responsible online gambling op 27 februari 2013. De heer [naam 3] was namens Pokerstars een van

de sprekers.

5.50. Op 2 juni 2014 heeft de Ksa een waarschuwingsbrief gestuurd aan de aanbieders van online kansspelen, die vanuit Nederland bereikbaar waren en onder de prioriteringscriteria vielen. Hierin staat, voor zover van belang:

Het is in Nederland verboden gelegenheid te geven tot deelname aan kansspelen, tenzij daarvoor ingevolge de Wet op de kansspelen vergunning is verleend (). De Wet op de kansspelen voorziet nog niet in de mogelijkheid vergunningen te verlenen voor kansspelen die via internet worden aangeboden ()

De kansspelautoriteit treedt op tegen het zonder vergunning aanbieden van kansspelen. Zo ook tegen het aanbieden van kansspelen via internet. De kansspelautoriteit heeft prioriteiten gesteld voor de aanpak en bestrijding. De aanpak is in eerste instantie vooral gericht op aanbieders:

die kansspelen aanbieden via een website met een.nl-extensie;

die kansspelen aanbieden via een website die (mede) in de Nederlandse taal te raadplegen is, of;

die reclame maakt via radio, televisie of in geprinte media gericht op de Nederlandse markt.

De kansspelautoriteit zal met voorrang handhavend optreden tegen een aanbieder die aan één van deze prioriteringscapaciteit voldoet. Overtredingen van de Wet op de kansspelen zullen in eerste instantie bestuurlijk worden gehandhaafd. Een strafrechtelijke aanpak valt echter niet uit te sluiten.

Daarbij werden de desbetreffende aanbieders gesommeerd de overtreding binnen zes weken te beëindigen dan wel het beleid of de websites zodanig aan te passen dat zij niet meer voldeden aan de prioriteringscriteria.

5.51. Omdat de Wok sterk verouderd was, achtte de wetgever modernisering van de Wok en regulering noodzakelijk. Dit heeft in juli 2014 geleid tot het wetsvoorstel van de Wet Koa, waarmee de Wok werd gewijzigd. Dit wetsvoorstel voorzag in de mogelijkheid om een vergunning te verlenen om in Nederland gelegenheid tot deelname aan online kansspelen te geven.

5.52. In de periode van 14 oktober 2010 tot 9 maart 2015 was de heer [naam 4] [functie] en hield hij zich onder meer bezig met de regulering van de online kansspelmarkt.

Op 27 januari 2022 heeft de heer [naam 4] als getuige in een strafzaak onder meer het volgende verklaard:

Vanaf begin af aan heb ik mij hard gemaakt voor verandering van de oude Wet op de kansspelen uit 1964. Het stond namelijk vast dat die wet niet meer geschikt was om de doelstellingen van het kansspelbeleid te behalen. De oude Wok kon niet langer worden gehandhaafd, die was hopeloos verouderd, was strijdig met EU-recht en stemde niet overeen met de praktijk. () Het was onduidelijk wanneer een aanbieder op Nederland gericht was, bijvoorbeeld als de server in een ander land dan Nederland stond. Ook speelde de vraag wat het betekende als een aanbieder van online kansspelen elders in de EU wel een vergunning bezat. De Eurocommissaris zei mij jij moet de wet aanpassen in Nederland, want anders gaan wij wat doen. () Het idee achter het vergunningstelsel was dat kanalisatie plaatsvond: spelers zouden deelnemen aan kansspelen via een systeem waarbij belasting werd betaald, de mogelijkheid bestond om aan verslavingspreventie te doen (daarin begrepen de bescherming van de consument) en criminaliteit kon worden tegengegaan. Dat zijn de drie pijlers van kanalisatie. Dat moest meer zichtbaar worden onder de nieuwe wet. Het was daarbij zeker niet zo dat partijen die eerder - onder de oude Wok zonder vergunningstelstel - op de markt hadden geopereerd allemaal van de markt verjaagd moesten worden door handhavend op te treden. Integendeel, voor die lijn is bewust niet gekozen. Die partijen hadden we juist nodig om de kanalisatiedoelstelling te behalen en de nieuwe wet een succes en weer geschikt te laten zijn.

() De partijen die eerder zonder vergunning hadden geopereerd waren dus essentieel om de regulering van de markt te laten slagen. Mede om die reden zijn wij samen met de Kansspelautoriteit (ksa) in oprichting met online aanbieders in gesprek gegaan om zo tot een beleidslijn te komen die de situatie houdbaar moest houden tot de inwerkingtreding van de nieuwe Wet op de kansspelen. Met de nieuwe wet zou het mogelijk worden om een vergunning aan te vragen voor het aanbieden van online kansspelen. Tot die tijd - in ieder geval vanaf de beleidsvisie van maart 2011, maar eigenlijk al vanaf mijn aantreden - gold een transitiefase naar de nieuwe wet. Voor die fase moest wat geregeld worden. Er was een nieuwe visie gepresenteerd waarin wijzigingen werden aangekondigd, maar de nieuwe wet was er nog niet. Voor die transitiefase moesten dus afspraken worden gemaakt, omdat er een nieuwe weg was ingeslagen en we ervoor moesten zorgen dat iedereen zich - tot de komst van de nieuw wet - ook aan het nieuwe beleid zou conformeren. Daarmee bedoel ik zowel de marktpartijen als de betrokken actoren, zoals handhavingsinstanties.

() Bonafide online aanbieders hebben meegedacht over het beheersbaar maken en reguleren van de online kansspelmarkt. Die online aanbieders hebben daaraan actief een bijdrage geleverd. Zij dachten bijvoorbeeld mee in hoeverre prioriteitscriteria eraan zouden bijdragen dat de doelen van het kansspelbeleid zouden worden behaald.

De prioriteringscriteria zijn het gevolg geweest van het overleg tussen het ministerie, de Kansspelautoriteit in oprichting en de online aanbieders. De prioriteringscriteria waren onderdeel van de afspraken die gemaakt zijn over de handhaving. Met de prioriteringscriteria werd er - vooruitlopend op de nieuwe wet - toch nog invulling gegeven aan de kanalisatiegedachte. De prioriteringscriteria golden als nieuwe maatstaven tijdens de transitiefase, welke fase uiteindelijk veel langer heeft geduurd dan beoogd was. In dat kader zijn ook brieven gestuurd aan aanbieders van online kansspelen, waarin de prioriteringscriteria als onderdeel van de afspraken werden bevestigd. De afspraken die met de partijen zijn gemaakt kwamen neer op de toezegging van de zijde van de overheid dat partijen die zich conformeerden aan het uitgezette beleid met prioriteringscriteria, daaraan het gerechtvaardigd vertrouwen mochten ontlenen dat bestuursrechtelijke handhaving en strafrechtelijke vervolging uit zou blijven. De algemene lijn was dat alleen zou worden gehandhaafd tegen de niet tot aanpassing aan het beleid bereid zijnde partijen, oftewel de partijen die op basis van de prioriteringscriteria voor handhaving in aanmerking zouden komen. Stringente handhaving tijdens de transitiefase tegen alle aanbieders die kansspelen hebben aangeboden, zou de realisatie van een optimale kanalisatie hebben belemmerd. Sterker nog, dat zou de doelstellingen van het uitgezette beleid hebben doorkruist. De prioriteringscriteria moesten eraan bijdragen dat de situatie houdbaar en werkbaar bleef. Daarmee bedoel ik dat het onderscheid dat er tussen online aanbieders was, nader werd vormgegeven: partijen die niet en partijen die wel werden geprioriteerd voor handhaving. Daarmee sorteerden we voor op partijen die wel en niet voor een vergunning in aanmerking zouden komen. Het was niet passend en niet de bedoeling dat tegen de partijen die voor een vergunning in aanmerking zouden komen, handhavend zou worden opgetreden. ()

Partijen die zich aan het uitgezette beleid met de prioriteringscriteria conformeerden, waren bonafide partijen die we op het oog hadden om onder de gewijzigde wet een vergunning toe te kennen. Het was daarbij niet verstandig en niet wenselijk om handhavend op te treden tegen die partijen.()

5.53. Op 27 mei 2017 maakte de Ksa bekend dat het prioriteringsbeleid per 1 juni 2017 werd aangescherpt. In het betreffende nieuwsbericht wordt de aanscherping als volgt toegelicht:

Niettemin is er online nog steeds kansspelaanbod dat zich nog specifiek en onmiskenbaar richt op de Nederlandse markt, ook al valt dit aanbod niet (meer) binnen de termen van de prioriteringscriteria. De Kansspelautoriteit zal ook tegen dit kansspelaanbod optreden, omdat dit eveneens indruist tegen de publieke doelen die de Kansspelautoriteit nastreeft. ()

Daarom breidt de Kansspelautoriteit haar aanpak vanaf 1 juni dit jaar uit. Ze gaat haar aanpak verder concentreren op kansspelaanbieders die zich (nog) specifiek en onmiskenbaar richten op Nederlandse spelers.

Gerichtheid op de Nederlandse markt kan voor de Kansspelautoriteit op meerdere manieren blijken zoals uit:
- kansspelaanbod via een website met een .nl-extensie (van aanbod via een .nl website

kan ook sprake zijn bij (in)directe doorgeleiding vanaf websites met een .nl extensie);

- kansspelaanbod via een website die, al dan niet na inloggen, (mede) in de Nederlandse taal te raadplegen is;

- illegaal online kansspelaanbod waarvoor reclame wordt gemaakt via radio, televisie of in geprinte media gericht op de Nederlandse markt;

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

- overige kenmerken waaruit gerichtheid op Nederland is af te leiden (plaatjes op de website van typisch Nederlandse elementen als klompen of molens, bonussen die aan te merken zijn als typisch Nederlands zoals stroopwafels).

- het gebruik van betaalmiddelen die uitsluitend of grotendeels door Nederlanders worden gebruikt;

- het ontbreken van (verschillende variaties) van geoblocking.

Deze lijst met kenmerken is niet limitatief (uitputtend). Ook uit andere kenmerken kan de gerichtheid op de Nederlandse markt blijken.

5.54. Tussen partijen is in geschil of de prioriteringsrichtlijnen als gedogen kunnen worden gezien. TSG leidt dat onder meer af uit de gang van zaken zoals geschetst door [naam 4] (zie hiervoor onder 5.52) en uit de aard van de contacten met de Ksa. [eisende partij] stelt dat van gedogen geen sprake was en wijst op Rb Den Haag 1 juli 202222. Rechtsoverweging 8.5 van deze uitspraak luidt als volgt:

"De rechtbank is verder van oordeel dat verweerder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de omstandigheid dat hij tussen 2012 en 2018 niet jegens eiseres handhavend heeft opgetreden, niet het gevolg is van het voeren van een gedoogbeleid, maar van het stellen van prioriteiten in de handhaving. Verweerder heeft in 2012 een prioriteringsbeleid vastgesteld vanwege het grote aanbod van online kansspelen en zijn beperkte middelen en capaciteit voor handhaving. Het stellen van prioriteiten in de handhaving is ingevolge vaste rechtspraak toegestaan. Verweerder heeft in de loop van de jaren steeds in algemene openbare berichten regelmatig te kennen gegeven dat aanbieders van online kansspelen nog steeds in overtreding zijn. Ook verwijst de rechtbank naar de in het primaire besluit onder randnummer 55 tot en met 60 genoemde brieven aan eiseres waaruit blijkt dat van gedogen geen sprake is geweest." 23

5.55. Tot oktober 2021 was het in Nederland niet mogelijk om een vergunning voor online aanbod van kansspelen te krijgen. Op 1 april 2021 is de Wet Koa in werking getreden, die daarin voorziet. In de daarop gebaseerde lagere regelgeving worden regels gesteld die tot doel hebben het aanbod zodanig te reguleren dat uitwassen, waaronder met name gokverslaving, worden tegengegaan.

5.56. De strekking van de Wet Koa wordt in de Memorie van Toelichting uiteengezet (cursivering rechtbank):

p. 2

Kansspelen op afstand zijn kansspelen waaraan de speler met elektronische communicatiemiddelen en zonder fysiek contact met (het personeel van) de organisator van de kansspelen, of een derde die ten behoeve van de deelname aan de kansspelen een ruimte en middelen ter beschikking stelt, deelneemt. *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 meebrengen dan de traditionele fysieke, landgebonden kansspelen. Tegelijkertijd biedt de technologie die nodig is voor het organiseren van kansspelen op afstand andere en juist betere mogelijkheden om die risicos te beteugelen.*

()

Doel van het wetsvoorstel is de daadwerkelijke vraag naar kansspelen op afstand die nu bestaat of in de toekomst kan ontstaan, te kanaliseren. De regulering is niet bedoeld om aanvullende vraag naar kansspelen op afstand te doen ontstaan.

p. 3

Goede en strikte regulering van kansspelen op afstand brengt onder meer met zich mee dat aanvullende maatregelen ter voorkoming van kansspelverslaving worden gesteld, waaronder een centraal register voor de uitsluiting van kansspelen, evenals aanvullende toezicht- en handhavingsbevoegdheden voor de kansspelautoriteit en aanpassing van de kansspelbelastingwetgeving.

()

De technologische ontwikkelingen sinds de jaren negentig hebben ertoe geleid dat Nederland deel uit maakt van een mondiale communicatie-maatschappij, waarin consumenten de mogelijkheid hebben een groot aantal producten en diensten via het internet af te nemen. Het internetgebruik in Nederland is nagenoeg dekkend: in 2012 gebruikte 96% van alle 12 tot 75-jarigen een internetaansluiting. Ruim 60% van hen is ook mobiel online en de verwachting is dat de groei van mobiel internet doorzet.

p. 4

Door het grenzeloze karakter van internet, de aanhoudende behoefte van de Nederlandse consument aan kansspelen op afstand, de snelle technologische ontwikkelingen en het brede, op Nederland gerichte aanbod via honderden websites, is sluitende handhaving van het verbod op illegaal aanbod niet mogelijk zonder een verantwoord, betrouwbaar en controleerbaar alternatief. Omdat de Wok niet voorziet in de mogelijkheid om een vergunning voor het aanbieden van kansspelen op afstand te verkrijgen, zijn Nederlandse spelers afhankelijk van de wijze waarop illegale aanbieders zelf invulling geven aan de beteugeling van de risicos van kansspelen en worden zij niet beschermd door overheidsregulering en toezicht.

p. 5

Uit het onderzoek naar kansspelverslaving «Gokken in Kaart» uit 2011 blijkt dat het aantal probleemspelers is gedaald ten opzichte van 2005, en *dat de groep risicospelers (hoewel niet statistisch significant) is toegenomen*. Juist in deze groep risicospelers vindt het spelen van kansspelen via internet significant vaker plaats dan in de groep van recreatieve spelers. *Om te voorkomen dat dergelijke risicospelers zich ontwikkelen tot probleemspelers is een vergunningstelsel nodig dat beschermt tegen verslavingsrisicos.*

()

Al eeuwen lang beleven mensen wereldwijd plezier en (ont)spanning aan de wetenschap dat een kleine inleg mogelijk tot een grote prijs leidt. Kansspelen zijn daarmee een belangrijke vorm van entertainment. Kansspelen brengen echter ook risicos met zich mee die moeten worden beheerst. De beleidsdoelstellingen van het kansspelbeleid het voorkomen van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit zijn daarbij het uitgangspunt.

p. 6

Nederlandse burgers die willen deelnemen aan kansspelen, moeten dat op een verantwoorde en betrouwbare manier kunnen doen. Het voorkomen van kansspelverslaving is hiervan een wezenlijk onderdeel. Kansspelverslaving brengt negatieve persoonlijke en sociaal- maatschappelijke gevolgen met zich mee. Als gevolg van kansspelverslaving kunnen zich ernstige psychische, sociale, lichamelijke en financiële problemen voor doen, zoals agressie, relatieproblemen en schulden waar de betrokkene niet meer uit komt zonder hulp. Veel probleem- en risicospelers blijken delicten als diefstal en fraude te plegen, en probleemspelers doen dit veelal in verband met hun kansspelverslaving. Deze risicos maken een actief preventiebeleid noodzakelijk.

p. 7

Verschillende factoren kunnen het risico op kansspelverslaving vergroten. Als eerste spelen persoonsgebonden kenmerken en de persoonlijke situatie een rol om te bepalen hoe bevattelijk een speler is voor kansspelverslaving. *Daarnaast kunnen ook het spelsoort en de kansspelomgeving bijdragen aan het risico op kansspelverslaving. Bijvoorbeeld, hoe korter het tijdsbestek tussen het plaatsvinden van het spel en de mogelijkheid om nog een gok te wagen, hoe groter het risico. Dit geldt ook voor de korte tijd tussen het inzetten van geld en het zien van het resultaat.*

Bij kansspelen op afstand zijn deze laatste factoren aanwezig. Zo betreft het veelal spelsoorten met een tamelijk tot zeer hoog speltempo. Er zit relatief weinig tijd tussen de inleg van het spel en de

uitslag, waardoor het adrenalinegehalte hoog blijft en de speler snel geneigd kan zijn nog een spel te spelen. Bij deze spelsoorten is het risico op kansspelverslaving het hoogst. Daarbij is de drempel om deel te nemen aan kansspelen op afstand laag. Spelers kunnen immers bijvoorbeeld vanuit de huiskamer met een aantal eenvoudige muisklikken deelnemen aan een spel. Hierbij ontbreekt fysiek contact tussen de aanbieder en de speler. De specifieke kenmerken van het aanbieden van kansspelen op afstand kunnen, zoals ook door het Hof van Justitie in de zaak [naam 5] Media Group24is erkend, ernstige risicos voor de bescherming van de consument meebrengen.

5.57. De Wet Koa beoogt de regulering van het online aanbod van kansspelen door de invoering van een vergunningstelsel. Aan de vergunning worden voorwaarden verbonden die onder meer tot doel hebben het spel eerlijk te laten verlopen en de speler tegen de risicos van gokverslaving te beschermen. Zo is de aanbieder verplicht de speler omtrent die risicos te informeren en deze een spelersprofiel te laten invullen. Verder moet het gedrag van de speler door de aanbieder worden geobserveerd en moet bij de constatering van risicovol speelgedrag interventie plaatsvinden. Dat kan inhouden dat de speler van verdere gokactiviteiten wordt uitgesloten. Ook reclameactiviteiten zijn gereguleerd. Een en ander is uitgewerkt in uitvoeringswetgeving en in beleidsregels, waaronder de beleidsregels onvrijwillige inschrijving register en verantwoord spelen.25

5.58. Uit de hiervoor gecursiveerd weergegeven passages uit de Memorie van Toelichting bij de Wet Koa kan worden afgeleid dat het met name de snelle opmars van het online gokken is geweest die voor de Regering de drijfveer heeft gevormd om met nieuwe wetgeving te komen. In de Toelichting wordt de nadruk gelegd op het gegeven dat, enerzijds, de ontwikkelingen op de gokmarkt, het om zich heen grijpen van online aanbod van risicovolle kansspelen, de handhaafbaarheid van een verbod zonder kanalisering van de vraag naar gereguleerd aanbod illusoir heeft gemaakt, terwijl deze ontwikkeling, anderzijds, de noodzaak van effectieve bescherming van de consument tegen de gevaren van gokverslaving, mede door de aard van dat aanbod, heeft doen toenemen.

5.59. Het beroep van TSG op strekkingsverlies miskent om te beginnen dat de Ksa in haar communicatie met de sector vanaf haar oprichting (in 2012) voortdurend en indringend kenbaar heeft gemaakt dat zij het online op de Nederlandse markt gelegenheid geven tot kansspelen illegaal achtte en daartegen zou optreden. Zij heeft daarbij aangegeven dat de prioriteit bij het bestrijden van illegaal aanbod niet lag bij aanbieders die de kansspelen niet in het Nederlands aanboden, die geen reclame maakten in Nederland en die geen .nl extensie gebruikten. Zij heeft steeds benadrukt dat dit prioriteringsbeleid niet als gedoogbeleid mocht worden beschouwd. [eisende partij] heeft in dit verband verwezen naar een boetebesluit inzake Bwin26. Daaraan ontleent de rechtbank het volgende.

In een vergadering (van de raad van bestuur van de Ksa) van 24 mei 2012 is aangegeven dat het niet handhaven van partijen die illegaal aanbieden, maar zich wel houden aan de prioriteringscriteria, geen politieke goedkeuring heeft. Verder is aangegeven dat aanbieders van kansspelen online over dit punt een brief zullen ontvangen. In de vergadering van 5 juni 2012 is daarmee ingestemd. Op 8 juni 2012 zijn brieven verstuurd waarin het (toenmalige) prioriteringsbeleid duidelijk is uitgelegd.27

- De Ksa heeft op 12 februari 2014 een nieuwsbericht op haar website geplaatst waarin onder andere te lezen stond: Dat betekent niet, dat websites die al deze criteria omzeilen, niet worden aangepakt. Zij zijn net zo goed strafbaar als ze hun kansspel op de Nederlandse markt richten. Zij komen alleen later aan de beurt in de handhaving.
- Ook de staatsecretaris van Veiligheid en Justitie heeft meermaals uitleg gegeven over het handhavingsbeleid van de Ksa. Zo antwoordde de staatssecretaris op Kamervragen: De Kansspelautoriteit is verantwoordelijk voor de handhaving van de Wet op de kansspelen. Gezien het grote aanbod van kansspelen op internet is de Kansspelautoriteit genoodzaakt prioriteiten te stellen bij haar handhavingsactiviteiten. Ze heeft daartoe prioriteringscriteria opgesteld waarbij het uitgangspunt is handhavende activiteiten in eerste instantie te richten op aanbieders die zich onmiskenbaar richten op de Nederlandse markt. () Het feit dat aanbieders niet aan de prioriteringscriteria voldoen, betekent echter niet dat deze aanbieders per definitie vrijgesteld zijn van handhavend optreden van de Kansspelautoriteit. Zo heeft de Kansspelautoriteit in samenwerking met de landelijke divisie recherche al opgetreden tegen een aanbieder die niet onder de prioriteringscriteria viel.28

Ook in een nieuwsbericht van 1 december 2016 heeft de Ksa opnieuw expliciet gezegd dat het aanbieden van (online) kansspelen zonder vergunning illegaal is en dat aanbieders die zich nog steeds (mede) op de Nederlandse markt richten, maar niet (meer) onder de prioriteringscriteria vallen, niet zijn gevrijwaard van handhavend optreden.

5.60. Opmerking verdient dat de zo-even genoemde prioriteringscriteria zijn ontleend aan het eerste Ladbroke-arrest van de Hoge Raad29, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld wanneer er sprake is van het hier te lande gelegenheid geven tot het deelnemen aan kansspelen in de zin van artikel 1 Wok. Deze criteria zijn aldus een reflectie van een door de Ksa gemaakte afweging die ertoe strekt de (schaarse) handhavingscapaciteit te richten op de gevallen waarin op goede gronden kan worden aangenomen dat het verbod wordt overtreden. Uit de omstandigheid dat er (enige tijd mogelijk) geen voornemen tot optreden is tegen aanbieders waarvan niet kan worden vastgesteld dat ze in Nederland aanbieden kan niet worden afgeleid dat het aanbieden zonder vergunning niet langer wordt afgekeurd.

5.61. Ook het betoog van TSG dat de Ksa niet eenduidig heeft gehandhaafd, komt de rechtbank voor als feitelijk onjuist. Het door de Ksa gevoerde prioriteringsbeleid is in 2017 aangescherpt. De Ksa is ook daadwerkelijk tegen een aantal aanbieders handhavend opgetreden. Haar beleid is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in een aantal uitspraken30 gedekt. De Afdeling oordeelde hierin dat de betrokken aanbieder aan de uitlatingen van de Ksa niet het vertrouwen heeft kunnen ontlenen dat de Ksa een gedoogbeleid hanteerde en dat het prioriteringsbeleid geen gedoogbeleid was.

5.62. De rechtbank is van oordeel dat TSG, gelet op het voorgaande, slechts tegen beter weten in kan volhouden dat uit de ontwikkelingen sedert het aantreden van Staatsecretaris [naam 4] overtuigende aanknopingspunten voor een gewijzigde maatschappelijke opvatting omtrent de strafwaardigheid van het onvergund aanbieden van kansspelen zijn te putten. De opstelling van de Kansspelautoriteit, vanaf 2012 de spreekbuis van de overheid op dit terrein, is op dit punt consistent en duidelijk. TSG beoogt de ontwikkeling van het denken over online gokken te beschrijven als een ontwikkeling richting *liberalisatie* en *legalisatie*. Als men de kanaliseringsdoelstelling in de Memorie van Toelichting echter plaatst in de context van de door TSG vermelde speel- en omzetvolumes doet men de reactie van de overheid meer recht door deze te typeren als een door feitelijke ontwikkelingen afgedwongen ontwikkeling richting *regulering*.

Dat van het illegale aanbod feitelijk door consumenten gebruik is gemaakt kan niet tot de conclusie leiden dat ongereguleerd online gokken met alle nadelen van dien maatschappelijk geaccepteerd is.

Daarmee wordt de *aard* van het aldus bewust georganiseerde illegale aanbod veel te rooskleuring voorgesteld en blijft buiten beeld dat de snelheid waarmee de markt daarmee is overspoeld en het ontbreken van adequate wetgeving heeft meegebracht dat de overheid niet goed in staat was om toereikend te reageren op dit moeilijk grijpbare aanbod.

Anders dan overwogen in het Unibet-arrest is de rechtbank daarom van oordeel dat de Wet Koa niet de bestaande praktijk in stand laat. De wet reguleert het aanbod. Alleen als aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan kan een vergunning worden verkregen, waarna de vergunninghouder gebonden is aan een reeks van vrij gedetailleerde voorschriften over de wijze waarop de kansspelen worden aangeboden. Dat is een duidelijke afwijking van de situatie van voor de inwerkingtreding van de wet.

5.63. Van strekkingsverlies is naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen sprake.

5.64. De rechtbank is van oordeel dat uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat voor de periode vanaf 2006, toen [eisende partij] begon te spelen bij Pokerstars, tot 2012, toen de Ksa werd opgericht en een handhavingsbeleid werd vorm gegeven, ook geldt dat artikel 1 Wok niet zijn strekking heeft verloren om de geldigheid van online kansspelovereenkomsten aan te tasten die in strijd met dat artikel zijn aangeboden zonder in het bezit te zijn van een vergunning.

5.65. TSG heeft in dit verband erop gewezen dat in de periode vóór 2012 in het geheel niet werd gehandhaafd op het overtreden van artikel 1 Wok. Zij verwijst naar de volgende overweging uit het

Unibet-arrest:

"*3.9 Het verbod van artikel 1, eerste lid onder a, Wok werd ook ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst tussen partijen* [de rechtbank: 2010] *en de deelname van* [de speler] *aan door Unibet aangeboden kasspelen* [] *niet bestendig van overheidswege gehandhaafd. De opvatting dat het verbod van artikel 1, eerste lid onder a, Wok voor zover het betreft het geven van gelegenheid tot deelname aan kansspelen door middel van internet, aanpassing behoeft en dat het geven van een zodanige gelegenheid rechtens mogelijk moet zijn, welke opvatting in het wetsvoorstel kansspelen op afstand tot uitdrukking is gebracht, werd ook toen al breed gevoeld. Ook gemeten naar de data van de totstandkoming van de overeenkomst tussen Unibet en* [de speler] *en de deelname van laatstgenoemde aan door Unibet aangeboden kansspelen leidt het verbod van artikel 1, eerste lid onder a, Wok daarom in het licht van de eerder beschreven maatschappelijke ontwikkelingen niet tot nietigheid van de gesloten overeenkomst."*

5.66. Anders dan het hof Amsterdam in voornoemd arrest heeft overwogen, is de rechtbank van oordeel dat uit de omstandigheden dat ook in de periode vóór 2012 reeds veelvuldig de gelegenheid werd geboden tot deelname aan online kansspelen, daarvan door spelers gebruik werd gemaakt en de overheid daartegen niet handhavend optrad, niet de conclusie kan worden getrokken dat het online aanbieden van kansspelen zonder in het bezit te zijn van een vergunning niet als maatschappelijk onwenselijk, illegaal of strafwaardig werd ervaren. De oprichting van de Ksa in 2012 duidt daar al op, die immers juist ten doel had om handhavend te gaan optreden tegen illegaal kansspelaanbod. En met het voorstel voor de Wet Koa werd beoogd om door middel van vergunningverlening het kansspelaanbod te reguleren en van overheidswege daarop toezicht te houden. Daarvoor zou geen aanleiding hebben bestaan als het aanbieden van online kansspelen zonder vergunning maatschappelijk zou zijn aanvaard. TSG heeft aangevoerd dat online gokken ook voor 2012 al maatschappelijk geaccepteerd was en op grote schaal plaatsvond. Of dat zo is kan in het midden blijven. Ook als kansspelen op zichzelf niet als afkeurenswaardig worden beschouwd, neemt dat niet weg dat de overheid ter bescherming van de burgers het gelegenheid bieden tot deelname aan kansspelen kan reguleren met behulp van een vergunningenstelsel. Sinds 1964 is dat in Nederland het geval, zie artikel 1 Wok. Het gevolg daarvan is dat het *zonder vergunning aanbieden* van kansspelen als niet maatschappelijk geaccepteerd kan worden gezien, ook al zou het *deelnemen* aan een kansspel niet als afkeurenswaardig worden beschouwd. Van een situatie dat het aanbieden van online kansspelen zonder vergunning maatschappelijk is aanvaard en daarom door de overheid werd gedoogd, is dus ook vóór 2012 geen sprake geweest.

5.67. Voor de periode dat de kansspelautoriteit nog niet bestond heeft TSG aangevoerd dat zij op grond van Europees recht mocht denken dat haar vergunning elders ook meebracht dat zij haar activiteiten op Nederland mocht richten. Zij stelt dat artikel 1 Wok in strijd was met Europese regelgeving omdat, kort gezegd, geen sprake was van een transparante en non-discriminatoire vergunningenprocedure. Het gesloten vergunningenstelsel werd bovendien niet consistent gehandhaafd. Nederland mocht dus op deze manier niet de fundamentele vrijheid van de interne markt van de Europese Unie beperken. Volgens TSG was zij op grond van artikel 56 Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie bevoegd om in Nederland kansspelen aan te bieden omdat zij in andere Europese landen daarvoor wel een vergunning had.

5.68. Dit verweer slaagt niet. Terecht stelt [eisende partij] dat uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat de lidstaten binnen zekere grenzen de bevoegdheid hebben om op het gebied van de kansspelen hun eigen beschermingsniveau te bepalen en een eigen beleid te voeren.31 Artikel 1 Wok geldt dus onverkort. Verder geldt dat een kansspelvergunning die door een andere lidstaat is verleend niet door Nederland erkend hoeft te worden. Dat TSG in andere lidstaten over een vergunning voor het aanbieden van online kansspelen beschikte, betekent dus niet dat zij ook gerechtigd was dit in Nederland aan te bieden.

Vraag 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?

5.69. De rechtbank is voorlopig van oordeel dat dit het geval is. Voor zover de maatstaven uit het arrest [naam 7] / [naam 8]32, 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) 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.

Vraag 4: Maakt het voor de beantwoording van vraag 3 nog uit of de kansspelaanbieder voldeed aan de prioriteringscriteria van de Kansspelautoriteit?

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.

Vraag 5: Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, welke rechtsgevolgen heeft dat dan? Is een vordering tot terugbetaling van het geleden verlies op grond van onverschuldigde betaling toewijsbaar?

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.

[eisende partij] 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 [eisende partij] 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 geeft de rechtbank geen voorlopig oordeel.

Hoe verder?

5.73. De zaak zal naar de rol worden verwezen teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over het voornemen prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad en over de voorgenomen vragen.

5.74. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

6 De beslissing

De rechtbank

6.1. verwijst de zaak naar de rol van 10 juli 2024 teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over het in rechtsoverweging 5.19 genoemde voornemen prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad en over de inhoud van de te stellen vragen;

6.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.H.C. Jongeneel, mr. J. van der Kluit en mr. M.L.S. Kalff, bijgestaan door mr. D.K.W. Collins, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 12 juni 2024.

---

1 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PB 2012, L 351, 20 december 2012, blz. 1, zoals laatstelijk gewijzigd op 26 november 2014, PB 2015, L 54, 25 februari 2015, blz. 1 (Brussel I-bis).

2 Artikel 18 lid 1 Brussel I-bis.

3 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I)

4 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

5 Rechtbank Overijssel 17 april 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:2078 en ECLI:NL:RBOVE:2024:2079 en Rechtbank Noord-Nederland 22 mei 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:1971.

6 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 29 mei 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:3524.

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

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

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

10 Hof 's-Hertogenbosch 14 september 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR4586, r.o. 4.9.2 4.9.4.

11 Zie Hof Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4212, r.o. 3.6

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

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

14 [naam 9] 7 Dl VIII 2023, 7.3, nr. 294, p. 358.

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

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

17 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2749.

18 HR 2 februari 1990, NJ 1991, 265.

19 HR 7 september 1990, NJ 1991, 266.

20 Hof Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4212.

21 Kamerstukken II 2009-2010, 32 264, nr. 6.

22 Rb Den Haag 1 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:6296.

23 Zie ook (nog uitgebreider) Rb Den Haag 10 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12961, r.o. 4.4.

24 HvJ EU 8 september 2010, zaak C-46/08, [naam 5] Media Group Land Schleswig Holstein, ECLI:EU:C:2010:505.

25 Kansspelautoriteit, *Regels & Leidraden*, kansspelautoriteit.nl.

26 https://kansspelautoriteit.nl/publish/pages/6502/13367_-_sanctiebesluit_bwin_openbare_versie.pdf

27 TSG (Pokerstars) stelt deze brief te hebben ontvangen op 14 juni 2012. Zie CvA 2.73.

28 Handelingen II 2013/14 (aanhangsel), nr. 1287, antwoord 4 en 5.

29 HR 18 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4841.

30 Zie onder meer RvSt 29 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1833.

31 HvJ EU 15 september 2011, ECLI:EU:C:2011:582, r.o. 47 e.v.

32 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609.