

# Een kans voor poker

Als het Nederlandse kansspelbeleid op de schop gaat, reiken de effecten verder dan het pokerspel en het vergunningenbeleid van de Wet op de kansspelen.

*Mieke Eversteijn en Noortje Lina  
advocaten in Amsterdam<sup>1</sup>*

**E**r is momenteel veel te doen rondom het Nederlandse kansspelbeleid. Naast de jurisprudentiële ontwikkelingen met betrekking tot het pokerspel en het vergunningenbeleid van de Wet op de kansspelen (Wok) heeft staatssecretaris Fred Teeven (Veiligheid en Justitie) recent zijn beleidsvisie op het kansspelbeleid kenbaar gemaakt. Hij wil de kansspelwetgeving drastisch wijzigen. Deze ontwikkelingen kunnen zowel strafrechtelijk als ook fiscaaltechnisch en bestuursrechtelijk grote gevolgen hebben.

## Wet op de kansspelen

Op grond van art. 1 aanhef onder a Wok is het verboden gelegenheid te geven aan kansspelen, tenzij daarvoor ingevolge de Wok een vergunning is verleend. Denk hierbij aan het organiseren van een pokertoernooi. In art. 1 aanhef onder b Wok is vervolgens het verbod op het bevorderen van deelnemen aan kansspelen neergelegd. Onder 'bevorderen' wordt volgens het ministerie van Veiligheid en Justitie verstaan: alle handelingen die deelname aan kansspelen vergemakkelijken of in de hand werken, zoals het maken van reclame voor en het plaatsen van hyperlinks en banners naar illegale kansspelsites.

Momenteel biedt de Wok de mogelijkheid om aan één rechtspersoon een vergunning te verlenen voor het organiseren van speelcasino's.<sup>2</sup> Deze vergunning is verleend aan Holland Casino, waardoor het organiseren van pokerspelen door anderen verboden is.

Indien echter geen (verkapte) prijzen worden uitgelooft (zoals bij speluitleg, -instructie of als oefensituatie) en indien de gelegenheden noch voor het publiek zijn opengesteld noch bedrijfsmatig worden gegeven, mag poker toch zonder vergunning worden aangeboden.<sup>3</sup> Voor wat betreft het spelen van poker op speelautomaten geldt dat dit onder voorwaarden mag worden aangeboden.

Ook via internet wordt veelvuldig 'gelegenheid gegeven tot deelname aan kansspelen'. Volgens de Hoge Raad is hiervan in Nederland sprake wanneer via internet door middel van een mede op Nederland gerichte website toegang wordt geboden aan potentiële deelnemers in Nederland (en dit niet door enige software onmogelijk wordt gemaakt) die via hun computer rechtstreeks aan het spel kunnen deelnemen – dat wil zeggen: zonder dat andere handelingen zijn vereist dan die op de computer kunnen worden verricht.<sup>4</sup> De term 'gelegenheid geven tot' moet aldus ruim worden uitgelegd.

## Kans- of behendigheids spel?

Een spel is volgens de Wok een kansspel indien de deelnemers kunnen winnen door enige 'kansbepaling' waarop zij in het algemeen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen. De open normen in deze definitie zijn in de rechtspraak ingevuld. In de jaren zestig werd het rouletteachtige observatiespel Saturne ter discussie gesteld.<sup>5</sup> Of deelnemers 'in het algemeen overwegende invloed' konden uitoefenen, hing volgens de HR af van de resultaten die de grote meerderheid van de spelers bij het spel behaalde. Naar aanleiding hiervan rees de vraag op grond van welke bewijsrechtelijke vereisten 'behaal-

de resultaten' konden worden vastgesteld. Aanvankelijk eiste de HR dat dit bewijs geleverd moest worden aan de hand van (politie)observatie van het spelersgedrag, het spelverloop en de spelomstandigheden in een specifieke situatie.<sup>6</sup>

Met het derde Golden-Ten-arrest zorgt de HR begin jaren negentig voor een kentering.<sup>7</sup> Beslissend blijven de resultaten van de grote meerderheid van de spelers, maar het bestanddeel 'overwegende invloed' kan ook bewezen worden door (naast verklaringen van getuigen) deskundigen met betrekking tot het spel en de wijze waarop dit spel in het algemeen wordt gespeeld. In het onderhavige geval verklaarden getuigen-deskundigen prof. dr. W.A. Wagenaar en prof. dr. G. Keren dat een 'doorsneespeler' door 'lang te observeren' en 'hard werken' zijn winstkansen wel kan vergroten, maar dat hij dit in de praktijk niet doet.

In 1998 laat de HR zich uit over het pokerspel.<sup>8</sup> Uit de spelregels vloeit voort dat sprake is van een vorm van kansbepaling waarop de deelnemers geen invloed kunnen uitoefenen. Het pokerspel wordt pas een behendigheids spel indien de meerderheid van de spelers haar winstkansen in dusdanige mate kan beïnvloeden door kansberekening in plaats van kansbepaling. Bewijs dat deelnemers invloed kunnen uitoefenen op de winstkansen kan vervolgens geleverd worden in de vorm van verklaringen van verdachten over het pokerspel en de wijze waarop het in het algemeen in de praktijk pleegt te worden gespeeld. De HR baseert zich hiervoor wederom op Wagenaar en Keren en kwalificeert poker als kansspel.

1 Beiden zijn strafrechtadvocaat bij VMW Taxand in Amsterdam.

2 Art. 27h Wok.

3 Art. 2 aanhef onder a Wok.

4 NJ 2005, 404 (Ladbroskes).

5 NJ 1966, 364.

6 NJ 1985, 76; NJ 1985, 738.

7 NJ 1991, 808.

8 LJN: ZD0952, ook wel Concorde c.c.-arrest genoemd.

Keerpunt?

In juli 2010 heeft de Rechtbank 's-Gravenhage een opmerkelijk strafrechtelijk vonnis gewezen.<sup>9</sup> Poker is geen kansspel maar een behendigheids spel! Bijzonder aan de uitspraak is dat de rechtbank het model van Wagenaar en Keren als nauwelijks wetenschappelijk aanmerkt omdat het te veel subjectieve (beoordelings)-elementen zou bevatten. Daarentegen baseert zij zich op het model van relatieve behendigheid van prof. dr. B.B. van der Genugten en prof. dr. P. Borm. Ook de verklaring van verdachte (een professioneel pokerspeler, die verklaard heeft ervan overtuigd te zijn dat poker een behendigheids spel is) lijkt een belangrijke rol te spelen.

Hoewel het Openbaar Ministerie direct in hoger beroep is gegaan, kan dit vonnis belangrijke implicaties hebben voor het strafrecht en het belastingrecht. Indien poker als behendigheids spel wordt aangemerkt, valt het niet meer onder de Wok. Een vergunning is dan niet meer nodig en er dient een andere belastingheffing te worden toegepast.

Fiscale gevolgen

Indien een spel gekwalificeerd wordt als 'kansspel', worden de resultaten hieruit belast op grond van art. 1 lid 1 onder a respectievelijk onder c en d van de Wet op de kansspelbelasting (Wkb). Nu de Wkb dezelfde definitie hanteert voor 'kansspelen' als de Wok, en poker momenteel als 'kansspel' wordt gekwalificeerd, moet over de inkomsten uit het spel kansspelbelasting worden betaald. Een en ander is ook door de Rechtbank Leeuwarden in een fiscale zaak bevestigd, waarin de rechtbank vasthield aan het strafrechtelijke pokerarrest van de HR.<sup>10</sup> Overigens gaf de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage wel aanleiding de boetebeschikking te vernietigen omdat achteraf gezien sprake was van een pleitbaar standpunt.

Nu poker door de fiscus als 'kansspel' wordt beschouwd, betaalt de Nederlandse aanbieder van een pokerspel 29% belasting over het verschil tussen de ontvangen

De Belastingdienst zal niet geneigd zijn de afgelopen jaren geïnde kansspelbelasting terug te geven

inzetten en de ter beschikking gestelde prijzen. Indien de prijzen worden gesponsord, dan wordt de belasting berekend over hetgeen de aanbieder voor zijn diensten ontvangt.<sup>11</sup> De Nederlandse deelnemers aan online pokerspelen betalen 29% over de prijzen minus de inzet. Indien het een buitenlands livetoernooi betreft, dan heeft deze deelnemer geen aftrekmogelijkheid.

Tot op heden heeft de Belastingdienst zich op het standpunt gesteld dat pokerspelers feitelijk niet te kwalificeren zijn als 'ondernemer' in de zin van de Wet op de inkomstenbelasting (Wet IB). Indien poker wordt beschouwd als een behendigheids spel, is het mogelijk dat de fiscus inkomsten hieruit gaat zien als 'bron van inkomen' uit box 1. In aanmerking komen 'winst uit onderneming' en 'resultaat uit overige werkzaamheden'. Het blijft echter discutabel of dit inkomen überhaupt onder één van deze bronnen valt. Ons inziens biedt een en ander ingang aan een fiscale procedure.

Onder de Wet IB wordt de winst per jaar berekend en zijn de kosten aftrekbaar. Het tarief van de inkomstenbelasting loopt echter op tot 52 procent en kan daarmee ongunstiger zijn voor de speler. Overigens wordt zowel het resultaat dat uitgekeerd wordt op een bankrekening als de waarde van pokeraccounts op een poker-/speelsite belast als inkomen uit sparen en beleggen in box 3 indien en voor zover de vrijstelling wordt overtroffen. Een andere kwalificatie van poker zal hier in principe geen gevolgen voor hebben.

De laatste fiscale hobbel betreft de Wet op de omzetbelasting (Wet OB). Deze geeft een vrijstelling van btw indien sprake is

van een kansspel in de zin van de Wkb. Hierdoor hoeft de aanbieder geen btw te berekenen over het bedrag dat hij in rekening brengt, maar hij heeft dan ook geen recht op aftrek van btw op gemaakte kosten. Indien poker niet langer als kansspel wordt gezien, vervalt deze btw-vrijstelling. Wel heeft de aanbieder recht op aftrek van voorbelasting van btw op kosten. Dit kan tot een voordeel van de aanbieder gaan leiden.

Einde éénvergunningenstelsel?

Doordat de Wok enerzijds verbiedt om zonder vergunning kansspelen te organiseren of te bevorderen en anderzijds slechts één dienstverrichter (per kansspelcategorie) een vergunning verleent, wordt in wezen het vrije dienstenverkeer beperkt. Hierover wordt in Nederland en Europa dan ook al jarenlang geprocedeerd.

Lidstaten mogen kansspelen reguleren. Een beperking van het vrij verkeer van diensten kan gerechtvaardigd zijn om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.<sup>12</sup> Andere rechtvaardigingen kunnen zijn dwingende redenen van algemeen belang (*rule of reason*), zoals bijvoorbeeld consumentenbescherming, fraudebescherming of het voorkomen van gokverslaving.<sup>13</sup> Wil hiervan sprake zijn, dan moeten de maatregelen zonder discriminatie worden toegepast, geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaan dan daarvoor noodzakelijk is. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) laat voor de invulling hiervan veel ruimte aan de lidstaten, zolang door middel van de beperkingen wordt gestreefd de gokgelegenheden daadwerkelijk te beperken.<sup>14</sup> In elk geval moet de beperking de evenredigheidstoets doorstaan.<sup>15</sup>

In de (Nederlandse) zaken Ladbrokes en Betfair zijn prejudiciële vragen gesteld.<sup>16</sup> In de zaak-Ladbrokes kwam aan de orde

9 LJN: BN0013.  
10 Rb. Leeuwarden 14 oktober 2010, AWB 09/512 (niet gepubliceerd).

11 Art. 3 lid 1 onder a Wkb.

12 Art. 56 jo. art. 62 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.  
13 C-243/01 (Gambelli).  
14 C-246/05 (Anomar); C-124/97 (Läämä); C-275/92 (Schindler); C-67/98 (Zenatti).  
15 C-338/04, C-359/04 en C-360-04 (Placanica).  
16 LJN: BC8970 (Ladbrokes); LJN: BD1483 (Betfair).

of het éénvergunningstelsel überhaupt is toegestaan en in de zaak-Betfair is de vraag beantwoord hoe binnen dit stelsel de procedure omtrent de vergunningverlening en -verlenging dient te worden ingekleurd. Het HvJ EU heeft bepaald dat het Nederlandse éénvergunningstelsel – met als doel fraude en criminaliteit te bestrijden – bij gebrek aan harmonisatie op Europees niveau toelaatbaar kan zijn, mits bij de procedure tot verkrijging van een vergunning sprake is van objectieve criteria die kenbaar, niet-discriminatoire en voldoende openbaar zijn.<sup>17</sup> Op 23 maart van dit jaar heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in de Betfair-zaak bepaald dat de toenmalige minister van Justitie Betfair had moeten laten meedingen naar kansspelvergunningen voor het organiseren van sportprijsvragen en een totalisator in de paardensport.<sup>18</sup>

Het is bijzonder dat men niet heeft willen wachten op het oordeel van de HR inzake Ladbrokes. Ondanks het feit dat de Betfair-uitspraak niet over het pokerspelen gaat, worden wel handvatten gegeven voor de toetsing van een éénvergunningstelsel zoals dit ook voor pokerspelen geldt. Openbare en particuliere pokerexploitanten zouden nu een vergunning kunnen gaan aanvragen. Ook kunnen zij na afwijzing daarvan – met deze uitspraak in de hand – de inhoud van deze beslissing laten toetsen op haar juistheid.

17 C-203/08 (Betfair); C-258/08 (Ladbrokes).

18 Afd. bestuursrechtspraak 23 maart 2011, 2007006622/1/H3-A (niet gepubliceerd).

## Ook de verklaring van verdachte, een professioneel pokerspeler, lijkt een belangrijke rol te spelen

Het vorige kabinet heeft reeds voorgesteld het kansspelaanbod via internet te reguleren. De Commissie-Jansen heeft daartoe onderzoek gedaan en in augustus 2010 voorgesteld online poker te legaliseren.<sup>19</sup> Hierop volgend heeft Teeven onlangs in zijn beleidsvisie aangegeven een meervergunningstelsel voor de kansspelen te willen invoeren. De nieuwe in te stellen Kansspelautoriteit wordt belast met de vergunningverlening, maar met het toezicht op de naleving van de kansspelregelgeving.<sup>20</sup> Ook wil Teeven ook andere online kansspelen wettelijk reguleren. Tot slot dient volgens hem het kleinschalig pokeraanbod op fysieke locaties op gemeentelijk niveau geregeld te worden.

19 Legaliseren van kansspelen via internet. Eindrapport van de Adviescommissie Kansspelen via Internet, augustus 2010. Te raadplegen via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl) onder 'Documenten en publicaties' – 'Rapporten'.

20 Ten tijde van het schrijven van dit artikel staat als datum voor oprichting 1 januari 2012 gepland.

### Conclusie

Op dit moment is poker volgens de hogere rechtspraak nog steeds een kansspel, waardoor het gelegenheid geven aan dan wel het promoten van poker zonder vergunning strafbaar is. Als het spel een legale status krijgt, dan zijn fiscaal gezien de gevolgen niet louter positief. De Belastingdienst zal niet geneigd zijn de afgelopen jaren geïnde kansspelbelasting terug te geven aan de spelers of organisatoren. Daar komt bij dat het aanbieden van poker voor de omzetbelasting niet meer onder de vrijstelling voor kansspelen valt. Dit betekent dat door de aanbieder btw in rekening zal moeten worden gebracht. Hij heeft hierdoor recht op aftrek van de voorbelasting. Bij de inkomstenbelasting is niet-bedrijfsmatige deelname aan kansspelen vrijgesteld. Wordt poker een behendigheids spel, dan valt het niet meer onder deze vrijstelling en is het mogelijk dat inkomsten uit poker belast worden. In dat geval achten wij een fiscale procedure de geëigende weg.

Ondertussen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat de wijze waarop in Nederland kansspelvergunningen werden verleend niet correct is. Het wachten is nu op de HR die in de Ladbrokes-zaak uitspraak zal doen over de toelaatbaarheid van het éénvergunningstelsel. Rest de vraag hoe en wanneer een eventuele wetswijziging met betrekking tot het aanbieden van poker geconcretiseerd wordt.

(advertentie)

**TOGA**  
*atelier*  
Schout & Katsantonis

*Toga's op maat*

Hoge kwaliteit, oog voor detail en  
uitstekende service.  
Tevens rijksleverancier

Industrieweg 51  
Tel. 010 - 245 07 66  
E-mail: [info@toga.net](mailto:info@toga.net)

3044 AS Rotterdam  
Fax 010 - 245 07 67  
Web: [www.toga.net](http://www.toga.net)

### YUEN ADVOCATEN

Wij zijn onlangs verhuisd naar een representatieve kantoorruimte in het centrum van Rotterdam en hebben nog ruimte voor een collega **ADVOCAAT** die op basis van kostendeling tot het kantoor wil toetreden.

Kijk voor meer informatie op [www.yuenadvocaten.nl](http://www.yuenadvocaten.nl).  
Contact: [p.yuen@yuenadvocaten.nl](mailto:p.yuen@yuenadvocaten.nl) / 010-225 02 90