

the platform as well as a DSD in which the data captured through the Front End is securely stored. Data must be stored for a period of 5 years.

Denmark also requires a technical reporting system to be set up, though it is a system which is configured and functions very differently to that required to be set up under French regulations. From a legal point of view probably the principal distinguishing feature is that the Danish Gambling Authority will under certain circumstances authorise licenses to host this system, including the SAFE, in a another jurisdiction provide that it is satisfied that it will be able to access the data it requires from a regulatory point of view.

d. Random Number Generator

A random number generator ("RNG") is a computational device (an algorithm in so far as online gambling is concerned) which generates random results. RNGs are at the basis of determining results for online games. The randomness of results is fundamental to their fairness. Randomness can be determined using a number of tests and mathematical methods. Certification of randomness is key from a risk compliance perspective and is vital to the integrity and transparency of an online gambling system.

e. Information requirements

All of the jurisdictions reviewed require, to some degree or another, certain information to be made available by online gambling licensees to customers. The most thorough of the requirements can be found in the Danish and French systems. We consider for instance that a customer, similarly to the requirement in Denmark, must be able to access a page which shows his account details including his account balance, game history (including stakes, wins and losses), deposits, withdrawals and other related transactions.

Publicity is also required of the fact that an online gambling operator is a licensee authorised to transact business under national law. The laws of Denmark and France both require that fact to be noted in any advertising engaged in by the licensee.

iii. Preventing fraudulent and criminal activities as well as money laundering and the financing of terrorism;

In France a player account can only be credited by means of a payment instrument offered by a payment services provider established in a Member State of the European Union or a Member State of the European Economic Area with which France has concluded an agreement for administrative regarding combating money laundering and tax evasion. In our view this is a desirable measure in order to ensure both that financial flows are and stay within the licensed financial system and that enforcement actions can be taken in case of any suspicious activity.

An applicant for a license should also have in place controls which seek to prevent and combat fraudulent and criminal activities including a system for reporting transactions which the operator knows or has good reason to suspect as being related to money laundering or the financing of terrorism. We consider that the Isle of Man Proceeds of Crime (Money Laundering – Online Gambling) Code 2010 and the Prevention of Terrorist Financing Code 2011, both of which we have already referred to above, contain some well thought out and well drafted provisions.

iv. Ensuring the balanced and equitable development of different types of gambling and a sustainable level of taxation.

The types of online gambling allowed in the jurisdictions reviewed varies as can be seen in the matrix on pp 80-81. The choice of which types of gambling can be offered is one of the factors which in our experience has the greatest impact on the ability of a jurisdiction to attract offshore online gambling operators onshore. The other principal factor is the level of direct taxation to which licensees are subjected.

In France for instance it has been estimated that the online legal market (including lotteries) only made up around 43% of the total online market.⁵⁸

It is our view that limiting the products available to players is counterproductive. That is not necessarily to say that a jurisdiction needs to be as flexible as the Isle of Man in determining which products to license but bearing in mind the intentions set out by the State Secretary for Security and Justice in the 'Policy Note on Gambling' of 19 March 2011 to have a competitive market would strongly advise the Ministry to follow up the issue on taxation directly with key stakeholders of the remote gambling industry. We consider that these objectives can be best met by having demand and supply meet within a national regulation framework.

⁵⁸ MAG, "Jeux en ligne" in the French Market – Key features, strengths and weaknesses of the French legal gaming offer, (2011) [http://www.mag-ca.it/Download_k_files/"Jeux%20en%20ligne"%20in%20the%20French%20Market_2011.pdf](http://www.mag-ca.it/Download_k_files/) (accessed 2 February 2012).

5 Comparative Element

The purpose of this section is twofold, namely:

1. To provide an overview of the scope of national markets in terms of permitted forms of remote gambling, the required technical standards and other regulatory requirements in place across the jurisdictions studied.
2. To illustrate the suitability of the requirements in place across the jurisdictions studied in terms of achieving the objectives as set out in the Policy Note of the State Secretary for Security and Justice of 23rd March 2011.

Purpose one is executed via a series of tables which illustrate what is permitted and required in relation to:

- * Permitted forms of iGaming;
- * Licensing Requirements;
- * Technical Standards;
- * Regulatory Oversight;
- * Responsible Gaming; and
- * Financial Obligations.

These tables are followed with a key explaining the terminology used.

Purpose two is achieved via a table illustrating whether the regulations in place in each jurisdiction have the potential to attain the objectives listed to a "High", "Medium" or "Low" degree. Measures which we consider necessary for the achievement of these objectives are also included. Reference should be made to the full discussion of each jurisdiction in the main body of this Report as the grading used only provides a rough comparison of each jurisdiction with the objectives of the regulatory reform.



Regulated forms of iGaming

	Belgium	Denmark	France	Isle of Man	Schleswig Holstein	
Pure Skill with prizes	Prohibited	Prohibited	Prohibited	Regulated	Prohibited	Prohibited
Horse race Fixed Odds	State Monopoly Only	Regulated	Prohibited	Regulated	Prohibited	Regulated
Horse race Pool betting	Regulated	State Monopoly Only	Regulated	Regulated	Prohibited	State Monopoly Only
Betting on non-sports events	Prohibited	Regulated	Prohibited	Regulated	Prohibited	UNSPECIFIED
Scratchcards	Prohibited	State Monopoly Only	State Monopoly Only	Regulated	State Monopoly Only	

**Unless a form of iGaming is expressly regulated we assume that it is prohibited (except for the Isle of Man)*



Regulated forms of iGaming

	Belgium	Denmark	France	Isle of Man	Schleswig Holstein	
Live dealing	Prohibited	Prohibited	Prohibited	Regulated	Regulated	Prohibited
Virtual casino	Regulated	Regulated	Prohibited	Regulated	Regulated	Regulated
Lottery	State Monopoly Only	State Monopoly Only	State Monopoly Only	Regulated	State Monopoly Only	Regulated
Keno, Bingo	Prohibited	UNSPECIFIED	State Monopoly Only	Regulated	UNSPECIFIED	State Monopoly Only
Poker	Regulated	Regulated	Regulated	Regulated	Regulated	Regulated
Sport Fixed Odds Betting	Regulated	Regulated	Regulated	Regulated	Regulated	Regulated
Sport Pool Betting	Regulated	Regulated	Regulated	Regulated	Regulated	Regulated
Sport Exchange Betting	Prohibited	Regulated	Prohibited	Regulated	Regulated	UNSPECIFIED

**Unless a form of iGaming is expressly regulated we assume that it is prohibited (except for the Isle of Man)*

Licensing Requirements						
	Belgium	Denmark	France	Isle of Man	Schleswig Holstein	
Check on financial strength of the company						REQUIRED
Due diligence key individuals and company						NOT REQUIRED
Internal System Security audit						NOT APPLICABLE
Local representation requirement						UNSPECIFIED
Local representation requirement for non-EU applicants						

Malta Online Casino
Regulatory Compliance Checklist

- Responsible Gaming (RG) Policy
- Responsible Gaming (RG) Policy
- Responsible Gaming (RG) Policy
- Responsible Gaming (RG) Policy
- Responsible Gaming (RG) Policy
- Responsible Gaming (RG) Policy
- Responsible Gaming (RG) Policy
- Responsible Gaming (RG) Policy
- Responsible Gaming (RG) Policy
- Responsible Gaming (RG) Policy

	Belgium	Denmark	France	Isle of Man	Schleswig Holstein
Backup recovery	UNDER REVIEW	REQUIRED	REQUIRED	REQUIRED	REQUIRED
Central database player exclusion	REQUIRED	REQUIRED	REQUIRED	NOT REQUIRED	NOT REQUIRED
Change management	UNDER REVIEW	REQUIRED	REQUIRED	NOT REQUIRED	REQUIRED
Data capture (Vault)	UNDER REVIEW	REQUIRED	REQUIRED	NOT REQUIRED	REQUIRED
Game recall	NOT REQUIRED	REQUIRED	NOT REQUIRED	REQUIRED	REQUIRED

REQUIRED

NOT REQUIRED

UNDER REVIEW

System Requirements					
	Belgium	Denmark	France	Isle of Man	Schleswig Holstein
Jackpot requirements	Yellow	Green	Red	White	Green
PCI Certificate Required	Yellow	Green	Red	Red	Green
Player registration	Green	Green	Green	Green	Green
RNG requirements	Green	Green	Red	Green	Green
System security controls	Yellow	Green	Green	Green	Green

REQUIRED

NOT REQUIRED

UNDER REVIEW

NOT SPECIFIED

Regulatory Oversight						
	Belgium	Denmark	France	Isle of Man	Schleswig Holstein	
Independent regulator						YES
Certification						NO
Administrative enforcement						UNDER REVIEW
Criminal Sanctions						

 Responsible Gaming						
	Belgium	Denmark	France	Isle of Man	Schleswig Holstein	
Bonus Schemes	Red	Green	Red	Green	Green	REQUIRED
Credit card allowed	Yellow	Green	Green	Green	Green	
Deposit/player limits	Yellow	Green	Green	Green	Green	NOT REQUIRED
Player exclusion	Green	Green	Green	Red	Green	
Game rule explanation	Green	Green	Red	Red	Green	NOT SPECIFIED
Localization	Red	Green	Green	Red	Green	
Customer support services	Yellow	Green	Green	Red	Green	UNDER REVIEW



Financial Obligations

	Belgium	Denmark	France	Isle of Man	Schleswig Holstein	
Gambling specific Anti Money laundering	UNDER REVIEW	REQUIRED	REQUIRED	REQUIRED	REQUIRED	REQUIRED
Player money transfer	UNDER REVIEW	REQUIRED	REQUIRED	REQUIRED	UNDER REVIEW	NOT REQUIRED
Separation of player funds	UNDER REVIEW	REQUIRED	NOT REQUIRED	REQUIRED	UNDER REVIEW	UNDER REVIEW

Administrative enforcement	• Whether the independent regulator enjoys the competence to take administrative enforcement measures against operators.
Backup recovery	• Full backup requirement for all relevant servers/equipment.
Betting on non-sports events	• Whether betting on events other than sporting competitions, e.g. the outcome of national elections, can be offered.
Central database player exclusion	• Whether there is a single central database listing all excluded players as part of national policy for avoiding addiction to gambling services.
Certification	• Requirement of regulatory certification.
Change management	• Whether the managing and tracking of all software changes is required.
Check on financial strength of the company	• Do the license awarding authorities check on whether the license applicant is sufficiently solvent to cover the financial liabilities which could arise from the forms of gambling it seeks to offer?
Credit card allowed	• Whether credit cards can be used to open and fund a player's account.
Criminal enforcement	• Whether the independent regulator enjoys the competence to take criminal enforcement measures against operators without relying upon the criminal prosecution service.
Customer support services	• Whether licensees are obliged to operate customer help and support lines.

Data capture (Vault)	• Whether national law requires operators to capture data covering all player transactions which is then stored securely.
Deposit limits/player limits	• Whether operators are required to give players the option to set their own limits in terms of amounts lost or whether there are mandatory upper ceilings set by law.
Due diligence key individuals and company	• Does the license awarding authority undertake a background check during the licensing process on the key individuals within a company and the undertaking itself.
Gambling specific anti money laundering regulations	• Prevention of money laundering
Game recall	• Whether provisions explicitly require operators to recall a certain number of/specific events.
Game rule explanation	• Must operators make a full explanation of the game rules available?
Horse race betting	• Is betting on live horseracing, thus excluding virtual race tracks, allowed?
Independent regulator	• Does the jurisdiction have an independent regulatory body responsible for the gaming sector with responsibilities including awarding licenses, the supervision of operators and the enforcement of regulations? For present purposes such regulators should enjoy autonomy from ministries.
Internal System Security audit	• Examination of the management controls within an Information technology infrastructure. The evaluation of obtained evidence determines if the information systems are safeguarding assets, maintaining data integrity, and operating effectively to achieve the organization's goals or objectives. These reviews may be performed in conjunction with a financial statement audit, internal audit, or other form of attestation engagement

Jackpot requirements	•Are specific requirements established for operating one or more jackpot systems?
Live dealing	•Does national law permit live dealing? Whilst adding after in casino studios "and relayed in real time".
Local representation requirement	•Does national law require that the license holder has a local representative within its jurisdiction (even for operators established elsewhere within the EU/EEA)?
Local representation requirement for non EU	•Does national law require that the license holder has a local representative within its jurisdiction (for operators established outside the EU/EEA)?
Localization	•Are operators obliged to offer their services and customer support in the official language of the licensing jurisdiction?
Lottery, Keno, Bingo	•Lottery, Keno and Bingo offered in the online environment.
PCI (payment card industry standard)	•national law requires the Payment Card Industry Data Security Standard (PCI DSS) is an information security standard for organizations that handle cardholder information for the major debit, credit, prepaid, e-purse, ATM, and POS cards.
Player exclusion	•Are operators obliged to offer players the option to exclude themselves on either a temporary or permanent basis?
Player money transfer requirements	•Are restrictions imposed requiring winnings above a certain value or withdrawals more generally only to be paid into the (bank) account from which credit was initially deposited?
Player Monitoring	•Does national law require that operators monitor the online gaming behaviour of their players?
Player registration	•Must players complete a full registration process in order to open a player's account and become eligible for a licensed operator's services?.
Poker	•Is the provision of online poker on virtual poker tables permitted?
RNG requirements	•Are requirements established for the use of (a) Random Number Generator(s)?

Separation of player funds	•Are operators obliged to keep player funds (monies deposited by players, monies owed to players in the form of winnings) in separate accounts from other business and operational expenses?
Skill with prizes	•Whether skill games, in which the payout (the prize) is determined predominantly or overwhelmingly by the player's skill are permitted online.
Sports betting	•Whether online sports-betting, which includes predicting the outcome of a sporting competition or an occurrence during a competition and placing a wager thereon, is permitted..
System security controls/requirements	•Are requirements specified concerning the security of the gaming platform and software used?
Virtual casino	•Whether national law permits the provision of virtual casinos where players can access casino games online with or without downloading software on to their local computer.

6 Achieving Dutch Policy Objectives: Suitability of Measures Used Elsewhere & Appropriate Measures for Implementation

Policy Objective	Belgium	Denmark	France	Isle of Man	Schleswig Holstein	Desirable Measures
Preventing excessive or pathological gambling and protecting minors	Low	High	High	Low	Medium	Excluding minors; ID verification; self exclusion; player-set limits & cooling off period; mandatory warnings; excluded player register ; no cash; no credit from operator; player account with info requirement; bonus rules.
Ensuing the integrity, reliability and transparency of gambling operations	Medium	High	High	High	High/Medium	Segregation of player funds; due diligence on licensees; regulatory oversight ensuring access to operator data; fairness of games offered; independent certification & testing; information requirement (game rules, risks); financial guarantees which do not create a barrier to market access.
Preventing fraudulent and criminal activity	High	High	High	High	High/Medium	AML rules to apply to all forms of gambling; MLRO; no transfer of funds between player accounts; requirement for monitoring measures to be put in place e.g. to immediately identify "chip dumping" in poker; cash out to bank or bank card used for deposit.
Access to an appropriate and attractive range of gambling services	Low	High	Medium	High	Medium	Product regulation to reflect consumer demand; analysis to be conducted on the basis of the specificities of the Dutch market.
Allowing competition in the market	Low	High	Medium	High	High	Open and transparent licensing system; licenses awarded on merit and to those considered fit and proper to run an online gambling business.

The more successful the regulations are in achieving the objectives of a policy, the Higher the policy's grade is.

7 Horizontal Issues of European Union Law

7.1 Introduction

The object of this section is to consider the compatibility of particular regulatory requirements regarding the regulation of remote gambling with European Union law. Several regulatory requirements established by the jurisdictions considered in [Section 3](#) are incompatible with EU law, or at the very least their compatibility is highly doubtful.

Regulating remote gambling for the first time, rather than simply prohibiting, provides the Netherlands with a clear opportunity to design a regulatory regime which is fully compliant with EU law. Not only will this mean that the chance infringement proceedings by the European Commission is dissolved, but perhaps somewhat more significantly, and particularly in terms of achieving the objectives of the Dutch government, operators will apply for licenses from a regime which respects EU law. Should the regulatory regime fail to fully respect EU law then many operators may seek to rely upon licenses held in other Member States or elsewhere to supply the Netherlands. A regime failing to comply with EU law will undermine the ability of the Netherlands to capture operators and thus erode the achievement of future regulatory objectives.

Therefore the following regulatory requirements and techniques will be analysed to illustrate how they breach EU law:

- * Requirement to be established in the licensing Member State;
- * Requirement to locate the server in the licensing Member State; and
- * The need for regulatory consistency.

a. Requirement to be Established in the Licensing Member State

The Belgian regulatory regime requires that in order for an operator to be eligible for a remote gambling license it must already be in possession of a license for the provision of land-based gambling. As such it requires an operator to be permanently established in Belgium in order to offer remote gambling services. Yet establishment need not be in the form of a land-based gambling venue, but a requirement to be established could relate to the primary establishment of an undertaking, a registered office or subsidiary.

It should be noted at this stage that the Isle of Man regime requires that the company holding a license for remote gambling is established on the island. The freedom to provide services as embodied in Article 56 of the Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU") does not apply to the Isle of Man. Had it done so then this requirement would have been untenable.

Requiring an operator to become established in the licensing jurisdiction will amount to an impediment to the provision of services and thereby constitute a restrictive measure. Restrictive measures are not per se incompatible with EU law but must be justified. However, preconditioning the provision of a service upon (a form of) establishment has long been recognised as conflicting with the freedom to provide services. Should a measure negate the free movement of services through requiring establishment then in order to be justified it must be indispensable for achieving the objective in the general interest.⁵⁹

Two recent decisions of the Court of Justice of the European Union (hereinafter "CJEU") dealt with requirements of Austrian law that gambling providers needed to be established within that Member State. *Engelmann* found that the need for the (land-based) casino operator to have its primary establishment in Austria was incompatible with EU law.⁶⁰ Austria claimed that this was necessary in order to prevent gambling activities being carried out for criminal or fraudulent purposes but actually requiring the operator to be established in Austria was found to be disproportionate. Thereby

⁵⁹ Case 205/84, *Commission v. Germany*, [1986] ECR 3755, para. 52 and Case C-222/95, *Société civile immobilière Parodi v. Banque H. Albert de Bary et Cie*, [1997] ECR I-3899, para. 31.

⁶⁰ Case C-64/08, *Criminal proceedings against Ernst Engelmann*, delivered on 9 September 2010, n.y.r.

the CJEU reaffirmed *Gambelli* to the effect that other, less trade restrictive measures, exist to control the activities of gambling operators.⁶¹ Indeed, reference is also made to *Placanica* in which it noted that information can be gathered on an operator's representative or main shareholders.⁶²

However of more interest in the context of remote gambling is the case of *Dickinger & Ömer*, which challenged the provision of Austrian law requiring that an internet casino operator had a registered office in that Member State.⁶³ Significantly the CJEU found that the requirement to have a registered office (i.e. a form of secondary establishment) in the territory of the Member State where the service is received is a discriminatory measure. Discriminatory measures can only be deemed compatible with EU law on the basis of exceptions found within the Treaty; namely public policy, public security or public health (as per Article 52 TFEU). Although the CJEU had found the measure in *Englemann* to be discriminatory too it only referred to the less stringent test which applies to indistinctly applicable measures, i.e. those measures which discriminate but not through direct reference to nationality or the place of establishment. Such measures can be justified only on the basis of overriding public interest considerations, and are not restricted to the grounds advanced with the TFEU but have been expanded upon by the CJEU itself.⁶⁴

Consequently in *Dickinger & Ömer* the CJEU adheres to the narrow exceptions provided for in the Treaty when guiding the national court as to whether the need for a registered office in Austria is compatible with EU law. Therefore it subsequently notes, that in order to rely on the public policy exception there must be a "genuine and serious threat to a fundamental interest of society" and that this justification for requiring a registered office in Austria is "as a justification for a derogation from a fundamental principle of the Treaty, [...] narrowly construed."⁶⁵ Moreover, the Court notes that the national court will have to consider whether there are "other less restrictive means of ensuring a level of supervision of the activities of the operators established in Member States other than the Republic of Austria equivalent to that which can be carried out in respect of operators whose registered office is in Austria".⁶⁶

As such for all intents and purposes Member States are unable to require that remote gambling license holders have a land-based gambling venue (e.g. Belgium) or are otherwise established in their jurisdiction (e.g. Isle of Man). The threshold for justifying such a measure is extremely high particularly given the availability of less restrictive yet equally effective measures to supervise operators. These shall be dealt with in relation to measures requiring the server to be located with the licensing Member State.

b. Requirement to Locate a Server in the Licensing Member State

A requirement to locate a server within the licensing Member State is likely to fall foul of the same reasoning as has been given above. In essence the need for an operator to establish and maintain a server along with supporting infrastructure could be considered to cross the line from a situation whereby the operator provides (licensed) services in the Member State on the basis of Article 56 TFEU to one where the operator is actually established in that Member State. Without entering into too much detail the transition from supplying services to being established occurs at a rather vaguely defined point under EU law. The early case of *Gebhard* however defines the transition from services to establishment in terms of whether activities in question are provided on a temporary basis and in terms of the service provider's infrastructure. Thus consideration must be given to "not only to the duration of the provision of the service, but also its regularity, periodicity or continuity".⁶⁷ Whilst a service provider

⁶¹ Case C-243/1, *Criminal proceedings against Gambelli* ECR [2003] I-13031, para. 74.

⁶² Case C-64/08, *Criminal proceedings against Placanica*, ECR [2007] I-1891, para. 62.

⁶³ Case C-347/09, *Dickinger and Ömer*, delivered on 15th September 2011, n.y.r..

⁶⁴ As initially recognized in relation to gambling in Case C-275/92, *Schindler*, ECR [1994] I-1039.

⁶⁵ *Dickinger & Ömer*, para. 82.

⁶⁶ *Dickinger & Ömer*, para. 84.

⁶⁷ Case C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, [1995] ECR I-4165, paras. 27-28.

may "equip himself with some form of infrastructure in the host Member State" this should only be done to the extent necessary to provide the services in question. Should the service provider actually appear to hold itself "out from an establish professional base to, amongst others, nationals" of the host Members State then the particular case will shift from one falling under the freedom to provide services to one of establishment.⁶⁸

Should a Member State condition the supply of remote gambling services on the presence of a server then this is likely to constitute a case of establishment. Remote gambling services will be provided to that jurisdiction on a regular and continuous basis, via the server located in its territory. Furthermore, it will appear to be operating from this infrastructure to its customers in that Member State, particularly if it has to display a notice to the effect that it is licensed by the relevant national regulatory body.

A Member State will thus have to justify why it preconditions the provision of (remote gambling) services on the basis of this form of establishment, otherwise such a measure will be contrary to EU law. With regards to the discriminatory measure in *Dickinger & Ömer* the CJEU held that attention must be given to whether there are less restrictive measures which enable supervision that is comparable to having a registered office in Austria exist. Due consideration must also be given to whether less restrictive measures exist when considering if non-discriminatory, thus indistinctly applicable measures, can be justified when applying the proportionality test to indistinctly applicable measures. Regardless of whether the server location element is perceived a discriminatory or indistinctly applicable measure it needs to be shown that there is no less restrictive measure available.

In this regard requiring the server to be established in the licensing jurisdiction will often be unjustifiable as less restrictive measures prevail; securing access to the data for the licensing jurisdiction will secure the attainment of the regulatory objectives in the same manner as if the server were located within its territory. The technical and infrastructural requirements established in France and Denmark illustrate how it is access to data, rather than the location of the servers, which is important.

In this regard it is important to realise that the licensing Member State will not be reliant upon the supervisory and enforcement actions of a regulator in another Member State. Indeed it is important to distinguish granting access to a server from arguing that one Member State must recognise the controls exercised in the other Member State where the operator is established. Therefore access to a server is incomparable to the situation in *Liga Portuguesa* in which the CJEU explicitly dismissed the mutual recognition of regulatory conditions and controls over regulated operators.⁶⁹

Therefore, given the technical possibilities for securing access to data and as evinced by several jurisdictions in this Report, requiring an operator to establish a server within its jurisdiction is likely to constitute an unjustifiable restriction to the free movement of services.

c. The need for regulatory consistency

It goes without saying that the extensive case-law of the CJEU covers many more aspects than requiring operators to be established in one form or another in the jurisdiction where remote gambling services are provided. A growing element of the case-law deals with whether the supply of (remote) gambling services which prevails behind the protection afforded by restrictive measures is consistent with those objectives which underpin its existence. This is in the context of what the CJEU assesses with regards to monopolists' "dynamic commercial polic[ies]". Given the development of the 'consistent and systematic' test in *Gambelli* which can be summed up as requiring that regulatory practice must not conflict with the justifications used to uphold a restrictive measure, the emergence of preliminary references exploring the meaning of this term, and its implications, should not come

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Case C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International*, ECR [2009] I-7633, para. 69.

as a surprise. A majority of the issues considered by the CJEU fall outwith the scope of a study designed to address technical standards in the regulation of this field. Nevertheless a couple of observations are nevertheless appropriate and can be thought of as achieving consistency, across sectors and between the online and offline environments.

As indicated earlier in relation the objectives of the current government to reform the regulation of remote gambling, reference has been made to the notion of 'horizontal consistency'. This notion emerged in *Carmen Media* (Case C-316/07) where it was held that should forms of gambling which are subject to an authorisation regime but not a monopoly, and yet present a higher risk of addiction than those forms actually subject to the monopoly whilst expansion is permitted or tolerated by more addictive forms, then the regulatory regime could be found to be incompatible with EU law. In such instances the monopoly would not be a suitable measure for securing the prevention of incitement to squander money of gambling and combat gambling addiction. In essence this suggests that consistency should not be considered on a sector by sector basis but that a broader view should be taken of how the entire national market is regulated and whether, having taken all forms of gambling into account, the regulation thereof is consistent. Horizontally, across all sectors. Consequently a monopoly for a less risky form of gambling could be undermined by a policy of expansion for a riskier form, although we hold the view that arguably measures designed to protect consumers should be taken consideration when comparing different forms of gambling should such a scenario arise.

Secondly in *Zéturf* (Case C-212/08) the CJEU noted that the internet is a "simple channel through which games of chance may be offered" (para. 75) and proceeded to consider that in so far as consumers treat the online and offline sectors as substitutable then no distinction should be made between land-based and remote gambling services when justifying a restrictive measure. Where a measure relates in the same manner to land-based and remote gambling then the offline and online sectors should be treated as a whole for the purposes of assessing the compatibility of that measure, unless it can be shown that the internet poses higher risks in terms of addiction and fraud. Unless such higher risks prevail, the introduction of measures which single out the internet for stricter or more restrictive treatment without evidence to show that this is justifiable will likely be unjustifiable under the free movement of services. Therefore regulatory measures deemed suitable for the offline world should not be copied blindly into the online environment, lest problems arise in terms of compatibility with EU law.

7.2 Final Remarks on EU Law Issues

From the perspective of ensuring compliance with EU law it would not be advisable for the Netherlands to require future license holders to establish themselves in the Netherlands, thus excluding the possibility requiring such operators to form B.V.s or N.V.s in the Netherlands. Similar considerations apply to the location of the server given that access to, rather than location of the server, is of importance; less restrictive alternatives will always prevail.

8 Conclusion

The objective of this report has been to present to the Ministry a detailed analysis of the regulatory and compliance mechanisms relating to remote gambling in the jurisdictions which we have reviewed.

The jurisdictions selected for review represent a broad enough spectrum of approaches to regulation of remote gambling. We have reviewed on the one hand Belgium which ties remote gambling to existing land based licenses and on the other hand France which prohibits entirely the provision of online casino games (other than poker) by private operators. We have reviewed Schleswig Holstein, which while wishing to follow a model more akin to the Danish in respect of product offer has decided to restrict the provision of casino games involving a bank only to land based casinos within its territory. We have also reviewed the Isle of Man which has a thorough, tried and tested regulatory framework but which is perceived as a low tax jurisdiction with all that comes with that label.

In the French and the Danish systems we have the two methods of monitoring for compliance with the law which seem to be at the forefront of regulatory compliance in the gambling industry. The two systems are based on the notion that certain transactional data relating to remote gambling transactions must be recorded and its integrity safeguarded with access being granted to the regulator of the industry at its discretion. Though the notion is common we have seen that the method of implementation differs.

In the Danish and Isle of Man regulations we see awareness and detail respectively on the use of bonus campaigns by operators and calculation of gross revenues.

These above are only of course a couple of examples.

Overall we find that Denmark is the jurisdiction which overall seems to have regulated more in line with what we understand to be the policy orientation of The Netherlands as expressed in the intentions of the State Secretary for Security and Justice in the 'Policy Note on Gambling' of 19 March 2011.

Where we have passed judgement in this report we have based ourselves on an assessment of the policy objectives of the jurisdiction being reviewed and the risk from a regulatory compliance perspective. We consider that a review of the simple facts is key in order to commence to ascertain which aspects of which regulations may be suitable to replicate, which it may be suitable to ignore and which it may be desirable to develop further in view of local circumstances.

Certainly we feel that much benefit would be gained if in examining the regulatory systems which we have reviewed the Ministry took into account how the market in each of the jurisdictions reviewed reacted and what the implications were for the state. In doing so we would advise the Ministry to interview key stakeholders from these jurisdictions: regulators, operators, the media and policy makers.

Should the Ministry so wish we would be glad to assist with the preparation of a questionnaire concerning regulatory and compliance issues related to remote gambling that could be sent to a select number of stakeholders in order to further assist the Ministry with formulating its policy on this subject. We will also be able to help with identifying key stakeholders and making contact with them should the Ministry consider that to be necessary or desirable.



Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

**Directoraat-Generaal
Jeugd en
Sanctietoepassing**
Directie Sanctie- en
Preventiebeleid

Schedeldoekshaven 100
2511 EX Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/venj

Contactpersoon

5.1.2e
Beleidsmedewerker

T 5.1.2e
5.1.2e@minvenj.nl

Datum

23 maart 2012

Ons kenmerk

245849

Dossiernummer

245847

nota

Overleg met directie Sportech

Concipiënt

5.1.2e

Dinsdag 27 maart a.s. spreekt u van 11.00 tot 12.00 uur met de heren 5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e van Sportech inzake de ontwikkelingen in het kansspelbeleid. U wordt ambtelijk ondersteund door 5.1.2e (DSP) en 5.1.2e (DV). Het gesprek vindt waarschijnlijk grotendeels in het Engels plaats.

Sportech heeft aangegeven graag met u van gedachten te wisselen over de volgende onderwerpen:

1. Introductie Sportech
2. Toekomstig kansspelbeleid
3. Huidige vergunning en verdeling van toekomstige vergunningen
4. Handhaving

1. Introductie Sportech

Sportech Plc. is een beursgenoteerd bedrijf in Londen. Het biedt diverse kansspelen aan, zoals de *Football pools*, wedden op paardenkoersen, poker, casino en bingo. In Nederland biedt Sportech, via haar 100% dochter Sportech BV, weddenschappen aan op binnenlandse en buitenlandse paardenkoersen (de totalisator). Via internet gebruikt ze het distributiekanaal Runnerz.nl. Sportech heeft al meerdere malen laten weten dat het bedrijf naast de totalisator ook geïnteresseerd is in het verkrijgen van (eventuele) vergunningen voor online kansspelen, maar ook landbased casino's.

2. Toekomstig kansspelbeleid

Sportech wil graag haar vergunning behouden tot de herstructurering van de landbased markt. In de tussentijd zou zij graag meedingen naar een of meerdere vergunningen voor internetkansspelen.

Directoraat-Generaal
Jeugd en
Sanctietoepassing
Directie Sanctie- en
Preventiebeleid

Datum

23 maart 2012

Ons kenmerk

245849

Doelstellingen

In uw brief van 19 maart 2011 heeft u uw visie op het kansspelbeleid uiteengezet. Doel van het Nederlandse kansspelbeleid is Nederlandse burgers op veilige en verantwoorde wijze te kunnen laten deelnemen aan kansspelen, waarbij de daaraan verbonden risico's zoveel mogelijk worden voorkomen. Hierbij is het van belang een passend en attractief aanbod van kansspelen te creëren, waarbij de vraag van de consument naar spelen op een goede en veilige manier wordt ingevuld, keuzemogelijkheid is in spellen en aanbieders (operators) en er voor de consument geen aanleiding is om te spelen bij niet-gereguleerde aanbieders. Tegelijkertijd dient kansspelverslaving voorkomen te worden, de consument beschermd te worden en fraude en criminaliteit te worden tegengegaan. In deze modernisering zal u ook alle eerdere nationale en Europese jurisprudentie meenemen.

Concreet leidt dit tot de volgende maatregelen:

- de regulering van online kansspelen;
- herstructurering van de land-based kansspelen, waarin een zekere mate van concurrentie zal worden bevorderd voor bepaalde kansspelcategorieën (casino's, loterijen en weddenschappen);
- transparante verlening van kansspelvergunningen.

(Sport)weddenschappen

De huidige Wet op de kansspelen (Act on gambling) voorziet in aparte titels (en vergunningmogelijkheden) voor weddenschappen op de uitslagen van sportwedstrijden (sports betting) en die van paardenrennen (horse betting). De vergunningen hiervoor zijn respectievelijk verleend aan De Lotto en Sportech. In beide vergunningen is toegestaan dat de te organiseren kansspelen via direct elektronische weg worden aangeboden.

Recente jurisprudentie

De afgelopen jaren zijn over het in Nederland gevoerde kansspelbeleid vele discussies en juridische procedures gevoerd. Het Hof van Justitie scherpt de voorwaarden voor de houdbaarheid van het Nederlandse stelsel steeds verder aan. Ook de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft begin 2011 geoordeeld dat het Nederlandse stelsel op een specifiek punt niet voldoet, namelijk de wijze waarop de vergunningen worden afgegeven voor sportprijsvragen en de totalisator.

Advies

U kunt het volgende aangeven:

- Binnen de hierboven geschetste context wordt momenteel, samen met het Ministerie van Financiën, uitwerking gegeven aan een vergunningstelsel voor kansspelen via internet. Er wordt gedacht aan een stelsel met een beperkt aantal vergunningen, verdeeld in drie categorieën, namelijk pokeren, overige tafel en casinospelen en weddenschappen. Het is de verwachting medio zomer 2012 een wetsvoorstel ter consultatie aan relevante stakeholders voor te leggen. Ook wordt gewerkt aan de herinrichting van de casino- en speelautomatenmarkt. Tenslotte zal ook de rest van de land-based markt (loterijen, sportwedden en totalisator) worden herzien.

- U kunt de heren van Sportech vragen zich uit te spreken over hun voorkeuren ten aanzien van de inrichting van het vergunningstelsel voor kansspelen via internet en de herinrichting van de landbased markt.

**Directoraat-Generaal
Jeugd en
Sanctietoepassing**
Directie Sanctie- en
Preventiebeleid

Datum
23 maart 2012

Ons kenmerk
245849

3. Huidige vergunning en verdeling van toekomstige vergunningen

Op 17 juni 2008 is aan Sportech (toen nog: Scientific Games Racing) vergunning verleend om van 1 juli 2008 tot en met 30 juni 2013 een totalisator (paardenrennen) te organiseren. Sportech heeft de totalisatorvergunning al sinds 1998. Sportech zal aandacht vragen voor verlenging van haar vergunning na 30 juni 2013 en zal haar vergunning willen behouden tot de herstructurering van de land-based markt. In de tussentijd zou zij graag meedingen naar een of meerdere vergunningen voor internetkansspelen.

Directoraat-Generaal
Jeugd en
Sanctietoepassing
Directie Sanctie- en
Preventiebeleid

Datum
23 maart 2012

Ons kenmerk
245849

Uitgangspunt van het beleid is om vanaf het moment dat de landbased markt is heringericht, de vergunningen op transparante wijze te verlenen. Dat vloeit ook voort uit recente rechtspraak. Op deze hoofdregel bestaat echter een uitzondering voor ondernemingen die onder rechtstreeks toezicht staan van de Staat of op wier activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.¹ Dat maakt het mogelijk om tot het moment waarop de nieuwe situatie van kracht wordt vast te houden aan de huidige wijze van vergunningverlening (namelijk verlening aan de zittende vergunninghouders).

Bij De Lotto is er daarom voor gekozen om de directe overheidscontrole te vergroten door het aanstellen van een overheidscommissaris (government appointed non-executive director). Dat kon ook gemakkelijk omdat De Lotto een stichting (foundation) is, welke rechtsvorm weinig vennootschapsrechtelijke beperkingen kent. Bij Sportech ligt dat moeilijker omdat het een B.V. (limited company) is, waarbij benoeming van een overheidscommissaris niet mogelijk is.

U kunt het volgende aangeven:

- Uitgangspunt is de vergunning(en) (licences) voor een totalisator (op termijn) via een open en transparante procedure te verlenen. Dit omdat de overheid vergunningen niet zomaar mag verlengen. Bij de verdeling (allocation) kan gedacht worden aan verdeling van de vergunning door middel van een veiling (auction) of een vergelijkende toets (beauty contest).
- U kunt de heren van Sportech vragen hoe zij hun toekomst zien na 15 jaar vergunning en zich uit te spreken over hun voorkeuren ten aanzien van de verdeling.
- Sportech Plc is een beursgenoteerd bedrijf (listed company). In het verleden is gesproken over de mogelijkheid om Sportech B.V. om te zetten in een stichting. De enige mogelijkheid om de huidige vergunninghouder zijn activiteiten te laten voortzetten na 30 juni 2013 zonder een transparante procedure te houden is om deze ook onder strenge overheidscontrole te brengen. U kunt vragen hoe Sportech dit voor zich ziet. Uit de inmiddels opgedane ervaring met de overheidscommissaris bij de Lotto blijkt dat dit zelfs in een traditioneel bekende Nederlandse bestuurlijke context niet vanzelf spreekt. Naar verwachting zal dit met een internationaal beursgenoteerd bedrijf nog veel lastiger zijn. U kunt aangeven dat u de door Sportech ingebrachte punten zult meenemen bij uw verdere beleidsvorming.

4. Handhaving

Sportech heeft in haar brief d.d. 17 augustus 2011 (zie bijlage 1) aangegeven hinder te ondervinden van activiteiten van illegale aanbieders. Legale aanbieders worden volgens Sportech geconfronteerd met oneerlijke en illegale concurrentie doordat zij onderhevig zijn aan Nederlandse wet- en regelgeving en de daarbij behorende beperkende vergunningsvoorwaarden.

¹ Arrest Betfair, C-203/08

In uw brief van 19 maart 2011 heeft u aangegeven te verwachten dat de Kansspelautoriteit (Ksa), doordat zij kan beschikken over een effectief bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium, goed in staat zal zijn toezicht te houden op de Wet op de Kansspelen (Wok). Daarnaast zal handhaving plaatsvinden via het betalingsverkeer, door middel van het instrument van de zwarte lijst. Ook zal bij de wijziging van de Wok (in verband met de regulering van internet kansspelen) worden bezien of het mogelijk is aanvullende handhavingmaatregelen te treffen.

**Directoraat-Generaal
Jeugd en
Sanctietoepassing**
Directie Sanctie- en
Preventiebeleid

Datum
23 maart 2012

Ons kenmerk
245849

U kunt het volgende aangeven:

- U begrijpt de zorgen van Sportech ten aanzien van het illegale aanbieders. U onderstreept dan ook het belang van handhaving van de wet (enforcement) op het gebied van illegaal kanspelaanbod via internet.
- Afgelopen najaar is begonnen met het sturen van waarschuwingen aan bedrijven die de wet overtreden door zonder vergunning online kansspelen aan te bieden. Voorlopig is de aanpak vooral gericht op illegale aanbieders die zich onmiskenbaar richten op Nederlandse markt. Dit heeft inmiddels geresulteerd in een zwarte lijst met kanspelaanbieders, die begin dit jaar aan de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) is gestuurd. De NVB heeft de lijst inmiddels doorgeleid aan de individuele banken. Op basis van de zwarte lijst kan een Nederlandse bank een relatie met een cliënt/illegale aanbieder beëindigen.

Ter informatie:

buiten verzoek

Speaking notes:

2. Future gambling policy

- Currently, we are in the process of modernising the Dutch gambling policy.
- In my letter to Parliament of 19 March 2011 I have defined my view on the Dutch gambling policy.
- The main purpose of the Dutch gambling policy is to enable Dutch citizens to participate in a safe manner in gambling activities.
- At the same time I would like to avoid possible risks like gambling addiction and fraud and I want to ensure a decent level of consumer protection.
- This modernisation entails several aspects:
 - The regulation of online gambling;
 - Restructuring of the landbased gambling market;
 - The allocation of licences in a transparent manner.
- For online gambling, I am considering a system with a limited amount of licenses, divided into three categories, poker, other casino games and betting.
- I am planning to consult relevant stakeholders on the draft bill mid summer 2012.
- Furthermore, I am working on the restructuring of the casino and slotmachine market. Finally, other parts of the landbased market will be modernised. This entails lotteries, sports- and horse betting.
- I would be very much interested in hearing your views and preferences with regard to the future policy for online gambling and the restructuring of the landbased market.

3. Current licence and allocation of future licences

- I want to realize that licences will be allocated in an open and transparent manner. This is important as the Government is, according to recent European case law, not entitled to automatically prolong licences. In this regard possible options are, for instance, the method of an auction or beautycontest.
- May I ask you to express your view on the future of Sportech, as Sportech has been a licensee for almost 15 years now. I would also welcome to hear your preferences with regard to a possible allocation scheme.
- Sportech is a listed company. In the past, it has been discussed to possibly convert Sportech in a foundation. I am mentioning this, as the only possibility to continue the current system for now is when the Dutch licensee is put under direct government supervision. What is your opinion on this matter?

4. Enforcement

- I completely understand your discomforts with regard to illegal operators. Therefore, I would like to stress the importance of effective enforcement.
- Last autumn we have notified illegal operators that they are in violation of our laws by offering online gambling without a licence.

Directoraat-Generaal
Jeugd en
Sanctietoepassing
Directie Sanctie- en
Preventiebeleid

Datum
23 maart 2012

Ons kenmerk
245849



Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

**Directoraat-Generaal
Jeugd en
Sanctietoepassing**
Directie Sanctie- en
Preventiebeleid

Contactpersoon

5.1.2e

verslag

Werkbezoek kansspelautoriteit Denemarken

Datum
30 maart 2012

Ons kenmerk
DSP

Omschrijving	Werkbezoek kansspelautoriteit Denemarken
Vergaderdatum en -tijd	27 maart 2012, 09.00-16.00 uur
Vergaderplaats	Kopenhagen
Aanwezig	5.1.2e

Op dinsdag 27 maart 2012 heeft een delegatie van DSP een werkbezoek gebracht aan de Deense kansspelautoriteit in Kopenhagen. De Denen waren zeer open en behulpzaam, en in een intensief programma is een tour d'horizon gegeven van het gehele Deense kansspelveld.

1. Wet op de kansspelen

Met de wijziging van de Wet op de kansspelen op 1 januari jl. heeft Denemarken nagenoeg haar gehele kansspelveld herzien. Geen politieke wens bestond echter om het loterijstelsel te herzien, dus is deze intact gebleven. Op paardenwedenschappen (met een vergelijkbare omvang als in Nederland) is het monopolie behouden. De Denen hebben voor kansspelen via internet een stelsel ingericht met strenge vergunningvoorwaarden en een niet op voorhand beperkt aantal vergunningen.

5.1.2a

**Directoraat-Generaal
Jeugd en
Sanctietoepassing**
Directie Sanctie- en
Preventiebeleid

Datum
30 maart 2012

Ons kenmerk
DSP

5.1.2a

**Directoraat-Generaal
Jeugd en
Sanctietoepassing**
Directie Sanctie- en
Preventiebeleid

Datum
30 maart 2012

Ons kenmerk
DSP

5.1.2a

**Directoraat-Generaal
Jeugd en
Sanctietoepassing**
Directie Sanctie- en
Preventiebeleid

Datum
30 maart 2012

Ons kenmerk
DSP

5.1.2a

Vervolg

- Met de contactpersonen voor verschillende onderdelen vindt verdere uitdieping via mail en telefonisch contact plaats.
- In het bijzonder zal de ervaring met het stellen vergunningsvoorwaarden en de afgifte van vergunningen worden gedeeld.
- Wellicht draagt een bezoek van Tweede Kamerleden aan de Deense kansspelautoriteit bij aan kennisvermeerdering bij de leden.
- De KSA zal contact opnemen met de Deense KSA over toepassing van handhavingsinstrumenten, waaronder de zwarte lijst.

Eindrapportage

Advisering maatregelen tegen kansspelen op internet door niet-vergunninghouders

ten behoeve van

Ministerie van Veiligheid en Justitie Kansspelautoriteit

Opdrachtgever Ministerie van Veiligheid en Justitie / Kansspelautoriteit
5.1.2e
Wijnhaven 24
2511 GA Den Haag

Betreft Advisering maatregelen tegen kansspelen op internet door niet-vergunninghouders

Project Nr./ Ref. nr. PR-110315 / Opdrachtnummer 4500933225
Datum 12 april 2012
Versie 1.0
Auteur 5.1.2e
Business Unit Cybercrime
Pagina's 58



Fox-IT BV

Olof Palmestraat 6
2616 LM Delft

P.O. box 638
2600 AP Delft

The Netherlands

Telefoon: +31 (0)15 284 7999
Fax: +31 (0)15 284 7990
E-mail: fox@fox-it.com
Internet: www.fox-it.com

Copyright © 2012 Kansspelautoriteit

Handelsmerk

Fox-IT en het logo van Fox-IT zijn handelsmerken van Fox-IT BV.
Alle andere in dit document opgenomen handelsmerken zijn eigendom van de genoemde organisaties.



Inhoudsopgave

Managementsamenvatting	4
Schema handhavingsmaatregelen	8
1 Inleiding.....	13
1.1 Opdrachtschrijving.....	13
1.2 Juridisch	13
1.3 Methodiek.....	14
1.4 Structuur van het rapport.....	14
2 Bevindingen.....	16
2.1 Inleiding	16
2.2 Rechtsmacht	16
2.3 Jurisdicte bij het opsporen.....	18
2.4 Digitaal opsporingsonderzoek	21
2.4.1 Open bronnen onderzoek.....	22
2.4.2 Vorderen van inlichtingen.....	24
2.4.3 In beslag nemen en kopiëren van gegevens op server.....	26
2.5 Technische handhavingsmethodes	26
2.5.1 Filteren en blokkeren van websites	27
2.5.2 Geolocatie technieken	38
2.5.3 Financiële handhavingsmethodes.....	39
2.5.4 Online advertenties blokkeren	47
2.6 Toekomstverwachting op EU wetgevingsgebied	49
3 Escalatiemodel	51
4 Barrièremodel	52
5 Personele en financiële consequenties voor Kansspelautoriteit	55
6 Termen en definities	56



Managementsamenvatting

Het onderhavige rapport richt zich op de handhaving van de Wet op de kansspelen (Wok) met betrekking tot online kansspelwebsites van niet-vergunninghouders. De nadruk wordt gelegd op het inzetten van technische maatregelen als handhavingmaatregelen. Daarbij worden de maatregelen juridisch getoetst en wordt geadviseerd over de haalbaarheid van deze maatregelen.

Het aannemen van Nederlandse rechtsmacht met betrekking tot online kansspelen die aan Nederlanders worden aangeboden lijkt weinig problematisch. Het volkenrecht schrijft wel voor dat Nederland daarbij een legitiem belang moet hebben, dat wil zeggen dat een zinvolle relatie moet bestaan tussen de illegale activiteiten en de staat die zijn wet daarop van toepassing wil laten zijn. Om te beoordelen of online illegale kansspelactiviteiten zich op Nederland richten kan voor het aannemen van rechtsmacht bij de factoren worden aangesloten die zijn geformuleerd in de Ladbrokes-zaak. Bijvoorbeeld dat (a) Nederlanders zonder enige beperking in Nederland via hun computer konden meedoen met Ladbrokes-kansspelen; (b) het (eventueel) gewonnen prijzengeld kon worden uitbetaald op een Nederlandse bankrekening; en (c) Nederland uitdrukkelijk was opgenomen op de lijst van landen waarvan de ingezetenen konden meedoen. Deze factoren zijn niet limitatief. Onzes inziens is het daarnaast een belangrijke factor wanneer van een Nederlandse betalingsdienst gebruik kan worden gemaakt voor de diensten op de website van een niet-vergunninghouder.

Lastiger blijkt het om boetes en andere handhavingmaatregelen op te leggen aan buitenlandse bedrijven of ingezetenen. Lidstaten van de Europese Unie houden elk hun eigen nationale regeling van kansspelen aan, waarbij zij hun eigen vergunninghouders aanwijzen. Lidstaten lijken (nog) niet bereid hun soevereiniteit op dit gebied op te geven. Een staat kan in principe alleen personen en zaken op eigen het grondgebied reguleren. Voor het innen van boetes en verzamelen van bewijs over de grens is medewerking uit het buitenland noodzakelijk, tenzij toestemming wordt gegeven of een verdragsbasis voorhanden is. Hoewel aanbieders van illegale kansspelen in het buitenland onder Nederlands recht kunnen vallen kan de Nederlandse wet niet over de grens worden gehandhaafd. Autoriteiten in het buitenland hoeven niet zonder verdragsbasis rechtshulpverzoeken van de Kansspelautoriteit (Ksa) voor het verzamelen van bewijs uit te voeren. Ook uitlevering in verband met kansspelmisdrijven is moeizaam.

De handhavingproblematiek kan verzacht worden door samenwerking met andere overheidsinstellingen. Samenwerking met de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en het Openbaar Ministerie (OM) moeten nadrukkelijk overwogen worden. Tevens kan overwogen worden aansluiting te zoeken bij het Consumer Protection Cooperation (CPC) netwerk. Om dat laatste mogelijk te maken moet eerst een Europese verordening gewijzigd worden voor het uitbreiden van het toepassingsgebied van het netwerk naar kansspelen. Daarbij is het de vraag of staten dan wel rechtshulpverzoeken en boetes ten uitvoer leggen. Aanbieders van illegale kansspelen die in een staat gevestigd zijn die geen lid zijn van het CPC zullen minder geneigd te zijn mee te werken. Bovendien moet in aanmerking worden genomen dat de Ksa ook rechtshulpverzoeken en boetebesluiten uit het buitenland in Nederland ten uitvoer zou moeten leggen. Dat levert een flinke extra werklast op en het is goed mogelijk dat dit voor de Ksa niet wenselijk is. Wellicht kan wel worden samengewerkt met buitenlandse kansspelautoriteiten, zeker als de kansspelaanbieder ook in het land van oorsprong als illegaal wordt aangemerkt.



De Ksa moet voldoen aan een onderzoeksplicht alvorens handhavingsmaatregelen worden ingezet. Op dit moment zijn er geen vergunninghouders voor het aanbieden van online kansspelen aan Nederlanders. In theorie zou de Ksa daarom al kunnen handhaven. Echter, het uitvoeren van technische handhavingsmaatregelen bij niet-vergunninghouders is kostbaar en de verwachting is dat op termijn verschillende kansspel aanbieder een vergunning krijgen. Voordat (technische) handhavingsmaatregelen worden uitgevoerd is het daarom raadzaam eerst de vergunningsprocedure af te wachten, zodat er niet zinloos kosten worden gemaakt door de betrokken bedrijven en/of financiële instellingen. Daarmee wordt tevens de kans op (juridische) procedures beperkt.

Bij digitaal onderzoek kan tot op zekere hoogte onderzoek in publiekelijk toegankelijke bronnen worden gedaan. Identificerende gegevens kunnen bij tussenpersonen worden gevorderd op grond van de bevoegdheid tot het inwinnen van inlichtingen uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Net als de OPTA zou de Ksa aangesloten moeten worden bij de WHOIS-database van de Stichting Domeinregistratie Nederland (SIDN). Het is van belang dat de onderzoeksbevindingen goed gedocumenteerd worden en op een anonieme manier onderzoek op internet wordt gedaan om het afbreukrisico te beperken. Met betrekking tot onderzoek op servers en andere digitale gegevensdragers kan de Ksa wellicht inzicht verkrijgen uit de werkwijze van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) op dit gebied.

De Wok kan ook op een meer indirecte manier worden gehandhaafd door bepaalde maatregelen te nemen bij tussenpersonen, zoals financiële dienstverleners, advertentiebedrijven en communicatieaanbieders, zoals hostingproviders en internet service providers. Daarbij moet worden opgemerkt dat niet één van deze meer technische maatregelen 100% effectief is, mede door jurisdictieproblemen en het in gebruik nemen van maatregelen ter omzeiling door de spelers. Met een combinatie van maatregelen kan wellicht toch een aanvaardbaar niveau van handhaving worden bereikt. Maatregelen zoals het blokkeren van betalingen aan en advertenties voor kansspel aanbieder zijn in het buitenland reeds geïmplementeerd. De effectiviteit van deze maatregelen en de bijbehorende juridische problematiek is echter grotendeels nog onduidelijk. Inmiddels is een zwarte lijst verzonden aan de Nederlandse Vereniging van Banken. De effectiviteit van deze maatregel is nog onduidelijk. Het kader voor het maken van reclame voor kansspelen voor vergunninghouders is in artikel 4a van de Wok expliciet geregeld. Het verlenen van financiële diensten en het maken van reclame voor spelers en aanbieder van kansspelen valt onzes inziens onder het 'bevorderen' van kansspelen in de zin van artikel 1b van de Wok. Hier bestaat echter nog geen jurisprudentie over en wellicht is het verstandig dit in de Wok en in de memorie van toelichting expliciet te maken. Sommige tussenpersonen, zoals financiële dienstverleners of advertentiebedrijven, hebben in hun algemene voorwaarden opgenomen geen diensten te verlenen aan illegale kansspel aanbieder. Indien de Ksa de niet-vergunninghouder heeft geïdentificeerd en overtreding van de Wok heeft vastgesteld kunnen tussenpersonen in ieder geval op hun eigen beleid worden aangesproken.

Notice and Take Down (NTD)-verzoeken kunnen op vrijwillige basis bij Nederlandse communicatieaanbieder en websitebeheerders worden gedaan om illegale kansspelwebsites die vanuit Nederland worden aangeboden te doen verwijderen. Het gevolg hiervan kan echter zijn dat de niet-vergunninghouder zich naar het buitenland verplaatst. Het is voor de Ksa hierdoor lastiger de niet-vergunninghouder aan te pakken. Overwogen kan worden een NTD-bevel - anders gezegd: een bevel tot ontoegankelijkheidsmaking - in de Wok te creëren waardoor een verzoek tot NTD door de Ksa kan worden afgedwongen. Een dergelijke maatregel staat in spanningsveld met



de vrijheid van meningsuiting en wordt als ingrijpend ervaren. Een effectief bevel tot NTD is tot op heden nog niet binnen strafrechtwetgeving gerealiseerd.

Filtermaatregelen worden bijvoorbeeld in België en Frankrijk overwogen. De juridische haalbaarheid daarvan – zeker als met zwarte lijsten wordt gewerkt – is discutabel. Een filtermaatregel door middel van een websiteblokkade bij internet service providers (ISP) (meer specifiek: access providers die de internetverbinding aan abonnees verzorgt) kan theoretisch gezien overwogen worden, maar Fox-IT raad aan eerst de effectiviteit van andere maatregelen af te wachten voordat de ingrijpende maatregel wordt ingezet. Aan de maatregel kleven namelijk veel nadelen. De maatregel kan relatief eenvoudig omzeild worden. Door instellingen aan te passen in de software of van bepaalde technieken gebruik te maken kan een illegale kansspelwebsite toch worden bezocht. Voor het bevel tot het blokkeren van websites van niet-vergunninghouders moet een aparte grondslag in de Wok worden geregeld. Daarbij moet rekening worden gehouden met weerstand uit de Tweede Kamer gezien een aangenomen motie waar in de regering wordt opgeroepen geen websites bij ISP's te blokkeren. Tenslotte kost het op de juiste manier ten uitvoer leggen van de maatregel geld. Beslist moet worden wie de kosten moet dragen.

Niet-vergunninghouders kunnen zelf relatief eenvoudig voorkomen dat kansspelen aan Nederlanders worden aangeboden met behulp van 'geolocatietechnieken'. In sommaties van de Ksa aan niet-vergunninghouders tot staking van het aanbieden van kansspelen aan Nederlanders kan worden opgenomen dat de niet-vergunninghouders van geolocatietechnieken gebruik kan maken om Nederlanders van hun kansspelwebsite te weren. Daarmee kunnen de niet-vergunninghouders eventuele boetes voorkomen. Echter, net als een aanbieder van illegale kansspelwebsites opgelegde boetes uit Nederland naast zich neer kunnen leggen kan ook een dergelijke suggestie ter kennisgeving worden aangenomen.

Voor de betaling van online kansspelen wordt in Nederland regelmatig gebruik gemaakt van 0800- en 0909-nummers. Wellicht is het aanbieden van online kansspelen door niet-vergunninghouders in strijd met de voorwaarden van het toekenningsbesluit en kan het nummer worden ingetrokken. De Ksa zou daarover met de OPTA in gesprek moeten gaan. Sommige creditcard maatschappijen hebben ook in hun algemene voorwaarden opgenomen geen diensten te verlenen aan aanbieders van online kansspelen. De Ksa zou creditcardmaatschappijen op hun eigen beleid kunnen aanspreken. Verder is ook iDEAL een populaire manier voor het verrichten van internetbetalingen aan kansspelaanbieders. Internetbetalingen en fysieke overboekingen worden door banken gemonitord en de financiële instellingen hebben de mogelijkheid betalingen aan niet-vergunninghouders te blokkeren. Voor een blokkademaatregel van de overheid is een specifieke wettelijke grondslag nodig. De eventuele vanuit de overheid opgelegde maatregel maakt namelijk een inbreuk op het recht op privacy van de betrokkenen en de ondernemersvrijheid van de betrokken financiële instellingen. Met betrekking tot betalingsblokkeringsmaatregelen is weinig ervaring opgedaan binnen de Europese Unie, waardoor de juridische haalbaarheid van de maatregel onduidelijk blijft. Automatische incasso's van kansspelaanbieders voor Nederlanders met een bankrekening bij een Nederlandse bank kunnen door banken worden geweigerd. Buiten Nederland kunnen automatische afschrijvingen door kansspelaanbieders nog wel plaatsvinden. Nederland heeft weinig zicht op transacties die plaatsvinden via de zogenaamde digitale portemonnee (E-Wallet). Indien een directe koppeling bestaat tussen de E-Wallet en een Nederlandse bankrekening of creditcard kan de transactie worden geblokkeerd. Het is op dit moment het lastigst controle uit te oefenen op het gebruik van prepaidkaarten en 'waardebonnen' voor financiële transacties aan kansspelaanbieders, omdat bij deze betaalmethode de betaling buiten het zicht van banken blijft.



In artikel 4a Wok wordt expliciet gewezen op het verbod van promotie voor kansspelen door aanbieders zonder vergunning. Dit verbod geldt ook online en onzes inziens kunnen zowel websites als de advertentiebedrijven zelf hier op worden aangesproken. Eventueel kan een beroep worden gedaan op NTD-regelingen bij tussenpersonen. Het jurisdictieprobleem is echter ook bij deze handhavingsmaatregel aanwezig. Naast het jurisdictieprobleem is het nog niet helemaal uitgekristalliseerd of bepaalde media die advertenties aanbieden daarvoor aansprakelijk gesteld kunnen worden.

Resumerend heeft de Ksa een flinke kluit aan haar opdracht om niet-vergunninghouders die kansspelen online aanbieden van de Nederlandse markt te weren. Problemen wat betreft jurisdictie maken het direct aanspreken van buitenlandse niet-vergunninghouders naar verwachting weinig effectief en met verstreckende technische maatregelen kunnen de doelstellingen maar voor een deel worden bereikt. De Ksa zou ten dele uit de voeten kunnen met de vrijwillige medewerking van tussenpersonen op basis van bestaande gedragscodes of een beroep op algemene voorwaarden. Echter, om daadwerkelijk betalingen aan niet-vergunninghouders te stoppen of een kansspelwebsite offline te halen moet een bevel met een expliciete grondslag in de Wok worden gecreëerd. Onzes inziens kunnen geolocatietechnieken een effectieve maatregel zijn voor niet-vergunninghouders om aan de Nederlandse Wok te voldoen. De niet-vergunninghouders zullen overtuigd moeten worden deze software in te zetten om Nederlandse spelers te weren. Met de inzet van geolocatietechnieken, de medewerking van tussenpersonen en een gecontroleerde markt voor kansspelen kan wellicht toch een gezond kansspelklimaat in de digitale wereld worden bewerkstelligd.



Schema handhavingsmaatregelen

Onderdeel: Rechtsmacht

Maatregel:

Aansluiten bij Consumer Protection Cooperation (CPC) netwerk of gelijksoortig Europees orgaan voor kansspelen. Wijzigen Europese verordening. Toenadering zoeken andere autoriteiten. Veel informatie te bemachtigen, maar vastleggen in dossier.

Juridische haalbaarheid:

- Aansluiting CPC slechts mogelijk na wijziging van Europese verordening. Europees kansspelorgaan zou nog opgericht moeten worden.

Effectiviteit	+-
---------------	----

Voordelen:

- Rechtshulpverzoeken effectiever laten uitvoeren.

Nadelen:

- Vereist capaciteit. Nederland moet ook verzoeken uit buitenland uitvoeren;
- Niet zeker dat de rechtshulpverzoeken ten uitvoer worden gebracht;
- Niet alle staten waar de buitenlandse aanbieder zijn gevestigd zullen zijn aangesloten bij het orgaan.

Onderdeel: Open bronnen onderzoek

Maatregel:

Veel informatie te bemachtigen, maar vastleggen in dossier. Zorg voor anoniem internet.

Juridische haalbaarheid:

- Tot op zekere hoogte mogelijk o.g.v. de algemene onderzoeksbevoegdheid van bestuursorganen.

Effectiviteit	+
---------------	---

Voordelen:

- Veel informatie te vinden. Ook in buitenland mogelijk.

Nadelen:

- Goed vastleggen. Niet alle informatie kan worden vastgelegd; toets aan beginselen van behoorlijk bestuursrecht;
- Anoniem internet kost geld;
- Heeft geen zin als het niet tot een vervolging komt, bijvoorbeeld omdat betrokkene niet kan worden uitgeleverd.



Onderdeel: Vorderen inlichtingen

Maatregel:

Aansluiten aan WHOIS-database SIDN. Houdt beleidsregel OPTA aan inzake vorderen gegevens ISP's. Aansluiting GBA-register.

Juridische haalbaarheid:

- De Ksa en OPTA zijn beiden bestuursorganen en hebben beiden veel met digitale opsporing te maken;
- Een beleid voor de beveiliging van gegevens moet worden gemaakt. Maximale bewaartermijn instellen;
- Melding aan College Bescherming Persoonsgegevens (CBP).

Effectiviteit	+-
---------------	----

Voordelen:

- Veel en relevante gegevens beschikbaar bij tussenpersonen.

Nadelen:

- Zeer lastig bij buitenlandse tussenpersonen.

Onderdeel: In beslag nemen digitale apparatuur

Maatregel:

Inspiratie halen uit richtlijn NMa.

Juridische haalbaarheid:

- Interne beleidsmaatregel kan eenvoudig worden opgesteld.

Effectiviteit	+-
---------------	----

Voordelen:

- Waarborgt een zorgvuldige bewijsgaring.

Nadelen:

- Vereist tijd om op te stellen;
- Tenuitvoerlegging niet mogelijk bij aanbieders in het buitenland.

Onderdeel: Notice and Take Down

Maatregel:

Bevoegdheid tot afgeven NTD bevel in Wok creëren.

Juridische haalbaarheid:

- Binnen huidige juridisch kader alleen op basis van vrijwillige medewerking;
- Afdwingen alleen mogelijk met nieuwe ingrijpende bevoegdheid die niet elders is geïmplementeerd;



- Per individuele illegale kansspelaanbieder.

Effectiviteit	-
---------------	---

Voordelen:

- Binnen Nederland worden geen websites van niet-vergunninghouders meer gehost;
- Kleine kans op succes in buitenland op basis van medewerking.

Nadelen:

- Alleen binnen Nederland wegens jurisdictie, buitenlandse hostingproviders kunnen verzoek/bevel in principe naast zich neerleggen;
- Mogelijke verplaatsing van servers naar buitenland;
- Ingrijpende bevoegdheid in verband met vrijheid van meningsuiting;
- Mogelijk gebrek aan maatschappelijk draagvlak;
- Onduidelijk wie de kosten moet dragen;
- Kans op onwenselijke neveneffecten.

Onderdeel: Filtermaatregelen

Maatregel:

Bevoegdheid tot filter/blokkeringsmaatregel in Wok creëren. Eventueel als onderdeel van / direct na NTD-bevelsbevoegdheid.

Juridische haalbaarheid:

- Nieuwe ingrijpende bevoegdheid;
- Alleen indien NTD-verzoeken niet hebben gewerkt en als laatste redmiddel bij NL ISP's;
- Per individuele illegale kansspelaanbieder.

Effectiviteit	-
---------------	---

Voordelen:

- Een deel van de internetgebruikers in NL zullen die specifieke website(s) niet meer kunnen benaderen.

Nadelen:

- Ingrijpende bevoegdheid i.v.m. vrijheid van meningsuiting;
- Mogelijk gebrek aan maatschappelijk draagvlak;
- Onduidelijk wie de kosten moet dragen;
- Eenvoudig te omzeilen;
- Kans op onwenselijke neveneffecten.

Onderdeel: Geolocatietechnieken

Maatregel:

Niet-vergunninghouders overtuigen of verplichten accounts met Nederlandse IP-adressen te blokkeren.



Juridische haalbaarheid:

Is een maatregel om 'bevorderen van kansspelen' te voorkomen. Kan expliciet in toelichting worden genoemd.

Effectiviteit	+-
---------------	----

Voordelen:

- Het is een geaccepteerde en wijd gebruikte methode om te voorkomen dat van de dienst in bepaalde landen gebruik wordt gemaakt.

Nadelen:

- Maatregel kan worden omzeild;
- Medewerking van de niet-vergunninghouder is noodzakelijk. Verwacht wordt dat de niet-vergunninghouders die in het buitenland gevestigd zijn niets van het verzoek of sommatie zullen aantrekken.

Onderdeel: Betalingsblokkering

Maatregel:

Het verrichten van financiële diensten voor spelers of aanbieders van niet-vergunde kansspelen valt in principe onder het verbod van bevorderen van kansspelen in de zin van artikel 1b Wok. Wellicht expliciet maken in de Wok en memorie voor toelichting. Voor opleggen blokkeringsmaatregel door de Ksa expliciet een bevoegdheid in de Wok opnemen.

Juridische haalbaarheid:

Expliciet verbod voor het verwerken van betalingen aan niet-vergunninghouders en bevoegdheid tot blokkeringsmaatregel waarschijnlijk noodzakelijk. Tussentijds wellicht via convenanten (publiek-private samenwerking) te regelen.

Effectiviteit	+-
---------------	----

Voordelen:

- Zonder inkomen is het minder interessant kansspelen in Nederland aan te bieden. Vergunninghouders worden interessanter door meer/eenvoudige betalingsmogelijkheden.

Nadelen:

- Eenvoudig te omzeilen met alternatieve betaalwijzen uit het buitenland;
- Nieuwe (enigszins ingrijpende) bevoegdheid noodzakelijk. Nog onduidelijkheden over juridische haalbaarheid van een dergelijke maatregel;
- Privacyvraagstukken i.v.m. monitoring en blokkering van betalingsverkeer op verzoek van overheid.



Onderdeel: Advertentieblokkering

Maatregel:

Valt onder bevorderen van kansspelen in de zin van artikel 1b Wok (voor vergunninghouders expliciet gemaakt in artikel 4a Wok). Voor de blokkering van advertenties als maatregel een expliciete grondslag in de Wok creëren.

Juridische haalbaarheid:

Artikel 1b Wok verbiedt in principe het maken van reclame voor kansspelen. Meer jurisprudentie is noodzakelijk voor duidelijke normen, ook voor online omgevingen. Blokkering is wellicht haalbaar en effectief voor zover de grote partijen in de advertentiemarkt betrokken zijn bij reclame voor niet-vergunninghouders. Omdat de markt gefragmenteerd is en sommige dienstverleners in buitenland zitten zijn de mogelijkheden beperkt.

Effectiviteit	+-
---------------	----

Voordelen:

- Beschermen van minderjarigen tegen kansspelen;
- Minder prikkeling voor deelname aan kansspelwebsite;
- Past goed bij beleidsdoelen.

Nadelen:

- Slechts bij beperkt aantal dienstverleners toe te passen;
- Eenvoudig te omzeilen via advertentiediensten in buitenland;
- Nog juridische onduidelijkheden door gebrek aan jurisprudentie.

Legenda effectiviteit:

- ++ Effectieve maatregel die relatief eenvoudig juridisch te regelen en uitvoerbaar is.
- +
- +- Effectieve maatregel die juridisch te regelen is of reeds mogelijk is en redelijk uitvoerbaar is.
- Maatregel waarvan de resultaten wisselend zullen zijn en de (juridische) uitvoerbaarheid discutabel is.
- Maatregel die enig effect heeft, maar de (juridische) uitvoerbaarheid discutabel is.



1 Inleiding

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft het voornemen om het kansspelbeleid te moderniseren door onder andere het aanbod van kansspelen op internet via een vergunningsstelsel mogelijk te maken. Dit heeft hij verwoord in een brief aan de Tweede Kamer op 19 maart 2011.¹ In welke mate kansspelen op internet mogen worden aangeboden, onder welke voorwaarden en of het aantal vergunningen beperkt of onbeperkt is, wordt op dit moment door het Ministerie van Veiligheid en Justitie nader uitgewerkt. Inmiddels is een wijziging van de Wok tot stand gekomen waarin de Ksa wordt geïntroduceerd.² Eén van taken van de Ksa zal zijn het kansspel aanbod te handhaven. Dit zal in beginsel gebaseerd zijn op het bestuursrechtelijke instrumentarium en als ultimum remedium met de inzet van strafrecht.

Vanwege volksgezondheidsrisico's die gepaard gaan met kansspelen streeft de staatssecretaris naar een veilig en verantwoord aanbod van kansspelwebsites. Kansspelwebsites (aanbieders) die zich niet aan de regels houden, moeten hier op kunnen worden aangesproken. De Ksa moet in staat zijn de kansspelwebsites en tussenpersonen die in strijd handelen met de Wok op te sporen en handhavend op te kunnen optreden. De Ksa richt zich in eerste instantie op kansspelwebsites en tussenpersonen die gericht zijn op de Nederlandse markt c.q. consument. De Ksa is opgericht omdat voorheen onvoldoende werd opgetreden tegen overtreders van de Wok. Handhaving door de Ksa zal zich moeten richten op het optreden tegen aanbieders die in strijd handelen met de Wok. Als toezichthouder beschikt de Ksa over instrumenten om overtreders aan te pakken.

1.1 Opdrachtomschrijving

Fox-IT zal de Ksa ondersteunen bij het verder vormgeven van in het bijzonder technische handavings- en opsporingmaatregelen tegen overtreders van de Wok. Fox-IT fungeert voor deze maatregelen als een 'expertisecentrum' en brengt materiedeskundigheid in. De doelstelling van onze inzet is om de Ksa zo goed mogelijk te adviseren in de aanpak van de overtreders.

Fox-IT zal zich richten op de volledige keten van de aanbieder tot de speler, waarbinnen ook tussenpersonen zoals ISP's en financiële dienstverleners een rol spelen. De nadruk ligt op de mogelijkheden van technische voorzieningen die in te zetten zijn als effectieve handavingsmaatregel tegen niet-vergunninghouders die online kansspelen aanbieden aan Nederlanders. Fox-IT zal deze technische mogelijkheden juridisch toetsen en adviseren over de haalbaarheid ervan. Over eventuele te nemen nieuwe maatregelen wordt tevens geadviseerd evenals eventuele gevolgen voor de organisatie van de Ksa.

1.2 Juridisch

Handhaving van de Wok geschiedt in de eerste plaats door de Ksa via het bestuursrecht en in uitzonderingsgevallen door het OM via het strafrecht. Dat past ook binnen het uitgangspunt van het strafrecht dat meer in het algemeen alleen als ultimum remedium dient. Beiden rechtsgebieden vallen onder het publiekrecht dat deels gereguleerd wordt door algemene principes uit het internationale recht en EU-wetgeving. Bovendien is het van belang dat online opsporing op een zorgvuldige manier en binnen wettelijke kaders plaatsvindt.

¹ Kamerstukken II 2010/11, 24 557, nr. 124 (Beleidsvisie kansspelen).

² Stb. 2012, 11 samen met Stb. 2011, 575.



Met betrekking tot de handhaving van kansspelen op internet behoren vraagstukken met betrekking tot jurisdictie tot de belangrijkste vragen die er liggen. Het gaat hier ten eerste om de jurisdictie die geldt om een zaak op te pakken en ten tweede in hoeverre grensoverschrijdend binnen de huidige wettelijke kaders op een zorgvuldige manier kan worden opgespoord. Deze vragen hebben vooral betrekking op internationaal publiekrecht (waar zowel het bestuursrecht als het strafrecht onder vallen) en de toepassing van (bijzondere) opsporingsbevoegdheden op het internet.

Indien de traditionele manier van handhaven onvoldoende soelaas biedt kan overwogen worden om de naleving van de Wok af te dwingen door tussenpersonen, zoals banken, Payment Service Providers (PSP's) en ISP's aan te spreken indien zij illegale kansspelen op internet bevorderen. Met betrekking tot filteren op het internet spelen er belangrijke juridische vragen op het gebied van privacy en de vrijheid van meningsuiting. In dit rapport wordt nader op deze vragen ingegaan.

1.3 Methodiek

De juridische beschouwing en aanbevelingen worden binnen het gegeven tijds kader voor zover mogelijk gebaseerd op wetenschappelijke literatuur en jurisprudentie. Echter, aangezien het om grotendeels zeer recente of nog te implementeren wetgeving gaat is met betrekking tot bepaalde onderwerpen nog weinig literatuur beschikbaar. In die gevallen is de juridische bijdrage daarom gebaseerd op een persoonlijke interpretatie en onderbouwde mening over de handhavingsmogelijkheden van online kansspelen van de auteurs.

1.4 Structuur van het rapport

Het rapport beschrijft in hoofdstuk 2 de bevindingen van het onderzoek. Allereerst worden de mogelijkheden van extraterritoriale opsporing onderzocht, omdat de meeste kansspelwebsites of aanbieders van kansspeldiensten zich in het buitenland bevinden. Bovendien worden de mogelijkheden van online opsporing aangegeven en wordt advies gegeven met betrekking tot de waarborging daarvan. Daarbij wordt summier ingegaan op de toepassing van opsporingsbevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering (Sv) en de handhavingsinstrumenten uit de Awb. Vervolgens worden de mogelijkheden met betrekking tot de naleving van de Wok onderzocht door bepaalde maatregelen ten opzichte van tussenpersonen te bespreken. Meer specifiek gaat het daarbij om het opleggen van eventuele blokkeringsmaatregelen binnen de financiële sector, advertentie-industrie en bij ISP's. Hierbij worden NTD en filteringsmaatregelen overwogen, evenals het blokkeren van betalingsverkeer en het blokkeren van advertenties. Tot slot wordt in hoofdstuk 2 nog een kort toekomstperspectief op het gebied van kansspelbeleid en wetgeving geschetst.

In hoofdstuk 3 wordt kort een escalatiemodel beschreven, waarin wordt aangegeven welke stappen door de Ksa genomen kunnen worden teneinde het aanbod van illegale kansspelen te bestrijden.

In hoofdstuk 4 wordt kort een barrièremodel beschreven, waarin wordt aangegeven welke stappen door de Ksa genomen kunnen worden in het financiële proces tussen aanbieder en speler ten behoeve van de aanpak van niet-vergunninghouders.

In hoofdstuk 5 wordt kort beschreven de personele en financiële consequenties voor de KSA voor het uitvoeren van toezicht en controle van vergunninghouders en niet-vergunninghouders.



Tenslotte is in hoofdstuk 6 een verklarende begrippenlijst opgenomen, gezien het groot aantal technische termen en afkortingen die in het rapport voorkomen.



2 Bevindingen

2.1 Inleiding

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie is duidelijk geworden dat het reguleren van kansspelen niet in strijd is met EU-wetgeving, in het bijzonder met de vrijheid van diensten binnen de Europese Unie (EU), wanneer dit daadwerkelijk gemotiveerd is met een beroep op fraudebestrijding, de bescherming van de consument en/of de bestrijding van maatschappelijk problemen.³ De Nederlandse Wok lijkt die toets te doorstaan.

Met betrekking tot kansspelen op internet is in het bijzonder de zaak *Liga Portuguesa v. Santa Casa* van het Hof van Justitie relevant.⁴ In deze zaak heeft het Hof aangegeven dat het feit dat een aanbieder van kansspelen rechtmatig haar diensten in een lidstaat van de EU via internet aanbiedt niet betekent dat consumenten voldoende worden beschermd tegen het risico van fraude en andere potentiële nadelige gevolgen van ongereguleerde kansspelen. Bovendien merkte het Hof - in onze ogen terecht - op dat het risico op fraude groter is bij kansspelen op internet, gezien de afwezigheid van contact tussen de consument en aanbieder van het kansspel. Lidstaten hebben door deze uitspraak de ruimte gekregen om kansspelen op internet die in het buitenland worden aangeboden aan nationale regelgeving te onderwerpen.⁵ In dit document zal om deze reden verder niet ingegaan worden op de vraag of Nederland bevoegd is tot het reguleren van kansspelen. De rechtmatigheid van de nog te formuleren vergunningsvoorwaarden worden niet onderzocht.

Dit hoofdstuk richt zich op de handhavingvraagstukken met betrekking tot kansspelen op internet. Kansspelen op internet worden in de eerste plaats gehandhaafd vanuit het bestuursrecht. Toepassing van het strafrecht vindt alleen plaats bij samenloop met andere criminele activiteiten, na overleg met het Openbaar Ministerie (OM) en deze tot handhaving besluit.

Bestuursrecht en strafrecht vallen beiden binnen het publiekrecht en de regels met betrekking tot jurisdictie vloeien grotendeels voort uit principes van het internationale en Europese recht. Op basis van deze regels moet worden getoetst of de Ksa jurisdictie in een bepaalde zaak heeft en hoeverre grensoverschrijdend kan worden opgespoord.

2.2 Rechtsmacht

Rechtsmacht wordt primair bepaald op grond van het territorialiteitsbeginsel.⁶ Indien een misdrijf wordt gepleegd op Nederlands grondgebied dan kan Nederland jurisdictie aannemen. Bij kansspelen op internet lijkt het aannemen van rechtsmacht op grond van het territorialiteitsbeginsel bij strijd met de Wok niet erg problematisch. Indien vanuit het buitenland illegale kansspelen in

³ Zie o.a. HvJ EG 6 november 2003 C-243/01 (*Gambelli*) m.b.t. de zogenaamde 'hypocrisietoets', en verder HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-258/08, (*Ladbroke*), HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08, (*Betfair*). Zie ook P. Adriaanse, T. Barkhuysen, S. van den Bogaer, 'Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat De zaken Ladbroke en Sporting Exchange (Betfair) over internetaanbod en kansspelmonopolies in perspectief: les jeux sont faits?', *NJB* 2010, nr. 1529, nr. 29.

⁴ HvJ EU 8 september 2009, nr. C-42/07, (*Liga Portuguesa*).

⁵ Zie ook HR 24 februari 2012, *LJN* BT6689 (*Lotto/Ladbroke*), waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de nationale monopolie van de Lotto niet in strijd is met het Europees recht van vrij verkeer van diensten. Beschikbaar via: <http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BT6689> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

⁶ Jurisdictie kan ook worden aangenomen op grond van andere beginselen, zoals het actieve nationaliteitsbeginsel, maar dat ligt bij kansspelen niet voor de hand.



Nederland worden aangeboden kan de Ksa of het OM de zaak oppakken. Wel moet er sprake zijn van een 'zinvolle relatie' zijn met Nederland.

Sommige auteurs stellen dat het 'verdedigbaar is dat de eigenaar van een website die geen enkele activiteit op Nederland richt, terwijl ook offline geen verbondenheid met Nederland bestaat, kan stellen dat het onvoorzienbaar was dat de website in Nederland werking zou hebben'.⁷ Met andere woorden: het aannemen van jurisdictie op basis van het onbeperkte territorialiteitsbeginsel en zonder aanknopingspunt in Nederland zou in strijd zijn met het volkenrecht, waaronder het non-interventiebeginsel, proportionaliteitsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en andere algemene volkenrechtelijke beginselen.⁸ Het kan bovendien leiden tot conflicten wat betreft jurisdictie van andere staten en diplomatieke spanningen. Kortom, voor het aannemen van rechtsmacht moet er een zinvolle relatie zijn tussen de illegale activiteiten en de staat die daarop zijn wet op wil toepassen. Een staat moet een als legitiem ervaren belang hebben en mag niet naar willekeur handelen. Rechtsmacht die niet op een dergelijk zinvol aanknopingspunt is gebaseerd, is in strijd met het non-interventiebeginsel en daarom volkenrechtelijk niet geoorloofd.⁹ Kansspelaanbieders die gelegenheid bieden aan Nederlanders om daar aan deel te kunnen nemen richten zich potentieel actief op Nederland. Het is een criterium voor het aannemen van rechtsmacht, maar niet duidelijk is dat op zichzelf genoeg is.¹⁰ Voor meer aanknopingspunten kan aansluiting worden gezocht bij de factoren die zijn geformuleerd in de *Lotto/Ladbrokes*-zaak.¹¹

In de *Lotto/Ladbrokes*-zaak speelt onder andere de vraag of Nederlandse rechtsmacht moet worden aangenomen bij een online kansspelaanbieder op basis van het civiele recht. In het vonnis worden een aantal factoren geformuleerd op basis waarvan kan worden aangenomen dat er sprake is van een onrechtmatige daad op Nederlands grondgebied. In de *Ladbrokes*-zaak speelde in ieder geval mee dat:

- (a) Nederlanders zonder enige beperking in Nederland via hun computer konden meedoen met *Ladbrokes*-kansspelen;
- (b) het (eventueel) gewonnen prijzengeld kon worden uitbetaald op de Nederlandse bankrekening; en
- (c) Nederland uitdrukkelijk was opgenomen op de lijst van landen waarvan de ingezetenen konden meedoen.¹²

Duidelijk is dat wanneer een .nl-domeinnaam wordt gebruikt of de Nederlandse taal op de website wordt gebruikt er weinig discussie mogelijk is over de vraag of de Ksa bij niet-naleving van de Wok hiertegen mag optreden. Voor de vraag of Nederland jurisdictie heeft bij illegale kansspelen waarbij de Ksa moet handhaven *kan* voor het 'zinvolle aanknopingspunt' worden aangesloten bij

⁷ B.P. Aalberts en J.P. van den Brink, 'Ladbrokers en andere onlinegeschillen: over formeel juridische eisen aan de gerichtheid van een website', *Computerrecht* 2003, p. 187 e.v.

⁸ Zie daarover uitgebreid ook C.B. van der Net, *Grenzen stellen op internet, aansprakelijkheid van internet-providers en rechtsmacht*, diss. Universiteit Leiden, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 141.

⁹ Van der Net 2000, p. 141 met verwijzing naar H.D. Wolswijk, *Locus Delicti en rechtsmacht*, diss. Universiteit Utrecht, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 37-38.

¹⁰ In Kamerstukken is de regering wat stilliger. Zie: *Kamerstukken II* 2010/11, 24557, nr. 126 (Brief van 8 juni 2011, kenmerk 5697511/11/DSP), p. 5: "Kort gezegd handelen aanbieders van online kansspelen in strijd met de Wok wanneer websites met kansspelaanbod direct in Nederland toegankelijk zijn voor potentiële deelnemers. De rechter hoeft zich dan niet meer te buigen over de vraag of de website zelf aanknopingspunten biedt voor aanneming van de Nederlandse rechtssfeer".

¹¹ HR 18 februari 2005, *LJN* AR4841 (*Lotto/Ladbrokes*). Beschikbaar via: <http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=AR4841> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

¹² Zie B.P. Aalberts en J.P. van den Brink, 'Ladbrokers en andere onlinegeschillen: over formeel juridische eisen aan de gerichtheid van een website', *Computerrecht* 2003.



de factoren die voortvloeien uit de Lotto/Ladbroke's-zaak. Onzes inziens zijn de factoren uit Ladbroke's echter niet uitputtend. Ook betalingen vanuit Nederland voor deelname aan een niet-vergunninghouder of gerichte advertenties aan Nederlanders kunnen bij het aannemen van jurisdictie een rol spelen.¹³ Een rechter zal daarna – indien jurisdictie wordt betwist – moeten oordelen of de rechtbank ontvankelijk is. Het verdient aanbeveling eerst een niet-vergunninghouder in kennis te stellen dat het handelt in strijd met de Wok en deze aan te manen maatregelen ter voorkoming daarvan te nemen.¹⁴

2.3 Jurisdictie bij het opsporen

De oude Lotus-zaak schrijft voor dat rechtsmacht kan worden aangenomen voor delicten die op het territorium van een andere staat zijn begaan, maar dat de staat geen strafvorderlijke (en bestuurlijke) bevoegdheden mogen gebruiken buiten het eigen grondgebied.¹⁵ Dit hangt samen met het soevereiniteitsbeginsel. Sovereiniteit zegt iets over zeggenschap, de toepasselijkheid van het recht en wie bevoegd is tot optreden.¹⁶ Voor extraterritoriale strafvordering is uitdrukkelijke volkenrechtelijke rechtvaardiging vereist.

Het volkenrecht zegt niets over het verbinden van een sanctie aan vormverzuimen in het buitenland. In Nederland wordt in een dergelijk geval binnen het strafrecht aan artikel 359a Sv getoetst. De samenhang tussen artikel 1 en 359a Sv hebben tot gevolg dat het Nederlandse Wetboek van Strafvordering ook bij opsporing in het buitenland van toepassing is.¹⁷ Soevereiniteit ziet in zekere mate op de bescherming van het individu; ingezetenen van een staat dienen door zijn staat beschermt te worden tegen onwettige inbreuken op diens grondrechten (naar het recht van die staat).¹⁸ Toch wordt doorgaans in Nederland voor een soevereiniteitsschending geen bewijsuitsluiting niet snel aangenomen, zeker indien de verdachte niet direct in zijn belangen is geschaad.¹⁹ Het voorgaande wil niet zeggen dat zonder beperkingen grensoverschrijdend kan worden opgespoord. Soevereiniteitsschendingen kunnen namelijk bijvoorbeeld leiden tot diplomatieke conflicten tussen staten. De inbreuk op de soevereiniteit van andere staten kan ook worden weggenomen door toestemming van de betreffende staten. Die toestemming kan vooraf of achteraf, of via een verdrag worden gegeven en geschiedt impliciet bij medewerking in het geval van een rechtshulpverzoek.

Binnen de EU kan bewijsmateriaal bij strafzaken worden verzameld met het Europees bewijsbevel.²⁰ Met het bewijsbevel kan zonder een rechtshulpverzoek bewijsmateriaal worden verzameld binnen EU Lidstaten. Hier ligt het idee van 'wederzijdse erkenning' aan ten grondslag. Dit houdt kort gezegd in dat Lidstaten wederzijds vertrouwen hebben in elkaars

¹³ Zie in dit kader ook BGH, 1 april 2004, I ZR 217/01 (*Schöner Wetten Urteil*), r.o. 33.

¹⁴ Zie ook het escalatiemodel in hoofdstuk 3.

¹⁵ Permanent Hof van Internationale Justitie, 7 september 1927, *C.P.J.I.Rec.*, 1927, Serie A, nr. 10, p. 19 (*Lotus*).

¹⁶ A.H. Klip, 'Soevereiniteit in het strafrecht', p. 140 in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en Recht* opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. N. Keijzer van de Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: Gouda Quint 2000.

¹⁷ A.H. Klip, 'Inleidende opmerkingen', in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering, internationale en interregionale samenwerking in strafzaken* (Klip, Swart & Van der Wilt), Deventer: Kluwer 2003, p. 25.

¹⁸ A.H. Klip 2000, p. 149.

¹⁹ De zogenaamde Schutznorm is dan niet geschonden. Zie m.b.t. grensoverschrijdende observatie, HR 7 maart 2000, *NJ* 539, m.nt. Schalken. Zie ook: HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376 (m.nt. YB). En meer recentelijk: Rb. Rotterdam, 26 maart 2010, *LJN* BM 2520 en Hof 's-Gravenhage, 27 april 2011, *LJN* BR6836 (m.b.t. 'inkijkoperatie' in een Hotmail-account). Beschikbaar via: <http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BR6836> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012)

²⁰ Kaderbesluit 2008/978/JBZ van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrigingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures (PbEU L 350).



strafrechtwetgeving en de dubbele strafbaarheidseis (d.w.z. dat een bepaalde gedraging zowel in de verzoekende staat als in de aangezochte staat strafbaar moet zijn) voor veel delicten komt te vervallen, waaronder fraude en witwassen. Het bewijsbevel kan op grond van artikel 4 lid 1 alleen worden afgegeven voor het verkrijgen van objecten (waaronder servers), documenten en gegevens in *strafzaken*. Het bewijsbevel kan niet worden gebruikt om een uitvoerende autoriteit in het buitenland te verzoeken getuigen te ondervragen, DNA-materiaal te verkrijgen, communicatie te onderscheppen, bankrekeningen te monitoren, objecten te analyseren en telecommunicatiegegevens bij providers te vergaren. Voor deze doeleinden kan reguliere rechtshulp binnen de EU worden toegepast.²¹ Door harmonisatie van de dataretentierichtlijn wordt het in de nabije toekomst wellicht gemakkelijker verkeersgegevens bij providers in het buitenland te vergaren.²² Voor de bewijsverzameling in een strafrechtelijk onderzoek kunnen Nederlandse autoriteiten in dat geval via de autoriteiten in het buitenland een rechtshulp verzoek doen teneinde gegevens bij aanbieders van elektronische openbare telecommunicatienetwerken en -diensten (meestal ISP's) te doen verzamelen. Daarbij kan gedacht worden aan IP-adressen waarmee een klant van de ISP toegang heeft verschaft, het tijdstip van de verbinding, et cetera. De klant bij een ISP of hostingprovider zou ook een kansspelaanbieder kunnen zijn en deze informatie kan bijdragen aan een onderzoek van de Ksa of het OM.

Eventueel kan binnen een strafzaak via een *joint investigation team* bewijsmateriaal worden verzameld door de autoriteiten in eigen land of voor zover noodzakelijk over de grenzen van de deelnemende staten heen.²³ Binnen het team is een vrije uitwisseling van informatie mogelijk. In het gezamenlijk opsporingsteam mogen ambtenaren van Europol, Eurojust en derde landen (landen buiten de EU, zoals de Verenigde Staten) deelnemen.²⁴ Hierbij moet er wel sprake zijn van misdrijven, zoals fraude en witwassen.

De ongeschreven regel binnen het strafrecht (en het bestuursrecht) is dat in principe geen gehoor wordt gegeven aan de tenuitvoerlegging van vonnissen uit het buitenland. Dat is zeer problematisch voor de tenuitvoerlegging van boetes of dwangmiddelen in het buitenland.²⁵ Voor een effectieve tenuitvoerlegging van dwangmiddelen is daarom vereist dat de verdachte zich binnen het territorium van de staat bevindt of daar eigendom heeft.

De Verenigde Staten hebben daarom in de afgelopen jaren een paar maal mensen aangehouden in verband met illegale kansspelen zodra zij Amerikaans territorium betraden. Naar aanleiding van die arrestaties hebben sommige bedrijven zich teruggetrokken van de Amerikaanse markt. Door sommigen mensen wordt deze strategie daarom als succes gezien.²⁶ Bij een samenloop met (andere) criminele activiteiten kan eventueel om uitlevering worden verzocht. Veel landen leveren geen inwoners van hun eigen land uit, maar zijn soms bereid in plaats daarvan zelf tot vervolging over te gaan.

²¹ Zie in dit kader ook de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie (2000/C 197/01).

²² Zie Richtlijn 2006/24/EU van 15 maart 2006. Hierbij moet opgemerkt worden dat verschillende hoge gerechtshoven de richtlijn ongrondwettelijk hebben verklaard waardoor de implementatie van de richtlijn gefragmenteerd blijft.

²³ Zie artikel 13 van de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen lidstaten van de Europese Unie, 29 mei 2000, Tcr. 2000, nr. 96.

²⁴ Zie ook A.H. Klip, *European Criminal Law, An Integrative Approach*, Ius Communitatis Series, tweede druk, Antwerpen-Oxford-Portland: Intersentia 2009, p. 400.

²⁵ In 2003 werd het gebrek aan rechtsmacht ook als knelpunt signaleerd. Zie het rapport *Kansspelen op internet* uit 2003, p. 30 Beschikbaar via: <https://zoek.officiëlebezoekingen.nl/kst-24557-59-b3.pdf> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

²⁶ J. Hörne in *Cross-border Online Gambling Law and Policy*, Edward Elgar ed., Cheltenham UK, Northampton, MA, USA 2009, p. 95 en 96.



Binnen de EU kennen we ook bij uitlevering het beginsel van 'wederzijdse erkenning'. Dit is echter alleen van toepassing op strafzaken. Bij illegale kansspelen waarbij criminaliteit in het spel is, zoals fraude of witwassen lijkt uitlevering gemakkelijker te zijn binnen de EU op basis van het Europese aanhoudingsbevel.²⁷ In het uitleververdrag is – in tegenstelling tot reguliere uitleveringsverdragen – het dubbele strafbaarheids criterium niet van toepassing. Dit betekent dat bijvoorbeeld met betrekking tot witwassen, fraude en computergerelateerde criminaliteit de gedragingen niet in het aangezochte staat precies op dezelfde manier strafbaar hoeven te zijn gesteld.

Uit het voorgaande blijkt dat het vergaren van bewijs in het buitenland altijd vertraging met zich mee brengt en soms niet mogelijk is. Bestuurlijke boetes kunnen kansspelaanbieders in het buitenland simpelweg naast zich neerleggen. Pas wanneer zij zich op Nederlands grondgebied begeven kan worden opgetreden. Bij samenloop met andere misdrijven lijkt meer mogelijk te zijn. Maar zelfs indien voldoende bewijs kan worden verzameld en de verdachten – eventueel bij verstek – veroordeeld worden is het de vraag of de veroordeelde wordt uitgeleverd en zijn straf in Nederland zal uitzitten. Meer harmonisatie op het gebied van kansspelen binnen de EU kan leiden tot betere effectievere handhaving. Echter, in ruil daarvoor moet de Nederlandse staat een stukje soevereiniteit opgeven en dat betekent dat Lidstaten in mindere mate hun eigen voorwaarden kunnen creëren en wellicht minder vrij zullen zijn in het aanwijzen van de vergunninghouders. Het is de vraag of Nederland en andere Lidstaten daartoe bereid zijn. Wellicht maakt de Europese Commissie in de nabije toekomst die keuze voor hen.

Consumer Protection Cooperation Network

Het verdient aanbeveling de Ksa te laten samenwerken met andere handhavingsautoriteiten. Dit vergemakkelijkt het verkrijgen van identificerende gegevens van niet-vergunningshouders. De OPTA neemt deel aan het 'Consumer Protection Cooperation (CPC) Network'. Dit netwerk heeft als doel samenwerking tussen toezichthouders die optreden tegen grensoverschrijdende overtredingen te versterken. De autoriteiten uit het netwerk doen verzoeken voor het verzamelen van bewijsmateriaal aan elkaar via het CPC-systeem.²⁸ Voor deelname aan het CPC-netwerk is een consultatie met het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) aan te raden.²⁹ Tevens moet de reikwijdte van de samenwerkingsinstanties worden uitgebreid naar 'illegale kansspelen', net als eerder met betrekking tot de bestrijding van spam is gedaan. Dit betekent dat de onderliggende verordening moet worden aangepast. Een goede inschatting of de Europese Commissie bereid is de verordening aan te passen en over de termijn waarop een dergelijke aanpassing gemaakt zou kunnen worden is niet te geven. Onzes inziens past de doelstelling van kansspelwetgeving goed bij het doel van consumentenbescherming.

Een belangrijk nadeel van deelname aan het CPC-netwerk of een andere samenwerkingsvorm op verdragsbasis is rekening moet worden gehouden met het reciprociteitsprincipe. Nederland kan niet alleen andere landen houden aan de afspraken; ook

²⁷ Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten.

²⁸ Zie de EG verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming, nr. 2006/2004, Publ. nr. L 364. Beschikbaar via: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:364:0001:0011:NL:PDF> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

²⁹ Zie in dit kader ook de aanbeveling van de Europese Commissie van 1 maart 2011: 'Guidelines for the implementation of data protection rules in the Consumer Protection Cooperation System (CPCS)' (2011/136/EU). Beschikbaar via: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:057:0044:0053:EN:PDF> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).



andersom zal Nederland moeten voldoen aan rechtshulpverzoeken (behoudens enkele uitzonderingen). Dit levert een extra werkbelasting op en dat kan als belangrijk nadeel worden beschouwd. Tevens moet rekening worden gehouden dat sommige staten rechtshulpverzoeken desondanks naast zich neer zullen leggen. Tenslotte kunnen staten die geen onderdeel zijn van het CPC-netwerk niet via het de verordening gedwongen worden bewijsmateriaal aan te leveren. Veel aanbieders van illegale kansspelen bevinden zich mogelijk in staten die geen lid van het CPC-netwerk.

2.4 Digitaal opsporingsonderzoek

De analyse van handhavingsinstrumenten van de Ksa is gebaseerd op de algemene handhavingsinstrumenten uit de Awb, aangezien de Wok primair vanuit het bestuursrecht wordt gehandhaafd. Tevens wordt gekeken naar instrumenten van vergelijkbare handhavingsinstanties zoals de OPTA en NMa. Dit rapport ziet vooral op handhavingsmaatregelen ten opzichte van niet-vergunninghouders die online kansspelen aanbieden. De analyse van opsporingsmethodes is dan ook gericht op een online omgeving.

In Nederland geldt een verbod voor het spelen van kansspelen bij niet-vergunninghouders op grond van artikel 1 sub c Wok. Deelname aan kansspelen bij niet-vergunninghouders wordt op grond van artikel 32 lid 3 Wok gekwalificeerd als een overtreding. Voor de overtreding kan een geldboete van de derde categorie worden opgelegd. In België is deelname van kansspelen bij niet-vergunninghouders expliciet strafbaar gesteld.³⁰

De Ksa zal primair de aanbieders van illegale kansspelen aanpakken. Door eventueel indirect te handhaven via tussenpersonen kunnen in een online context meer resultaten worden geboekt dan met het aanpakken van individuele spelers. Daarnaast is onze verwachting dat het aanpakken van individuele spelers mogelijk negatieve effecten met zich meebrengt met betrekking tot het maatschappelijk draagvlak van de autoriteit en het Nederlandse kansspelbeleid. In dit rapport wordt verder niet ingegaan op de handhavingsmaatregelen en opsporingsmethoden met betrekking tot spelers.

Voor de werkzaamheden van de Ksa zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Dit zijn onder meer: het verbod op 'misbruik van bevoegdheid' (détournement de pouvoir, artikel 3:3 Awb) en het evenredigheidsbeginsel (artikel 5:13 Awb). Bij het opsporen van niet-vergunninghouders moet met deze beginselen rekening worden gehouden. Zo is het niet toegestaan strafrechtelijke bevoegdheden te gebruiken voor het verzamelen van bewijs voor een bestuursrechtelijk onderzoek. Voor de bewijsvergaring is met betrekking tot de zorgvuldige voorbereiding in het bijzonder artikel 3:2 Awb relevant. De Ksa zal bij de voorbereiding van

³⁰ Zie voor een analyse van de Belgische Wet op de kansspelen en het verbod op deelname het artikel 'To bet, or not to bet' van A. Diederick in *Computerrecht* 2012, nr. 3. Hierin wordt aangegeven dat deelname aan kansspelen in België strafbaar is op grond van art. 4 paragraaf 2 Kansspelwet. Hier staat een sanctie op van een gevangenisstraf van één maand tot drie jaar en/of een boete van 26 tot 250.000 euro. De uitdrukkelijk strafbaarstelling van de speler moet als afschrikmiddel dienen om deel te nemen aan kansspelen die worden geëxploiteerd via illegale kansspelwebsites. De auteur merkt op dat daarbij opzet vereist is, met andere woorden: de speler 'weet' dat het gaat om een kansspel dat niet vergund is. De speler kan zich onder omstandigheden dus op de schulditsluitingsgrond dwaling inroepen (hij wist niet dat website niet vergund was). Volgens de auteur is het af te wachten hoe deze eis in de praktijk wordt ingevuld.



besluiten (zoals sancties) in het kader van de onderzoeksplicht de nodige kennis moeten vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.³¹

2.4.1 Open bronnen onderzoek

Ter handhaving van de nieuwe kansspelwetgeving zullen niet-vergunninghouders die kansspelen aan Nederlanders aanbieden moeten worden opgespoord. Het is daarvoor noodzakelijk dat een goed beeld wordt verkregen van de omgeving waarin de kansspel aanbidders opereren alsmede over de organisatie die daarachter zit. Bij digitaal opsporingsonderzoek is het allereerst belangrijk dat hier geen sporen worden achtergelaten, om te voorkomen dat direct daarna bewijsmateriaal wordt vernietigd of andere ontwijkingmaatregelen worden genomen. Aan een IP-adres is een computer herkenbaar, maar soms ook een organisatie waarbinnen van een computer gebruik wordt gemaakt. Indien bij de Ksa via internet publiekelijk toegankelijke bronnen onderzoek wordt gedaan is dat wellicht herleidbaar tot de Ksa. Daarom bestaat er een afbreukrisico voor het onderzoek. Anoniem Internetten (AI) is op zijn minst voor de internetrechercheurs om die reden onontbeerlijk. In deze paragraaf worden digitale opsporingsmethoden geanalyseerd. Aangezien binnen het strafrecht meer duidelijkheid bestaat over de normering hiervan wordt hier eerst bij stilgestaan. Vervolgens wordt besproken in hoeverre digitaal opsporingsonderzoek binnen het bestuursrecht mogelijk is.

Strafrecht

Op grond van artikel 31 Wok worden handelingen die strijdig zijn met artikel 1 sub a Wok (het aanbieden van kansspelen zonder vergunning) aangemerkt als een misdrijf en worden handelingen in strijd met artikel 1 sub b Wok (het bevorderen van deelname aan kansspelen) aangemerkt als een overtreding. Overtreding van artikel 31 Wok wordt in artikel 67 lid 1 sub c Sv expliciet genoemd als een geval waarin voorlopige hechtenis mogelijk is. Dit betekent tevens dat in een strafrechtelijk onderzoek bijzondere opsporingsbevoegdheden mogen worden toegepast en tot het gebruik van dwangmiddelen kan worden overgegaan.³²

Op grond van artikel 32 van het Cybercrimeverdrag mag 'publiekelijk toegankelijke informatie' op internet grensoverschrijdend worden vergaard.³³ Onder deze open bronnen kan informatie op publiekelijk toegankelijke delen van websites worden verstaan, zoals informatie op openbare discussieforums, informatie Twitter en informatie op publiekelijk toegankelijke profielen op *social media*-websites zoals Hyves en Facebook. Onzes inziens is onder 'open bron informatie' ook informatie te verstaan die pas raadpleegbaar is wanneer daarvoor eerst een account op een publiekelijk toegankelijke website moet worden aangemaakt.

De informatie kan binnen een opsporingsonderzoek op basis van artikel 32 van het Cybercrimeverdrag worden verzameld. Binnen het strafrecht kan onzes inziens goed worden beargumenteerd dat dit soort informatie op grond van de algemene opsporingsbevoegdheid - afgeleid uit artikel 2 Politiewet 1993 en 141/143 Sv – tot op zekere hoogte mag worden verzameld.

³¹ Het artikel bevat een gedeeltelijke codificatie van het zorgvuldigheidsbeginsel. Zie A.R. Hartmann, 'Het bewijs in het bestuursrecht en strafrecht. Een korte interne rechtsvergelijking', AA 1999, nr. 4.

³² Zie over 'internetsurveillance' in het kader van illegale kansspelen ook het rapport *Kansspelen op internet* uit 2003, p. 27 e.v. Beschikbaar via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-24557-59-b3.pdf> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

³³ Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verboden met elektronische netwerken, Trb. 2002, 18.



De inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is namelijk minimaal.³⁴ Dit wordt wellicht anders indien het opsporingsonderzoek voor langere tijd op één (verdacht) persoon richt. Dan kan sprake zijn van stelselmatige observatie (artikel 126g Sv en 126o Sv). Wanneer voor langere tijd gerichte interactie met een verdachte via een chatbox, forumsite of social media plaatsvindt, is onzes inziens sprake van stelselmatige informatie-inwinning (artikel 126j Sv of 126qa Sv).³⁵ Voor inzet van deze bijzondere opsporingsbevoegdheden is een bevel van een officier van justitie noodzakelijk. Bijzondere opsporingsbevoegdheden als deze kunnen in een regulier opsporingsonderzoek uiteraard slechts door de politie en het OM worden ingezet bij een redelijke verdenking van schuld bij overtreding van artikel 31 Wv of andere misdrijven die worden genoemd in artikel 67 Sv.

In het voorgaande is aangegeven dat bij grensoverschrijdend strafvorderlijk onderzoek toestemming moet worden verkregen van het land waar de soevereiniteitsschending plaatsvindt of het bewijs via een rechtshulpverzoek moet worden verkregen. Dit geldt in principe ook voor stelselmatige observatie of stelselmatige informatie-inwinning op internet. Echter, dit lijkt niet de praktijk te zijn bij digitale opsporingsonderzoeken.

In bijzonder de Angelsaksische hebben stelselmatige observatie of stelselmatige inwinning nauwelijks gereguleerd, laat staan met dezelfde voorwaarden als in Nederland. Soms is het ook onmogelijk het land waar de soevereiniteitsschending plaatsvindt in te lichten over het gebruik van strafvorderlijk onderzoek, omdat onduidelijk is waar in welk land de verdachte zich bevindt. Onzes inziens is in ieder geval bij grensoverschrijdende infiltratie (126h en 126p Sv) duidelijk dat toestemming moet gevraagd van het land de soevereiniteitsschending plaatsvindt.³⁶ Bij infiltratie wordt deelgenomen aan een criminele organisatie en daarbij kunnen eventueel misdrijven worden gepleegd. Voordat een infiltratietraject wordt ingezet is een bevel van de officier van justitie nodig, alsmede toestemming van de Centrale Toetsingscommissie (CTC). Infiltratietrajecten kunnen alleen worden ingezet bij misdrijven die een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren en wanneer het onderzoek dit dringend vordert. Alleen bij een redelijke verdenking van ernstige misdrijven door kansspelaanbieders kan deze bevoegdheid door het OM eventueel worden ingezet. Daarbij kan gedacht worden aan zaken waarbij een samenloop is met delicten zoals witwassen. De soevereiniteitsschending is bij infiltratie meer evident en een rechtshulpverzoek of samenwerking met de relevante autoriteiten in het buitenland ligt bij deze bijzondere opsporingsbevoegdheid om die reden noodzakelijk.

Bestuursrecht

Binnen het bestuursrecht is nog minder literatuur beschikbaar over digitale opsporing en de normering daarvan. Het is daardoor onduidelijk in hoeverre grensoverschrijdend digitaal en met welke methoden kan worden opgespoord. Wel is duidelijk dat in elk geval de beginselen van behoorlijk bestuur ook bij een opsporingsonderzoek moeten worden toegepast. Het verzamelen van bewijs tegen een overtreder van de Wv kan al plaatsvinden in de controlefase. De inzet van

³⁴ Zie ook Rb. Den Haag, 23 december 2011, *LJN* BU9409 over het gebruik van Google Earth binnen een opsporingsonderzoek. Beschikbaar via: <http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BU9409> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012)

³⁵ Zie ook Y. Buruma, 'Internet en strafrecht', *preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging* 1998-I, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 175.

³⁶ Buruma formuleert het voorzichtiger en vraagt zich af 'of de Nederlandse opsporingsambtenaar ook zo'n buitenlandse site of discussiegroep zou mogen betreden als daar een identificatie of betaling nodig is'. Volgens hem 'rijst dan de vraag of de Nederlandse ambtenaar zijn optreden niet zou moeten melden aan de nationale autoriteiten in het 'ontvangende land''. Zie Y. Buruma, 'Internet en strafrecht', *preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging* 1998-I, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 168.



handhavingbevoegdheden vindt haar aanvang bij een verdenking van overtreding op grond van de gewijzigde Wok. Het verzamelen van bewijs tegen een overtreder vindt plaats op basis van de toezichtfunctie voor de naleving van wettelijke voorschriften.

Voor de effectieve uitoefening van haar taak kan de Ksa bewijsmateriaal verzamelen op internet. Dit kan informatie zijn uit open bronnen en informatie uit semiopenbare of besloten bronnen. De Ksa zal bij de voorbereiding van besluiten de nodige kennis moeten vergaren omtrent de feiten en de af te wegen belangen. Onzes inziens gaat het daarbij niet te ver als een website voor langere tijd in de gaten wordt gehouden en bijvoorbeeld onder een anoniem account een keer van de diensten van de kansspelwebsite gebruik wordt gemaakt. Het is onduidelijk of individuen die worden verdacht van het aanbieden van online kansspelen zonder vergunning in een online omgeving stelselmatig door de Ksa gevolgd mogen worden. Mogelijk brengt dit een ontoelaatbare inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte met zich mee. Binnen het strafrecht is deze opsporingsmethode om die reden apart genormeerd en is het alleen mogelijk met een bevel van de officier van justitie bij een redelijk vermoeden van een misdrijf.³⁷ De Awb bevat geen regeling voor het stelselmatig inwinnen van informatie, stelselmatige observatie, pseudokoop of infiltratie. Duidelijk is ook dat een telecommunicatietap of het direct af luisteren bevoegdheden zijn die uitsluitend aan het OM en de politie zijn voorbehouden. Het verdient daarom aanbeveling om digitaal opsporingsonderzoek goed vast te leggen en de afwegingen tijdens de vorming van het dossier op te nemen.

Daar waar opsporing via internet tekort schiet kunnen de algemene bevoegdheden uit de Awb wellicht soelaas bieden. In deze paragraaf wordt slechts ingegaan op het vorderen van inlichtingen en de inzage in zakelijke gegevens, omdat deze bevoegdheden het meest relevant zijn in een opsporingsonderzoek naar niet-vergunninghouders die hun diensten via internet aan Nederlanders aanbieden.

2.4.2 Vorderen van inlichtingen

Op grond van artikel 5:16 Awb mag de Ksa bij een ieder inlichtingen vorderen. Het vorderen van inlichtingen is een zeer brede bevoegdheid, omdat de mogelijke kring van verschaffers van inlichtingen in principe onbeperkt is. Op grond van artikel 5:20 Awb geldt voor een ieder in beginsel een plicht tot medewerking. Voor het vorderen van inlichtingen bij online kansspelen zijn vooral ISP's, hostingproviders en financiële dienstverleners relevant.

De kring van bedrijven waartoe de vordering zich richt wordt beperkt door het evenredigheidsbeginsel uit het bestuursrecht (artikel 5:13 Awb). De autoriteit moet daarom per geval bepalen welke gegevens precies bij welke instanties of natuurlijke personen kunnen worden gevorderd.³⁸ Bovendien moet er een redelijke aanleiding of vermoeden zijn dat de gevraagde informatie aanwezig is bij een bepaalde persoon of instantie, die het vorderen van informatie bij die persoon of instantie rechtvaardigt. De gegevens mogen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de vervulling van de taak van de autoriteit.³⁹ De verantwoordelijken in de zin van de Wet

³⁷ Zie ook hierboven. De BOB-bevoegdheid 'stelselmatige observatie' kan door het OM worden toegepast o.g.v. 126g Sv en 126o Sv.

³⁸ Zie in dit kader ook de 'Notitie Concept beleid van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake reikwijdte en toepassing artikel 18.7 Telecommunicatiewet', p. 2. Beschikbaar via: <http://www.opta.nl/nl/download/publicatie/?id=1504> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

³⁹ Beleidsnotitie OPTA, p. 5.



bescherming persoonsgegevens (Wbp) die over de gegevens beschikken zijn gerechtigd tot afgifte van de gegevens op grond van artikel 8 sub c Wbp.

In de beleidsnotitie van de OPTA wordt aangegeven dat informatievorderingen met betrekking tot houders van Nederlandse domeinnamen worden gericht tot de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland (SIDN) of een hostingprovider. Ook banken (ten behoeve van het vaststellen van de identiteit van houders van bankrekeningen en de betrokkenheid van die houders bij uitgevoerde betalingen) en woningbedrijven worden in de beleidsnotitie als mogelijke informatieverstrekkers genoemd. Wij bevelen aan dat – net als de OPTA – een verzoek wordt ingediend voor een geautomatiseerde aansluiting bij SIDN teneinde de zogenaamde WHOIS-database te raadplegen.⁴⁰ WHOIS-gegevens zijn deels publiekelijk beschikbaar, maar SIDN publiceert niet alle informatie van domeinnaamhouders. Met een geautomatiseerde aansluiting kan snel en gemakkelijk toegang worden verkregen tot de gehele database met naam- en adresgegevens over domeinnaamhouders. Hierbij moet worden opgemerkt dat de database beperkt is tot de domeinnamen binnen het Nederlandse top-level domain (TLD) .nl. Per TLD zijn er een verantwoordelijke (inter)nationale domeinnaamregistratieorganisaties. Het is mogelijk dat zij een ander nationaal beleid hebben met betrekking tot de verstrekking van informatie. Tevens dient te worden opgemerkt dat ook met valse gegevens een registratie kan worden gedaan en de gegevens niet altijd actueel zijn.

In de beleidsnotitie van de OPTA wordt opgemerkt dat de OPTA als bestuursorgaan informatie mag afnemen uit de Gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens (GBA) op grond van artikel 1 Wet GBA. Gemeenten mogen slechts informatie afgeven voor zover dat noodzakelijk is voor de uitvoering van de taak van een bestuursorgaan.⁴¹ Op basis hiervan lijkt het er op dat de Ksa als bestuursorgaan daartoe tevens gerechtigd is.

De Wbp schrijft voor dat voldoende technische en organisatorische maatregelen moet worden genomen met betrekking tot de verwerking van de verzamelde gegevens (artikel 10 Wbp). De OPTA merkt hier in haar beleidsnotitie over op dat voor medewerkers een geheimhoudingsverplichting geldt en een maximum bewaartermijn van 5 jaar voor de onderzoeksdossiers geldt. Wanneer opgevraagde gegevens niet relevant zijn voor een opsporingsonderzoek worden ze maximaal drie jaar bewaard. Op grond van artikel 27 en 28 Wbp moet een melding worden gedaan aan het CBP voor de verwerking van persoonsgegevens. De Ksa kan overwegen dezelfde bewaartermijnen als de OPTA te hanteren en zal ook een melding moeten wegens het verwerken van persoonsgegevens aan het CBP.

Voor het vorderen van gegevens binnen het strafrecht heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat voor het verkrijgen van de gegevens altijd een vordering moet worden ingezet en niet mag worden gevraagd naar de gegevens.⁴² Wanneer over de grens wordt opgespoord, moet de Nederlandse wetgeving met haar opsporingsnormen worden toegepast. Het is onduidelijk of dit arrest ook binnen het bestuursrecht gelding heeft, maar het verdient aanbeveling altijd de wettelijke grondslag in een proces-verbaal of de documentatie te vermelden en een afweging te maken van de in het

⁴⁰ Zie: <https://www.sidn.nl/en/about-nl/whois/whois-access-for-investigative-agencies/> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

⁴¹ Beleidsnotitie OPTA, p. 5.

⁴² HR 21 december 2010, *LJN* BL7688. Beschikbaar via: <http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BL7688> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).



geding zijnde belangen. Bedrijven en natuurlijke personen in het buitenland kunnen in principe informatieverzoeken van de Ksa weigeren. Zij kunnen eisen dat een nationale autoriteit hen opdraagt de gegevens onder de wetgeving van hun land van vestiging aan de Ksa af te geven.

2.4.3 In beslag nemen en kopiëren van gegevens op server

Indien de informatie niet via een vordering kan worden verkregen of het noodzakelijk is bewijs veilig te stellen kan de autoriteit gebruik maken van de vordering tot inzage van zakelijke bescheiden op grond van artikel 5:17 Awb. Deze bevoegdheid houdt in dat bij een bedrijf in Nederland fysieke gegevens kunnen worden gekopieerd of tijdelijk meegenomen kunnen worden. Zo nodig kan de bevoegdheid worden uitgeoefend met hulp van de politie. Op grond van artikel 5:17 Awb is het betreden van een woning uitgesloten. In de Mededingingswet (Mw) is de bevoegdheid om een woning te betreden apart vastgelegd in artikel 55 Mw. In de Wok kan eventueel eenzelfde bevoegdheid worden vastgelegd. Het is voor te stellen dat kansspelen binnen een woning worden georganiseerd en de Ksa zou onzes inziens de bevoegdheid moeten hebben hiertegen op te treden.

Tevens kunnen op basis van deze bevoegdheid informatiedragers in beslag worden genomen voor digitaal forensisch onderzoek. Uiteraard heeft dit een flinke impact op de bedrijfsvoering van de betrokkene. Daarom moet terughoudend met deze bevoegdheid worden omgegaan.⁴³ Wellicht wordt de bevoegdheid sneller ingezet bij een verdachte niet-vergunninghouder. Daarbij moeten de computers zich wel op Nederlands territorium bevinden.

Het verdient aanbeveling om bij digitaal forensisch onderzoek uiterste zorgvuldigheid te betrachten. Bewijs kan verloren gaan indien op een verkeerde manier met de gegevensdragers wordt omgegaan. Technische bijstand/expertise is daarom een vereiste. De handhavende bestuursautoriteit mag niet meer gegevens kopiëren dan noodzakelijk en moet hierbij de nodige zorgvuldigheid betrachten. Eventueel kan het een en ander geleerd worden van de NMa met betrekking tot het kopiëren van digitale bescheiden en de inbeslagname daarvan.⁴⁴ Hoewel de NMa in de regel met grote bedrijven te maken heeft die zich op Nederland grondgebied bevinden, hebben zij hiermee door het veelvuldige gebruik van deze bevoegdheid de nodige ervaring opgedaan.

2.5 Technische handhavingsmethodes

Door het handhavingsprobleem op internet en het probleem dat bedrijven in het buitenland in principe Nederlandse straffen naast zich kunnen neerleggen is het de vraag in hoeverre met de toepassing van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke maatregelen illegale kansspelen effectief bestreden kunnen worden. Overheden kunnen echter wel personen, bedrijven en bezittingen op het eigen grondgebied effectief reguleren. Door bepaalde blokkeringsmaatregelen op te leggen aan tussenpersonen, zoals ISP's en hostingproviders, financiële dienstverleners, advertentiebedrijven en kansspelaanbieders zelf kan het aanbieden van illegale kansspelen op internet aan Nederlanders onaantrekkelijk worden gemaakt.

⁴³ Zie ook Rb. Den Haag, 9 april 2003, LJN AF7087 (HBG/Nma). Beschikbaar via: <http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=AF7087> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

⁴⁴ Werkwijze analoog en digitaal rechercheren, Strct. 2010, 12871. Beschikbaar via http://www.nma.nl/images/Externe_digitale_werkwijze22-156144.pdf (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).



In deze paragraaf worden daarom bepaalde technische maatregelen onderzocht en daarbij wordt een juridische analyse gemaakt over de haalbaarheid van de maatregelen. De maatregelen zullen een grote maatschappelijke impact hebben, omdat zij van invloed kunnen zijn op de toegang tot informatie op internet en de vrijheid van ondernemerschap. Bovendien zullen de maatregelen kosten met zich meebrengen voor derden die geen directe relatie hebben tot de inbreukmakende handelingen. Alleen al om die reden is weerstand te verwachten uit de desbetreffende sectoren. In deze paragraaf wordt allereerst nagegaan in hoeverre filter- en blokkeringsmaatregelen aan ISP's kunnen worden opgelegd, vervolgens wordt een analyse gemaakt van de betaalblokkeringsmaatregelen en ten slotte worden maatregelen onderzocht met betrekking tot het blokkeren van advertenties van niet-vergunninghouders.

2.5.1 Filteren en blokkeren van websites

ISP's en hostingproviders nemen in ons rechtssysteem een bijzondere positie in. De diensten die zij leveren aan de maatschappij worden belangrijk geacht, omdat burgers een ongekennde hoeveelheid informatie op internet kunnen raadplegen en gebruik kunnen maken van allerlei nieuwe (communicatie) diensten. Het opleggen van regels aan ISP's en hostingproviders met betrekking tot het blokkeren van content die via deze diensten online komt, staat daarom in spanningsveld met de vrijheid van meningsuiting. Van de providers kan niet worden verwacht dat zij een actieve houding aannemen met betrekking tot het stoppen van eventuele illegale activiteiten die via hun infrastructuur plaatsvindt.⁴⁵ Wel kunnen de providers achteraf worden verplicht strafbare of onrechtmatige content te verwijderen, indien zij daar over in kennis worden gebracht. Het proces van het in kennis stellen van de provider of degene die beschikkingsmacht heeft over de informatie (de 'Notice') en het verwijderen van de content (de 'Take Down') wordt ook wel Notice and Take Down (NTD) genoemd.

2.5.1.1 Notice and Take Down (NTD)

In Nederland bestaat er een NTD-gedragscode waar iedereen – ook opsporingsambtenaren – een beroep op kan doen.⁴⁶ In de context van kansspelen op internet zal een Notice and Take Down verzoek meestal plaatsvinden bij een hostingprovider. Het ontoegankelijk maken van een website bij een ISP komt neer op een blokkeringsmaatregel waar in paragraaf 2.5.1.2 wordt ingegaan. Het is belangrijk te realiseren dat in beginsel eerst de niet-vergunninghouder moet worden aangesproken (de Notice) om de content te verwijderen. Een standvastige niet-vergunninghouder zal het verzoek echter naast zich neerleggen. Als de content in Nederland wordt gehost bestaat de kans dat de website wordt verplaatst naar het buitenland. Het is de vraag of een Take Down van een kansspelwebsite daardoor enig of het wenselijke effect heeft. Indien bij een Nederlandse hostingprovider het verzoek wordt gedaan de website offline te halen moet op basis van de gedragscode een opsporingsambtenaar daarbij wel vermelden dat het geen formeel bevel betreft. Er is namelijk (nog) geen wettelijke grondslag voor een bevel tot Take Down en daarom moet het verzoek op basis van algemeen voorwaarden of de gedragscode worden gedaan. Het moet dan gaan om 'onmiskenbaar onrechtmatig' of strafbaar materiaal. De gedragscode lijkt voor een deel ingegeven voor onmiskenbaar strafbaar materiaal, zoals kinderpornografie. De vraag is of een

⁴⁵ Op grond van artikel 15 van de Richtlijn inzake elektronische handel (2000/31/EG) zijn zij niet aansprakelijk voor gegevensverkeer die zij niet zelf initiëren of inhoudelijk beïnvloeden. In de richtlijn wordt onderscheid gemaakt tussen 'mere conduit', 'caching' en 'hosting'.

⁴⁶ Op grond van artikel 4 sub a van de NTD-gedragscode. Zie ook de overige eisen voor een verzoek in artikel 4. De gedragscode is beschikbaar via http://www.samentegencybercrime.nl/UserFiles/File/DanaInfo=ex01tp+NTD_Gedragscode_Opmaak.pdf (laast geraadpleegd op 12 maart 2012).



website van een kansspelaanbieder die van de autoriteit geen vergunning heeft, 'onmiskenbaar onrechtmatig' voor de tussenpersoon is. Indien de Ksa reeds heeft vastgesteld dat een specifieke website van een niet-vergunninghouder is en de tussenpersoon daar over inlicht is dat onzes inziens wel het geval. Zoals eerder is aangegeven is het aanbieden en bevorderen van illegale kansspelen op internet strafbaar op grond van artikel 1 sub a en b Wok juncto artikel 31 Wok (juncto artikel 1 onderdeel 3 Wet op de economische delicten (WED)). In artikel 31 Wok worden handelingen in strijd met deze artikelen respectievelijk als misdrijf en overtreding aangemerkt.

Op dit moment is het *aan de providers* om te beslissen of op basis van een verzoek gehandeld wordt. Zij kunnen een dergelijk verzoek dus naast zich neerleggen, hoewel daar vervolgens wel over geprocedeerd kan worden.

ISP's en hostingproviders kunnen vooralsnog niet op basis van een bevel van een opsporingsambtenaar worden gedwongen websites ontoegankelijk te maken. Wanneer bij wettelijke regeling informatie in opdracht van de overheid ontoegankelijk wordt gemaakt, dan behoeft dat een formeel wettelijke regeling met (zwarte) waarborgen - zoals een machtiging van een rechter-commissaris - wegens het spanningsveld met de vrijheid van meningsuiting zoals gegarandeerd in artikel 7 Grondwet (Gw) en artikel 10 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). Geredeneerd kan worden dat het ontoegankelijk maken van een website gelijk staat aan filteren en indien een overheidsinstantie eenzijdig daartoe kan beslissen dat het gevaar van censuur ontstaat.⁴⁷

NTD-bevel binnen strafrecht

In artikel 54a van het Wetboek van Strafrecht (Sr) werd getracht een bevel tot ontoegankelijkheidsmaking te creëren, maar aan dit artikel kleven zoveel tekstuele, wethistorische, wetsystematische en rechtsbeschermingargumenten dat een beroep op het artikel door politie en justitie weinig kans van slagen heeft.⁴⁸ Het NTD-bevel uit artikel 54a Sr staat weetssystematisch gezien op de verkeerde plaats, omdat dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden zijn geregeld in het Wetboek van Strafvordering. Daarnaast bestaat er geen sanctie op het niet opvolgen van het bevel, met uitzondering van vervolging voor het niet voldoen aan een ambtelijk bevel (waarvoor bijna nooit vervolgd wordt). In het conceptwetsvoorstel 'versterking bestrijding computercriminaliteit' werd voorgesteld dit artikel te repareren, door een vergelijkbaar artikel in artikel 126p Sv te plaatsen. Het niet-nakomen van een bevel zou gesanctioneerd kunnen worden met een last onder dwangsom op grond van artikel 126q Sv. Op zich is voor dergelijke regeling veel te zeggen. Handhavinginstanties willen niet afhankelijk blijven van de vrijwillige medewerking van de providers voor het verwijderen van strafbaar materiaal op servers die zich op Nederlands grondgebied bevinden.

Op de voorgestelde regeling in het conceptwetsvoorstel is veel kritiek gekomen, waarbij in het bijzonder wordt opgemerkt dat in de nieuwe regeling ten onrechte een machtiging van de

⁴⁷ E. Dommering, 'Filteren is gewoon censuur en daarmee basta', IViR 2009. Beschikbaar via: http://www.ivir.nl/publicaties/dommering/filteren_is_gewoon_censuur_en_daarmee_basta.pdf (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

⁴⁸ Zie M.H.M. Schellekens, B.J. Koops & W.G. Teepe, *Wat niet weg is, is gezien. Een analyse van art. 54a Sr in het licht van een Notice-and-Take-Down-regime*, Universiteit van Tilburg, november 2007. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 28 684, nr. 232, p. 4: "in de praktijk is gebleken dat artikel 54a Sr niet vanzelfsprekend een eenvoudig en snel toepasbaar middel is om tot verwijdering van ongewenste of strafbare content te komen" (met verwijzing naar Rb. Assen, 22 juli 2008, *LJN* BD8451). Rapport is beschikbaar via: http://www.cycris.nl/uploads/NTD-54a_rapport_-_30_november_2007.PDF (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).



rechter-commissaris als waarborg ontbreekt.⁴⁹ Het voorgestelde NTD-bevel zou kunnen worden toegepast op 'alle strafbare feiten' en heeft daarmee een zeer groot bereik. Nagedacht moet worden welke partij bijvoorbeeld voor de kosten van de ontoegankelijkheidsmaking zou moeten opdraaien. Het wetsvoorstel is nog niet naar de Tweede Kamer gestuurd en onlangs heeft Minister Opstelten laten weten dat pas vóór het zomerreces van 2012 zal worden medegedeeld welke maatregelen in het strafrecht nodig zijn om cybercrime beter te bestrijden.⁵⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat voor september 2012 geen wetsvoorstel zal worden ingediend waarin een wettelijk afdwingbaar NTD-bevel mogelijk wordt gemaakt.

NTD-bevel op grond de Wok

Fox-IT acht de kans klein dat op basis van artikel 54a Sr succesvol een beroep kan worden gedaan om kansspelwebsites van niet-vergunninghouders offline te halen. Wel kan resultaat worden behaald door de hostingprovider aan te spreken op haar algemene voorwaarden, waarin wellicht een NTD-bepaling is te vinden of kan worden een beroep op de gedragscode Notice-and-Take-Down. Pas wanneer een NTD-bevel rechtmatig kan worden afgegeven kan het bevel worden afgedwongen. Binnen het strafrecht zal alleen een officier van justitie een dergelijk bevel mogen afgeven (wellicht met een machtiging van een rechter-commissaris). Denkbaar is dat de Ksa in de toekomst een NTD-bevel afgeeft onder dreiging van een last onder dwangsom. Daarbij zal onzes inziens minstens de mogelijkheid moeten bestaan de ontoegankelijkheidsmaking tegen te houden via een voorlopige voorziening de belanghebbende(n) bij een rechter. Het is niet in te schatten in hoeverre voor de maatregel voldoende maatschappelijk draagvlak bestaat.

Zelfs indien een NTD-bevel door een ambtenaar van de Ksa kan worden afgegeven is het de vraag of de hostingproviders daar aan willen/zullen voldoen. Wellicht willen zij eerst het onafhankelijke oordeel van een rechter afwachten voordat een website als 'strafbaar' of 'illegaal' wordt aangemerkt. Middels een voorlopige voorziening kan wellicht uitstel van het besluit van de Ksa en een rechterlijke toets worden verkregen. Eventueel kan in die situatie ook een concurrerende vergunninghouder een procedure starten teneinde een hostingprovider te dwingen illegale kansspelwebsites ontoegankelijk te maken. Wellicht ten overvloed, maar de ontoegankelijkheidsmaking van een website is niet iets dat de Ksa zelf technisch kan uitvoeren. Uit beleidsoverwegingen raden wij aan - na de eventuele creatie van een NTD-bevel voor de Ksa - te wachten met het handhavingsmiddel tot de vergunningsprocedures zijn afgelopen, zodat er niet zinloos kosten worden gemaakt om bepaalde websites die op Nederlands grondgebied gehost worden ontoegankelijk te maken en de bedrijven als gevolg hiervan schade lijden. Zoals eerder is aangegeven in dit rapport moet rekening worden gehouden met een nadelig neveneffect: de kansspelaanbieder kan beslissen tot het verplaatsen van zijn servers naar een hostingprovider in het buitenland. Hierdoor zal de handhaving van de Wok worden bemoeilijkt. Het NTD-bevel als handhavingsinstrument lijkt steeds meer geaccepteerd te worden in de politieke arena. Daarbij kan verwezen worden naar de hierna besproken van de Europese Commissie.

⁴⁹ Zie E.J. Koops, 'Tijd voor Computercriminaliteit III', *NJB* 2010, nr. 38, pp. 2461-2466 en J.J. Oerlemans, 'Het conceptwetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit nader bezien', *Tijdschrift voor internetrecht* 2010, nr. 5, pp. 148-152.

⁵⁰ Brief inzake het 'Cyber Security Beeld' van 23 december 2011 (kenmerk: NCTV/5718756/11).



‘Notice and Action’

De Europese Commissie heeft op 11 januari 2012 een Communicatie uitgebracht dat tevens betrekking heeft op NTD.⁵¹ De Commissie merkt specifiek met betrekking tot kansspelen op internet op dat Europese kansspelautoriteiten beter met elkaar moeten samenwerken.⁵² De Communicatie benadrukt de noodzaak tot het versterken van een geharmoniseerde markt voor e-commerce en andere commerciële online diensten. Onderdeel daarvan is het verbeteren van de Richtlijn elektronische handel waarbij bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van ISP's en hostingproviders moet worden verduidelijkt.⁵³ De Commissie geeft op pagina 11 van de Communicatie aan dat de juridische grenzen op internet soms overtreden worden in ‘gevoelige gebieden’ waaronder illegale kansspelen. Met betrekking tot de handhaving van intellectuele eigendomsrechten op internet geeft de Commissie aan dat illegale activiteiten te weinig effectief gestopt kunnen worden. De Commissie is van mening dat de noodzaak duidelijk is geworden dat een ‘horizontaal Europees regelgevingskader’ moet worden gecreëerd voor ‘Notice and Action’-procedures. Met Notice and Action wordt een regeling bedoeld waaraan tussenpersonen moeten voldoen voor de bestrijding van illegale informatie na notificatie: *“the intermediary may, for example, take down illegal content, block it, or request that it be voluntarily taken down by the persons who posted it online”*. Het is onmogelijk aan te geven wat het uiteindelijke resultaat van de nog vast te stellen regelgeving zal zijn, maar de Europese Commissie heeft met de communicatie alvast een duidelijk signaal afgegeven.

2.5.1.2 Filteren

In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat indien een kansspelwebsite illegaal aan Nederlanders wordt aangeboden en de website bij een Nederlandse provider wordt gehost, de website onder omstandigheden ontoegankelijk kan worden gemaakt. Het Hof van Justitie heeft onlangs uitgemaakt dat een generieke filterverplichting voor een hostingprovider, in casu social media website ‘Netlog’, om bepaalde content te doen blokkeren in strijd is met EU-regelgeving.⁵⁴ Het levert een te grote inbreuk op de vrijheid van ondernemerschap van Netlog, alsmede op de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy van de betrokkenen. Tevens kan bij blokkerings-/filtermaatregelen worden gedacht aan de ontoegankelijkheidsmaking van websites bij access providers. Dit is mogelijk door de access provider te verplichten de toegang tot bepaalde website aan haar abonnees te ontzeggen door de website te blokkeren. Anders gezegd moet de website uit het internetverkeer worden gefilterd. Om die reden hangen Notice and Take Down en filteren met elkaar samen.

Access providers leveren slechts toegang tot internet via een internetverbinding en soms een e-mailservice. Zij hebben de inhoud van de websites die zij doorgegeven niet op hun servers staan.

⁵¹ Communicatie van de Commissie van 11 januari 2012, ‘A coherent framework to build trust in the Digital single market for e-commerce and online services’ (COM(2011) 942). Beschikbaar via: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/communication_2012_en.htm (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

⁵² Communicatie van de Commissie 2012, p. 9: *“Online gambling and betting also present considerable challenges. The rapid internet uptake and the increased provision of such services make it difficult for diverging national regimes to coexist. What is more, the market for illegal gambling is still burgeoning. Compliance with national rules is a real challenge which raises the question of possible action at European level to guarantee adequate protection and ensure more effective measures against fraud. Today, no Member State can successfully combat illegal online gambling alone. However, cooperation between national regulators is still in its infancy. The Commission will propose an action plan in 2012 aimed among other things at strengthening cooperation and effectively protecting consumers and citizens”*.

⁵³ Communicatie van de Commissie 2012, p. 5.

⁵⁴ HvJ 16 februari 2012, C-360/10 (*Sabam/Netlog*).



In principe fungeren zij derhalve slechts als doorgeefluik. Aan access providers kan dan ook slechts een blokkeringsverplichting worden opgelegd op grond van een wettelijke bevoegdheid en een rechterlijke tussenkomst. Een dergelijke maatregel is echter zeer controversieel. In deze paragraaf wordt nagegaan of een dergelijke filtermaatregel juridisch mogelijk is en welke voor- en nadelen hier aan kleven.

Dynamic filtering

Het filteren op basis van sleutelwoorden is ondenkbaar in verband met illegale kansspelwebsites. Sleutelwoorden als 'gambling' of 'poker' differentiëren namelijk niet in legaal of illegaal aanbod, waardoor de kans onaanvaardbaar hoog wordt dat de doorgifte van legale websites wordt gefilterd. Daarbij zou een ontoelaatbare inbreuk op de vrijheid van meningsuiting worden gemaakt. Bovendien schuurt deze techniek (dynamic filtering) meer met het recht op privacy, zoals gegarandeerd in artikel 10 en 13 Grondwet en artikel 8 EVRM, omdat daarbij het inhoudelijke verkeer dat over netwerken gaat moet worden gemonitord. Op de dynamic filtering-techniek wordt derhalve verder niet ingegaan.

Blokkeringsmaatregel

In een jaar tijd hebben we een overweging voor een voorgestelde blokkeringsmaatregel voorbij zien komen in het conceptwetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit, de speerpuntenbrief 'auteursrechten 20©20' en tijdens overleg voor de wijzigingswet van de Wok.⁵⁵

In het buitenland wordt tevens heftig gediscussieerd over het filteren en blokkeren van ongewenste of onrechtmatige content. In de Verenigde Staten zijn wetsvoorstellen aanhangig waarbij blokkeringsmaatregelen voor de bescherming van intellectuele eigendomsrechten worden overwogen.⁵⁶ Het Witte Huis heeft echter al laten weten dat hij tegen maatregelen is die een 'vrij

⁵⁵ De Memorie van Toelichting van het conceptwetsvoorstel versterking bestrijding van computercriminaliteit is beschikbaar via: http://www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstel_versterking_bestrijding_computercriminaliteit/document/199 (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012). Zie p. 23: "Op grond van het derde lid wordt onder het "ontoegankelijk maken" van gegevens hetzelfde verstaan als in het geldende artikel 125o Sv, te weten: het treffen van maatregelen (zoals filteren en blokkeren)". De speerpuntenbrief 20©20 (Kamerstukken II 2010/11, 29 838, nr. 29) is beschikbaar via: <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brieven/2011/04/11/speerpuntenbrief-auteursrecht-20-20/5692923-tk-def-2.pdf> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012). Hierin werd op p. 10-12 opgemerkt: "Voor de situatie waarin de inbreuk vanuit het buitenland wordt gefaciliteerd, moeten rechthebbenden de mogelijkheden hebben om bij de rechter te vorderen dat een specifieke website of dienst waarvan is bewezen dat deze inbreuken faciliteert in een concreet geval door de ISP wordt geblokkeerd, zodat toegang voor Nederlandse internetgebruikers wordt bemoeilijkt. (...) Een dergelijke blokkade door access providers is alleen aan de orde na tussenkomst van de rechter en uitsluitend als het niet mogelijk is gebleken om de websitebeheerder of de hostingprovider aan te spreken. Het is dus een ultimatum remedium. (...) Bij de formulering van een wettelijke regeling kan worden geput uit ervaringen in het Verenigd Koninkrijk, waar de vorig jaar ingevoerd Digitale Economy Act in S.17 een bepaling bevat die het mogelijk maakt om blokkering van een website door een internet service provider te vorderen." Tenslotte met betrekking tot DNS-filtering van illegale kansspelen werd in de brief van de staatssecretaris van 8 juni 2011 (Kamerstukken II 2010/11, 24 557, nr. 126) opgemerkt: "Ik zal in het bijzonder de mogelijkheid in overweging nemen in de Wok voorzieningen op te nemen om IP-adressen van illegale internetsites of om betalingen van of aan illegale exploitanten te blokkeren." Later zegt de staatssecretaris hier over: "Het is de vraag of de inzet en arbeidsintensiteit van deze methode zich positief verhoudt ten opzichte van de effectiviteit. Er bereiken mij signalen dat aanbieders van illegale kansspelen via internet deze wijze van handhaving te omzeilen." (verslag schriftelijk overleg, 3 augustus 2011, (Kamerstukken II 2010/11, 24 557, nr. 129).

⁵⁶ Hier wordt bedoeld op de zogeheten PROTECT IP (Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011) en SOPA (Stop Online Privacy Act) wetsvoorstellen. Een nuttig overzicht is te vinden op Wikipedia: http://en.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act en http://en.wikipedia.org/wiki/PROTECT_IP_Act (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012). Een goed onderbouwde mening hier over is te vinden op de blog van Stanford University: 'Don't Break the Internet' van 19 december 2011: <http://www.law.stanford.edu/publications/details/5341/> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).



en open internet' bedreigen.⁵⁷ De wetsinitiatieven Stop Online Privacy Act (SOPA) en PROTECT IP Act (PIPA) zijn hierdoor aanzienlijk vertraagd.⁵⁸ Zoals het er nu naar uit ziet zullen deze wetsvoorstellen op termijn zonder de betwiste blokkeringsmaatregelen worden ingediend.⁵⁹ In België heeft de kansspelautoriteit een zwarte lijst gepubliceerd met websites waarvan het de bedoeling is dat ISP's deze gaan blokkeren.⁶⁰ Tenslotte is naar verluidt ook in Frankrijk een wet aangenomen om DNS-filtering voor illegale kansspelwebsites mogelijk te maken.⁶¹ Anderzijds kan worden gewezen op een Duitse uitspraak waar een filterverplichting voor illegale kansspelwebsites die werd opgelegd door de rechtbank te Düsseldorf vernietigd werd.⁶²

Individuele websites zouden na mislukte NTD-verzoeken bij ISP's ontoegankelijk kunnen worden gemaakt door IP-adressen of domeinnamen te blokkeren. Bij kansspelen zal het in de regel gaan om het blokkeren van een heel domein waar een bedrijf gebruik van maakt teneinde de kansspelen illegaal aan te bieden. Eerst wordt nagegaan welke vormen van blokkering mogelijk zijn en vervolgens wordt aan de hand de recente The Pirate Bay-uitspraak geanalyseerd in hoeverre een blokkerings/filtermaatregel door de overheid aan access providers kan worden opgelegd.

IP-blokkade

Een website is op internet beschikbaar, omdat zogenaamde 'webserver' dit mogelijk maken. Een of meerdere webserver krijgen een IP-adres toegewezen. Daarnaast kunnen er op één webserver verschillende websites van diverse partijen draaien. Door de IP-adressen van de webserver te blokkeren kan een website offline worden gehaald. De kans bestaat echter dat daardoor ook legale websites van dezelfde partij of van derden worden geblokkeerd en daardoor sprake is van 'overblocking'. Bepaalde (kostbare) technieken kunnen worden ingezet teneinde de maatregel zo zorgvuldig mogelijk ten uitvoer te brengen, maar de kans op overblocking is in het geval van een blokkade gebaseerd op één of meer IP-adres(sen) relatief groot. Daarnaast moet bijna constant worden nagegaan of de geblokkeerde websites nog wel op het aangewezen IP-adres worden gehost. In elk geval zullen bij een IP-blokkade kosten zijn gemoeid. Het is de vraag of wie (de Ksa of ISP) deze zou moeten dragen.

De blokkeringsmaatregel is relatief eenvoudig te omzeilen. Door het gegevensverkeer via een proxyserver te laten verlopen wordt via een ander IP-adres contact gezocht met de illegale website. Ook kan met andere technieken via een ander IP-adres verbinding worden gezocht met de desbetreffende website, zoals met behulp van een 'virtual private network' (VPN)-verbinding of

⁵⁷ Zie S.M. Fulton III, 'White House Strangles SOPA, Citing Censorship, Security Concerns', 12 maart 2012, beschikbaar via: <http://www.readwriteweb.com/archives/white-house-strangles-sopa-citing-censorship-security-concerns.php> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

⁵⁸ Zie T.B. Lee, 'Under voter pressure, members of Congress backpedal (hard) on SOPA', 13 januari 2012. Beschikbaar via: <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2012/01/under-voter-pressure-members-of-congress-backpedal-on-sopa.ars> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

⁵⁹ Zie 'Smith to Remove DNS blocking from SOPA', 13 januari 2012. Beschikbaar via <http://judiciary.house.gov/news/DNS%20blocking%20SOPA.html> (laatst geraadpleegd 12 maart 2012).

⁶⁰ Zie 'eGames - Black list: Lijst van de verboden sites'. Beschikbaar via: http://www.gamingcommission.fgov.be/website/NL/news/20120208_blacklist.pdf (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012). De volgende websites staan op de lijst: myglobalgames.com, bingo-round.com, everestpoker.be, titanpoker.be, jackpotcity.com, 888.com, casino.com, chilipoker.com, casinoriva.com en megacasino.com (per 8 februari 2012). Naar verluidt heeft de kansspelautoriteit afspraken gemaakt met ISP's omtrent de DNS-blokkeringen.

⁶¹ Zie het bericht 'Arjel to pay ISPs costs to block illegal betting websites': <http://www.telecompaper.com/news/ajel-to-pay-isps-costs-to-block-illegal-betting-websites> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012). De Franse toezichthouder Arjel draait volgens het bericht op voor de kosten van de filter.

⁶² Zie P. Sawers, 'German courts are bucking the trend, ruling that ISPs shouldn't block illegal websites', 14 januari 2012, beschikbaar via: <http://thenextweb.com/eu/2012/01/14/german-courts-are-bucking-the-trend-ruling-that-isps-shouldnt-block-illegal-websites/> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).



het The Onion Router (TOR) netwerk.⁶³ Een blokkeringsmaatregel heeft met inzet van deze technieken daarom geen effect. Wel moeten internetgebruikers enigszins technisch onderlegd zijn om van de omzeilingsmaatregelen gebruik te maken.

DNS-filter

Een Domain Name System (DNS)-server zorgt ervoor dat bij het invoeren van een domeinnaam deze automatisch wordt doorverwezen naar het IP-adres van het systeem waarop de bestanden (website) van dat domein staan. DNS-servers over de hele wereld communiceren onderling om deze gegevens constant up-to-date te houden. Zij leveren daarom een service die essentieel is voor een gebruikersvriendelijk en goed functionerend internet.

Bij een DNS-filter voor illegale kansspelwebsites vertaalt de DNS-server van een ISP de domeinnaam niet meer naar het IP-adres van de desbetreffende kansspelwebsite. Wanneer een burger een bepaald domein probeert te bezoeken via zijn webbrowser kan deze eventueel omgeleid worden naar een voorlichtingswebsite.

Een DNS-filter kan op zichzelf eenvoudig worden omzeild. Internetgebruikers kunnen van openbare en ongefilterde alternatieven zoals OpenDNS of Google Public DNS gebruik maken en daarmee is de desbetreffende website toch automatisch opvraagbaar. Ook zou het IP-adres van de website simpelweg in de adresbalk van webbrowser kunnen worden ingevuld teneinde toegang te verschaffen tot de website. Daarom gaat zal een effectieve DNS-filter in de praktijk toch vaak gepaard moeten gaan met een blokkade van een (of meerdere) IP-adres(sen). Ondanks de filtermaatregelen zou de website bereikbaar kunnen blijven via alternatieve domeinnamen.

Een ander belangrijk bezwaar tegen een DNS-filter dat wel wordt genoemd is dat in dit geval op last van de overheid wordt geknoeid met de vitale DNS-infrastructuur. Toch wordt de maatregel in de praktijk echter ook al door ISP's sporadisch ingezet in verband met de bestrijding van spam en ander ongewenst internetverkeer. Het argument dat de maatregel het zogenaamde DNSSEC systeem (een soort tussenlaag dat de authenticiteit van de opgevraagde website garandeert) bedreigt is volgens specialisten van Fox-IT echter niet zo groot als wel wordt voorgedaan.

Indien ondanks de nadelen toch wordt gekozen voor een filtermaatregel, ligt het in de rede beide filtermaatregelen alleen toe te passen op buitenlandse websites, aangezien websites die in Nederland worden gehost in eerste instantie (slechts) met een NTD-procedure voor Nederlanders ontoegankelijk kunnen worden gemaakt.

Mag een filterverplichting aan internet service providers worden opgelegd?

Door ISP's wordt beargumenteerd dat een filtermaatregel in strijd is met artikel 15 van de Richtlijn elektronische handel (geïmplementeerd in artikel 6:169c BW).⁶⁴ De provider zou te veel als 'politieagent' moeten optreden in plaats van 'doorgeefluik'.⁶⁵ Uiteindelijk kan het Hof van Justitie pas echt uitsluitsel geven over de vraag of een filterverplichting rechtens kan worden opgelegd. In elk geval is in de Scarlet/Sabam-zaak door het Hof van Justitie opgemerkt dat een generiek filter

⁶³ Zie ook W.Ph. Stol e.a., *Filteren van kinderporno op internet, een verkenning van technieken en reguleringen in binnen- en buitenland*, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008. Beschikbaar via: http://wodc.nl/images/1616_volledige_tekst_tcm44-117157.pdf (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

⁶⁴ Meer specifiek artikel 15 van de Richtlijn inzake elektronische handel (2000/31/EG).

⁶⁵ Zie voor een gedetailleerd betoog van XS4ALL over een filterverplichting: <http://www.xs4all.nl/overxs4all/maatschappelijk/downloads/standpuntxs4all.pdf> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).



op al het *peer-to-peer* verkeer bij een access provider in strijd is met het recht, onder andere omdat ook legale content wordt geblokkeerd en het *deep packet inspection* (DPI) vereist, waarmee een inbreuk wordt gemaakt op het recht op privacy in de zin van artikel 8 EVRM.⁶⁶ In deze zaak werd een te actieve houding van de ISP gevergd met betrekking tot het stoppen van de auteursrechtsschendingen. Uit de zaak kan echter niet worden afgeleid dat een *specifieke* filterverplichting in geen geval aan een ISP zou kunnen worden opgelegd. Volgens het Hof moet het juiste evenwicht worden verzekerd tussen enerzijds het intellectuele eigendomsrecht van de rechthebbenden, de vrijheid van ondernemerschap, het recht op bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid om informatie te verstrekken of te ontvangen.⁶⁷

De rechtbank Den Haag was in de BREIN vs Ziggo en XS4ALL-zaak van mening dat de specifieke filtermaatregel voor the website van The Pirate Bay de toets van Sarclett/Sabam doorstaat.⁶⁸ Uit de L'Oréal/eBay-zaak blijkt dat de rechter maatregelen kan gelasten waarbij specifieke websites geblokkeerd worden, maar ook 'tot het voorkomen van nieuwe inbreuken van deze aard'.⁶⁹ Bij het blokkeren van IP-adressen en (sub)domeinnamen met betrekking tot The Pirate Bay hoeven niet alle gegevens van abonnees gecontroleerd te worden en de blokkade is beperkt tot inbreuken van een specifieke website. De rechtbank merkt ook nog op dat in artikel 6:196c lid 5 BW expliciet wordt bepaald dat de in het artikel opgenomen aansprakelijkheidsbeperkingen niet in de weg staan aan een rechterlijk verbod of bevel.⁷⁰

In de volgende paragraaf wordt de The Pirate Bay-zaak verder geanalyseerd, aangezien het de eerste zaak is in Nederland waar een filtermaatregel aan een ISP wordt opgelegd. De overwegingen van de rechtbank kunnen aanknopingspunten bieden bij de beslissing om al dan niet een wettelijke regeling voor een filtermaatregel van illegale kansspelwebsites mogelijk te maken.

Praktijkvoorbeeld: BREIN vs Ziggo en XS4ALL

In de recentelijk gewezen zaak BREIN vs. Ziggo en XS4ALL heeft de rechtbank Den Haag geoordeeld dat de website The Pirate Bay met bijbehorende IP-adressen en domeinnamen door de ISP's Ziggo en XS4ALL geblokkeerd moeten worden.⁷¹ Uit deze uitspraak blijkt dat voor het blokkeren van een dergelijke website een formeel wettelijke grondslag aanwezig moet zijn. Volgens de rechtbank ligt die bevoegdheid besloten in artikel 26d Auteurswet 1912 en artikel 15e Wet naburige rechten. Ook een bevel van de overheid om een website te blokkeren behoeft een formeel wettelijke grondslag op grond van artikel 10 EVRM.⁷² De zaak biedt een goed uitgangspunt voor de analyse of een filtermaatregel juridisch door de beugel kan.

⁶⁶ HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, IEPT 20111124, (*Sabam/Scarlet*).

⁶⁷ Zie rechtsoverweging 46. In de eerdergenoemde zaak HvJ EU 16 februari 2012, C-360/10 (*Sabam/Netlog*) worden dezelfde overwegingen voor een generieke filterverplichting bij een hostingprovider gebruikt.

⁶⁸ Rb. Den Haag, 11 januari 2012, LJN BV0549 (*BREIN/Ziggo en XS4ALL*), r.o. 4.46: "Anders dan XS4ALL betoogt, is een bevel tot blokkering van IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen naar het oordeel van de rechtbank niet in strijd met artikel 15 lid 1 van de Richtlijn inzake elektronische handel". Beschikbaar via: <http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BV0549> (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012)

⁶⁹ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, LJN BR3605, (*L'Oréal/eBay*), r.o. 131.

⁷⁰ Zie rechtsoverweging 4.47.

⁷¹ Rb. Den Haag, 11 januari 2012, LJN BV0549 (*BREIN/Ziggo en XS4ALL*). In deze zaak ging het om 3 IP-adressen en meer dan 24 onderliggende domeinnamen. Stichting BREIN mag tevens toekomstige IP-adressen en domeinnamen aanleveren die samenhangen met The Pirate Bay en onrechtmatig zijn.

⁷² Zie ook W.Ph. Stol e.a., *Filteren van kinderporno op internet, een verkenning van technieken en reguleringen in binnen- en buitenland*, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008. Beschikbaar via: http://wodc.nl/images/1616_volledige_tekst_tcm44-117157.pdf (laatst geraadpleegd op 12 maart 2012).

