CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 9 maart 2017[1]

Zaak C-685/15

Online Games Handels GmbH
Frank Breuer
Nicole Enter
Astrid Walden
tegen
Landespolizeidirektion Oberösterreich

[verzoek van het Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (bestuursrechter in eerste aanleg van de deelstaat Oberösterreich, Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Artikelen 49 en 56 VWEU — Kansspelen — Kansspelmonopolie in een lidstaat — Inbreuk — Nationale wettelijke regeling op grond waarvan de rechter de feiten ambtshalve moet onderzoeken (Amtswegigkeitsgrundsatz) — Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden — Artikel 6 — Handvest van de grondrechten van de Europese Unie — Artikel 47”

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing wordt gedaan in het kader van het Glücksspielgesetz (Oostenrijkse wet op de kansspelen) van 28 november 1989 (hierna: „GSpG”), zoals toegepast op met name natuurlijke en rechtspersonen die rechten van vestiging (artikel 49 VWEU) of de vrijheid van dienstverrichting (artikel 56 VWEU) uitoefenen, en de procedureregels voor terechtzittingen bij de bestuursrechtelijke instanties van die lidstaat. Tegen die achtergrond wordt het Hof verzocht om uitlegging van de beginselen van de grondrechten zoals geformuleerd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), begrepen in het licht van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”)[2]. In casu gaat het in het bijzonder om het door artikel 47 van het Handvest beschermde recht van de verdachte op een eerlijk proces, in omstandigheden waarin de rechterlijke instantie waarbij de zaak aanhangig is niet alleen uitspraak ten gronde moet doen maar ook ambtshalve bewijs moet vergaren.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Ondertekend te Rome op 4 november 1950.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

2. Artikel 49 VWEU (dat deel uitmaakt van hoofdstuk 2, „Het recht van vestiging", van titel IV) bepaalt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."

3. Artikel 52, lid 1, VWEU bepaalt:

„De voorschriften van dit hoofdstuk en de maatregelen uit hoofde daarvan genomen doen niet af aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn." [3]

4. In artikel 56 VWEU (dat is opgenomen in hoofdstuk 3, „De diensten", van titel IV) wordt bepaald:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

Het Europees Parlement en de Raad kunnen, volgens de gewone wetgevingsprocedure, de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing verklaren ten gunste van de onderdanen van een derde staat die diensten verrichten en binnen de Unie zijn gevestigd."

5. Artikel 62 VWEU bepaalt:

„De bepalingen van de artikelen 51 tot en met 54 zijn van toepassing op het onderwerp dat in dit hoofdstuk is geregeld."

3 — Ik wijs erop dat de wet op de kansspelen kennelijk een algemene afwijking vormt van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting. Zij voorziet als zodanig niet in een „bijzondere regeling [...] voor vreemdelingen". Aangezien de in casu aan de orde zijnde nationale regeling echter dezelfde is als die in het arrest van 30 april 2014, Pfleger e.a. (C-390/12, EU:C:2014:281), en deze zaak betrekking heeft op procedurekwesties die voortvloeien uit de uitlegging van die wettelijke regeling door de nationale bestuursrechtelijke instanties, acht ik het onnodig hier langer bij stil te staan.

Handvest

6. Artikel 47 van het Handvest bepaalt:

„Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.

Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen."

[...]"

EVRM

7. In artikel 6, lid 1, EVRM wordt bepaald:

„Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. [...]"

Nationale bepalingen

8. Het GSpG beperkt de organisatie van kansspelen door middel van speelautomaten tot vergunninghouders.

9. In de versie die van kracht was ten tijde van de feiten van het *eerste hoofdgeding* voorzag § 50 van die wet voor overtredingen van die wet in de bevoegdheid van de Bezirksverwaltungsbehörde (districtsbestuur) in eerste aanleg en van de Unabhängige Verwaltungssenat (onafhankelijke rechterlijke instantie in bestuurszaken) [thans Landesverwaltungsgericht (bestuursrechter van een deelstaat)] in tweede aanleg. De rechtshandhavingsautoriteiten, waaronder de belastingdienst, moesten deze organen bijstaan en hebben het recht op eigen initiatief toe te zien op de naleving van die wet.

10. Volgens § 52, lid 1, van die wet moesten lichte inbreuken als een bestuursrechtelijke overtreding worden behandeld, waarvoor de overheidsdiensten een geldboete van ten hoogste 22 000 EUR konden opleggen. Volgens § 52, lid 2, moest op zwaardere inbreuken de procedure voor de in het Strafgesetzbuch (strafwetboek) strafbaar gestelde delicten worden toegepast. Ingevolge § 53 konden de overheidsdiensten bij verdenking van overtreding van het bij die wet verleende staatsmonopolie op kansspelen beslag laten leggen op kansspelautomaten.

11. Door wijzigingen van het GSpG die in werking zijn getreden in 2014 en derhalve op het *tweede hoofdgeding* van toepassing zijn, is § 52 van die wet in die zin gewijzigd dat voor alle inbreuken slechts bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd.

12. Volgens artikel 90, lid 2, van het Bundes-Verfassungsgesetz (federale grondwet) worden strafzaken behandeld volgens de contradictoire procedure. Ingevolge artikel 130, lid 4, van die wet doen de bestuursrechtelijke instanties van de deelstaten, zoals de verwijzende rechter, in bij hen aanhangig gemaakte vorderingen tot nietigverklaring van bestuursbesluiten in hoger beroep de zaak zelf ten gronde af.

13. Overeenkomstig § 46, lid 1, van het Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (wet tot regeling van de bestuursrechtspraak) rust op de bestuursrechter de taak al het bewijs te verzamelen dat nodig is voor de beslechting van het geding.

14. Krachtens § 25 van het Verwaltungsstrafgesetz (wet bestuursstrafrecht) moet een bestuursrechtelijke instantie overtredingen ambtshalve onderzoeken. Zij houdt daarbij rekening met belastende en ontlastende omstandigheden.

Feiten, procedure en prejudiciële vragen

15. Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op twee bij de verwijzende rechter aanhangige zaken. Ik bespreek ze een voor een.

Procedure tegen Online Games Handels GmbH

16. Naar aanleiding van informatie uit een anonieme bron, gaf de Bundespolizeidirektion Wels (thans onderdeel van de Landespolizeidirektion Oberösterreich) (regionaal directoraat politie van de deelstaat Oberösterreich; hierna: „directoraat politie") ambtenaren van het Finanzamt Linz (belastingdienst Linz; hierna: „belastingdienst") opdracht een onderzoek in te stellen naar een bar in Wels, de „SJ-Bet Sportbar", waaraan zij op 8 maart 2012 gevolg gaven. In het pand stonden acht kansspelautomaten, die werden geacht inbreuk te maken op het bij het GSpG ingestelde federale monopolie. Aan de ambtenaren die het onderzoek verrichtten werd meegedeeld dat een van die automaten toebehoorde aan Online Games Handels GmbH (hierna: „Online Games"), een vennootschap naar Oostenrijks recht. Later bleek dat de organisator van de betrokken spelen een te Brno in Tsjechië gevestigde naamloze vennootschap was. Alle kansspelautomaten werden in beslag genomen en bij besluit van 17 april 2012 gaf het directoraat politie bevel tot verbeurdverklaring ervan.

17. Online Games kwam tegen dat besluit op bij de voorganger van de verwijzende rechter [Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (onafhankelijke rechterlijke instantie in bestuurszaken van de deelstaat Oberösterreich)]. Bij beslissing van 21 mei 2012 verwierp die instantie het beroep. Online Games stelde daarop hoger beroep tegen die beslissing in bij het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk), dat die beslissing bij arrest van 1 oktober 2015 vernietigde. De zaak is nu opnieuw aanhangig bij de verwijzende rechter, thans genaamd Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (bestuursrechter in eerste aanleg van de deelstaat Oberösterreich). In die procedure betwist Online Games de verenigbaarheid van het GSpG met het Unierecht, in het bijzonder de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting van artikel 49 VWEU respectievelijk artikel 56 VWEU.

Procedure tegen Frank Breuer e.a.

18. Op basis van informatie van een derde partij deden ambtenaren van de belastingdienst op 14 augustus 2014 een inval in een bar in Linz, „Café Vegas". Zij namen acht kansspelautomaten in beslag die volgens hen in strijd met het GSpG werden geëxploiteerd. Een werknemer in het pand vertelde hun dat die automaten toebehoorden aan Franck Gastro s.r.o., een vennootschap naar Tsjechisch recht. Het directoraat politie legde Breuer en de twee andere partijen in de procedure voor de verwijzende rechter vervolgens elk een geldboete op van 24 000 EUR wegens hun vermeende organisatie van of deelneming aan de organisatie van kansspelen in het betrokken pand. Breuer is de vertegenwoordiger van een in Slowakije gevestigde naamloze vennootschap. [4]

4 — Zie voetnoot 19 hieronder.

19. Alle partijen hebben die geldboeten voor de verwijzende rechter betwist. Zij betogen dat het bij het GSpG ingestelde federale monopolie in strijd is met het Unierecht.

Prejudiciële vraag

20. Voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding oriënteert de verwijzende rechter zich op de rechtspraak van het Hof over het GSpG in het arrest Pfleger e.a.[5] en met name de overweging in punt 50 van dat arrest betreffende de verplichtingen van een lidstaat die zich wil beroepen op een doel dat de belemmering van de vrijheid van dienstverrichting kan rechtvaardigen.[6] Hij acht die overweging evenzeer van toepassing op beperkingen van de vrijheid van vestiging, aangezien het GSpG eveneens als een afwijking van die vrijheid moet worden uitgelegd.[7] In die context vreest hij dat de actieve rol die de Oostenrijkse bestuursrechtelijke instanties bij de bewijsgaring in de bij hen aanhangige zaken moeten spelen[8] en de relatief passieve rol die daartegenover door de vervolgende instanties in die procedures wordt gespeeld, in strijd kunnen zijn met de rechtspraak van het Hof.

21. De verwijzende rechter heeft daarom besloten het Hof krachtens artikel 267 VWEU te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende 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] 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 [Ozerov tegen Rusland[9]], § 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 [Pfleger e.a.]) 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?”

22. Online Games, Breuer e.a., de Oostenrijkse en de Belgische regering alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 10 november 2016 hebben die partijen hun standpunten mondeling toegelicht en de vragen van het Hof beantwoord.

Beoordeling

Ontvankelijkheid

23. De Oostenrijkse regering voert aan dat het verzoek om een prejudiciële beslissing in deze zaak niet-ontvankelijk is.

5 — Arrest van 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

6 — Zie verder punt 30 hieronder.

7 — Zie punten 49 e.v. van mijn conclusie in die zaak (C-390/12, EU:C:2013:747) voor een analyse van de uit die wet voortvloeiende beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting.

8 — Zie onder meer punt 14 hierboven en de punten 40 en 58 e.v. hieronder.

9 — Arrest van 18 mei 2010, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201.

24. Zij betoogt in de eerste plaats dat de prejudiciële vraag van hypothetische aard is. De „nationale regeling" waarnaar zij verwijst, bestaat niet, omdat de uitlegging van het nationale recht door de verwijzende rechter onjuist is en die van de Oostenrijkse regering moet worden gevolgd.

25. Indien het standpunt van de Oostenrijkse regering werd aanvaard, zou dat erop neerkomen dat het Hof verplicht is de opmerkingen van een nationale regering betreffende de juiste uitlegging van het nationale recht te laten prevaleren boven een door de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing beschreven constellatie. Dat is een kennelijk onjuiste opvatting en het is duidelijk dat het argument van de Oostenrijkse regering op dit punt elke grondslag mist. Ik laat het verder buiten beschouwing. [10] De prejudiciële vraag kan duidelijk *niet* op die basis als „van hypothetische aard" worden aangemerkt.

26. De Oostenrijkse regering betoogt in de tweede plaats dat de verwijzende rechter het Hof in zijn verwijzingsbeslissing onvoldoende feitelijke en juridische gegevens heeft verstrekt om uitspraak te doen.

27. Volgens vaste rechtspraak rust er een vermoeden van relevantie op de vragen die de nationale rechter heeft gesteld. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een dergelijk verzoek wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen. [11]

28. Hoewel de precieze status van het GSpG naar nationaal recht, althans voor zover het de aan het Hof voorgelegde kwesties betreft – ondanks ter terechtzitting aan partijen gestelde vragen – onduidelijk is, is er mijns inziens voldoende informatie beschikbaar voor het Hof betreffende de juridische en feitelijke context van het bij de verwijzende rechter aanhangige geding en is de strekking van de prejudiciële vraag duidelijk. Overigens hebben noch de Commissie noch de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, er blijkbaar moeite mee gehad op basis van de verwijzingsbeslissing een standpunt in te nemen. [12]

29. Ik acht het verzoek om een prejudiciële beslissing dan ook ontvankelijk.

Opmerkingen vooraf

Toepasselijkheid van het Handvest en het EVRM

30. Voor de toepasselijkheid van het Handvest moet een lidstaat „het recht van de Unie ten uitvoer brengen" in de zin van artikel 51 van het Handvest. Zoals ik heb uiteengezet in mijn conclusie in de zaak Pfleger e.a. [13], valt, wanneer een lidstaat een maatregel vaststelt die afwijkt van een in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie gewaarborgde fundamentele vrijheid, die maatregel binnen de werkingssfeer van het Unierecht. De bevoegdheid om in bepaalde omstandigheden af te wijken van een in het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheid is een bevoegdheid die de lidstaten hebben en die ook in het Unierecht is erkend; de *uitoefening* van die bevoegdheid wordt echter door het Unierecht begrensd. Wanneer een rechterlijke instantie – hetzij een nationale rechter, hetzij dit Hof – toetst of een nationale regeling die de uitoefening van een dergelijke fundamentele

10 — Zie wat de ontvankelijkheid van een prejudiciële beslissing betreft in een situatie waarin er verschil van opvatting bestaat tussen nationale rechters over de uitlegging van een beslissing van het Hof, ook beschikking van 15 oktober 2015, Naderhirn (C-581/14, niet gepubliceerd, EU:C:2015:707).

11 — Zie met name arrest van 22 juni 2010, Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

12 — Zie bijvoorbeeld arrest van 25 maart 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi e.a. (C-480/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00–C-491/00 en C-497/00–C-499/00, EU:C:2004:179, punt 74).

13 — C-390/12, EU:C:2013:747.

vrijheid beperkt, onder de in het Verdrag voorziene uitzondering valt (en bijgevolg toelaatbaar is), vindt dat proces van toetsing plaats aan de hand van en op grond van criteria die zijn ontleend aan het Unierecht, niet aan het nationale recht. Een lidstaat wordt derhalve geacht „het recht van de Unie ten uitvoer [te] brengen" in de zin van artikel 51, wanneer hij in een afwijking van een fundamentele vrijheid voorziet. Bijgevolg is het Handvest van toepassing.[14] Nu de litigieuze nationale maatregel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt en daarmee het Unierecht „ten uitvoer brengt", moet deze maatregel worden uitgelegd in het licht van het Handvest. Het feit dat de onderhavige zaak, anders dan de zaak Pfleger e.a., betrekking heeft op de procedureregels die door de nationale rechter bij de beslechting van de zaak moeten worden toegepast en niet op de geldigheid van de afwijkende maatregel zelf, maakt dit mijns inziens niet anders.

31. Volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM") is artikel 6, lid 1, EVRM van toepassing op bestuurlijke overtredingen en de daarvoor geldende bestuursrechtelijke strafprocedure naar Oostenrijks recht.[15] Dergelijke overtredingen moeten derhalve worden geacht strafrechtelijk van aard te zijn in de zin van die bepaling[16] en bij uitbreiding dus ook voor de toepassing van artikel 47 van het Handvest.

Arrest Pfleger e.a.

32. De in de onderhavige zaak aan het Hof voorgelegde vraag wordt opgeworpen tegen de achtergrond van het arrest Pfleger e.a.[17] In die zaak moest het Hof zich uitspreken over een aantal vragen van de Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich, als voorganger van de verwijzende rechter, die in wezen betrekking hadden op de geldigheid van het GSpG in het licht van het evenredigheidsbeginsel zoals dat in het kader van artikel 56 VWEU van toepassing is op de vrijheid van dienstverrichting. Het Hof oordeelde dat artikel 56 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling zoals het GSpG „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".[18]

33. Voor die conclusie overwoog het Hof in het bijzonder:

„43 [...] [D]e door de lidstaten opgelegde beperkingen [moeten] voldoen aan de voorwaarden die met betrekking tot de evenredigheid en niet-discriminatie ervan in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd. Zo is nationale wetgeving slechts geschikt om de verwezenlijking van het aangevoerde doel te waarborgen, wanneer zij daadwerkelijk ertoe strekt dit op samenhangende en stelselmatige wijze te verwezenlijken [...].

44 De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan niet van invloed zijn op het oordeel over de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen [...].

[...]

14 — Zie in dit verband ook arrest van 30 april 2014, Pfleger e.a. (C-390/12, EU:C:2014:281, punt 36).

15 — Zie met name arrest van 20 december 2001, Baischer tegen Oostenrijk (CE:ECHR:2001:1220JUD003238196, § 22).

16 — Zie arrest van het EHRM van 4 juli 2002, Weh en Weh tegen Oostenrijk (CE:ECHR:2002:0704DEC003854497).

17 — Arrest van 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

18 — Zie punt 56 en het dictum van het arrest.

47 In het kader van een geding dat bij het Hof krachtens artikel 267 VWEU aanhangig is gemaakt, staat het [...] aan de verwijzende rechter om vast te stellen welke doelstellingen door de nationale wettelijke regeling daadwerkelijk worden nagestreefd [...].

48 Daarnaast staat het ook aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met de aanwijzingen van het Hof, 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 [...].

49 In het bijzonder dient hij zich ervan te vergewissen dat de betrokken beperkende regeling, met name gelet op de concrete wijze waarop zij wordt toegepast, daadwerkelijk ertoe strekt op samenhangende en stelselmatige wijze de gelegenheden tot spelen te verminderen, de activiteiten op dit gebied te beperken en de aan deze spelen verbonden criminaliteit te bestrijden [...].

50 In dat verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat het aan de lidstaat staat 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 [...].

[...]

52 De nationale rechter moet [...] de omstandigheden die betrekking hebben op de vaststelling en uitvoering van een beperkende regeling zoals die in de hoofdgedingen in hun geheel beoordelen.”

34. Het Hof kwam tot zijn conclusies in die zaak onder verwijzing naar de fundamentele vrijheid van dienstverrichting uit hoofde van artikel 56 VWEU. In de onderhavige zaak heeft de prejudiciële vraag niet alleen betrekking op die vrijheid maar ook op de in artikel 49 VWEU neergelegde vrijheid van vestiging. [19] Aangezien de bepalingen in de artikelen 51 tot en met 54 VWEU die een lidstaat toestaan van deze vrijheid af te wijken, overeenkomstig artikel 62 VWEU ook van toepassing zijn op de vrijheid van dienstverrichting, zijn de in het arrest Pfleger e.a. [20] neergelegde beginselen mijns inziens gelijkelijk op beide vrijheden van toepassing.

Rol van de verwijzende rechter en de aard van de overtredingen die door verzoekers in het hoofdgeding zouden zijn begaan

35. De verwijzende rechter maakt deel uit van het Oostenrijkse bestuursrechtelijke stelsel. Formeel gezien moet hij worden aangemerkt als een beroepsinstantie in tweede aanleg; bestuursrechtelijke overtredingen worden in eerste aanleg behandeld door de overheidsdiensten. [21] De bevoegdheid voor hogere beroepen tegen zijn uitspraken berust bij het Verwaltungsgerichtshof.

36. De overtredingen die verzoekers in het hoofdgeding ten laste zijn gelegd, zijn bestuursrechtelijke overtredingen naar nationaal recht en op de zaken waarin die verzoekers betrokken zijn wordt de bestuursrechtelijke procedure toegepast. Volgens die procedure is de rechter die in die zaak uitspraak moet doen, verplicht de overtreding ambtshalve te onderzoeken. [22] In het kader van een bij een

19 — Wat het precieze verband van de feiten van het hoofdgeding met de vrijheid van vestiging is, wordt in de verwijzingsbeslissing niet geheel duidelijk. Ik neem echter aan dat het de betrokkenheid van de in punt 18 hierboven genoemde Slowaakse vennootschap betreft.

20 — Arrest van 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

21 — Zie met betrekking tot de Unabhängige Verwaltungssenat, de voorganger van het huidige Landesverwaltungsgericht, arrest van het EHRM van 4 juli 2002, Weh en Weh tegen Oostenrijk (CE:ECHR:2002:0704DEC003854497). De Oostenrijkse regering heeft ter terechtzitting bevestigd dat het Landesverwaltungsgericht een vergelijkbare status heeft.

22 — Zie punt 14 hierboven.

instantie zoals de verwijzende rechter ingesteld beroep treedt de overheidsdienst die de bestuurlijke boete heeft opgelegd op als vervolgende instantie.[23] Zoals ik in punt 31 hierboven heb uiteengezet, moeten de overtredingen die de verzoekers in het hoofdgeding zouden hebben begaan, worden beschouwd als strafrechtelijk in de zin van artikel 6 EVRM.

Ten gronde

37. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen hoe artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest moeten worden toegepast op gerechtelijke procedures ter zake van een vermeende schending van een nationale regel die, om als geldig te kunnen worden erkend, moet voldoen aan de voorwaarden voor afwijkingen van de in artikel 49 VWEU en artikel 56 VWEU neergelegde vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting, zoals toegepast in de rechtspraak van het Hof, met name in het arrest Pfleger e.a.[24]

38. In wat algemeen de contradictoire procedure wordt genoemd[25] zijn de taken van de vervolgende instantie en de rechter, althans in theorie, duidelijk van elkaar gescheiden. De eerste heeft tot taak de gegevens te vergaren en te presenteren waarop zij zich voor haar tenlastelegging baseert en de laatste om uitspraak te doen op grond van die gegevens, onder meer in het licht van het door de verdediging gevoerde verweer. Wanneer een rechterlijke instantie in die procedure de taken van de vervolgende instantie zou gaan vervullen, zou zij daarmee op een onaanvaardbare wijze haar rechterlijke taak verzaken en zou elke vervolgens door haar genomen beslissing vrijwel zeker in hoger beroep worden vernietigd.

39. In een procedure voor de verwijzende rechter is die rechter gehouden de gegevens die hem zijn overgelegd ambtshalve te onderzoeken.[26] Een dergelijke procedure, die neerkomt op een fundamenteel verschillende taakverdeling tussen de vervolgende en de rechterlijke instantie, wordt traditioneel „inquisitoir" genoemd.[27]

40. Opgemerkt is dat er tegenwoordig nauwelijks nog een zuiver contradictoir of inquisitoir rechtsstelsel te vinden is.[28] Zoals de Oostenrijkse regering in haar schriftelijke opmerkingen uiteenzet, zijn de belangrijkste elementen van het stelsel dat bij de verwijzende rechter van toepassing is, de hiernavolgende. Ten eerste moet de rechter ambtshalve onderzoeken of de aan de overtreding ten grondslag liggende feiten juist zijn, door alle gegevens bijeen te brengen die hij nodig heeft, waarbij de opmerkingen van partijen ter zake irrelevant zijn. Hij moet daarbij alles doen wat in zijn vermogen ligt

23 — Dat is althans de situatie zoals die in de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering is weergegeven. Zie met betrekking tot de Unabhängige Verwaltungssenat, als voorganger van het huidige Landesverwaltungsgericht, arrest van het EHRM van 4 juli 2002, Weh en Weh tegen Oostenrijk (CE:ECHR:2002:0704DEC003854497). In zijn opmerkingen over die zaak, wijst de verwijzende rechter erop dat § 51 d van het Verwaltungsstrafgesetz, waarop het EHRM zijn analyse had gebaseerd, is ingetrokken en niet is vervangen. Ik merk echter op dat het proces-verbaal van de terechtzitting bij de verwijzende rechter in de zaak Online Games, dat onderdeel vormt van het aan het Hof overgelegde nationale dossier, verwijst naar het directoraat politie als de verantwoordelijke overheidsdienst (*belangte Behörde*), met daarbij de vermelding dat geen vertegenwoordiger van die dienst aan de terechtzitting had deelgenomen en dat voor die afwezigheid geen reden was opgegeven.

24 — Arrest van 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

25 — Ik gebruik dit begrip om een soort procedure aan te duiden waarin de partijen hun argumenten ontwikkelen en presenteren en hun bewijs vergaren en overleggen, en daarmee binnen bepaalde regels domini litis in de procedure zijn. Degene die, als rechter of als jury, de feiten vaststelt, blijft steeds volkomen neutraal of lijdelijk. Ik gebruik het niet in de ruimere betekenis die het EHRM soms gebruikt om een procedure aan te duiden die voorziet in „equality of arms" [zie bijvoorbeeld arrest van het EHRM van 16 februari 2000, Rowe en Davis tegen Verenigd Koninkrijk (CE:ECHR:2000:0216JUD002890195, punt 60)].

26 — Zie de punten 14 en 36 hierboven.

27 — Hoewel dat begrip in de verwijzingsbeslissing wordt gebruikt en ook voorkomt in de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering, leek de vertegenwoordiger van de Oostenrijkse regering ter terechtzitting enige twijfel te koesteren omtrent de geschiktheid ervan in het kader van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde Oostenrijkse stelsel. Ik wijs er daarom op dat ik het veeleer in beschrijvende zin dan als rechtsterm gebruik.

28 — Zie Armenta-Deu, T., „Beyond Accusatorial or Inquisitorial Systems: a Matter of Deliberation and Balance", in Ackerman, B., Ambos, K., en Sikirić, H. (red.), *Visions of Justice*, Duncker & Humboldt, Berlijn, 2016, blz. 57-75.

om de waarheid te achterhalen. Hij moet daarom ook alle bronnen in aanmerking nemen die die waarheid aan het licht kunnen brengen en met name al het in de zaak beschikbare bewijs vergaren dat relevant kan zijn voor de te nemen beslissing. Hij moet zonder beperking en geheel op eigen gezag alle gegevens onderzoeken die mogelijkerwijs van invloed zijn op de uitkomst.

41. Een deel van de redenering van de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing houdt de suggestie in dat het Hof zou moeten oordelen dat het inquisitoire stelsel, naar zijn aard, in strijd is met de eisen van artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest.

42. Ter ondersteuning van zijn standpunt verwijst hij naar bepaalde arresten van het EHRM [29], twee conclusies van advocaten-generaal bij het Hof [30] en een advies van de Consultative Council of European Judges (adviesraad van Europese rechters) en de Consultative Council of European Prosecutors (adviesraad van Europese openbare aanklagers) (hierna: „advies van de CCJE/CCPE"). [31]

43. In elk van deze teksten zijn inderdaad uitspraken of overwegingen te vinden die het belang van rechterlijke onpartijdigheid sterk benadrukken. De arresten van het EHRM en het advies van de CCJE/CCPE wijzen er ook op dat verwarring tussen de functies van aanklager en rechter moet worden voorkomen. [32] Er wordt echter nergens gesuggereerd dat het inquisitoire stelsel als zodanig als onbetrouwbaar moet of kan worden aangemerkt.

44. Ik zie ook geen redenen om de benadering van de verwijzende rechter te volgen. [33]

45. Naar mijn mening kan in feite zowel de contradictoire als de inquisitoire procedure, indien niet de vereiste zorgvuldigheid in acht wordt genomen, aanleiding geven tot problemen wat betreft de naleving van artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest. In het eerste geval kan een zwakke vertegenwoordiging van de verdachte inbreuk maken op het recht op processuele gelijkheid. In het tweede geval kan het niet-maken van een genoegzaam onderscheid tussen de taak van de aanklager en die van de rechter tot verwarring van de twee taken leiden, wederom ten nadele van de verdachte. Indien naar behoren geregeld, zijn het echter beide systemen die strekken tot waarheidsvinding, alleen doen zij dat elk op een andere manier. Ik kom verderop in deze conclusie terug op de functie van de aanklager in inquisitoire procedures. [34]

46. Ik kan mij dan ook niet vinden in de zienswijze dat het inquisitoire stelsel naar zijn aard als strijdig met de eisen van artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest moet worden beschouwd.

47. Dit betekent echter niet dat de verwijzende rechter geen nuttig antwoord zou kunnen worden gegeven op zijn vraag.

48. In het bijzonder moet nog worden uitgemaakt hoe het arrest Pfleger e.a. van het Hof [35] moet worden toegepast in de context van een nationale regeling zoals in punt 40 hierboven beschreven.

29 — Namelijk arresten van 15 december 2005, Kyprianou tegen Cyprus (CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, §§ 118, 121 en 126-128); 18 mei 2010, Ozerov tegen Rusland (CE:ECHR:2010:0518JUD006496201, §§ 51-54), en 20 september 2016, Karelin tegen Rusland (CE:ECHR:2016:0920JUD000092608). Het laatste hiervan werd gewezen na de datum van de verwijzingsbeslissing; het is door de verwijzende rechter afzonderlijk overgelegd.

30 — Namelijk de conclusies van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Kaba (C-466/00, EU:C:2002:447, punten 90 e.v.), en advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak X (C-507/10, EU:C:2011:682, punten 20 e.v.).

31 — Zie advies nr. 12 (2009) van de Consultative Council of European Judges en advies nr. 4 (2009) van de Consultative Council of European Prosecutors („verklaring van Bordeaux"), punten 3 en 7. Het document is te raadplegen op http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/avis_EN.asp.

32 — Zie met name arrest van het EHRM van 15 december 2005, Kyprianou tegen Cyprus (CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, § 126).

33 — Ik wijs erop dat ik, anders dan de raadsman van Online Games ter terechtzitting heeft gesteld, het in mijn conclusie in de zaak Pfleger e.a. (C-390/12, EU:C:2013:747) *niet* heb doen voorkomen als zou de inquisitoire procedure in strijd zijn met het EVRM of het Unierecht.

34 — Zie de punten 63 e.v. hieronder.

35 — Arrest van 30 april 2014 (C-390/12, EU:C:2014:281).

Punt 50 van het arrest Pfleger e.a.

49. In dit verband geeft de Oostenrijkse regering een uitlegging aan dat arrest die mijns inziens in wezen punt 50 veronachtzaamt. Zij concentreert zich met name op de punten 48, 49 en 52. Daarin geeft het Hof zijn uitlegging over de taken van een rechter die zich moet uitspreken over de geldigheid van wat het beschrijft als een „beperkende regeling” [36]. Elk op zich gelezen kunnen die punten mogelijkerwijs steun bieden voor het standpunt dat de vrees van de verwijzende rechter ongegrond is. De lidstaat en zijn overheidsdiensten spelen in dezen geen rol. De centrale rol is weggelegd voor de nationale rechter.

50. Daarmee wordt echter voorbijgegaan aan punt 50 van het arrest en dus aan een belangrijk deel van de analyse van het Hof. Ten onrechte, naar mijn mening, te meer daar de in dat punt uiteengezette redenering de vaste rechtspraak van het Hof dienaangaande weergeeft. [37]

51. De door punt 50 aan de lidstaten gestelde eis is een belangrijke en een zwaarwegende eis. Wanneer een afwijking van een of meer fundamentele vrijheden aan de orde is, staat het aan de lidstaat om duidelijke en overtuigende redenen ter rechtvaardiging daarvan geven.

52. Die redenen zullen naar hun aard complex zijn en bijzondere kennis vereisen, die in de meeste – zo niet alle – gevallen specifiek verband houdt met de lidstaat die in de afwijking wil voorzien. In nagenoeg alle gevallen zullen zij hun grondslag vinden in de specifieke sociale en/of economische realiteit en het specifieke sociale en/of economische beleid van de betrokken lidstaat. Die lidstaat, zo moet worden aangenomen, zal de rechtvaardiging(en) voor die maatregel zorgvuldig hebben overwogen voordat zij deze vaststelde. Dat is het kader waarin de verwijzing van het Hof in punt 47 van het arrest Pfleger e.a. [38] naar de „doelstellingen [die] *door de nationale wettelijke regeling daadwerkelijk worden nagestreefd*” [39] mijns inziens moet worden begrepen.

53. Het aanvoeren van die rechtvaardiging kan, zo zou ik menen, uitsluitend een taak van de betrokken lidstaat zijn. [40] Het staat niet aan andere procespartijen, daaronder begrepen de nationale rechter of de partij die de geldigheid van de nationale maatregel ter uitvoering van de betrokken afwijking wil aanvechten, dit te doen. Van hen kan met andere woorden geen speculatieve invulling achteraf worden verwacht van de redenering die de lidstaat tot het nemen van de maatregel heeft gebracht.

54. Indien en voor zover een dergelijke verplichting niet reeds voortvloeit uit de rechtsorde van de betrokken lidstaat, functioneert zij als een extra imperatief boven de procedureregels die anders van toepassing zouden zijn. Zij kan uiteraard de rechten van de verdediging niet aantasten maar zou deze moeten versterken door een snellere en volledigere toegang te bieden tot de redenering die de lidstaat tot de vaststelling van de betrokken afwijking heeft gebracht.

36 — Zie punt 52 van het arrest.

37 — Zie arresten van 8 september 2010, Stoß e.a. (C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 en C-410/07, EU:C:2010:504, punt 71); 15 september 2011, Dickinger en Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, punt 54), en 11 juni 2015, Berlington Hungary e.a. (C-98/14, EU:C:2015:386, punt 65). Zie ook arrest van 13 maart 2008, Commissie/België (C-227/06, niet gepubliceerd, EU:C:2008:16, punten 62 en 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 — Arrest van 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

39 — Mijn cursivering.

40 — Ik moet hierbij aantekenen dat ik met de verwijzing in deze context naar een „lidstaat” niet bedoel te zeggen dat de regering van die lidstaat zelf de vereiste rechtvaardiging moet aanvoeren. Die rechtvaardiging moet echter wel worden aangevoerd door een partij die die lidstaat vertegenwoordigt of door hem is gemachtigd.

55. Het blijft natuurlijk de plicht van de nationale rechter te oordelen en beslissen op basis van de door de lidstaat overgelegde gegevens, ongeacht of de procedure nu is gevoerd volgens een contradictoir of inquisitoir model. In het laatste geval zal (of kan) hij ook gehouden zijn zelf ambtshalve onderzoek te doen en die verplichting blijft onder alle omstandigheden gelden. De door de lidstaat overgelegde gegevens strekken ter aanvulling van die onderzoeken, met de hierna door mij te maken kanttekening [41], maar komen daar niet voor in de plaats.

56. Hoe de nationale rechter zijn onderzoek precies inricht, moet in hoge mate aan hemzelf worden overgelaten, mits aan de eisen van het EVRM en het Unierecht, met name het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel [42] en – waar van toepassing – het Handvest wordt voldaan. Die taak zal onvermijdelijk van geval tot geval en van de ene tot de andere rechterlijke instantie van aard verschillen (in sommige gevallen aanzienlijk). Het staat niet aan het Hof in te grijpen op gebieden die het exclusieve domein van de nationale rechtsorde zijn. [43]

57. Twee bijzondere deelaspecten die in de verwijzingsbeslissing en de bij het Hof ingediende opmerkingen aan de orde zijn gesteld, verdienen echter nog aandacht.

58. Ten eerste zijn de onderzoeksplichten van de rechter zoals door de Oostenrijkse regering beschreven aanzienlijk, om niet te zeggen bijna herculisch. [44] Welke middelen staan de nationale rechter bij het vervullen van die onderzoeksplichten ter beschikking? Dat punt mag in eenvoudige zaken waarin het gaat om kwesties waarmee de nationale rechter reeds volledig vertrouwd is, meer theoretisch dan reëel zijn, maar in zaken als de onderhavige, die aanleiding kunnen geven tot complexe wetenschappelijke en statistische beoordelingen, is het mijns inziens duidelijk geen taak die door de nationale rechter alleen kan worden verricht. Deskundigenberichten zijn van cruciaal belang voor het uitvoeren van die taak.

59. In zijn verwijzingsbeslissing vermeldt de verwijzende rechter dat de bestuursrechtelijke instanties in Oostenrijk geen onafhankelijke eigen deskundigen hebben en vooral een beroep moeten doen op deskundigen van één van de nationale overheidsdiensten (die waarschijnlijk deel uitmaken van dezelfde instelling die partij is in de procedure voor de nationale rechter).

60. Indien dit inderdaad het geval is [45], geeft dit mijns inziens aanleiding tot vrij ernstige verontrusting waar het de naleving van artikel 6 EVRM en, bij uitbreiding, artikel 47 van het Handvest betreft. Volgens artikel 6, lid 1, EVRM moet de gegrondheid van een tegen een verdachte ingestelde vervolging „door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld” worden vastgesteld. Gelet op de ambtshalve aard van de door de Oostenrijkse bestuursrechters te verrichten beoordeling, is het waarschijnlijk dat zij, althans in enigszins complexe zaken, een beroep zullen moeten doen op het oordeel van een of meer deskundigen om tot een definitief oordeel te komen. Het is mijns inziens duidelijk dat die deskundigen ook onafhankelijk en onpartijdig moeten zijn. Zij moeten ook genoegzaam gekwalificeerd zijn om tegenstrijdige standpunten te beoordelen en daarover verslag uit te brengen. Zij hebben immers tot taak de rechter bij te staan bij het verrichten van zijn taken. Het EHRM heeft met betrekking tot het beoordelen van de onpartijdigheid verklaard dat dit vereiste een

41 — Zie punt 68 hieronder.

42 — Zie in dit verband met name arrest van 22 januari 2015, Stanley International Betting en Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, punt 37).

43 — Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het bij gebreke van Unieregelgeving ter zake een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de procedureregels vast te stellen voor de beroepen die dienen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen [zie in deze zin met name arrest van 18 maart 2010, Alassini e.a. (C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punt 47)].

44 — Zie punt 40 hierboven.

45 — Op een desbetreffende vraag ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van de Oostenrijkse regering niet ontkend dat dit het geval was, maar wel met name gewezen op de plicht van de verwijzende rechter om alle relevante omstandigheden in aanmerking te nemen.

subjectief en een objectief element kent.[46] Mijns inziens bestaat ten minste het risico dat de uit de nationale overheidsdiensten gerekruteerde deskundigen niet aan het eerste en nagenoeg de zekerheid dat zij niet aan het tweede vereiste voldoen. De nationale rechterlijke instanties moeten bijgevolg een beroep kunnen doen op deskundigen die werkelijk onafhankelijk en onpartijdig zijn.

61. Het tweede aspect betreft het vertrouwen dat de nationale rechter kan stellen in de memories van toelichting[47] bij de litigieuze nationale wetgeving en de verslagen van de parlementaire behandelingen die tot de vaststelling van die wetgeving hebben geleid. Volgens de Oostenrijkse regering kan de rechter zich op de eerste oriënteren en volgens de Belgische op de laatste. Kan de nationale rechter zich op een van deze (of beide) bronnen baseren, die zich reeds in het publieke domein bevinden, zodat de lidstaat zijn rechtvaardiging overeenkomstig punt 50 van het arrest in de zaak Pfleger e.a. niet meer hoeft aan te voeren?[48]

62. Een dergelijke oplossing lijkt ál te eenvoudig. Terwijl de bevoegde nationale instanties ongetwijfeld uit die teksten zullen willen putten voor gebruik in hun bij de nationale rechter in te dienen opmerkingen, zal een betwisting waarschijnlijk verband houden met een of meer specifieke aspecten van de betrokken wetgeving. De lidstaat dient de verwijzende rechter duidelijk te maken op welke onderdelen van zijn uitgebreidere rechtvaardiging die rechter zich voor zijn beslissing in de zaak specifiek moet richten. De lidstaat kan nadere en volledigere informatie willen (en moeten) verstrekken ter onderbouwing van de rechtvaardiging die hij aan zijn opmerkingen ten grondslag legt. Bovendien kunnen die bronnen niet per definitie als geheel volledig of betrouwbaar worden beschouwd wanneer, zoals het geval was bij het GSpG, het Hof heeft geoordeeld dat er sterke aanwijzingen zijn dat de betrokken wettelijke regeling mogelijk niet voldoet aan de eisen van het Unierecht.[49]

Aanwezigheid van de vervolgende instantie ter terechtzitting

63. De verwijzende rechter vreest dat de vervolgende instantie geen duidelijke rol speelt ter terechtzitting. Hij vermeldt met name dat de vervolgende instantie in het kader van een procedure als het hoofdgeding slechts bij uitzondering aanwezig is. In haar plaats treedt daarentegen een vertegenwoordiger van de uitvoerende macht op, die daarin bovendien een volledig passieve rol speelt.[50] De grootste zorg van de verwijzende rechter in dit verband blijkt de vervaging te zijn van het onderscheid tussen de rollen van de rechterlijke en de vervolgende instantie, met de mogelijke weerslag hiervan op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter. Hij verwijst in dat verband naar drie arresten van het EHRM. Het eerste is het arrest Kyprianou tegen Cyprus.[51] Die zaak betrof een vervolging van de verzoeker wegens „contempt of court" (minachting van de rechtbank) in een summiere procedure voor dezelfde rechters die het voorwerp waren geweest van de grievende bejegening van verzoeker in een openbare terechtzitting. De vervolging was door de rechters zelf ingeleid. Het EHRM oordeelde dat de rolverwarring redelijkerwijs objectief gerechtvaardigde twijfel kon doen rijzen aan de onpartijdigheid van de rechterlijke instantie die de procedure voerde.[52]

64. In de tweede plaats is er het arrest Ozerov tegen Rusland.[53] In die zaak was de verzoeker door een rechter in eerste aanleg veroordeeld wegens een strafbaar feit. Er was geen vertegenwoordiger van de vervolgende instantie aanwezig bij de behandeling van de zaak, hoewel de deelname van het openbaar ministerie was gelast. Het betrof een contradictoire procedure en krachtens het ten tijde van de feiten

46 — Zie met name arrest van 15 december 2005, Kyprianou tegen Cyprus (CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, §§ 118 en 119). Om elke twijfel te voorkomen, wijs ik erop dat in casu niets erop duidt dat er sprake is van het subjectieve element van die toetsen.

47 — In het Duits „Erläuterungen".

48 — Arrest van 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

49 — Zie arrest van 30 april 2014, Pfleger e.a. (C-390/12, EU:C:2014:281, punt 56 en dictum).

50 — Zie voetnoot 23 in fine.

51 — Arrest van 15 december 2005, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701.

52 — Zie de punten 127 en 128 van het arrest.

53 — Arrest van 18 mei 2010, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201.

van kracht zijnde nationale recht was de vervolgende instantie, indien daartoe opgeroepen, verplicht ter terechtzitting aanwezig te zijn. Was de aanklager aanwezig geweest, dan had hij aan het onderzoek van het bewijs deelgenomen en gerekwireerd. Het EHRM oordeelde dat de nationale rechterlijke instantie de rollen van aanklager en rechter had verward en bijgevolg aanleiding had gegeven voor gegronde twijfel aan haar onpartijdigheid. [54]

65. Het derde arrest waarop de verwijzende rechter zich heeft beroepen is dat in de zaak Karelin tegen Rusland. [55] De verzoeker was veroordeeld wegens een overtreding en ging tegen die veroordeling in beroep. Noch in eerste aanleg noch in hoger beroep was de vervolgende instantie vertegenwoordigd. De zittingsrechter had de tegen de verdachte ingebrachte beschuldiging in de loop van de procedure gewijzigd. Het EHRM merkte op dat de zittingsrechter bij afwezigheid van de aanklager wel genoodzaakt was ter terechtzitting de tegen de verdachte ingebrachte beschuldiging niet alleen te formuleren maar ook te onderbouwen. Het stelde vast dat het ontbreken van een vervolgende instantie zowel in eerste aanleg als in hoger beroep in strijd was met het onpartijdigheidsvereiste. [56]

66. Het EHRM kwam tot die conclusie na een volledig onderzoek van zijn rechtspraak over de vrees voor partijdigheid die kan ontstaan bij afwezigheid van het openbaar ministerie ter terechtzitting. Het heeft daarbij geen onderscheid gemaakt tussen de contradictoire en de inquisitoire procedure. [57] Het heeft ook mogelijke problemen als gevolg van het feit dat een zaak in hoger beroep en niet in eerste aanleg diende, in beschouwing genomen. Het overwoog dat de zaken in hoger beroep anders konden liggen, met name wanneer slechts rechtsvragen aan de orde waren, en dat de rol van de vervolgende instantie derhalve als „minder dwingend" kon worden beschouwd. Het voegde daaraan echter toe dat het onpartijdigheidsvereiste in die fase niettemin in acht moet worden genomen. [58] Het heeft er ook op gewezen dat wanneer een mondelinge behandeling nodig wordt geacht voor de vaststelling van de gegrondheid van een tegen de verdachte ingestelde vervolging door de rechter, de aanwezigheid van een vertegenwoordiger van de vervolgende instantie „als regel passend is om gegronde twijfel die anders zou kunnen rijzen aan de onpartijdigheid van de rechter te voorkomen". [59]

67. Het enige gemeenschappelijke element dat ik in al deze overwegingen kan ontdekken, is de dwingende eis dat duidelijk moet blijken dat de rechterlijke instantie die moet vaststellen of de verdachte schuldig is, in eerste aanleg dan wel in hoger beroep – objectief gezien – zowel onafhankelijk als onpartijdig is. Ik zie met andere woorden niet in dat er absolute regels kunnen worden vastgesteld met betrekking tot de aanwezigheid van de vervolgende instantie in dit soort procedures, behoudens dat dit volgens de gezaghebbende overweging van het EHRM als regel „passend" is. Terwijl die uitspraak werd gedaan in de context van een behandeling in eerste aanleg en de procedure voor een instantie zoals de verwijzende rechter als hogerberoepsprocedure wordt gekwalificeerd, is die procedure naar nationaal recht van zodanige aard dat zij blijkbaar de eerste gelegenheid is waarin een volledige beoordeling van de feiten en omstandigheden door de rechter plaatsvindt. Bovendien is de ratio die aan het houden van een terechtzitting ten grondslag ligt, een dialoog mogelijk te maken tussen de procespartijen en er door middel van die dialoog voor te zorgen dat de rechter beter geïnformeerd is. Wanneer de vervolgende instantie niet aanwezig is, kan die dialoog niet of niet ten volle worden gevoerd. [60]

54 — Zie de punten 52-55 van het arrest.

55 — Arrest van 20 september 2016, CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. Zoals in voetnoot 29 hierboven vermeld, is het arrest afzonderlijk door de verwijzende rechter overgelegd.

56 — Zie punt 84 van het arrest.

57 — Zie de punten 53 e.v. van het arrest.

58 — Zie de punten 81 en 83 van het arrest.

59 — Zie punt 76 van het arrest.

60 — De Oostenrijkse regering stelt met klem in haar schriftelijke opmerkingen dat in zaken zoals het hoofdgeding de functie van de vervolgende instantie wordt overgenomen door de overheidsdienst die de administratieve sanctie heeft opgelegd (zie punt 36 hierboven). Er zou daarom geen sprake zijn van verwarring van de rollen van vervolgende en rechterlijke instantie. Ik wijs er met betrekking tot de beoordeling van de kracht van dat argument op dat er een onvermijdelijke wisselwerking bestaat tussen de mate waarin die instantie in een procedure een actieve rol speelt tegenover een louter passieve rol.

68. Ik voeg hieraan toe dat, aangezien onafhankelijkheid en onpartijdigheid als dwingend vereiste gelden, de nationale rechter die uitspraak moet doen, bij de minste twijfel hierover er allereerst voor moet zorgen dat aan dat vereiste is voldaan. Indien hij er daardoor in een concreet geval van zou moeten afzien een onderwerp aan te snijden dat tot voordeel kan zijn van de vervolgende instantie ten nadele van de verdachte, dan moet dat voor lief worden genomen. Ik wil er ook op wijzen dat het onder geen beding de plicht van een rechterlijke instantie in een positie als die van de verwijzende rechter kan zijn om zich in de plaats te stellen van de lidstaat door te voorzien in de rechtvaardiging die door deze laatste dient te worden verschaft overeenkomstig punt 50 van het arrest Pfleger e.a.[61] Wordt die rechtvaardiging niet verschaft (zoals het geval zal zijn in elk ander geding waarin de vervolgende instantie door haar afwezigheid of passiviteit of om een andere reden, de op haar rustende plicht niet vervult), dan kan de nationale rechter daar alle gevolgen aan verbinden die wegens een dergelijk verzuim gepast zijn.

Conclusie

69. Ik geef het Hof derhalve in overweging de vraag van het Landesverwaltungsgericht Oberösterreich als volgt te beantwoorden:

„Indien de wetgeving van een lidstaat beoogt te voorzien in een afwijking van een grondrecht van de Europese Unie, waaronder de vrijheid van dienstverrichting krachtens artikel 56 VWEU en de vrijheid van vestiging krachtens artikel 49 VWEU, verzet noch artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden noch artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zich tegen een nationale regeling volgens welke in een bestuursrechtelijke strafprocedure de rechterlijke instantie die bevoegd is om zich uit te spreken over de geldigheid van die afwijking in het licht van het Unierecht, gehouden is overtredingen ambtshalve te onderzoeken. Het staat echter aan de lidstaat die zich op de afwijking wil beroepen, de rechtvaardiging voor de betrokken maatregel aan te voeren, zodat de partij aan wie de overtreding ten laste wordt gelegd op de hoogte is van de aard van de tegen haar ingestelde vervolging en de betrokken rechterlijke instantie deze kan beoordelen en er een uitspraak over kan doen. In dat verband kunnen de volgende aanvullende aspecten relevant zijn:

— die rechterlijke instantie kan voor haar beslissing een beroep doen op onafhankelijke en onpartijdige deskundigen indien zij dit nodig acht;

— hoewel er geen algemene regel is die de aanwezigheid van een vertegenwoordiger van de vervolgende instantie in een procedure bij de betrokken rechterlijke instantie voorschrijft, is die aanwezigheid als regel passend teneinde gegronde twijfel die anders ten aanzien van de onpartijdigheid van die rechterlijke instantie kan rijzen te voorkomen.”

61 — Arrest van 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281. Zie de punten 51 e.v. hierboven.