ECLI:NL:RVS:2022:690

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	09-03-2022
Datum publicatie	09-03-2022
Zaaknummer	202005769/1/A3
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 15 oktober 2019 heeft de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit aan EA een last onder dwangsom opgelegd, omdat zij volgens de KSA het in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet op de kansspelen opgenomen verbod heeft overtreden (hierna: het dwangsombesluit). EA is de uitgever van het computerspel FIFA. De meest recente editie, FIFA22, is op 1 oktober 2021 op de markt verschenen. Binnen FIFA bestaan verschillende manieren om het spel te spelen. De meest populaire speelmodus is de FIFA Ultimate Team (FUT) modus. Dit is een online modus, waarin FIFA-spelers hun eigen team van voetballers kunnen samenstellen en daarmee tegen zowel de computer als tegen andere FIFA-spelers virtuele voetbalwedstrijden kunnen spelen. Een speler begint met een starterspakket en hij kan zijn team vervolgens aanpassen en verbeteren. Dat kan door virtuele voetballers of in-game items op de virtuele transfermarkt voor FUT-munten te verhandelen of te ruilen met andere spelers.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Computerrecht 2022/94 met annotatie van P. Declerck IER 2022/30 met annotatie van B. Stalpers VSZ 2022/20

Uitspraak

202005769/1/A3.

Datum uitspraak: 9 maart 2022

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

Electronic Arts Incorporated, gevestigd te Redwood Shores Parkwood (Verenigde Staten) en Electronic Arts Swiss S.A.R.L., gevestigd te Genève (Zwitserland; hierna gezamenlijk en in enkelvoud: EA),

appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 15 oktober 2020 in zaak nr. 20/3038 en 20/3905 in het geding tussen:

EA

en

de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit (hierna: de KSA).

Procesverloop

Bij besluit van 15 oktober 2019 heeft de KSA aan EA een last onder dwangsom opgelegd, omdat zij volgens de KSA het in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet op de kansspelen (hierna: Wok) opgenomen verbod heeft overtreden (hierna: het dwangsombesluit). Bij afzonderlijk besluit van dezelfde datum heeft de KSA besloten tot openbaarmaking van het dwangsombesluit.

Bij besluit van 17 maart 2020 heeft de KSA de door EA tegen deze besluiten gemaakte bezwaren ongegrond verklaard. Bij afzonderlijk besluit van diezelfde datum heeft de KSA besloten tot

openbaarmaking van het besluit op bezwaar.

Bij uitspraak van 15 oktober 2020 heeft de rechtbank de door EA daartegen ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft EA hoger beroep ingesteld.

De KSA heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De KSA en EA hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 29 november 2021, waar EA, vertegenwoordigd door mr. T. Barkhuysen en mr. A.A. al Khatib, advocaten te Amsterdam, vergezeld door [gemachtigde A], [gemachtigde B] en [gemachtigde C], en de KSA, vertegenwoordigd door mr. T.F. Prins en mr. R.G.J. Wildemors, vergezeld door [gemachtigde D], zijn verschenen.

Overwegingen

Wettelijk kader

1. De relevante bepalingen zijn opgenomen in de bijlage. Deze bijlage maakt deel uit van de uitspraak.

Inleiding

2. EA is de uitgever van het computerspel FIFA. De meest recente editie, FIFA22, is op 1 oktober 2021 op de markt verschenen. Binnen FIFA bestaan verschillende manieren om het spel te spelen. De meest populaire speelmodus is de FIFA Ultimate Team (FUT) modus. Dit is een online modus, waarin FIFA-spelers hun eigen team van voetballers kunnen samenstellen en daarmee tegen zowel de computer als tegen andere FIFA-spelers virtuele voetbalwedstrijden kunnen spelen. Een speler begint met een starterspakket en hij kan zijn team vervolgens aanpassen en verbeteren. Dat kan door virtuele voetballers of in-game items op de virtuele transfermarkt voor FUT-munten te verhandelen of te ruilen met andere spelers. Daarnaast kan een speler een pack (een digitaal pakketje) verwerven, waarvan de precieze inhoud niet vooraf bekend is en dat virtuele voetballers of andere in-game items bevat. De inhoud van de packs kan worden verhandeld op de virtuele transfermarkt. Deze zaak gaat over deze packs (ook wel "loot boxes" genoemd) en de vraag of deze moeten worden aangemerkt als een kansspel in de zin van de Wok.

De besluitvorming

3. De KSA heeft zich op het standpunt gesteld dat loot boxes, waarbij toeval de inhoud bepaalt en de prijzen een economische waarde hebben, moeten worden aangemerkt als kansspel in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wok en dat daarvoor een verbod geldt. Dat geldt volgens de KSA ook voor de packs in FIFA, die een economische waarde hebben omdat de inhoud kan worden verhandeld op de virtuele transfermarkt. Omdat EA geen vergunning heeft om kansspelen aan te bieden, handelt zij in strijd met het in de Wok neergelegde verbod, aldus de KSA. Daarom heeft de KSA EA bij het dwangsombesluit gelast om binnen drie weken na dagtekening van dat besluit de overtreding van de Wok in FIFA19 en in latere versies van het spel te staken en gestaakt te houden. Indien zij niet binnen die termijn aan de last voldoet, verbeurt EA een dwangsom van 250.000,- per week of gedeelte van de week met een maximum van 5.000.000,-. De KSA heeft in het dwangsombesluit verder voorbeelden van maatregelen gegeven, waarmee EA aan de last kan voldoen, waaronder het verwijderen van de packs uit het spel. Daarnaast heeft de KSA bij afzonderlijk besluit van 15 oktober 2019 beslist tot openbaarmaking van het dwangsombesluit.

3.1. De KSA heeft de tegen deze besluiten gemaakte bezwaren ongegrond verklaard bij het besluit op bezwaar van 17 maart 2020. Daarnaast heeft de KSA bij besluit van 17 maart 2020 beslist tot openbaarmaking van het besluit op bezwaar van diezelfde datum.

Aangevallen uitspraak

4. De rechtbank heeft de beroepen van EA tegen de twee besluiten van 17 maart 2020 ongegrond verklaard. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat de KSA niet ten onrechte heeft geconcludeerd dat de packs, nu dit een opzichzelfstaand spel is dat los van FIFA te spelen is en de voorwerpen uit de packs losstaan van de wedstrijden, als een opzichzelfstaand spel moet worden beschouwd en als zodanig moet worden beoordeeld. Volgens de rechtbank is voldaan aan alle vereisten van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wok. EA biedt packs aan, spelers kunnen deelnemen door packs te (kopen en) openen, spelers kunnen uit packs voorwerpen winnen die een (mogelijk hoge) economische waarde

vertegenwoordigen, deelnemers kunnen bij het (kopen en) openen van de packs op geen enkele manier overwegende invloed uitoefenen op het winnen van een prijs en de voorwerpen uit de packs kunnen zowel op de interne transfermarkt, als op de zwarte markt, verhandeld worden. Daarmee is de kwalificatie van een pack als kansspel gegeven, aldus de rechtbank. Dit maakt dat de KSA in beginsel bevoegd is om tot handhaving over te gaan.

Verder is de rechtbank van oordeel dat het dwangsombesluit niet in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Volgens de rechtbank zijn het risico op kansspelverslaving en het zwaarwegende belang bij het voorkomen daarvan als zodanig verdisconteerd in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wok, zodat per kansspel dit risico en belang geen afzonderlijke wetenschappelijke bevestiging behoeven. Daargelaten dat wetenschappelijke bevestiging niet is vereist, is het volgens de rechtbank aannemelijk dat er een risico bestaat op gevoeligheid voor kansspelverslaving. Met name minderjarige deelnemers kunnen door de packs gevoeliger worden voor verslaving. Het ligt volgens de rechtbank op de weg van EA om aannemelijk te maken dat het door de KSA gesignaleerde risicopotentieel bij de packs niet bestaat. Daarin is EA niet geslaagd. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de KSA voldoende aannemelijk gemaakt dat de potentiële risicos op het terrein van illegaliteit en criminaliteit verbonden aan het aanbieden van de packs dusdanig zijn dat handhaving mede op grondslag hiervan in redelijkheid gerechtvaardigd is. Dat EA zelf maatregelen neemt ter beperking van toegang en gelduitgave door minderjarigen, doet hieraan niet af. Ten aanzien van het tijdsverloop van het handhavingstraject overweegt de rechtbank dat het gegeven dat EA gedurende langere tijd de Wok heeft overtreden, niet betekent dat niet meer tot handhaving kan worden overgegaan.

Ook overweegt de rechtbank dat de enkele omstandigheid dat EA nadeel en schade zal ondervinden als gevolg van het feit dat het spel moet worden aangepast - wat volgens EA afbreuk doet aan de spelbeleving - niet betekent dat het besluit daarom onevenredig is. De eventuele schade is niet geconcretiseerd. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de KSA zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de bedrijfseconomische en commerciële belangen van EA niet opwegen tegen de algemene belangen die zijn gediend met handhaving. EA heeft niet aannemelijk gemaakt dat als gevolg van de met de last gevraagde aanpassing van FIFA onevenredig nadeel zal ontstaan. De commerciële belangen wegen niet op tegen de in het geding zijnde publieke belangen.

Verder heeft EA naar het oordeel van de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat zij niet binnen de gestelde termijn van drie weken aan de last kan voldoen. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat EA meerdere mogelijkheden heeft om het spel aan te passen, zij reeds geruime tijd op de hoogte is van het standpunt van de KSA dat zij met het aanbieden van loot boxes in het spel FIFA de Wok overtreedt en dat andere aanbieders van vergelijkbare spellen hun aanbod ook binnen korte tijd hebben kunnen aanpassen. Niet betwist is dat bijvoorbeeld ook het afsluiten van Nederlandse accounts een mogelijkheid is om aan de last te voldoen. Ook heeft de rechtbank het standpunt van EA verworpen dat de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en het eigendomsrecht van het Eerste Protocol bij het EVRM zijn geschonden.

Tot slot heeft de rechtbank overwogen dat op de openbaarmaking van dwangsombesluiten de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob) van toepassing is en niet het bijzondere openbaarmakingsregime van de Wet financieel toezicht. Het past in het kader van de toezichthoudende taak van de KSA om sanctiebesluiten te publiceren zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van deze taak en de consument wordt gewaarschuwd. Met de KSA is de rechtbank van oordeel dat EA niet concreet heeft onderbouwd dat reputatieschade wordt geleden en daarvan (onevenredig) financieel nadeel wordt ondervonden. Van onevenredige schade als gevolg van openbaarmaking is dan ook niet gebleken. Voor geanonimiseerde of geparafraseerde openbaarmaking bestaat geen aanleiding, aldus de rechtbank.

Goede procesorde

5. De KSA heeft op 18 november 2021 een zeer omvangrijk nader stuk ingediend. Ter zitting bij de Afdeling heeft de voorzitter van de meervoudige kamer besloten dat dit stuk wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing moet worden gelaten.

5.1. Ook na afloop van de beroepstermijn dan wel de termijn als bedoeld in artikel 6:6 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), kunnen, gelet op artikel 8:58 van de Awb, nadere argumenten, nadere gegevens of nadere stukken worden ingediend, tenzij dat in strijd is met een goede procesorde.

Dat is het geval, indien de nadere argumenten, nadere gegevens of nadere stukken verwijtbaar zodanig laat worden ingediend, dat de andere partijen worden belemmerd om daarop adequaat te reageren of de goede voortgang van de procedure daardoor anderszins wordt belemmerd.

5.2. Gelet op de omvang van het nader stuk van de KSA en het tijdstip waarop dit is ingediend, heeft de EA daar niet adequaat op kunnen reageren. De KSA heeft geen feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan moet worden geoordeeld dat het redelijkerwijs niet mogelijk was het nadere stuk eerder over te leggen. De Afdeling wijst in dit verband op het stadium waarin de procedure ten tijde van de indiening van deze stukken verkeerde en het feit dat het stuk, zoals de KSA zelf schrijft in de inleiding daarvan, zo min mogelijk nieuwe passages bevat en waar mogelijk is volstaan met het citeren uit haar eerdere stukken aan de Afdeling. Hieruit volgt dat het omvangrijke stuk niet in een laat stadium had hoeven te worden ingediend. Het nader stuk van de KSA van 18 november 2021 wordt daarom in deze procedure wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing gelaten. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat voor zover het stuk geen herhaling bevat, de KSA haar standpunt in zoverre voldoende ter zitting heeft kunnen toelichten.

Beoordeling hoger beroep

6. EA bestrijdt de aangevallen uitspraak en stelt zich op het standpunt dat de packs en de FUT-modus geen kansspel zijn in de zin van de Wok. Volgens EA zijn de packs een onderdeel van een breder behendigheidsspel, de FIFA FUT-modus, en vormen deze packs geen apart spel. De packs voegen, als onderdeel van een breder spel, een kanselement toe, maar zijn geen apart spel. Verreweg de meeste packs kunnen alleen verworven worden door gameplay, oftewel door het spel te spelen. Een ander deel van de packs kan door geld te betalen geopend worden; alleen die packs kan een gamer in theorie los van de FIFA-wedstrijden openen. Voorts is de inhoud van de packs niet als prijs of premie te kwalificeren. De inhoud van de packs kan niet legaal in geld worden omgezet en is afgesloten van de economie.

Hierna zal de Afdeling de door EA naar voren gebrachte gronden bespreken.

Last onder dwangsom

7. EA betoogt dat de rechtbank de parlementaire geschiedenis onjuist heeft uitgelegd door te overwegen dat de wetgever heeft beoogd om met het begrip kansspel van de Wok een "zo ruim mogelijke betekenis" en een zo ruim mogelijk toepassingsgebied te geven. Daartoe betoogt EA dat die overweging geen grondslag vindt in de daarbij aangehaalde Kamerstukken II 1963/64, 7603, nr. 3, p. 6. Volgens EA volgt uit de betreffende passage alleen dat het kansspelbegrip techniek-neutraal is. De wetgever heeft het begrip kansspel juist willen afbakenen door de Wok op de Wet op de Kansspelbelasting af te stemmen. Ook heeft de rechtbank volgens EA een onjuiste toetsingsmaatstaf aangelegd door terughoudend te beoordelen of de KSA mocht oordelen dat voldaan is aan de bestanddelen kans en prijs of premie. Bovendien is de rechtbank niet ingegaan op haar betoog dat de KSA buiten haar wettelijke taak is getreden door op te treden tegen de packs van FIFA, terwijl geen sprake is van kansspelverslaving. Ook zijn haar betogen met betrekking tot de bestanddelen mededinging en gelegenheid geven tot onbesproken gebleven, aldus EA.

7.1. Artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wok luidt als volgt:

"Behoudens het in titel Va van deze wet bepaalde is het verboden 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".

7.2. Tussen partijen is niet in geschil dat de Wok techniek-neutraal is geformuleerd. De wetgever kon bij het opstellen van de Wok in 1964 geen rekening houden met factoren zoals internet, telecommunicatie, loot boxes, of de vermenging van videogames en kansspelen. Of voldaan is aan de bestanddelen om een spel als kansspel te kwalificeren moet dan ook worden beoordeeld in het licht van de huidige technieken, in die zin moet het begrip kansspel dan ook ruim worden uitgelegd. De rechtbank heeft daartoe terecht verwezen naar Kamerstukken II 1963/64, 7603, nr. 3, p. 6 en 7, waarin wordt gesproken over uiteenlopende vormen van wat men samenvattend kansspelen kan noemen

7.3. Het betoog in zoverre faalt.

7.4. Voordat wordt toegekomen aan de betogen van EA over het voldoen aan de bestanddelen van de Wok, dient eerst het volgende te worden beoordeeld.

Zijn de packs van FIFA te beschouwen als aparte spellen die los van de FUT-modus moeten worden beoordeeld?

8. EA betoogt dat de rechtbank ten onrechte ervan is uitgegaan dat loot boxes - en in het bijzonder de packs van FIFA - als aparte spellen moeten worden beschouwd die geïsoleerd van de FUT-modus beoordeeld moeten worden. Daartoe voert EA aan dat de rechtbank daarbij heeft verwezen naar uitlatingen van een bewindspersoon over een onderzoeksrapport van de KSA, die niet als uitlatingen van de wetgever kunnen worden beschouwd. EA verwijst naar de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf dat voor het bestanddeel kans relevant is hoe een spel in de praktijk door de meerderheid van de spelers wordt gespeeld. Daarnaast kan er nooit sprake kan zijn van een prijs als de inhoud van een loot box geen waarde vertegenwoordigt in het economische verkeer.

Verder komt de rechtbank ten onrechte tot de conclusie dat de packs een apart spel zijn, omdat de packs los van de FIFA-wedstrijden te openen zijn. Een groot deel van de packs kan echter alleen door gameplay geopend worden, bijvoorbeeld door het winnen van wedstrijden of competities of andere uitdagingen waarbij het vooral op de behendigheid van de speler aankomt. Die packs zijn niet te verwerven met FIFA-punten. Het spelen van het spel is daarom een voorwaarde om de packs te openen. Alleen de packs die met FIFA-punten verworven kunnen worden, kunnen in theorie los van het spel gespeeld worden. In de praktijk worden deze packs echter niet los van de FUT-modus geopend. De rechtbank had moeten kijken naar hoe de meerderheid van de spelers de FUT-modus en de FIFA-punten-packs in de praktijk speelt. De rechtbank heeft daarom ook ten onrechte overwogen dat de theoretische mogelijkheid dat de packs apart van het spel FIFA geopend kunnen worden, volstaat om de packs als aparte spellen te beoordelen. Daartoe verwijst EA naar artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wok waarin, als het gaat om het bestanddeel kans, wordt bepaald dat van een kansspel sprake is als de deelnemers in het algemeen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen.

Volgens EA is dan ook van belang of deelnemers mogelijkheden hebben om invloed te hebben op de uitkomst van het spel. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is dit bestanddeel nader genuanceerd door te overwegen dat het gaat om hoe de grote meerderheid van de spelers het spel feitelijk speelt. De FUT-modus is volgens EA een gemengd behendigheidsspel. De packs voegen een kanselement toe aan het spel. De praktijk is dat gamers de packs alleen openen om het spel te spelen. De packs en hun inhoud zijn namelijk geen doel op zich. Zij zijn een middel tot het doel, namelijk het spelen van virtuele voetbalwedstrijden. De KSA is er niet in geslaagd het tegendeel te bewijzen. Bovendien is behendigheid in overwegende mate bepalend voor het verkrijgen van die inhoud: een behendige speler kan door wedstrijden te winnen of oefenopdrachten te doen veel packs openen. Ook kan hij door slim te ruilen op de transfermarkt de inhoud krijgen die hij wil. EA verwijst daartoe naar een onderzoek van prof. dr. R.H. Koning.

8.1. Niet in geschil is dat het spel FIFA en specifiek de FUT-modus daarvan een behendigheidsspel is. De FUT-modus is een spel waarbij gamers virtuele voetbalwedstrijden spelen. Het spelen van deze wedstrijden is het doel van het spel en om dit zo goed mogelijk te doen, moeten gamers proberen een sterk team samen te stellen dat past bij hun speelstijl. Dit kunnen zij doen door packs te openen of door op de transfermarkt spelers te kopen met FUT-munten. Deze FUT-munten kunnen alleen worden verdiend door het spel te spelen. De packs zijn dus een onderdeel van de FUT-modus en voegen daaraan een kanselement toe. Zoals EA toelicht, vervullen de packs in de FUT-modus een meerledige functie. Ze stimuleren de onzekerheid die ook in de echte voetbalwereld voorkomt bij het samenstellen van een team. Ze zorgen ervoor dat er niet een oneindige of onrealistische hoeveelheid topspelers in het ecosysteem van de game zitten en ze maken het spel duurzamer doordat een FIFA-speler nooit hetzelfde spel speelt omdat hij constant te maken heeft met een andere instroom van virtuele spelers.

De packs kunnen op vier manieren worden verkregen. Het grootste percentage wordt verkregen door betrokkenheid in het spel. Een kleiner deel van de packs kopen de FIFA-spelers met de FUT-munten. Slechts een klein deel van de packs wordt verkregen met FIFA-punten. Deze punten vormen een virtuele valuta die FIFA-spelers kunnen verkrijgen door aankoop met echt geld, of door schenkingen van EA of andere game-platforms. De packs en de transfermarkt zijn een integraal onderdeel en geïntegreerd onderdeel van de FUT-modus. Voor het spelen van de voetbalwedstrijden is verder van belang dat de FIFA-speler verschillende vaardigheden inzet, zoals het in algemene zin behendig spelen van computerspellen, begrip van (virtueel) voetbal op een tactisch niveau en het managen van een voetbalteam, speelformaties

en voetballers. Het managen van het team moet er bovendien op gericht zijn een bepaalde synergie tussen de virtuele voetballers te bewerkstelligen. Dit alles vergt inzicht, kennis, ervaring en behendigheid bij het spelen van de wedstrijden, aldus EA. Behendigheid is een doorslaggevend onderdeel van het spel. Degene die de beste virtuele voetballers in zijn team heeft, maar in algemene zin niet behendig is in het spelen of geen begrip heeft van (virtueel) voetbal, zal het spel nooit winnen van een speler die wel behendig is.

8.2. De KSA heeft de packs van FIFA aangemerkt als een opzichzelfstaand kansspel. Daaraan heeft de KSA ten grondslag gelegd dat de packs los van de FIFA-wedstrijden te kopen en te openen zijn. De goederen zijn dan ook los van de FIFA-wedstrijden te winnen. Het kopen en openen van de packs vindt zelfstandig plaats in een opzichzelfstaand proces, los van het spelen van FIFA-wedstrijden. De prijzen daaruit kunnen zelfstandig van de FIFA-wedstrijden gewonnen worden en zelfstandig van de FIFA-wedstrijden verhandeld worden, zowel voor FUT-munten als - op de zwarte markt - voor echt geld. Volgens de KSA is er geen reden om FIFA-wedstrijden of andere onderdelen van FIFA ook te beoordelen, laat staan het overkoepelende doel van het hele spel. Dat de economische waarde op basis van vraag en aanbod op - onder andere - de transfermarkt is vast te stellen, betekent tenslotte niet dat de transfermarkt onderdeel is van een kansspel. Dat deelnemers de gewonnen goederen gebruiken voor het spelen van FIFA-wedstrijden en die goederen voor hen daardoor een hoge economische waarde vertegenwoordigen, verandert immers niet het feit dat bepaalde voetballers een hoge waarde in het economische verkeer vertegenwoordigen die op echt geld gewaardeerd kan worden en op de zwarte markt zelfs in echt geld uitgekeerd kan worden.

Dat sommige packs alleen verkregen kunnen worden na het spelen van FIFA-wedstrijden, doet er volgens de KSA niet aan af dat de packs op zichzelf staan en zelfstandig beoordeeld kunnen worden. De KSA vindt steun voor haar standpunt in de parlementaire stukken over de totstandkoming van de - thans nog niet in werking getreden - Wet Kansspelen op afstand en het Besluit kansspelen op afstand. Het speeldoel of de intentie van de aanbieder of de deelnemer is volgens de KSA niet relevant en maakt het voorgaande niet anders. Het voorkomen dat deelnemers een oneindige of onrealistische hoeveelheid topspelers in een team hebben of het duurzamer maken van het spel door middel van de packs, vormt geen gerechtvaardigde reden om illegale kansspelen binnen een videospel aan te mogen bieden. Bovendien is de intentie van de aanbieder geen bestanddeel van de verbodsbepaling neergelegd in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wok. Ditzelfde geldt voor de intentie van de deelnemer, aldus de KSA.

8.3. Niet in algemene zin kan worden gesteld dat het fenomeen loot box ertoe leidt dat er een opzichzelfstaand spel wordt aangeboden binnen een game. Indien de prijsbepaling door toeval wordt bepaald en de gewonnen prijs een bepaalde economische waarde vertegenwoordigt, is niet uitgesloten dat door de introductie van loot boxes een kansspel in de zin van de Wok wordt gecreëerd. Alvorens echter te kunnen beoordelen of door de packs in FIFA een kansspel is ontstaan, dient eerst te worden beoordeeld of het verkrijgen of openen van de packs als een opzichzelfstaand spel kan worden beschouwd.

8.4. EA verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1447 (NJ 1991/808; Golden Ten), waarin ook de vraag aan de orde was of sprake is van een kansspel in de zin van artikel 1 van de Wok. Of deelnemers aan het spel in het algemeen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen, kan de rechter volgens de Hoge Raad vaststellen op grond van verklaringen van getuigen en deskundigen en de wijze waarop dit spel in het algemeen in de praktijk wordt gespeeld. Het gaat er om hoe de grote meerderheid van de spelers het spel feitelijk speelt. De Afdeling constateert dat dat arrest ziet op een andere spelsituatie dan hier aan de orde is. Het Golden Ten-spel zou als behendigheidsspel gezien kunnen worden als een getrainde speler zodanig speelt dat hij door lang te observeren zijn winstkansen vergroot. De behendigheid van de speler is dan (mede) van invloed op de uitkomst van het kansspel. De gemiddelde speler

- de grote meerderheid - speelt het Golden Ten-spel echter niet zo en kan daarom niet de uitkomst van het spel in overwegende mate beïnvloeden. Het Golden Ten-spel kon daarom volgens de Hoge Raad worden aangemerkt als een kansspel. Het voorgaande neemt niet weg dat ook voor de beoordeling of het verkrijgen van de packs als apart spel kan worden aangemerkt, gekeken moet worden hoe het spel door de meerderheid van de gamers wordt gespeeld.

8.5. Het door EA overgelegde onderzoek van prof. dr. R.H. Koning ondersteunt haar standpunt dat de FUT-modus een gemengd behendigheidsspel is. De packs voegen een kanselement toe aan het spel. De

Afdeling volgt EA in haar betoog dat de praktijk is dat gamers de packs alleen openen met het oog op het spelen van virtuele voetbalwedstrijden. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat de packs worden verkregen en geopend in de FUT-modus. EA betoogt dat 92 procent van de packs wordt verkregen door spelbetrokkenheid. Gamers kunnen door hun behendigheid FUT-munten verdienen, die zij verkrijgen door wedstrijden te spelen en in-game opdrachten te voldoen. Met de aldus verdiende FUT-munten kunnen zij de packs verkrijgen en openen. De gamers gebruiken vervolgens de inhoud van de packs om teams samen te stellen, wedstrijden te spelen en in-game opdrachten te voldoen. De packs worden niet in een omgeving die los staat van de FUT-modus geopend. Hoewel het openen van packs niet tijdens het spelen van wedstrijden en opdrachten zelf kan plaatsvinden, gebeurt dat wel in dezelfde FUT-modus. Dat de packs aldus apart van de wedstrijd of in game-opdracht geopend worden, maakt niet dat sprake is van een apart spel. Dat het niet volstrekt onmogelijk is om de packs op andere wijze te verkrijgen, maakt het vorenstaande niet anders. De grote meerderheid van de packs wordt immers verkregen door en gebruikt voor speldeelname. De verhandelbaarheid van de packs op de zwarte markt is betrekkelijk. De zwarte markt richt zich met name op het verhandelen van complete accounts in plaats van losse packs of de inhoud daarvan. De KSA kan niet één onderdeel - namelijk dat de packs los van het spel te kopen en openen zijn - isoleren om te concluderen dat sprake is van een apart spel, tenzij de KSA uitgebreid kan motiveren dat dit op grote schaal plaatsvindt. Daarin is de KSA niet geslaagd. Gezien het vorenstaande heeft de rechtbank ten onrechte de KSA gevolgd in haar standpunt dat de packs als afzonderlijk spel beoordeeld moeten worden.

8.6. Het betoog van EA slaagt.

Conclusie last onder dwangsom

9. Gezien het vorenstaande heeft de KSA zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat het verkrijgen en openen van de packs als een opzichzelfstaand spel kan worden beschouwd, zodat dit in zoverre niet als kansspel in de zin van artikel 1, aanhef en onder a, van de Wok kan worden aangemerkt. Dat het spel FIFA als geheel een kansspel is, heeft de KSA niet gesteld. Hetgeen overigens door de EA is aangevoerd, behoeft daarom geen bespreking meer. De rechtbank heeft dan ook ten onrechte overwogen dat de KSA bevoegd was handhavend op te treden omdat EA heeft gehandeld in strijd met artikel 1, aanhef en onder a, van de Wok en dat de KSA terecht de last onder dwangsom heeft opgelegd. Deze last kan daarom niet in stand blijven.

Openbaarmakingsbesluiten

10. Tot slot betoogt EA dat het op de weg van de KSA had gelegen om af te zien van openbaarmaking, omdat de besluiten tot oplegging van de last onder dwangsom en de instandhouding daarvan onrechtmatig zijn.

10.1. Het dwangsombesluit is genomen in het kader van een aan de KSA door de wetgever toegekende taak om toezicht te houden op de naleving van regelgeving en de daarmee samenhangende bevoegdheid om handhavend op te treden tegen overtreding van die regelgeving. Het past in het kader van deze toezichthoudende taak dat dwangsombesluiten worden gepubliceerd, zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van deze taak en de consument wordt gewaarschuwd (vergelijk de uitspraak van 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3468). Ook in het geval van een voorgenomen spontane openbaarmaking ingevolge artikel 8, eerste lid, van de Wob is een nadere afweging van belangen geboden. Deze nadere afweging houdt in dit geval in dat het algemene belang dat door de openbaarmaking wordt gediend, wordt afgewogen tegen het belang van EA geen onevenredig nadeel te lijden als gevolg van de publicatie, waarbij aan het algemeen belang een groot gewicht moet worden toegekend. Van een onevenredige benadeling kan sprake zijn als het sanctiebesluit uiteindelijk in rechte geen stand houdt en de betrokken rechtspersoon ten onrechte als overtreder kenbaar is gemaakt. Of sprake is van onevenredige benadeling hangt dan af van een oordeel over de rechtmatigheid van het sanctiebesluit.

Nu de KSA, zoals hiervoor is overwogen, in dit geval ten onrechte de bevoegdheid tot het opleggen van de last onder dwangsom heeft toegepast, is EA eveneens ten onrechte als overtreder aangemerkt. De rechtbank heeft niet onderkend dat EA door de openbaarmaking van de besluiten tot oplegging van de last onder dwangsom en de instandhouding daarvan onevenredig is benadeeld. Deze openbaarmakingsbesluiten kunnen daarom geen stand houden.

Conclusie openbaarmakingsbesluiten

11. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat de KSA kon besluiten tot openbaarmaking van de besluiten.

Conclusie hoger beroep

12. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak moet worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling de beroepen tegen de besluiten van 17 maart 2020 van de KSA alsnog gegrond verklaren. Die besluiten komen wegens strijd met artikel 1 van de Wok voor vernietiging in aanmerking. De Afdeling zal zelf in de zaak voorzien door de last onder dwangsom en het openbaarmakingsbesluit van 15 oktober 2019 te herroepen. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 17 maart 2020 waarin is beslist op de bezwaren tegen het dwangsombesluit en de openbaarmaking daarvan. Dit heeft tot gevolg dat de EA niet aan de last onder dwangsom hoeft te voldoen.

13. De KSA moet de proceskosten vergoeden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 15 oktober 2020 in zaken nrs. 20/3038 en 20/3905;

III. verklaart de bij de rechtbank ingestelde beroepen gegrond;

IV. vernietigt het besluit van 17 maart 2020, kenmerk 13640 / 01.069.814 (bezwaar dwangsombesluit) en 13640.001 / 01.069.815 (bezwaar openbaarmakingsbesluit);

V. vernietigt het besluit van 17 maart 2020, kenmerk 13640.002 / 01.069.812 (openbaarmakingsbesluit bob);

VI. herroept de besluiten van 15 oktober 2019, kenmerken 12815 / 01.063.388 (dwangsombesluit) en 12815 / 01.063.389 (openbaarmakingsbesluit);

VII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het besluit van 17 maart 2020, kenmerk 13640 / 01.069.814 (bezwaar dwangsombesluit) en 13640.001 / 01.069.815 (bezwaar openbaarmakingsbesluit);

VIII. veroordeelt de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit tot vergoeding van bij Electronic Arts Incorporated en Electronic Arts Swiss S.A.R.L. in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van 3.795,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IX. veroordeelt de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit tot vergoeding van bij Electronic Arts Incorporated en Electronic Arts Swiss S.A.R.L. in verband met de behandeling van het bezwaar opgekomen proceskosten tot een bedrag van 1.082,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

X. gelast dat de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit aan Electronic Arts Incorporated en Electronic Arts Swiss S.A.R.L. het door hen voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep betaalde griffierecht ten bedrage van 1.222,00 vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. N. Verheij, voorzitter, en mr. C.M. Wissels en mr. J.W. van de Gronden, leden, in tegenwoordigheid van mr. C.A.M. van Deventer-Lustberg, griffier.

De voorzitter is verhinderd de uitspraak te ondertekenen

De griffier is verhinderd de uitspraak te ondertekenen

Uitgesproken in het openbaar op 9 maart 2022

587

BIJLAGE

Algemene wet bestuursrecht

Artikel 5:4

1. De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slechts voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend.

2. Een bestuurlijke sanctie wordt slechts opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven.

Wet op de kansspelen

Artikel 1

1. Behouden 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;

[...].

Wet op de kansspelbelasting

Artikel 3

2. Onder prijzen worden verstaan alle goederen waaraan in het economische verkeer waarde kan worden toegekend, welke aan de deelnemers van de kansspelen uit hoofde van hun deelneming toevallen.

3. Voor zover de prijzen niet in geld bestaan, worden zij in aanmerking genomen naar de waarde welke daaraan in het economische verkeer kan worden toegekend.

Wet openbaarheid van bestuur

Artikel 2

1. Een bestuursorgaan verstrekt bij de uitvoering van zijn taak, onverminderd het elders bij wet bepaalde, informatie overeenkomstig deze wet en gaat daarbij uit van het algemeen belang van openbaarheid van informatie.

[]

Artikel 8

1. Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaft uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.

[]

Artikel 10

[]

2. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:

[]

g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.