



Datum van
inontvangstneming

:

11/02/2016

Zaak C-685/15

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

18 december 2015

Verwijzende rechter:

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

14 december 2015

Verzoekende partijen:

Online Games Handels GmbH

Frank Breuer

Nicole Enter

Astrid Walden

Verwerende partij:

Landespolizeidirektion Oberösterreich

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Opheffing van bestuursstrafrechtelijke maatregelen die zijn opgelegd wegens schending van het Oostenrijkse kansspelmonopolie

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vraag

Moet artikel 56 VWEU of moeten de artikelen 49 e.v. VWEU in het licht van artikel 6 EVRM juncto artikel 47 van het Handvest van de grondrechten aldus

worden uitgelegd dat deze bepalingen zich met het oog op de in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (in het bijzonder het arrest van 18 mei 2010, 64962/01, punt 54) vereiste objectiviteit en onpartijdigheid van een gerecht verzetten tegen een nationale regeling waarbij het bewijs dat in het kader van een bestuursstrafrechtelijke procedure overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (in het bijzonder het arrest van 30 april 2014, Pflieger e.a., C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281) moet worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een strafrechtelijk beschermd quasimonopolie op de nationale kansspelmarkt, eerst volledig zelfstandig moet worden aangeduid en afgebakend, en daarna ook door middel van een autonoom onderzoek moet worden onderzocht en beoordeeld door het gerecht dat is aangezocht voor een beslissing over de rechtmatigheid van de in het beroep aangevochten strafrechtelijke maatregel (in een en dezelfde persoon/functie) – uit eigen beweging en onafhankelijk van de houding van de partijen bij het geding – en niet door de vervolgende instantie (of een ander vervolgingsorgaan van de overheid) in haar (of zijn) hoedanigheid van vertegenwoordiger van de aanklager?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

VWEU, in het bijzonder de artikelen 49 e.v. en artikel 56

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in het bijzonder de artikelen 47 en 48

Aangevoerde bepalingen van internationaal recht

Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), in het bijzonder de artikelen 6 en 13

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) (federale grondwet), in het bijzonder de artikelen 90, 94, 130 en 136

Verwaltungsgerichtsverfahrgesetz (VwGVG) (wet tot regeling van de bestuursrechtspraak), in het bijzonder de §§ 18, 38 en 46

Verwaltungsstrafgesetz (VStG) (wet bestuursstrafrecht), in het bijzonder de §§ 24 en 25

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) (algemene wet inzake bestuursrechtelijke procedures), in het bijzonder de §§ 8 en 39

Glücksspielgesetz (GSpG) (kansspelwet), in het bijzonder de §§ 50, 52 en 53

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 1. In de zaak betreffende verzoekster Online Games Handels GmbH hebben ambtenaren van de fiscale politie [orgaan van het Oostenrijkse ministerie van Financiën] op 8 maart 2012 bij de controle van een bar acht automaten aangetroffen waarmee vermoedelijk doorlopend inbreuken op het federale kansspelmonopolie werden gepleegd. Op grond daarvan werden de automaten in beslag genomen en de bestuursstrafrechtelijke procedure tegen Online Games voortgezet.
- 2 Uit het administratieve dossier van de vervolgende instantie (Landespolizeidirektion Oberösterreich – LPD OÖ) blijkt niet of voor de vaststelling van dit besluit tot inbeslagname een deskundige was geraadpleegd over de vraag of de inbeslaggenomen automaten kansspelen dan wel slechts behendigheids spelen waren. Evenmin blijkt daaruit of het bestaan van een voor het Unierecht relevante band met het buitenland is aangevoerd.
- 3 Het Verwaltungsgerichtshof (VwGH) heeft het vonnis waarbij de Unabhängige Verwaltungssenat Oberösterreich (thans Landesverwaltungsgericht Oberösterreich – LVwG OÖ) het besluit, waartegen beroep was ingesteld, had bevestigd, vernietigd op grond dat de gerechtelijke bevoegdheid onvoldoende was onderzocht.
- 4 Op de openbare terechtzitting die het LVwG OÖ in deze zaak heeft georganiseerd, is geen vertegenwoordiger namens de vervolgende instantie (LPD OÖ) verschenen.
- 5 2. In de zaak betreffende verzoekers F. Breuer e.a. hebben ambtenaren van de fiscale politie op 14 augustus 2014 bij de controle van een bar acht automaten aangetroffen waarmee vermoedelijk doorlopend inbreuken op het federale kansspelmonopolie werden gepleegd. Op grond daarvan werden de automaten in beslag genomen en werd elk van de drie verzoekers een boete van 24 000 EUR opgelegd.
- 6 De omstandigheid dat verzoeker Breuer een orgaan met vertegenwoordigingsbevoegdheid van een in een andere lidstaat (Slowakije) gevestigde GmbH is, werd in deze besluiten niet behandeld. Evenmin blijkt uit het administratieve dossier met name of de autoriteit voor de vaststelling van de strafbeschikkingen een deskundige had geraadpleegd over de vraag of de inbeslaggenomen automaten kansspelen dan wel slechts behendigheids spelen waren.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 7 Verzoekers stellen dat de Oostenrijkse monopolieregeling inzake kansspelen in strijd is met het Unierecht. In de zaak van Online Games is een in Tsjechië

gevestigde GmbH de organisator van de kansspelen die door middel van de inbeslaggenomen automaat van een server worden opgeroepen. In de zaak van Breuer e.a. werden de automaten vanaf een server in Slowakije van de nodige spelprogramma's voorzien.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 8 1. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Pfleger e.a.* (EU:C:2014:281, punten 39-64) geoordeeld dat artikel 56 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling zoals die in de hoofdgedingen, voor zover die regeling niet werkelijk beoogt de speler te beschermen of criminaliteit te bestrijden en niet daadwerkelijk beantwoordt aan het streven op samenhangende en stelselmatige wijze de gelegenheden tot spelen te verminderen of de aan deze spelen verbonden criminaliteit te bestrijden. Het staat aan de nationale rechter dit te beoordelen en daarnaast na te gaan of de door de lidstaat opgelegde beperkingen voldoen aan de voorwaarden die met betrekking tot de evenredigheid ervan in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd. In dit verband staat het aan de lidstaat die zich wil beroepen op een doel dat de belemmering van de vrijheid van dienstverrichting kan rechtvaardigen, de rechterlijke instantie die zich hierover dient uit te spreken alle gegevens te verstrekken aan de hand waarvan deze zich ervan kan vergewissen dat deze maatregel voldoet aan de vereisten van het evenredigheidsbeginsel.
- 9 Rekening houdend met deze overwegingen heeft het LVwG OÖ, dat aansluitend op de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie uitspraak moest doen in het hoofdgeding *Pfleger e.a.*, de vordering toegewezen, de betrokken strafbeschikking nietig verklaard en de bestuursstrafrechtelijke procedure beëindigd. Volgens deze rechter was niet bewezen dat criminaliteit of gokverslaving daadwerkelijk een aanzienlijk probleem vormde dat enkel door middel van een monopolie kon worden verholpen en dat dit het werkelijke doel van de monopolieregeling was (en niet louter een toename van de inkomsten van de Staat).
- 10 2. Dit vonnis van het LVwG OÖ is bij arrest van het VwGH van 15 december 2014 (Ro 2014/17/0121) vernietigd, onder meer op grond dat overeenkomstig § 38 VwGVG in een bestuursstrafrechtelijke procedure bij de bestuursrechter het beginsel van ambtshalve onderzoek van § 25, lid 1, VStG en het beginsel van onderzoek van de materiële waarheid van § 25, lid 2, VStG gelden, op grond waarvan de bestuursrechter ambtshalve en onafhankelijk van de middelen en vorderingen van partijen de werkelijke feiten dient vast te stellen door verwerving van het nodige bewijs. Het VwGH sloot zich niet aan bij de grondwettelijke bedenkingen van het LVwG OÖ dienaangaande in het licht van artikel 90, lid 2, B-VG en artikel 6, lid 1, EVRM en artikel 47 van het Handvest.
- 11 Volgens het arrest van het VwGH is de bestuursrechter in eerste aanleg in het kader van een beroepsprocedure in bestuursstrafrechtelijke zaken in het algemeen

verplicht ambtshalve een onderzoek tot waarheidsvinding – d.w.z. inquisitoire onderzoeksmaatregelen en in voorkomend geval aanvullende daden van vervolging – te voeren en bestaande gebreken en nalatigheden van de vervolgende instantie met betrekking tot de vraag of de constitutieve bestanddelen van een strafbaar feit aanwezig zijn en of er sprake is van schuld, weg te nemen, en wel met het doel vast te stellen of/dat in het concrete geval sprake is van feiten die de bestanddelen van een strafbaar feit vormen.

- 12 3. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) heeft in zijn rechtspraak over de schijn van partijdigheid van een gerecht in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM reeds zaken betreffende „some confusion between the functions of prosecutor and judge” behandeld. Het heeft meer bepaald geoordeeld dat de omstandigheid dat de vervolgende instantie in de procedure bij de bestuursrechter op grond van § 18 VwGGV formeel als partij optreedt en daar functioneel de „aanklager” vertegenwoordigt, het vereiste van een „fair trial” in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM niet schendt, weliswaar steeds slechts vanuit het oogpunt van het beginsel van processuele gelijkheid. Het specifieke aspect van het inquisitoir model – niet enkel in de zin van een ambtshalve onderzoek, maar ook in die vorm dat de rechter een onbeperkte plicht tot waarheidsvinding uit eigen beweging heeft – heeft het EHRM tot nu toe nog niet uitdrukkelijk aanvaard. Uit zijn rechtspraak lijkt in dat verband veeleer het tegendeel (zie in het bijzonder arrest van de Grote kamer van 15 december 2005, 73797/01, punten 118-128, en arrest van 18 mei 2010, 64962/01, punten 51-54).
- 13 Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich – voor zover bekend – over deze kwestie nog niet uitdrukkelijk uitgesproken. Het heeft evenwel in het kader van enkele zaken (die dateren van vóór de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten) laten doorschemeren dat een inquisitoir model in het licht van het Unierecht op zijn minst problematisch zou kunnen zijn (zie bv. conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in zaak C-507/10, EU:C:2011:682, punten 20 e.v., en conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-466/00, EU:C:2002:447, punten 90 e.v.).
- 14 Wat betreft de bij het LVwG OÖ aanhangige beroepen tegen de bestuursstrafrechtelijke overheidsmaatregelen wegens overtreding van het GSpG moet er enerzijds op worden gewezen dat de deelname van een vertegenwoordiger van de vervolgende instantie aan de georganiseerde openbare terechtzittingen een zeldzame uitzondering is. De kant van de aanklager wordt in de algemene regel enkel door een ambtenaar van de uitvoerende macht (fiscale politie) vertegenwoordigd en dit enkel in de louter passieve rol van een partij bij het geding. Al bij al ontstaat tegen een dergelijke achtergrond de indruk dat de strafvervolging wegens schending van het kansspelmonopolie de facto nauwelijks tot het domein van de vervolgende instantie behoort, maar nagenoeg uitsluitend een zaak van de fiscale politie is – volledig afgezien van de omstandigheid dat de uitvoerende organen daarvan in de voorafgaande procedure vaak geen voor een openbaar aanklager typische handelingen (zie arrest van het EHRM van 18 mei

2010, punt 52) hebben gesteld, namelijk voorafgaande zelfstandige feitelijke vaststellingen, het (minstens formeel) formuleren van een aanklacht of deze in de beroepsprocedure bij het LVwG OÖ substantieel staande houden.

- 15 4. Volgens het LVwG OÖ moeten de overwegingen van het Hof in de punten 48 tot en met 53 van het arrest *Pfleger e.a.* (EU:C:2014:281) aldus worden begrepen dat de strafvervolgingsorganen en -instanties in een procedure bij de bestuursrechter tot taak hebben het bewijs aan te voeren – d.w.z. in finale vorm die bewijzen over te leggen en/of minstens aan te duiden – waaruit blijkt dat de criminaliteit en/of speelzucht in het relevante tijdvak daadwerkelijk een aanzienlijk probleem vormde(n). De betreffende stelplicht en bewijslast berust dus **uitsluitend** bij de strafvervolgingsorganen en -instanties van de overheid.
- 16 Wanneer het niet louter om procedurele kwesties gaat, maar om het specifieke onderzoek van feiten met betrekking tot de vraag of de constitutieve bestanddelen van een concreet strafbaar feit aanwezig zijn, veronderstelt elk ambtshalve optreden van een gerecht volgens het LVwG OÖ derhalve telkens een voorafgaande vraag om bewijs van een partij bij het geding (de vervolgende instantie of een ander overheidsorgaan, dan wel de beklaagde), die het betreffende onderzoek fundeert en zodoende rechtvaardigt.
- 17 Een zelfstandige onderzoeksplicht van het LVwG OÖ in de vorm van een verplichtend, autonoom-discretionair inquisitoir model is dus – in het bijzonder in het licht van de rechtspraak van het EHRM over artikel 6, lid 1, EVRM – al niet verenigbaar met artikel 56 VWEU juncto artikel 47 van het Handvest van de grondrechten in de context van de functie „bestuursrechtspraak”, en a priori niet met de objectieve en onpartijdige functie van een gerecht in een moderne democratie die gehouden is de principes van de Raad van Europa in acht te nemen.
- 18 Bovendien zou bij gebrek aan enige wettelijke begrenzing die een aldus begrepen onderzoeksactiviteit beperkt ook de schijn van stelselmatige partijdigheid van het gerecht kunnen ontstaan: wanneer de verdenking immers sterker wordt, zou het aangezochte gerecht zelf ter behartiging van het (doorgaans door een openbaar aanklager afzonderlijk te behartigen) openbaar belang als het ware zijn onderzoek zo lang voeren tot een bepaald resultaat wordt bereikt dat de overheidsbelangen – die in casu noodzakelijkerwijze niet overeenstemmen met de belangen van de partijen – past.
- 19 Tot slot zouden aldus begrepen procedurele voorschriften het de nationale gerechten daarenboven aanzienlijk moeilijker maken het succes van het Unierecht – zoals de vrijheid van dienstverrichting en de vrijheid van vestiging inzake kansspelen – te bewerkstelligen.
- 20 Aangezien artikel 6, lid 1, EVRM inhoudelijk overeenstemt met de waarborg van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten (zie ook artikel 52, lid 3, van het

Handvest), blijkt het uit § 38 VwGVG juncto de §§ 24 en 25 VStG en § 39, lid 1, AVG af te leiden procedureel voorschrift – dat eufemistisch als het beginsel van ambtshalve onderzoek wordt aangeduid, maar in werkelijkheid een inquisitoir model vastlegt – onverenigbaar met het Unierecht, zodat het volgens het LVwG OÖ niet kan worden toegepast in bestuursstrafrechtelijke procedures bij de bestuursrechter.

- 21 5. Het VwGH lijkt er daarentegen van uit te gaan dat de bestuursrechter met name ook in bestuursstrafrechtelijke procedures „onafhankelijk van de middelen en vorderingen van partijen de werkelijke feiten dient vast te stellen door verwerving van het nodige bewijs”. In het arrest *Pfleger e.a.* (ECLI:EU:C:2014:281) zou namelijk enkel tot uitdrukking worden gebracht dat om zelfincriminatie door de beschuldigde te vermijden, de Staat of de organen daarvan weliswaar een principiële bewijsplicht hebben, maar deze ertoe beperkt is dat de Staat slechts „een argument” („ein Vorbringen”) inzake de rechtvaardiging van regelingen die het vrije verkeer van diensten beperken, hoeft „aan te voeren”. Voor het overige moet echter de bestuursrechter „ambtshalve, zonder inachtneming van uiteenzettingen, optreden en beweringen van de partijen de voor de beslissing relevante feiten zelf onderzoeken en de waarheid daarvan vaststellen” en in het bijzonder „de feitelijke vaststellingen zonder beperking zelfstandig behartigen”.
- 22 Alles bij elkaar genomen betekent dit dat een onvoorwaardelijke verplichting tot rechterlijk initiatief wordt vastgelegd en zodoende de bestuursstrafrechtelijke vervolging en de rechtvaardiging daarvoor als een taak eigen aan het gerecht worden geïnstitutionaliseerd. Van een en dezelfde persoon wordt zowel de onderzoekende uitvoering van autonome-oorspronkelijke onderzoeksdaden verlangd als het nemen van een beslissing op basis van de aldus als relevant vastgestelde en afgebakende feitelijke omstandigheden. Aan de rechter wordt bewust ook de rol van vervolging en opheldering van het strafbaar feit opgedragen, waarbij wordt aanvaard dat deze „confusion of functions” hem noodzakelijk als vooringenomen en dus niet langer objectief en onpartijdig in de zin van de rechtspraak inzake „schijn van partijdigheid” van het EHRM betreffende artikel 6, lid 1, EVRM laat lijken.