Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
ELEANOR SHARPSTON,
predstavljeni 9. marca 2017 [1]

Zadeva C-685/15

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

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (deželno upravno sodišče Zgornje Avstrije, Avstrija))

„Člena 49 in 56 PDEU — Igre na srečo — Monopol nad igrami na srečo v državi članici — Kršitev — Nacionalna zakonodaja, ki določa, da sodišče obravnava dejansko stanje po uradni dolžnosti (Amtswegigkeitsgrundsatz) — Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin — Člen 6 — Listina Evropske unije o temeljnih pravicah — Člen 47“

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe je bil predložen v okviru Glücksspielgesetz (avstrijski zakon o igrah na srečo) z dne 28. novembra 1989, ki se med drugim uporablja za fizične in pravne osebe, ki izvršujejo pravico do ustanavljanja (člen 49 PDEU) in svobodo opravljanja storitev (člen 56 PDEU), ter postopkovnih pravil, ki se uporabljajo za obravnave pred upravnimi sodišči te države članice. V tem okviru je Sodišče pozvano k razlagi načel o temeljnih pravicah iz člena 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina), kot se razlaga ob upoštevanju člena 6 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: EKČP). [2] V obravnavani zadevi gre konkretno za vprašanje pravice obdolženca do poštenega sojenja, ki je varovana s členom 47 Listine, kadar mora sodišče, ki odloča o zadevi, ne samo meritorno odločiti, ampak tudi po uradni dolžnosti zbrati dokaze.

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

2 — Podpisana v Rimu, 4. novembra 1950.

Pravni okvir

Pravo EU

Pogodba o delovanju Evropske unije

2. Člen 49 PDEU (v poglavju 2, naslovljenem „Pravica do ustanavljanja“, naslova IV) določa:

„V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo. Ta prepoved se uporablja tudi za omejitve pri ustanavljanju agencij, podružnic ali hčerinskih družb državljanov katere koli države članice s sedežem na ozemlju katere koli države članice.

Pravica do ustanavljanja zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij, zlasti družb ali podjetij iz drugega odstavka člena 54, pod pogoji, ki jih ob upoštevanju določb poglavja o kapitalu za svoje državljane določa zakonodaja države, v kateri se taka ustanovitev izvede.“

3. Člen 52(1) PDEU določa:

„Določbe tega poglavja in ukrepi, sprejeti v skladu z njimi, ne vplivajo na uporabo določb zakonov ali drugih predpisov, ki predvidevajo posebno obravnavo tujih državljanov zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja.“ [3]

4. Člen 56 PDEU (v poglavju 3, naslovljenem „Storitve“, naslova IV) določa:

„V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve svobode opravljanja storitev v Uniji prepovejo za državljane držav članic, ki imajo sedež v eni od držav članic, vendar ne v državi osebe, ki so ji storitve namenjene.

Evropski parlament in Svet lahko po rednem zakonodajnem postopku odločita, da se določbe tega poglavja uporabljajo tudi za državljane tretje države, ki opravljajo storitve in imajo sedež v Uniji.“

5. Člen 62 PDEU določa:

„Določbe členov 51 do 54 se uporabljajo za zadeve, ki jih obravnava to poglavje.“

Listina

6. Člen 47 Listine določa:

„Vsakdo, ki so mu kršene pravice in svoboščine, zagotovljene s pravom Unije, ima pravico do učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem v skladu s pogoji, določenimi v tem členu.

3 — Naj izpostavim, da zakon o igrah na srečo, kot kaže, zadeva splošno odstopanje od svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev. Zato ne določa „posebne obravnave tujih državljanov“. Ker pa je v tej zadevi obravnavana nacionalna zakonodaja enaka kot zakonodaja, ki je bila obravnavana v zadevi Pfleger in drugi (sodba z dne 30. aprila 2014, C-390/12, EU:C:2014:281), in ker se ta zadeva nanaša na postopkovna vprašanja, ki izhajajo iz tega, kako nacionalna upravna sodišča razlagajo to zakonodajo, menim, da tega vprašanja ni treba dodatno obravnavati.

Vsakdo ima pravico, da o njegovi zadevi pravično, javno in v razumnem roku odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom predhodno ustanovljeno sodišče. Vsakdo ima možnost svetovanja, obrambe in zastopanja.

[…]“

EKČP

7. Člen 6(1) EKČP določa:

„Vsakdo ima pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih ali o kakršnihkoli kazenskih obtožbah zoper njega pravično in javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in nepristransko z zakonom ustanovljeno sodišče.

[…]“

Nacionalno pravo

8. Glücksspielgesetz omejuje organizacijo iger na srečo z uporabo avtomatov za igre na srečo na osebe z dovoljenjem.

9. Člen 50 navedenega zakona je v različici, ki je veljala v upoštevnem času, kar zadeva *prvo zadevo* pred predložitvenim sodiščem v postopku v glavni stvari, določal, da so za obravnavanje kršitev tega zakona za deželo na prvi stopnji pristojni Bezirksverwaltungsbehörden (okrajni upravni organi), na drugi stopnji pa Unabhängiger Verwaltungssenat (samostojno upravno sodišče) (zdaj Landesverwaltungsgericht (deželno upravno sodišče)). Organi pregona, vključno z davčnimi uradi, naj bi tem organom pomagali in so imeli pravico na lastno pobudo nadzirati spoštovanje tega zakona.

10. V skladu s členom 52(1) navedenega zakona so se manj hude kršitve obravnavale kot upravni prekrški, za katere so upravni organi lahko izrekli globe do 22.000 EUR. V skladu s členom 52(2) naj bi se za hujše kršitve določil postopek za kazniva dejanja, ki so predpisana v Strafgesetzbuch (kazenskem zakoniku). Člen 53 je upravne organe pooblaščal za zaseg avtomatov za igre na srečo pri sumu kršitve monopola na igre na srečo, ki ga je po tem zakonu imela država.

11. Člen 52 je bil s spremembami zakona o igrah na srečo, ki so začele veljati leta 2014 in se torej uporabljajo za *drugo zadevo* pred predložitvenim sodiščem v postopku v glavni stvari, spremenjen tako, da so bile za vse kršitve določene samo upravne sankcije.

12. V skladu s členom 90(2) Bundes-Verfassungsgesetz (zvezni ustavni zakon) mora biti postopek v kazenskopravnih zadevah kontradiktoren. Člen 130(4) istega ustavnega zakona v zvezi s tožbami za razveljavitev odločb upravnih organov pred deželnimi upravnimi sodišči, kakršno je predložitveno sodišče, določa, da morajo ta sodišča na pritožbeni stopnji sama meritorno odločiti o sporu.

13. V skladu s členom 46(1) Verwaltungsgerichtverfahrengesetz (zakon o upravnem sporu) mora upravno sodišče zbrati vse dokaze za odločitev o zadevi.

14. V skladu s členom 25 Verwaltungsstrafgesetz (zakon o upravnih prekrških) mora upravno sodišče prekrške preiskati po uradni dolžnosti. Upoštevati mora tako razbremenilne kot obremenilne okoliščine.

Dejansko stanje, postopek in vprašanje za predhodno odločanje

15. Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na dve zadevi v teku pred predložitvenim sodiščem. Opisala ju bom ločeno.

Postopek zoper družbo Online Games Handels GmbH

16. Bundespolizeidirektion Wels (zdaj del Landespolizeidirektion Oberösterreich) (deželni policijski direktorat Zgornje Avstrije, v nadaljevanju: policijski direktorat) je po prejemu informacij iz anonimnega vira naročil uslužbencem Finanzamt Linz (davčni urad iz Linza, v nadaljevanju: davčni urad) preiskavo kavarne „SJ-Bet Sportbar“ v Welsu. To so storili 8. marca 2012. V prostorih so našli osem naprav za igre na srečo, za katere je bilo ocenjeno, da se z njimi krši zvezni monopol, ki ga določa zakon o igrah na srečo. Uslužbenci, ki so opravljali preiskavo, so bili obveščeni, da je ena od teh naprav v lasti družbe Online Games Handels GmbH (v nadaljevanju: družba Online Games) s sedežem v Avstriji. Pozneje se je izkazalo, da je organizator zadevnih iger družba z omejeno odgovornostjo s sedežem v Brnu v Češki republiki. Vse naprave so bile zasežene, policijski direktorat pa je s sklepom z dne 17. aprila 2012 odredil njihov odvzem.

17. Družba Online Games je ta sklep izpodbijala pred predhodnikom predložitvenega sodišča (Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (samostojno deželno upravno sodišče Zgornje Avstrije). To sodišče je z odločbo z dne 21. maja 2012 tožbo zavrnilo. Družba Online Games se je nato zoper to odločbo pritožila pri Verwaltungsgerichtshof (upravno sodišče, Avstrija), ki je to odločbo razveljavilo s sodbo z dne 1. oktobra 2015. Zadeva je sedaj ponovno pri predložitvenem sodišču, ki se zdaj imenuje Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (deželno upravno sodišče Zgornje Avstrije). Družba Online Games v tem postopku izpodbija skladnost zakona o igrah na srečo s pravom EU, zlasti z določbami Pogodbe o svobodi ustanavljanja in svobodi opravljanja storitev iz členov 49 oziroma 56 PDEU.

Postopek zoper Franka Breuerja in druge

18. Uslužbenci davčnega urada so po pridobitvi informacij od tretje osebe 14. avgusta 2014 preiskali kavarno „Café Vegas“ v Linzu. Zasegli so osem avtomatov za igre na srečo, za katere se presodili, da se z njimi krši zakon o igrah na srečo. Eden od tam zaposlenih jih je obvestil, da so te naprave last družbe Franck Gastro s.r.o. s sedežem v Češki republiki. Policijski direktorat je pozneje F. Breuerju in vsaki od drugih dveh strank v postopku pred predložitvenim sodiščem naložil globo v višini 24.000 EUR, ker so domnevno organizirali ali sodelovali pri organizaciji iger na srečo v zadevnih prostorih. F. Breuer je zastopnik družbe z omejeno odgovornostjo s sedežem na Slovaškem. [4]

19. Vsaka od navedenih strank se je zoper te globe pritožila pri predložitvenem sodišču. Trdijo, da je zvezni zakonski monopol nad igrami na srečo v nasprotju s pravom EU.

Vprašanje za predhodno odločanje

20. Predložitveno sodišče je pri odločanju o vprašanjih, ki jih obravnava, upoštevalo sodno prakso Sodišča v zvezi z zakonom o igrah na srečo, ki je bila opredeljena v sodbi Pfleger in drugi, [5] še posebej navedbo v točki 50 navedene sodbe o dolžnostih, ki jih ima država članica, ki se namerava sklicevati na cilj, s katerim se lahko utemelji ovira svobode opravljanja storitev. [6] Predložitveno sodišče to navedbo

4 — Glej opombo 19 spodaj.

5 — Sodba z dne 30. aprila 2014 (C-390/12, EU:C:2014:281).

6 — Podrobneje glej točko 33 spodaj.

razlaga tako, da velja tudi za ovire svobode ustanavljanja, ker se zakon o igrah na srečo razlaga tudi kot odstopanje od te svobode.[7] V tem okviru je zaskrbljeno, da bi lahko bila dejavna vloga, ki jo morajo avstrijska upravna sodišča imeti pri pridobivanju dokazov v zadevah, ki jih obravnavajo,[8] in temu ustrezna sorazmerno nedejavna vloga organov pregona v teh postopkih, v nasprotju s sodno prakso Sodišča.

21. Predložitveno sodišče se je zato odločilo, da na podlagi člena 267 PDEU Sodišču v predhodno odločanje predloži to vprašanje:

„Ali je treba člen 56 PDEU oziroma člen 49 in naslednje PDEU ob upoštevanju člena 6 EKČP v povezavi s členom 47 Listine […] razlagati tako, da te določbe glede na zahtevo po objektivnem in nepristranskem sodišču, ki izhaja iz sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (zlasti iz točke 54 njegove sodbe Ozerov proti Rusiji[9]), nasprotujejo nacionalni ureditvi, na podlagi katere mora sodišče, ki odloča o zakonitosti kazenskega ukrepa, izpodbijanega s pritožbo – in ne kazenski organ (ali drug državni organ pregona) v funkciji zastopnika obtožnice – dokaze, ki so v upravnokaznovalnem postopku potrebni za utemeljitev kvazimonopolne ureditve nacionalnega trga iger na srečo, zaščitene s kazensko zakonodajo, ob upoštevanju sodne prakse Sodišča Evropske unije (zlasti njegove sodbe Pfleger in drugi), na lastno pobudo, in ne glede na ravnanje strank v postopku, najprej popolnoma samostojno opredeliti in razmejiti, nato pa (v eni in isti osebi/funkciji) z avtonomno preiskavo tudi raziskati in presoditi?“

22. Pisna stališča so predložili družba Online Games, F. Breuer in drugi, avstrijska in belgijska vlada ter Evropska komisija. Na obravnavi 10. novembra 2016 so navedene stranke predstavile svoja ustna stališča in odgovorile na vprašanja, ki jim jih je postavilo Sodišče.

Presoja

Dopustnost

23. Avstrijska vlada meni, da ta predlog za sprejetje predhodne odločbe ni dopusten.

24. Prvič, trdi da je vprašanje za predhodno odločanje hipotetično. „Nacionalna ureditev“, ki jo omenja, ne obstaja, ker predložitveno sodišče napačno razlaga nacionalno pravo, pravilna pa je razlaga avstrijske vlade.

25. Sprejetje stališča avstrijske vlade bi pomenilo, da je Sodišče dolžno sprejeti trditve nacionalne vlade kot pravilno razlago nacionalnega prava in mu dati prednost pred položajem, kot ga je predložitveno sodišče opisalo v predlogu za sprejetje predhodne odločbe. To je očitno napačno, zato je seveda trditev avstrijske vlade v zvezi s tem popolnoma neutemeljena. Tega ne bom več obravnavala.[10] V skladu s tem vprašanje za predhodno odločanje očitno *ne* more biti opredeljeno kot „hipotetično“.

26. Drugič, avstrijska vlada trdi, da predložitveno sodišče v svojem predlogu za sprejetje predhodne odločbe ni navedlo zadostne dejanske in pravne podlage za odločanje Sodišča.

7 — Glej točko 49 in naslednje mojih sklepnih predlogov v navedeni zadevi (C-390/12, EU:C:2013:747) za analizo omejitev svobode opravljanja storitev, ki jih ta zakon vsebuje.

8 — Glej med drugim točko 14 zgoraj ter točki 40 in 58 in naslednje spodaj.

9 — Sodba z dne 18. maja 2010 (CE:ECHR:2010:0518JUD006496201).

10 — V zvezi z dopustnostjo predložitvenega sklepa, kadar obstajajo različna stališča nacionalnih sodišč glede razlage odločbe Sodišča, glej tudi sklep z dne 15. oktobra 2015, Naderhirn (C-581/14, EU:C:2015:707).

27. V skladu z ustaljeno sodno prakso velja za vprašanja, ki jih predloži nacionalno sodišče, domneva upoštevnosti. Sodišče lahko zavrne odgovor na tako vprašanje, le če je očitno, da zahtevana razlaga nima nobene zveze z dejanskim stanjem ali predmetom spora v postopku v glavni stvari, če je problem hipotetičen ali če Sodišče nima na voljo pravnih in dejanskih elementov, da bi lahko na zastavljena vprašanja dalo koristne odgovore. [11]

28. Res je, da je natančen status zakona o igrah na srečo po nacionalnem pravu, vsaj kar zadeva vprašanja pred Sodiščem, nejasen, in to kljub vprašanjem, ki so bila strankam postavljena na obravnavi. Vendar ima Sodišče po mojem mnenju dovolj informacij o pravnem in dejanskem okviru spora pred predložitvenim sodiščem, obseg vprašanja za predhodno odločanje pa je jasen. Poleg tega ne Evropska komisija ne katera od vlad, ki sta predložili stališča, ni imela težav pri oblikovanju teh stališč na podlagi predložitvene odločbe. [12]

29. Zato menim, da je predlog za sprejetje predhodne odločbe dopusten.

Uvodna vprašanja

Uporabljivost Listine in EKČP

30. Listina se uporablja, ko država članica „izvaja pravo Unije“ v smislu člena 51 Listine. Kot sem pojasnila v mojih sklepnih predlogih v zadevi Pfleger in drugi, [13] ukrep države članice, ki odstopa od temeljnih pravic, ki jih zagotavlja Pogodba o delovanju Evropske unije, spada na področje uporabe prava EU. Države članice ohranijo pristojnost, kar priznava pravo EU, da v nekaterih okoliščinah določijo izjemo od temeljne pravice, ki jo zagotavlja to pravo, pri čemer pa *izvajanje* te pristojnosti omeji pravo EU. Kadar nacionalno sodišče ali Sodišče preizkusi, ali nacionalna zakonodaja, ki omejuje izvajanje take temeljne pravice, pomeni izjemo od Pogodbe (in je torej dopustna), se ta preizkus opravi s sklicevanjem na pravo EU, in ne nacionalno pravo, ter na podlagi meril, ki izhajajo iz prava EU, in ne nacionalnega prava. Šteti je torej treba, da država članica, ki sprejme izjemo od temeljne pravice, „izvaja pravo Unije“ v smislu člena 51 Listine. Iz tega sledi, da se uporabi Listina. [14] Ker se z zadevnim nacionalnim aktom iz postopka v glavni stvari „izvaja“ pravo EU, ga je treba razlagati ob upoštevanju Listine. To, da se obravnavana zadeva drugače kot zadeva Pfleger in drugi nanaša na postopkovna pravila, ki jih mora nacionalno sodišče uporabiti pri odločanju o zadevi, in ne na veljavnost ukrepa odstopanja, po mojem mnenju tega ne spremeni.

31. V skladu z ustaljeno sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) se člen 6(1) EKČP uporablja za upravne prekrške in temu ustrezen upravnokaznovalni postopek po avstrijskem pravu. [15] Iz tega sledi, da je treba te prekrške opredeliti kot „kazenske“ v smislu navedene določbe [16] in torej nujno tudi v smislu določbe člena 47 Listine.

11 — Glej med drugim sodbo z dne 22. junija 2010, Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363, točka 27 in navedena sodna praksa).

12 — Glej na primer sodbo z dne 25. marca 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi in drugi (C-480/00, C-482/00, C-484/00, od C-489/00 do C-491/00 ter od C-497/00 do C-499/00, EU:C:2004:179, točka 74).

13 — C-390/12, EU:C:2013:747.

14 — Glej v zvezi s tem tudi sodbo z dne 30. aprila 2014, Pfleger in drugi (C-390/12, EU:C:2014:281, točka 36).

15 — Glej med drugim sodbo z dne 20. decembra 2001, Baischer proti Avstriji, (CE:ECHR:2001:1220JUD003238196, točka 22).

16 — Glej odločbo ESČP z dne 4. julija 2002, Weh in Weh proti Avstriji (CE:ECHR:2002:0704DEC003854497).

Sodba Pfleger in drugi

32. Vprašanje, ki ga Sodišče obravnava v tej zadevi, se je postavilo na podlagi sodbe Pfleger in drugi.[17] V navedeni zadevi je bilo Sodišče naprošeno za odgovor na več vprašanj, ki jih je vložilo Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (samostojno deželno upravno sodišče Zgornje Avstrije) kot predhodnik predložitvenega sodišča in so se v bistvu nanašala na veljavnost zakona o igrah na srečo z vidika načela sorazmernosti, kot se uporablja v okviru člena 56 PDEU o svobodi opravljanja storitev. Sodišče je razsodilo, da je treba člen 56 PDEU razlagati tako, da nasprotuje nacionalni zakonodaji, kakršen je zakon o igrah na srečo, „če ta ureditev dejansko ne sledi cilju varstva igralcev ali boja proti kriminaliteti ter v resnici ne teži k zmanjšanju priložnosti za igranje iger na srečo oziroma boju proti kriminaliteti, povezani s temi igrami, dosledno in sistematično“.[18]

33. Sodišče je pri tem sklepanju razsodilo zlasti to:

„43 […] Treba pa je spomniti, da morajo omejitve, ki jih določijo države članice, izpolnjevati pogoje v zvezi s sorazmernostjo in nediskriminatornostjo, kot so bili določeni v sodni praksi Sodišča. Tako je nacionalna zakonodaja primerna za zagotavljanje doseganja navedenega cilja le, če resnično teži k doslednem in sistematičnem doseganju tega cilja […]

44 Zgolj dejstvo, da je država članica izbrala drugačen sistem varstva, kot ga je sprejela druga država članica, ne more vplivati na presojo sorazmernosti predpisov, sprejetih na tem področju. Te je treba presojati samo glede na cilje, ki si jih prizadevajo doseči pristojni organi zadevne države članice, in glede na raven varstva, ki ga nameravajo zagotoviti […]

[…]

47 […] spada vprašanje, katerim ciljem dejansko sledi nacionalna ureditev, v okviru zadeve, ki je Sodišču predložena na podlagi člena 267 PDEU, v pristojnost predložitvenega sodišča […]

48 Ob upoštevanju navedb Sodišča spada v pristojnost predložitvenega sodišča tudi preučitev, ali omejitve, ki jih naloži zadevna država članica, izpolnjujejo pogoje glede sorazmernosti, ki izhajajo iz sodne prakse Sodišča […]

49 Predvsem se mora predložitveno sodišče prepričati, da zadevna omejevalna ureditev, zlasti glede na konkretne načine njene uporabe, resnično teži k zmanjšanju priložnosti za igranje iger na srečo, omejitvi dejavnosti na tem področju in k boju zoper z njimi povezano kriminaliteto dosledno in sistematično […]

50 V zvezi s tem je Sodišče že razsodilo, da če se država članica namerava sklicevati na cilj, s katerim utemeljuje oviro svobode opravljanja storitev, mora ta sodišču, ki odloči o tem vprašanju, predložiti vse potrebne informacije, ki mu lahko omogočijo, da se prepriča o tem, ali navedeni ukrep res izpolnjuje zahteve, ki izhajajo iz načela sorazmernosti […]

[…]

52 […] predložitveno sodišče [mora] opraviti celovito presojo okoliščin sprejetja in izvajanja omejevalne ureditve, kot je ta v postopku v glavni stvari.“

17 — Sodba z dne 30. aprila 2014 (C-390/12, EU:C:2014:281).

18 — Glej točko 56 in izrek sodbe.

34. Sodišče je svoje sklepanje v navedeni zadevi oprlo na temeljno svobodo opravljanja storitev po členu 56 PDEU. V obravnavani zadevi se vprašanje za predhodno odločanje ne nanaša samo na to svoboščino, ampak tudi na svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU.[19] Ker pa se določbe členov od 51 do 54 PDEU, ki državi članici dopuščajo odstopanje od zadnjenavedene svoboščine, v skladu s členom 62 PDEU uporabljajo tudi za svobodo opravljanja storitev, menim, da načela iz sodbe Pfleger in drugi[20] veljajo za obe svoboščini enako.

Vloga predložitvenega sodišča in narava kršitev, ki so jih domnevno storile tožeče stranke iz postopka v glavni stvari

35. Predložitveno sodišče je del avstrijskega upravnopravnega sistema. Tehnično ga je mogoče opredeliti kot drugostopenjsko pritožbeno sodišče, ker upravne prekrške na prvi stopnji obravnavajo upravni organi.[21] Pritožbe zoper njegove sodbe se vložijo pri Verwaltungsgerichtshof (višje upravno sodišče).

36. Dejanja, ki so jih obdolžene tožeče stranke iz postopka v glavni stvari, so po nacionalnem pravu upravni prekrški, za primere tožečih strank pa se uporablja upravni postopek. Ta postopek zahteva, da sodišče, ki odloča o zadevi, dejanje preišče po uradni dolžnosti.[22] Upravni organ, ki je izrekel upravnopravno kazen, po pritožbi pri sodišču, kakršno je predložitveno sodišče, prevzame naloge organa pregona.[23] Kot je bilo navedeno zgoraj v točki 31, je mogoče prekrške, ki so jih domnevno storile tožeče stranke iz postopka v glavni stvari, opredeliti kot „kazenske“ v smislu člena 6 EKČP.

Utemeljenost

37. Predložitveno sodišče s svojim vprašanjem v bistvu prosi za usmeritev o uporabi člena 6 EKČP in člena 47 Listine za sodni postopek, ki se nanaša na domnevno kršitev nacionalne določbe, ki mora za to, da bi se priznala za veljavno, izpolnjevati pogoje, ki veljajo za odstopanja od svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, kot so določeni v členih 49 in 56 PDEU in kot se uporabljajo v sodni praksi Sodišča, zlasti v sodbi Pfleger in drugi.[24]

19 — Natančna povezanost dejanskega stanja iz postopka v glavni stvari s svobodo ustanavljanja iz predložitvenega sklepa ni povsem jasna. Domnevam pa, da se nanaša na vpletenost slovaškega podjetja, navedenega zgoraj v točki 18.

20 — Sodba z dne 30. aprila 2014 (C-390/12, EU:C:2014:281).

21 — V zvezi z Unabhängiger Verwaltungssenat (samostojno upravno sodišče) kot predhodnikom sedanjega Landesverwaltungsgericht (deželno upravno sodišče) glej odločbo ESČP z dne 4. julija 2002, Weh in Weh proti Avstriji (CE:ECHR:2002:0704DEC003854497). Avstrijska vlada je na obravnavi potrdila, da je položaj Landesverwaltungsgericht (deželno upravno sodišče) podoben.

22 — Glej točko 14 zgoraj.

23 — Tako vsaj izhaja iz pisnih stališč avstrijske vlade. V zvezi z Unabhängiger Verwaltungssenat (samostojno upravno sodišče) kot predhodnikom sedanjega Landesverwaltungsericht glej odločbo ESČP z dne 4. julija 2002, Weh in Weh proti Avstriji (CE:ECHR:2002:0704DEC003854497). Predložitveno sodišče v svojih ugotovitvah glede navedene zadeve navaja, da je bil člen 51d Verwaltungsstrafgesetz (zakon o upravnih kaznih), na katerega je ESČP oprlo svojo analizo, razveljavljen, ne da bi bil nadomeščen. Vendar ugotavljam, da je v zapisniku obravnav pred predložitvenim sodiščem v zadevi Online Games, ki je del Sodišču predloženega nacionalnega sodnega spisa, policijski direktorat omenjen kot nasprotni organ (*belangte Behörde*) pod navedbo, da noben predstavnik tega organa ni bil prisoten na obravnavi in da za to ni bil predložen noben razlog.

24 — Sodba z dne 30. aprila 2014 (C-390/12, EU:C:2014:281).

38. V postopku, ki je splošno poznan kot kontradiktoren,[25] so naloge organov pregona in sodišča vsaj teoretično jasno ločene. Prvonavedeni morajo zbrati in predložiti dokaze, na katere se opirajo, zadnjenavedeno pa mora na podlagi teh dokazov odločiti ob upoštevanju, med drugim, trditev obrambe. Če bi naloge organov pregona v navedenem postopku opravljalo sodišče, bi to pomenilo nesprejemljivo odstopanje od njegove sodne vloge, kakršna koli odločba pa bi bila po pritožbi skoraj zagotovo razveljavljena.

39. V postopku pred predložitvenim sodiščem mora to sodišče obravnavati dokaze pred njim po uradni dolžnosti.[26] Tak postopek, ki pomeni bistveno drugačno porazdelitev nalog med organi pregona in sodiščem, se običajno imenuje „inkvizitorni“.[27]

40. Ugotovljeno je bilo, da je dandanes težko najti pravni sistem, ki bi bil bodisi povsem kontradiktoren bodisi povsem inkvizitoren.[28] Kot v svojem pisnem stališču navaja avstrijska vlada, so temeljni elementi sistema, ki velja za predložitveno sodišče, ti. Prvič, sodišče mora po uradni dolžnosti preiskati resničnost dejanskega stanja v zvezi z dejanjem, tako da zbere vse potrebne dokaze, trditve strank pa v zvezi s tem niso upoštevne. Pri tem mora sodišče narediti vse, kar je v njegovi moči, da ugotovi resnico. V skladu s tem mora upoštevati vse vire, iz katerih lahko razkrije to resnico, in zlasti zbrati vse razpoložljive dokaze v obravnavani zadevi, ki so upoštevni za odločitev. Brez omejitev in povsem samostojno mora preiskati vse dokaze, ki bi lahko vplivali na izid.

41. Iz dela obrazložitve predložitvenega sodišča iz predložitvene odločbe bi bilo mogoče sklepati, da bi moralo Sodišče razsoditi, da je inkvizitorni sistem po svoji naravi v nasprotju z zahtevami člena 6 EKČP in člena 47 Listine.

42. Predložitveno sodišče se pri svojem stališču opira na nekatere sodbe ESČP,[29] na dvoje sklepnih predlogov generalnih pravobranilcev Sodišča[30] in na mnenje Consultative Council of European Judges in Consultative Council of European Prosecutors (Posvetovalni svet evropskih sodnikov in Posvetovalni svet evropskih tožilcev, v nadaljevanju: mnenje CCJE/CCPE).[31]

43. Res je, da je v vsakem od navedenih dokumentov mogoče najti navedbe ali ugotovitve, ki zelo izpostavljajo pomen sodne nepristranskosti. V sodbah ESČP in mnenju CCJE/CCPE je izpostavljena tudi potreba po tem, da se ne mešajo naloge organov pregona in sodišča.[32] Nikjer pa ni navedeno, da bi bilo treba ali bi bilo mogoče inkvizitorni sistem obravnavati kot tak, ki ni varen.

44. Poleg tega menim, da ni razlogov za strinjanje s pristopom predložitvenega sodišča.[33]

25 — Ta pojem uporabljam za označevanje tiste oblike postopka, v katerem stranke pripravijo in predstavijo svoje trditve ter zberejo in predložijo svoje dokaze, s tem pa v okviru določenih pravil nadzirajo postopek. Tisti, ki ugotavlja dejansko stanje kot sodnik ali porota, je ves čas nevtralen ali nedejaven. Ne uporabljam ga v širšem smislu, v katerem ga včasih uporablja ESČP za označevanje postopka, ki zagotavlja enakost orožij (glej na primer sodbo z dne 16. februarja 2000, Rowe in Davis proti Združenemu kraljestvu, CE:ECHR:2000:0216JUD002890195, točka 60).

26 — Glej točki 14 in 36 zgoraj.

27 — Čeprav se v predložitvenem sklepu uporablja ta izraz, naveden pa je tudi v pisnih stališčih avstrijske vlade, je zastopnik avstrijske vlade na obravnavi nekoliko podvomil v njegovo primernost v okviru avstrijskega sistema, ki se obravnava v postopku v glavni stvari. Zato naj izpostavim, da ta izraz uporabljam opisno in ne kot strokovni izraz.

28 — Glej Armenta-Deu, T., Beyond Accusatorial or Inquisitorial Systems: a Matter of Deliberation and Balance, v: Visions of Justice, Ackerman, B., Ambos, K. in Sikirić, H., uredniki, Duncker & Humboldt, Berlin, 2016, str. od 57 do 75.

29 — To so sodbe z dne 15. decembra 2005, Kyprianou proti Cipru (CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, točke 118, 121 ter od 126 do 128), z dne 18. maja 2010, Ozerov proti Rusiji (CE:ECHR:2010:0518JUD006496201, točke od 51 do 54) in z dne 20. septembra 2016, Karelin proti Rusiji (CE:ECHR:2016:0920JUD000092608). Zadnja od navedenih je bila izdana po datumu predložitvene odločbe, predložitveno sodišče jo je predložilo ločeno.

30 — To so sklepni predlogi generalnega pravobranilca D. Ruiz-Jaraboja v zadevi Kaba (C-466/00, EU:C:2002:447, točka 90 in naslednje) in sklepni predlogi generalnega pravobranilca P. Cruza Villalóna v zadevi X (C-507/10, EU:C:2011:682, točka 20 in naslednje).

31 — Glej mnenje št. 12 (2009) Consultative Council of European Judges in mnenje št. 4 (2009) Consultative Council of European Prosecutors (v nadaljevanju: izjava iz Bordeauxa), točki 3 in 7. Dokument je na voljo na: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/avis_EN.asp.

32 — Glej zlasti sodbo ESČP z dne 15. decembra 2005, Kyprianou proti Cipru (CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, točka 126).

33 — Naj izpostavim, da v nasprotju z zatrjevanjem odvetnika družbe Online Games na obravnavi v sklepnih predlogih v zadevi Pfleger in drugi (C-390/12, EU:C:2013:747) nisem navedla, da je inkvizitorni postopek v nasprotju z EKČP ali pravom EU.

45. Po mojem mnenju je pravilno stališče, da lahko tako v kontradiktornem kot inkvizitornem sistemu ob neskrbnosti nastanejo težave glede skladnosti s členom 6 EKČP in členom 47 Listine. Pri prvonavedenem se lahko s šibkim zastopanjem obdolženca krši pravica do enakosti orožij. Pri zadnjenavedenem lahko nepravilnosti pri razlikovanju med tem, kaj so naloge organov pregona in kaj so naloge sodišča, vodijo v mešanje obojih nalog, spet v škodo obdolženca. Ob pravilnem vodenju pa je vsak od teh sistemov namenjen ugotavljanju resnice, in to zgolj na različne načine. K nalogam organov pregona v inkvizitornem postopku se bom vrnila v nadaljevanju teh sklepnih predlogov. [34]

46. Zato se ne strinjam s tem, da bi bilo treba inkvizitorni sistem že po njegovi naravi obravnavati kot neskladen z zahtevami člena 6 EKČP in člena 47 Listine.

47. To pa ne pomeni, da predložitvenemu sodišču v odgovoru na njegovo vprašanje ni mogoče dati koristnih usmeritev.

48. Ostane zlasti vprašanje, kako naj se sodba Sodišča Pfleger in drugi [35] uporabi v okviru nacionalnega sistema, kakršen je tisti, opisan zgoraj v točki 40.

Točka 50 sodbe Pfleger in drugi

49. Avstrijska vlada v zvezi s tem predlaga razlago te sodbe, pri kateri se po mojem mnenju v bistvu ne upošteva točka 50. Namesto tega se osredotoča na točke 48, 49 in 52. V teh točkah je Sodišče navedlo svojo razlago dolžnosti sodišča, ki mora odločiti o veljavnosti tega, kar je poimenovalo „omejevalna ureditev“. [36] Te točke, če se jih razlaga samostojno, bi bilo vsaj domnevno mogoče razumeti tako, da podpirajo stališče, da skrbi predložitvenega sodišča niso utemeljene. Država članica in njeni organi nimajo nobene vloge. Ključno vlogo ima nacionalno sodišče.

50. Vendar se pri tem ne upošteva točke 50 sodbe in se tako zanemarja bistven del sklepanja Sodišča. Menim, da to ni primerno. Upoštevati je treba tudi to, da sklepanje iz navedene točke odraža ustaljeno sodno prakso Sodišča v zvezi s tem. [37]

51. Zahteva, ki se državam članicam nalaga v točki 50, je tako pomembna kot zahtevna. Pri odstopanju od katere koli od temeljnih svoboščin mora država članica navesti jasne in prepričljive razloge za njegovo utemeljitev.

52. Ti razlogi so že po svoji naravi verjetno zapleteni in zahtevajo posebno znanje, ki bo večinoma, če ne vedno, posebej povezano z državo članico, ki želi uveljavljati odstopanje. Skoraj vedno temeljijo na posebnih družbenih in/ali gospodarskih okoliščinah ter posebnih družbenih in/ali gospodarskih politikah zadevne države članice. Lahko se pričakuje, da je ta država članica pred sprejetjem skrbno preudarila utemeljenost ukrepa. To je tisti okvir, v katerem je treba po mojem mnenju razlagati navedbo Sodišča v točki 47 sodbe Pfleger in drugi, [38] „katerim ciljem *dejansko sledi nacionalna ureditev*“. [39]

34 — Glej točko 63 in naslednje spodaj.

35 — Sodba z dne 30. aprila 2014 (C-390/12, EU:C:2014:281).

36 — Glej točko 52 sodbe.

37 — Glej sodbe z dne 8. septembra 2010, Stoß in drugi (C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 in C-410/07, EU:C:2010:504, točka 71); z dne 15. septembra 2011, Dickinger in Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, točka 54), in z dne 11. junija 2015, Berlington Hungary in drugi (C-98/14, EU:C:2015:386, točka 65). Glej tudi sodbo z dne 13. marca 2008, Komisija/Belgija (C-227/06, EU:C:2008:160, točki 62 in 63 ter navedena sodna praksa).

38 — Sodba z dne 30. aprila 2014 (C-390/12, EU:C:2014:281).

39 — Poudarek dodan.

53. Predložitev take utemeljitve je lahko po mojem mnenju izključno naloga zadevne države članice.[40] To ni naloga drugih strank postopka, vključno z nacionalnim sodiščem ali stranko, ki izpodbija veljavnost nacionalnega akta, s katerim se izvaja zadevno odstopanje. Drugače povedano, od teh strank ni mogoče pričakovati, da bodo „ugibale“ o razlogih, na podlagi katerih je država članica ukrep sprejela.

54. Če, in v obsegu, v katerem taka dolžnost ne izhaja že iz pravnega sistema zadevne države članice, učinkuje kot splošen okvir postopkovnih pravil, ki bi se sicer uporabila. Seveda ne sme oslabiti pravice do obrambe, v bistvu jo mora okrepiti z zagotovitvijo hitrejšega in celovitejšega dostopa do razlogov, iz katerih je država članica sprejela zadevno odstopanje.

55. Še vedno je seveda dolžnost nacionalnega sodišča, da presodi in odloči na podlagi dokazov, ki jih predloži država članica. To velja ne glede na to, ali postopek pred tem sodiščem poteka po kontradiktornem ali inkvizitornem modelu. V zadnjenavedenem primeru je (ali je lahko) zavezano po uradni dolžnosti opraviti samo preiskovalna dejanja in ta zahteva vsekakor velja ves čas. Dokazi, ki jih predloži država članica, so kot dopolnilo tem preiskovalnim dejanjem in jih – s pridržkom ugotovitve, ki jo navajam spodaj –[41] ne nadomeščajo.

56. Kako nacionalno sodišče konkretno opravlja preiskovalna dejanja je v glavnem njegova presoja, če se spoštujejo zahteve EKČP in prava EU, zlasti načeli enakosti in učinkovitosti,[42] ter Listine, če se uporablja. Značaj te naloge se neizogibno spreminja (včasih precej) od enega primera do drugega in od enega sodišča do drugega, ni pa naloga Sodišča, da posega na področja, ki so povsem stvar nacionalnega prava.[43]

57. Kljub temu pa je smiselno obravnavati dve vprašanji, ki sta se pojavili v predložitveni odločbi in stališčih, predloženih Sodišču.

58. Najprej, preiskovalne dolžnosti sodišča, kot jih je opisala avstrijska vlada, so precejšnje, če ne celo herkulske.[44] Katere vire imajo na voljo nacionalna sodišča za opravljanje teh preiskovalnih dolžnosti? To vprašanje je v enostavnih zadevah, ki zajemajo vprašanja, s katerimi je nacionalno sodišče že celovito seznanjeno, bolj teoretično kot dejansko. V zadevah, kakršna je obravnavana, v kateri se postavljajo zapletena vprašanja znanstvene in statistične analize, pa po mojem mnenju ne gre za tako nalogo, ki bi jo nacionalno sodišče lahko samo opravilo. Izvedenska mnenja so ključni del takega opravila.

59. Predložitveno sodišče v predložitveni odločbi navaja, da deželna upravna sodišča v Avstriji nimajo lastnih neodvisnih izvedencev in da morajo uporabljati predvsem izvedence, zaposlene pri eni od nacionalnih upravnih služb (za katere je verjetno, da bodo zaposleni pri isti ustanovi, ki je stranka postopka pri nacionalnem sodišču).

60. Če je res tako,[45] menim, da se postavlja nekaj upoštevnih pomislekov glede skladnosti s členom 6 EKČP in posledično členom 47 Listine. Člen 6(1) EKČP zahteva, da o kazenski obtožbi zoper obdolženca odloča „neodvisno in nepristransko, z zakonom ustanovljeno sodišče“. Ker morajo upravna sodišča v Avstriji presojo opraviti po uradni dolžnosti, je verjetno, da se morajo vsaj v zapletenih

40 — Naj pojasnim, da pri navajanju „države članice“ v tem okviru ne mislim, da mora vlada te države članice predložiti potrebno utemeljitev. Mora pa to utemeljitev predložiti tista oseba, ki zastopa to državo članico ali je za to pooblaščena.

41 — Glej točko 68 spodaj.

42 — Glej v zvezi s tem med drugim sodbo z dne 22. januarja 2015, Stanley International Betting in Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, točka 37).

43 — V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča se v nacionalnem pravnem redu vsake države članice, če na določenem področju ni pravil EU, določijo postopkovna pravila za pravna sredstva, ki zagotavljajo varstvo pravic, ki jih posameznikom daje pravo EU (glej v tem smislu med drugim sodbo z dne 18. marca 2010, Alassini in drugi, od C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, točka 47).

44 — Glej točko 40 zgoraj.

45 — Zastopnik avstrijske vlade na vprašanje glede tega na obravnavi tega stališča ni zanikal, se je pa raje osredotočil na dolžnost predložitvenega sodišča, da upošteva vse okoliščine.

zadevah pri oblikovanju dokončnega stališča opreti na mnenje enega ali več izvedencev. Po mojem mnenju je jasno, da morajo biti tudi ti izvedenci neodvisni in nepristranski. Prav tako morajo biti zadostno usposobljeni, da lahko presodijo in poročajo o nasprotujočih si stališčih. Navsezadnje morajo biti v pomoč sodišču pri opravljanju njegovih dolžnosti. ESČP je pri presoji nepristranskosti izpostavilo, da ima ta zahteva tako subjektivni kot objektivni element.[46] Menim, da obstaja vsaj tveganje, da izvedenci iz nacionalnih upravnih služb ne bi izpolnjevali prvega od navedenih elementov in skoraj gotovost, da ne bi izpolnjevali niti drugega. Iz tega sledi, da morajo imeti nacionalna sodišča dostop do storitev izvedencev, ki so resnično neodvisni in nepristranski.

61. Drugo vprašanje se nanaša na to, koliko se lahko nacionalno sodišče opira na pripravljalno gradivo[47] k domači zakonodaji, ki se izpodbija, in na zapisnike sej parlamenta, na katerih je bila ta zakonodaja sprejeta. Avstrijska vlada navaja, da se lahko sodišče opre na prvonavedeno, belgijska vlada pa, da na zadnjenavedene. Ali se lahko nacionalno sodišče opre na enega od teh virov (ali na oba), ki sta že javna, in s tem odpravi potrebo po tem, da država članica navede svojo utemeljitev v skladu s točko 50 sodbe Pfleger in drugi?[48]

62. Taka rešitev se zdi preveč preprosta. Čeprav se bodo nacionalni organi nedvomno opirali na te dokumente v svojih pisanjih nacionalnemu sodišču, pa je verjetno, da se bo kakršen koli ugovor nanašal na enega ali več posamičnih vidikov zadevne zakonodaje. Država članica nosi dokazno breme, da sodišču pojasni, na katere dejavnike njene širše utemeljitve bi se moralo to sodišče osredotočiti pri odločanju o zadevi. Država članica bi morda želela (in morala) zagotoviti več informacij in celovitejše informacije v podporo utemeljitvi, na katero opira svoje trditve. Poleg tega ta dva vira po definiciji ne moreta biti obravnavana kot v celoti popolna ali zanesljiva, če je Sodišče – kot se je zgodilo pri zakonu o igrah na srečo – na podlagi močnih indicev razsodilo, da zadevna zakonodaja morda ne izpolnjuje zahtev prava EU.[49]

Prisotnost organov pregona na obravnavah

63. Predložitveno sodišče ima pomisleke, da organi pregona nimajo jasne vloge na njegovih obravnavah. Navedeno sodišče natančneje navaja, da so organi pregona v postopkih, kakršen je tisti v glavni stvari, prisotni samo izjemoma. Namesto njega nastopa zastopnik izvršne oblasti, ki je na njih sicer povsem nedejaven.[50] Temeljni pomislek predložitvenega sodišča v zvezi s tem je to, kot kaže, da je zabrisano razlikovanje med vlogama sodišča in organi pregona, kar posledično lahko vpliva na neodvisnost in nepristranskost sodišča. V zvezi s tem se sklicuje na tri sodbe ESČP. Prva je Kyprianou proti Cipru.[51] Ta zadeva se je nanašala na postopek zaradi razžalitve sodišča („contempt of court“) zoper tožečo stranko kot skrajšani postopek, ki so ga vodili tisti sodniki, zoper katere je tožeča stranka izrekla očitke na javni obravnavi. Tožilstvo so bili sodniki sami. ESČP je razsodilo, da tako mešanje vlog lahko samoumevno porodi objektivno utemeljene pomisleke glede nepristranskosti sodišča, ki je vodilo postopek.[52]

46 — Glej med drugim sodbo z dne 15. decembra 2005, Kyprianou proti Cipru (CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, točki 118 in 119). Zaradi izognitve dvomu naj izpostavim, da se v obravnavani zadevi ne zatrjuje, da obstaja kakršna koli sestavina subjektivnega elementa tega preizkusa.

47 — V nemščini „*Erläuterungen*“.

48 — Sodba z dne 30. aprila 2014 (C-390/12, EU:C:2014:281).

49 — Glej sodbo z dne 30. aprila 2014, Pfleger in drugi (C-390/12, EU:C:2014:281, točka 56 in izrek).

50 — Glej tudi opombo 23 *na koncu*.

51 — Sodba z dne 15. decembra 2005 (CE:ECHR:2005:1215JUD007379701).

52 — Glej točki 127 in 128 sodbe.

64. Druga zadeva je Ozerov proti Rusiji.[53] V navedeni zadevi je prvostopenjsko sodišče tožečo stranko obsodilo za kaznivo dejanje. Med postopkom nikoli ni bil prisoten nihče od tožilstva, čeprav je bila udeležba državnega tožilstva odrejena. Zadevni postopek je bil kontradiktoren, po veljavnem domačem pravu v upoštevnem času pa je moralo biti tožilstvo na sojenju prisotno, če je bilo tako odrejeno. Če bi bilo tožilstvo prisotno, bi sodelovalo pri izvajanju dokazov in predstavilo stališča. ESČP je razsodilo, da je nacionalno sodišče pomešalo vlogi tožilstva in sodišča, zato so obstajali upravičeni pomisleki glede njegove nepristranskosti.[54]

65. Tretja zadeva, na katero se sklicuje predložitveno sodišče, je Karelin proti Rusiji.[55] Tožeča stranka je bila obsojena za upravni prekršek in se je zoper to obsodbo pritožila. Niti na prvi stopnji niti na pritožbeni stopnji ni bil prisoten noben predstavnik tožilstva. Razpravni sodnik je na obravnavi spremenil obtožbo zoper tožečo stranko. ESČP je ugotovilo, da razpravno sodišče ob odsotnosti tožilstva ni imelo druge možnosti, kot da med obravnavo nosi breme ne samo predstavitve, ampak tudi utemeljitve obtožbe zoper tožečo stranko. Razsodilo je, da se je z odsotnostjo tožilstva tako na prvi kot na pritožbeni stopnji kršila zahteva po nepristranskosti.[56]

66. ESČP je do tega sklepa prišlo po celovitem pregledu svoje sodne prakse v zvezi s pomisleki o pristranskosti, ki bi se lahko pojavili zaradi odsotnosti javnega tožilstva s sodnih obravnav. Pri tem ni posebej razlikovalo med kontradiktornimi in inkvizitornimi postopki.[57] Navedeno sodišče je obravnavalo tudi vprašanja, ki lahko nastanejo zaradi tega, ker se obravnava v posamezni zadevi opravi na pritožbeni stopnji namesto na prvi stopnji. Razsodilo je, da je položaj na pritožbeni stopnji lahko drugačen, zlasti kadar se obravnavajo samo pravna vprašanja, in da se zato lahko vloga tožilstva razume kot „manj bistvena“. Dodalo pa je, da je treba zahtevo po nepristranskosti ne glede na to upoštevati tudi na tej stopnji.[58] ESČP je ugotovilo tudi, da kadar se presodi, da je ustna obravnava primerna za določitev kazenske obtožbe zoper obdolženca, je prisotnost tožilstva „praviloma primerna zaradi preprečitve upravičenih dvomov, ki bi sicer lahko nastali v zvezi z nepristranskostjo sodišča“.[59]

67. Med vsemi temi ugotovitvami ne vidim nobene povezanosti, razen prevladujoče zahteve, da mora sodno telo, ki je pozvano k ugotavljanju obdolženčeve krivde, bodisi na prvi bodisi na pritožbeni stopnji, objektivno dajati vtis neodvisnosti in nepristranskosti. Drugače povedano, menim, da ni mogoče določiti jasnih pravil glede prisotnosti organov pregona v tovrstnih postopkih, razen ugotovitve, da je to po mnenju ESČP praviloma „primerno“. Čeprav je bilo to navedeno v okviru obravnave na prvi stopnji, postopek, kakršen je ta pred predložitvenim sodiščem, pa je mogoče opredeliti kot pritožbeni, pa je ta postopek v skladu z nacionalnim pravom po značaju tak, da je, kot kaže, prva priložnost, ob kateri se opravi celovita presoja vprašanj. Poleg tega je razlog za izvedbo obravnave ta, da se omogoči razprava med strankami postopka in prek te razprave zagotovi boljša seznanjenost sodišča. Če organi pregona niso prisotni, take razprave ne more biti ali ne more biti celovita.[60]

68. Naj dodam, da je zahteva po neodvisnosti in nepristranskosti prevladujoča zahteva, zato mora sodišče, ki je pozvano k odločitvi, če dvomi, dati prednost spoštovanju te zahteve. Če bi to v določeni zadevi pomenilo, da ne sme obravnavati vprašanja, ki bi bilo v korist organom pregona in v škodo obdolženca, potem mora ravnati tako. Naj izpostavim tudi, da sodišče v položaju, kakršen je ta

53 — Sodba z dne 18. maja 2010 (CE:ECHR:2010:0518JUD006496201).

54 — Glej točke od 52 do 55 sodbe.

55 — Sodba z dne 20. septembra 2016, Karelin proti Rusiji (CE:ECHR:2016:0920JUD000092608). Kot je navedeno zgoraj v točki 29, je predložitveno sodišče sodbo predložilo ločeno.

56 — Glej točko 84 sodbe.

57 — Glej točko 53 in naslednje sodbe.

58 — Glej točki 81 in 83 sodbe.

59 — Glej točko 76 sodbe.

60 — Avstrijska vlada v svojih pisnih stališčih zelo izpostavlja dejstvo, da v zadevah, kakršna je ta v glavni stvari, naloge tožilstva opravlja upravni organ, ki je izrekel upravno kazen (glej točko 36 zgoraj). Zato ni mešanja vlog tožilstva in sodišča. Ugotavljam, da obstaja pri presoji moči tega argumenta nujna povezava med tem, ali in koliko je ta organ dejaven v postopku, ali pa je povsem nedejaven.

predložitvenega sodišča, v nobenih okoliščinah ni dolžno nadomestiti države članice pri utemeljitvi, ki jo mora zadnjenavedena predložiti v smislu točke 50 sodbe Pfleger in drugi.[61] Če ta utemeljitev ni bila predložena (kar bi se lahko zgodilo v katerem koli drugem primeru, če organi pregona zaradi odsotnosti ali nedejavnosti ali kako drugače ne bi izpolnili svoje dolžnosti), lahko nacionalno sodišče iz te nepredložitve izpelje ustrezne zaključke.

Predlog

69. Zato predlagam Sodišču, naj na vprašanje, ki ga je vložilo Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (deželno upravno sodišče Zgornje Avstrije), odgovori tako:

Če se želi z zakonodajo države članice odstopati od temeljne svoboščine Evropske unije, vključno s svobodo opravljanja storitev po členu 56 PDEU in svobodo ustanavljanja po členu 49 PDEU, niti člen 6 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin niti člen 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah ne nasprotujeta nacionalni določbi, po kateri mora sodišče, pristojno za odločanje o veljavnosti tega odstopanja ob upoštevanju prava EU, v upravnokaznovalnem postopku dejanja preiskati po uradni dolžnosti. Vendar mora država članica, ki se opira na odstopanje, predložiti utemeljitev zadevnega ukrepa, tako da se tisti, ki je obdolžen kršitve, z njo lahko seznani, sodišče pa lahko o njej presodi in odloči. V tem okviru sta lahko upoštevni še ti dodatni zadevi:

— sodišče je pri odločanju o zadevi po potrebi upravičeno do mnenja neodvisnih in nepristranskih izvedencev;

— čeprav ni splošnega pravila, po katerem bi moral biti predstavnik organov pregona prisoten v postopku pred zadevnim sodiščem, pa je ta prisotnost praviloma primerna zaradi preprečitve upravičenih dvomov, ki bi sicer lahko nastali v zvezi z nepristranskostjo tega sodišča.

61 — Sodba z dne 30. aprila 2014 (C-390/12, EU:C:2014:281). Glej točko 51 in naslednje zgoraj.