Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIK GENERALNEJ
ELEANOR SHARPSTON
przedstawiona w dniu 9 marca 2017 r.[1]

Sprawa C-685/15

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (sąd administracyjny kraju związkowego Górna Austria, Austria)]

Artykuły 49 i 56 TFUE — Gry losowe — Monopol państwa członkowskiego na gry — Naruszenie — Ustawodawstwo krajowe przewidujące badanie przez sąd stanu faktycznego z urzędu (Amtswegigkeitsgrundsatz) — Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności — Artykuł 6 — Karta praw podstawowych Unii Europejskiej — Artykuł 47

1. Niniejsze odesłanie prejudycjalne wynikło w kontekście Glücksspielgesetz (austriackiej ustawy o grach losowych, zwanej dalej „ustawą o grach losowych") z dnia 28 listopada 1989 r. (BGBI. 620/1989), stosowanej między innymi wobec osób fizycznych i prawnych korzystających ze swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) lub swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE) oraz przepisów proceduralnych mających zastosowanie do prowadzenia rozpraw przed sądami administracyjnymi w tym państwie członkowskim. Na tym tle zwrócono się do Trybunału o wykładnię zasad praw podstawowych zawartych w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą") w świetle art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwanej dalej „EKPC")[2]. Konkretną poruszoną kwestią jest prawo oskarżonego do rzetelnego procesu, chronione na podstawie art. 47 karty, w sytuacji gdy sąd nie tylko ma orzec co do istoty sprawy, lecz także przeprowadzać dowody z urzędu.

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r.

Ramy prawne

Prawo Unii

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

2. Artykuł 49 TFUE, który znajduje się w rozdziale 2 tytułu IV, zatytułowanym „Prawo przedsiębiorczości”, stanowi:

„Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane w ramach poniższych postanowień. Zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego państwa członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego państwa członkowskiego.

Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego kapitału, swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 54 akapit drugi, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli”.

3. Zgodnie z art. 52 ust. 1 TFUE:

„Postanowienia niniejszego rozdziału oraz środki podjęte na ich podstawie nie przesądzają o zastosowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych przewidujących szczególne traktowanie cudzoziemców, uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego” [3].

4. Zgodnie z art. 56 TFUE, który znajduje się w rozdziale 3 tytułu IV, zatytułowanym „Usługi”:

„W ramach poniższych postanowień ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia.

Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą rozszerzyć korzyści wynikające z postanowień niniejszego rozdziału na obywateli państwa trzeciego świadczących usługi i mających swe przedsiębiorstwa wewnątrz Unii”.

5. Artykuł 62 TFUE stanowi:

„Postanowienia artykułów 51–54 mają zastosowanie do spraw uregulowanych w niniejszym rozdziale”.

3 — Należy wskazać, że prawo dotyczące gier losowych wydaje się dotyczyć ogólnego odstępstwa od prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Jako takie, nie przewiduje ono „szczególnego traktowania cudzoziemców”. Jednak ze względu na to, że przepisy krajowe rozpatrywane w niniejszej sprawie są tożsame z tymi, które były przedmiotem postępowania w sprawie *Pfleger i in*. (wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-390/12, EU:C:2014:281), i ze względu na to, iż niniejsza sprawa dotyczy kwestii proceduralnych wynikłych z wykładni tych przepisów przez krajowe sądy administracyjne, nie uważam dalszego rozważania tej kwestii za konieczne.

Karta

6. Artykuł 47 karty stanowi:

„Każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym artykule.

Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy. Każdy ma możliwość uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela.

[…]”.

EKPC

7. Artykuł 6 ust. 1 EKPC stanowi:

„Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły lub bezstronny sąd ustanowiony ustawą, przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej […]”.

Prawo krajowe

8. Ustawa o grach losowych ogranicza możliwość organizowania gier losowych na automatach do przedsiębiorców posiadających koncesję.

9. W wersji obowiązującej w czasie istotnym dla *pierwszej ze spraw* zawisłych przed sądem odsyłającym w postępowaniu głównym § 50 tej ustawy stanowił, że jurysdykcja w przypadku naruszenia tej ustawy należy do Bezirksverwaltungsbehörden (organów administracji powiatowej), a w drugiej instancji do Unabhängiger Verwaltungssenat (niezależnego sądu administracyjnego, obecnie do Landesverwaltungsgericht, sądu administracyjnego kraju związkowego). Organy odpowiedzialne za egzekwowanie prawa, w tym urzędy skarbowe, zapewniają tym organom wsparcie oraz mają prawo kontroli z urzędu przestrzegania przepisów tej ustawy.

10. Zgodnie z § 52 ust. 1 tejże ustawy mniej poważne naruszenia traktuje się jako wykroczenie administracyjne, za które organy administracji mogą nałożyć grzywnę w kwocie do 22 000 EUR. Na podstawie § 52 ust. 2 postępowanie w sprawie poważniejszych naruszeń powinno być prowadzone w taki sposób, jak postępowanie w przypadku przestępstw określonych w Strafgesetzbuch (kodeksie karnym). Paragraf 53 przyznawał organom administracji uprawnienie do konfiskaty automatów do gry w przypadku podejrzenia naruszenia monopolu w zakresie gier losowych, przysługującego zgodnie z tą ustawą państwu.

11. Po zmianach w ustawie o grach losowych, które weszły w życie w 2014 r., a zatem znajdują zastosowanie *w drugiej ze spraw* zawisłych przed sądem odsyłającym w postępowaniu głównym, zgodnie z nowym brzmieniem § 52 wszystkie naruszenia podlegają tylko sankcjom administracyjnym.

12. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Bundes-Verfassungsgesetz (konstytucji federalnej) postępowanie w sprawach karnych jest postępowaniem kontradyktoryjnym. W odniesieniu do spraw wniesionych do sądów administracyjnych krajów związkowych o uchylenie decyzji organów administracji, takich jak sąd odsyłający, art. 130 ust. 4 konstytucji federalnej stanowi, że w postępowaniu odwoławczym sądy te samodzielnie rozstrzygają co do istoty sprawy.

13. Zgodnie z § 46 ust. 1 Verwaltungsgerichtverfahrengesetz (ustawy o postępowaniu sądowo-administracyjnym) do sądu administracyjnego należy zgromadzenie wszystkich dowodów niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

14. Na podstawie § 25 Verwaltungsstrafgesetz (ustawy o karach administracyjnych) sąd administracyjny prowadzi dochodzenie w sprawie przestępstw z urzędu. Jest on zobowiązany brać pod uwagę okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego.

Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

15. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy dwóch spraw zawisłych przed sądem odsyłającym. Przedstawię je oddzielnie.

Postępowanie przeciwko Online Games Handels GmbH

16. W wyniku informacji uzyskanej z anonimowego źródła Bundespolizeidirektion Wels (obecnie stanowiąca część Landespolizeidirecktion Oberösterreich, dyrekcji policji kraju związkowego Górna Austria, zwanej dalej „dyrekcją policji") nakazała Finanzamt Linz (urzędowi skarbowemu w Linzu, zwanemu dalej „urzędem skarbowym") inspekcję w barze o nazwie SJ-Bet Sportbar w miejscowości Wels. Inspekcja ta została przeprowadzona w dniu 8 marca 2012 r. Na miejscu znajdowało się osiem automatów do gry, co zostało uznane za naruszenie federalnego monopolu w zakresie gier losowych wynikającego z ustawy o grach losowych. Urzędnicy skarbowi prowadzący dochodzenie zostali poinformowani, że jeden z tych automatów należał do Online Games Handels GmbH (zwanej dalej „Online Games"), spółki z siedzibą w Austrii. Następnie okazało się, że organizatorem gier była spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brnie w Republice Czeskiej. Wszystkie automaty do gier zostały zajęte i w dniu 17 kwietnia 2012 r. dyrekcja policji zarządziła ich konfiskatę.

17. Online Games zaskarżyła tę decyzję do Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (niezależnego sądu administracyjnego kraju związkowego Górna Austria), który był poprzednikiem sądu odsyłającego. Orzeczeniem z dnia 21 maja 2012 r. sąd ten oddalił skargę. Online Games odwołała się od tego wyroku do Verwaltungsgerichtshof (naczelnego trybunału administracyjnego, Austria), który uchylił zaskarżone orzeczeniem wyrokiem z dnia 1 października 2015 r. Obecnie sprawa ponownie znajduje się przed sądem odsyłającym, który w tej chwili nosi nazwę Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (sąd administracyjny kraju związkowego Górna Austria). W tym postępowaniu Online Games kwestionuje zgodność ustawy o grach losowych z prawem Unii, w szczególności z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług ustanowionymi, odpowiednio, w art. 49 i 56 TFUE.

Postępowanie przeciwko Frankowi Breuerowi i in.

18. W wyniku informacji otrzymanej od osoby trzeciej urzędnicy skarbowi przeprowadzili w dniu 14 sierpnia 2014 r. inspekcję w lokalu o nazwie Café Vegas w Linzu. Skonfiskowali osiem automatów do gry, co do których uznali, że użytkowane są one sprzecznie z ustawą o grach losowych. Pracownik przebywający na miejscu poinformował ich, że automaty te należą do Franck Gastro s.r.o., spółki z siedzibą w Republice Czeskiej. Następnie dyrekcja policji nałożyła grzywny w wysokości po 24 000 EUR na F. Breuera i dwóch pozostałych skarżących w postępowaniu przed sądem odsyłającym

za to, że mieli oni organizować w przeszukanych pomieszczeniach gry losowe lub uczestniczyć w ich organizacji. Frank Breuer reprezentuje spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą na Słowacji [4].

19. Każda z tych stron zaskarżyła nałożoną grzywnę przed sądem odsyłającym. Skarżący twierdzą, że federalny monopol w zakresie gier losowych jest sprzeczny z prawem Unii.

Pytanie prejudycjalne

20. Przy rozstrzyganiu zawisłych przed nim spraw sąd odsyłający bierze pod uwagę orzecznictwo Trybunału dotyczące gier losowych przedstawione w sprawie *Pfleger i in.* [5], *a w szczególności zawarte w pkt 50 tego wyroku stwierdzenie dotyczące obowiązków nałożonych na* państwo członkowskie, które zamierza powołać się na cel mający uzasadniać ograniczenia swobody świadczenia usług [6]. Sąd odsyłający uważa, że to stwierdzenie odnosi się również do ograniczeń swobody przedsiębiorczości, gdyż ustawa o grach losowych może być jednocześnie interpretowana jako odstępstwo od tej swobody [7]. W tym kontekście obawia się on, że aktywna rola, jaką austriackie sądy administracyjne zobowiązane są odgrywać w gromadzeniu dowodów w sprawach przez nie rozstrzyganych [8], oraz odpowiadająca jej stosunkowo bierna rola organów ścigania w tym postępowaniu mogą być sprzeczne z tym orzecznictwem Trybunału.

21. Sąd odsyłający postanowił zatem na podstawie 267 TFUE skierować do Trybunału następujące pytanie w trybie prejudycjalnym.

„Czy art. 56 TFUE lub art. 49 TFUE i nast. w świetle art. 6 [EKPC] w związku z art. 47 [karty] należy rozumieć w ten sposób, że przepisy te w obliczu orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (w szczególności jeżeli chodzi o jego wyrok [*Ozerov przeciwko Rosji* [9]], pkt 54), dotyczącego wymogów w zakresie obiektywności oraz bezstronności sądu, stoją na przeszkodzie przepisom krajowym, zgodnie z którymi dowody, jakie należy przedstawić w ramach postępowania administracyjnego o charakterze karnym, mające uzasadnić chroniony prawem karnym quasi-monopol w ramach krajowego rynku gier losowych, w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (w szczególności z uwzględnieniem wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., Pfleger i in., C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281) nie mają być opisane i określone przez organ karny (albo inny państwowy organ ścigania), w ramach ich funkcji jako przedstawicieli oskarżenia, lecz mają najpierw zostać opisane i określone raczej z własnej inicjatywy i niezależnie od aktywności stron postępowania przez sąd powołany (w postaci tej samej osoby lub funkcji) do rozstrzygnięcia o zgodności z prawem zaskarżonych środków karnych, a następnie przez ten sam sąd dowody te mają zostać w autonomiczny sposób śledczy przeprowadzone i ocenione?”.

22. Uwagi na piśmie przedstawili Online Games, F. Breuer i in., rządy austriacki i belgijski oraz Komisja Europejska. Podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 10 listopada 2016 r., strony przedstawiły swoje argumenty ustnie i udzieliły odpowiedzi na pytania Trybunału.

4 — Zobacz przypis 19 poniżej.

5 — Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-390/12, EU:C:2014:281.

6 — Zobacz także pkt 33 poniżej.

7 — Zobacz pkt 49 i nast. mojej opinii w tej sprawie (C-390/12, EU:C:2013:747) co do analizy ograniczeń swobody świadczenia usług wynikających z tej ustawy.

8 — Zobacz m.in. pkt 14 powyżej oraz pkt 40 i pkt 58 i nast. poniżej.

9 — Wyrok z dnia 18 maja 2010 r., CE:ECHR:2010:0518JUD006496201.

Ocena

Dopuszczalność

23. Rząd austriacki uważa, że niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny.

24. Twierdzi on, po pierwsze, że przedstawione pytanie jest hipotetyczne. „Przepis krajowy", do którego się ono odnosi, nie istnieje, bowiem jego rozumienie przez sąd odsyłający jest nieprawidłowe, prawidłowa jest natomiast wykładnia dokonana przez rząd austriacki.

25. Przyjęcie stanowiska proponowanego przez rząd austriacki sprowadzałoby się do stwierdzenia, że Trybunał zobowiązany jest uznać twierdzenia rządu krajowego za prawidłową wykładnię prawa krajowego w miejsce sytuacji opisanej przez sąd odsyłający w odesłaniu prejudycjalnym. Stanowisko to jest w sposób oczywisty niesłuszne i jasne jest, że argumentacja rządu austriackiego w tym względzie jest całkowicie bezpodstawna. Nie rozważam jej zatem dalej [10]. Przedłożonego pytania z całą pewnością *nie* można uznać za hipotetyczne na tej podstawie.

26. Po drugie, rząd austriacki twierdzi, że sąd odsyłający nie przedstawił okoliczności faktycznych i prawnych zawisłego przed nim sporu dostatecznie dokładnie, aby umożliwić Trybunałowi wydanie orzeczenia.

27. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pytania przedstawione przez sąd krajowy korzystają z domniemania, iż mają one znaczenie dla sprawy. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w trybie prejudycjalnym, o które wnioskował sąd krajowy, jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia przydatnej odpowiedzi na pytania, które zostały mu postawione [11].

28. Prawdą jest, że dokładny status ustawy o grach losowych w systemie prawa krajowego jest, przynajmniej w zakresie, w jakim dotyczy to kwestii przedłożonych Trybunałowi, niejasny, i to pomimo pytań zadanych stronom podczas rozprawy. Jednakże moim zdaniem Trybunał dysponuje dostatecznymi informacjami w odniesieniu do okoliczności faktycznych i stanu prawnego w sporze zawisłym przed sądem odsyłającym i zakres przedłożonego pytania jest jasny. Ponadto ani Komisja Europejska, ani żaden z rządów, które przedstawiły uwagi, nie miały trudności ze sformułowaniem swych uwag w oparciu o treść postanowienia odsyłającego [12].

29. Uważam zatem, że sam wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

10 — Zobacz także, co do dopuszczalności odesłania prejudycjalnego, w sytuacji różnicy stanowisk pomiędzy sądami krajowymi, dotyczących interpretacji rozstrzygnięcia Trybunału, postanowienie Trybunału z dnia 15 października 2015 r., *Naderhirn*, C-581/14, niepublikowane, EU:C:2015:707.

11 — Zobacz m.in. wyrok z dnia 22 czerwca 2010 r., *Melki i Abdeli*, C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo.

12 — Zobacz na przykład wyrok z dnia 25 marca 2004 r., *Azienda Agricola Ettore Ribaldi i in.*, C-480/00, C-482/00, C-484/00, od C-489/00 do C-491/00 i od C-497/00 do C-499/00, EU:C:2004:179, pkt 74.

Kwestie wstępne

Stosowanie karty i EKPC

30. Aby karta miała zastosowanie, państwo członkowskie musi w rozumieniu jej art. 51 „stosować prawo Unii". Jak wyjaśniłam w opinii w sprawie *Pfleger i in.*[13], *w przypadku gdy* państwo członkowskie przyjmuje środek stanowiący odstępstwo od podstawowej swobody zagwarantowanej przez TFUE, środek ten objęty jest zakresem prawa unijnego. Kompetencja do odstąpienia od podstawowej swobody zagwarantowanej prawem Unii w niektórych okolicznościach stanowi kompetencję, którą państwa członkowskie zachowują, a prawo unijne uznaje; jednakże *korzystanie* z tej kompetencji jest ograniczone prawem unijnym. Gdy sąd – czy to sąd krajowy, czy też Trybunał – bada, czy uregulowanie krajowe ograniczające korzystanie z takiej podstawowej swobody objęte jest zakresem odstępstwa traktatowego (a zatem jest dopuszczalne), wówczas wspomniane badanie przeprowadzane jest poprzez odwołanie się do prawa Unii oraz na podstawie kryteriów wywodzących się z prawa unijnego, a nie z prawa krajowego. W związku z tym państwo członkowskie należy uznać za „stosujące prawo Unii" w rozumieniu art. 51, gdy wprowadza ono odstępstwo od podstawowej swobody. Wynika stąd, że karta znajduje zastosowanie[14]. Skoro przepis prawa krajowego stanowiący przedmiot sporów w postępowaniach głównych „stosuje" prawo unijne, ponieważ mieści się on w zakresie prawa Unii, to należy go interpretować w świetle karty. Okoliczność, że niniejsza sprawa, w przeciwieństwie do sprawy *Pfleger i in.*, dotyczy przepisów proceduralnych, które sąd krajowy musi zastosować przy rozstrzyganiu sprawy, a nie ważności przepisu krajowego stanowiącego odstępstwo, moim zdaniem nie ma znaczenia.

31. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (zwanego dalej „ETPC") art. 6 ust. 1 EKPC ma zastosowanie wobec wykroczeń o charakterze administracyjnym i odpowiadającego im postępowania karno-administracyjnego w prawie austriackim[15]. Z powyższego wynika, że wykroczenia takie dla celów tego przepisu należy traktować jako „karne"[16], a zatem także w sposób nieunikniony, podlegające art. 47 karty.

Wyrok w sprawie Pfleger i in.

32. Pytanie przedstawione Trybunałowi w niniejszej sprawie powstało na tle wyroku *Pfleger i in.*[17]. *W tamtej sprawie Trybunał został poproszony o udzielenie odpowiedzi na pytania skierowane do niego przez* Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich, (niezależny sąd administracyjny kraju związkowego Górna Austria) będący poprzednikiem sądu odsyłającego w niniejszej sprawie, dotyczące w istocie ważności ustawy o grach losowych w świetle zasady proporcjonalności, stosowanej w kontekście swobody świadczenia usług z art. 56 TFUE. Trybunał stwierdził, że art. 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on obowiązywaniu przepisów krajowych takich jak ustawa o grach losowych, „w sytuacji gdy przepisy te nie dążą w rzeczywistości do realizacji celu w postaci ochrony graczy lub zwalczania przestępczości i nie są one rzeczywiście podyktowane troską o ograniczenie okazji do gry lub chęcią zwalczania przestępczości związanej z takimi grami w sposób spójny i systematyczny"[18].

13 — C-390/12, EU:C:2013:747.

14 — Zobacz także w tym względzie wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., *Pfleger i in.*, C-390/12, EU:C:2014:281, pkt 36.

15 — Zobacz między innymi wyrok z dnia 20 grudnia 2001 r. w sprawie Baischer przeciwko Austrii, CE:ECHR:2001:1220JUD003238196, § 22.

16 — Zobacz orzeczenie ETPC z dnia 4 lipca 2002 r. w sprawie *Weh i Weh przeciwko* Austrii, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497.

17 — Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-390/12, EU:C:2014:281.

18 — Zobacz pkt 56 oraz sentencja wyroku.

33. Trybunał, dochodząc do tego wniosku, przedstawił swoje rozumowanie następująco:

„43 […] [N]ależy przypomnieć, że ograniczenia ustanawiane przez państwa członkowskie muszą spełniać przesłanki w zakresie proporcjonalności i niedyskryminacji wynikające z orzecznictwa Trybunału. W ten sposób prawo krajowe jest właściwe do zapewnienia realizacji wskazanego celu, tylko jeśli rzeczywiście odzwierciedla ono troskę o realizację tego celu w sposób spójny i systematyczny […].

44 Sama okoliczność, iż dane państwo wybiera odmienny system ochrony niż przyjęty przez inne państwo członkowskie, nie może mieć wpływu na ocenę proporcjonalnego charakteru przepisów przyjętych w tej dziedzinie. Przepisy te powinny być jedynie oceniane z uwzględnieniem celów zakładanych przez właściwe organy zainteresowanego państwa członkowskiego oraz poziomu ochrony, jaki zamierzają one zapewnić […].

[…]

47 […] [U]stalenie celów, jakie są w rzeczywistości realizowane przez ustawodawstwo krajowe, należy w ramach sprawy przedstawionej Trybunałowi w trybie art. 267 TFUE do właściwości sądu odsyłającego […].

48 Ponadto do sądu odsyłającego należy również zbadanie, z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez Trybunał, czy nałożone przez państwo członkowskie ograniczenia odpowiadają wymogom wynikającym z orzecznictwa Trybunału jeśli chodzi o ich proporcjonalność […].

49 W szczególności do właściwości tego sądu należy zapewnienie, między innymi w świetle konkretnych zasad stosowania danych przepisów przewidujących ograniczenia, że są one rzeczywiście podyktowane troską o ograniczenie okazji do gry i działalności w tej dziedzinie oraz chęcią zwalczania przestępczości związanej z takimi grami w sposób spójny i systematyczny […].

50 W tym względzie Trybunał orzekł już, że jeżeli państwo członkowskie zamierza powołać się na cel odpowiedni do uzasadnienia ograniczenia swobody świadczenia usług, na tym państwie ciąży obowiązek przedstawienia sądowi, który ma rozstrzygnąć tę kwestię, wszystkich dowodów, które mogłyby temu sądowi pozwolić na ustalenie, że rzeczony środek spełnia wszystkie wymogi wynikające z zasady proporcjonalności […].

[…]

52 […] sąd krajowy powinien dokonać ogólnej oceny okoliczności, w których przyjęto i wdrożono przepisy zawierające ograniczenia, takie jak będące przedmiotem postępowań głównych”.

34. Trybunał w tej sprawie odnosił się do podstawowej swobody świadczenia usług ustanowionej w art. 56 TFUE. W niniejszej sprawie przedłożone pytanie dotyczy nie tylko tej swobody, ale także swobody przedsiębiorczości określonej w art. 49 TFUE[19]. Jednakże ze względu na to, że przepisy pozwalające państwu członkowskiemu na odstępstwo od drugiej z tych swobód zawarte w art. 51–54 TFUE znajdują również zastosowanie wobec swobody świadczenia usług zgodnie z art. 62 TFUE, moim zdaniem zasady określone w wyroku *Pfleger i in.*[20] *stosuje się jednakowo wobec obu tych swobód*.

19 — Konkretny związek pomiędzy stanem faktycznym w niniejszej sprawie a swobodą przedsiębiorczości nie wynika w sposób całkiem jasny z odesłania prejudycjalnego. Przyjmuję jednakże, że dotyczy on zaangażowania spółki słowackiej, o której mowa w pkt 18 powyżej.

20 — Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-390/12, EU:C:2014:281.

Rola sądu odsyłającego i charakter naruszeń zarzucanych skarżącym w postępowaniu głównym

35. Sąd odsyłający jest częścią austriackiego systemu prawa administracyjnego. Technicznie powinien zastać zaklasyfikowany jako sąd apelacyjny drugiej instancji, gdyż wykroczenia administracyjne rozpatrywane są w pierwszej instancji przez organy administracji [21]. Odwołania od jego wyroków wnosi się do Verwaltungsgerichtshof (wyższego sądu administracyjnego).

36. Wykroczenia, o popełnienie których zostali oskarżeni skarżący w postępowaniu głównym, stanowią według prawa krajowego wykroczenia administracyjne i procedura, jaka ma zastosowanie w takich sprawach, to procedura administracyjna. Procedura ta wymaga, aby sąd rozstrzygający sprawę wykroczenia działał z urzędu [22]. W przypadku wniesienia apelacji do sądu takiego jak sąd odsyłający organ administracji, który nałożył karę administracyjną, przyjmuje rolę organu oskarżającego [23]. Jak wspomniałam w pkt 31 powyżej, naruszenia, o jakich popełnienie oskarża się skarżących w postępowaniu głównym, są klasyfikowane jako „karne" w rozumieniu art. 6 EKPC.

Co do istoty

37. W swoim pytaniu sąd odsyłający zwraca się w zasadzie o wskazówki dotyczące stosowania art. 6 EKPC i art. 47 karty w postępowaniu sądowym dotyczącym zarzucanego naruszenia przepisu krajowego, który aby został uznany za ważny, musi spełniać warunki dotyczące odstępstw od swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, o których mowa, odpowiednio, w art. 49 i 56 TFUE, i stosowane w orzecznictwie Trybunału, w szczególności zaś w wyroku Pfleger i in. [24].

38. Zgodnie z procedurą określaną zazwyczaj jako kontradyktoryjna [25] zadania oskarżyciela i sądu są, przynajmniej teoretycznie, jednoznacznie oddzielone. Do tego pierwszego należy zebranie i przedstawienie materiału, na jakim opiera się on dla uzasadnienia swoich twierdzeń w sprawie, natomiast obowiązkiem tego drugiego jest wydanie orzeczenia w sprawie tego materiału, w świetle między innymi twierdzeń przedstawionych przez obronę. Gdyby sąd w tej procedurze miał wykonywać funkcje należące do oskarżyciela, stanowiłoby to niedopuszczalne odstępstwo od jego funkcji sądowniczej i wydany w taki sposób wyrok z prawie całkowitą pewnością zostałby uchylony w apelacji.

21 — Zobacz, w odniesieniu do Unabhängiger Verwaltungssenat (niezależnego sądu administracyjnego), jako poprzednika obecnego Landesverwaltungsgericht (sądu administracyjnego kraju związkowego), orzeczenie ETPC z dnia 4 lipca 2002 r. w sprawie *Weh i Weh przeciwko* Austrii, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497. Rząd austriacki podczas rozprawy potwierdził, że Landesverwaltungsgericht zajmuje podobną pozycję.

22 — Zobacz pkt 14 powyżej.

23 — Takie jest przynajmniej stanowisko przedstawione w pisemnych uwagach przez rząd austriacki. Co do Unabhängiger Verwaltungssenat (niezależnego sądu administracyjnego) jako poprzednika obecnego Landesverwaltungsgericht (sądu administracyjnego kraju związkowego), zob. orzeczenie ETPC z dnia 4 lipca 2002 r. w sprawie *Weh i Weh przeciwko* Austrii, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497. W swoich uwagach dotyczących tamtej sprawy sąd odsyłający wskazuje, że § 51d Verwaltungsstrafgesetz (ustawy o karach administracyjnych), na którym ETPC oparł swoją analizę, został uchylony bez zastąpienia innym przepisem. Zwracam jednak uwagę, że w protokole sprawy zawisłej przed sądem odsyłającym w postępowaniu Online Games, który stanowi część akt przedłożonych Trybunałowi, znajdują się odniesienia do dyrekcji policji jako strony pozwanej (*belangte Behörde*), przy czym przedstawiciel tego organu nie brał udziału w rozprawie i nie podano przyczyn tej nieobecności.

24 — Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-390/12, EU:C:2014:281.

25 — Używam tego terminu na określenie procedury, w której strony przygotowują i przedstawiają swoją argumentację oraz zbierają i przedstawiają dowody, tym samym przy zachowaniu pewnych zasad kontrolując postępowanie. Ustalenie stanu faktycznego należy do sędziego lub do ławy przysięgłych, którzy w czasie postępowania pozostają neutralni. Nie używam tego pojęcia w szerszym sensie, jaki czasem nadaje mu ETPC, dla określenia procedury zapewniającej zasadę równości stron w postępowaniu (zob. na przykład wyrok z dnia 16 lutego 2000 r. w sprawie *Rowe i Davis przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, CE:ECHR:2000:0216JUD002890195, § 60).

39. W postępowaniu przed sądem odsyłającym sąd zobowiązany jest do badania dostępnego mu materiału dowodowego z urzędu [26]. Procedura taka, która wiąże się z całkowicie innym rozkładem zadań pomiędzy oskarżeniem a sądem, tradycyjnie określana jest jako „inkwizycyjna” [27].

40. Zwracano już uwagę, że obecnie trudno byłoby znaleźć system prawny, który byłby w pełni kontradyktoryjny lub w pełni inkwizycyjny [28]. Zgodnie z opisem przedstawionym przez rząd austriacki w jego pisemnych uwagach podstawowe elementy systemu, jaki stosuje się w postępowaniu przed sądem odsyłającym, są następujące: po pierwsze, sąd musi z urzędu badać prawdziwość stanu faktycznego w kontekście zarzucanego wykroczenia, gromadząc wszelkie niezbędne dowody, przy czym stanowiska stron nie mają w tym zakresie znaczenia. W postępowaniu tym sąd zobowiązany jest uczynić wszystko, co możliwe, w celu ustalenia prawdy materialnej. Musi on zatem wykorzystać wszystkie dostępne źródła dowodowe, a w szczególności zgromadzić wszelkie dowody mogące mieć znaczenie dla wydania rozstrzygnięcia w sprawie przed nim zawisłej. Musi zbadać cały materiał, jaki potencjalnie może mieć wpływ na wynik sprawy, bez ograniczeń, i jest zobowiązany zrobić to w pełni samodzielnie.

41. Rozumowanie sądu odsyłającego przedstawione w odesłaniu prejudycjalnym częściowo sugeruje, że Trybunał powinien stwierdzić, iż procedura inkwizycyjna jest z samej swej natury sprzeczna z wymogami art. 6 EKPC i art. 47 karty.

42. Na poparcie swojego stanowiska sąd odsyłający przywołuje kilka wyroków ETPC [29], dwie opinie rzeczników generalnych Trybunału [30] oraz opinię wydaną przez Radę Konsultacyjną Sędziów Europejskich i Radę Konsultacyjną Prokuratorów Europejskich (zwaną dalej „opinią CCJE/CCPE”) [31].

43. Prawdą jest, że w każdym z tych dokumentów można znaleźć komentarze i uwagi kładące nacisk na znaczenie bezstronności sądu. Wyroki ETPC i opinia CCJE/CCPE także podkreślają, że istnieje potrzeba rozróżnienia pomiędzy funkcją oskarżyciela i sądu, aby wykluczyć ich mylenie [32]. Jednak nic nie wskazuje na to, aby system inkwizycyjny miał lub mógł sam w sobie zostać uznany za niebezpieczny.

44. Nie sądzę także, aby istniały dobre podstawy dla przyjęcia stanowiska sądu odsyłającego [33].

45. Moim zdaniem prawdą jest, że zarówno system kontradyktoryjny, jak i system inkwizycyjny mogą, w przypadku gdy nie zostanie dotrzymana odpowiednia staranność, powodować trudności dotyczące zgodności z art. 6 EKPC i art. 47 karty. W przypadku systemu kontradyktoryjnego słaba reprezentacja oskarżonego może prowadzić do nierówności stron. W przypadku systemu omawianego w niniejszej

26 — Zobacz pkt 14 i 36 powyżej.

27 — Chociaż określenie to użyte zostało w odesłaniu prejudycjalnym i pojawia się także w pisemnych uwagach rządu austriackiego, podczas rozprawy pełnomocnik rządu austriackiego wydawał się ostrożnie podchodzić do jego stosowności w kontekście systemu austriackiego, który jest przedmiotem postępowania głównego. Podkreślam zatem, że używam go w sposób opisowy, nie zaś jako technicznego terminu prawniczego.

28 — Zobacz T. Armenta-Deu, Beyond Accusatorial or Inquisitorial Systems: a Matter of Deliberation and Balance, w: *Visions of Justice*, ed. B. Ackerman, K. Ambos, H. Sikirić, Duncker & Humboldt, Berlin 2016, s. 57–75.

29 — Są to między innymi wyroki: z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie *Kyprianou przeciwko* Cyprowi, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, §§ 118, 121, 126–128; z dnia 18 maja 2010 r. w sprawie *Ozerov przeciwko Rosji*, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201, §§ 51–54; z dnia 20 września 2016 r. w sprawie *Karelin przeciwko Rosji*, CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. Ostatni z tych wyroków został wydany już po skierowaniu odesłania prejudycjalnego; odniesienie do niego zostało przedłożone przez sąd odsyłający oddzielnie.

30 — Są to opinie rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera w sprawie *Kaba*, C-466/00, EU:C:2002:447, pkt 90 i nast., i rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie X, C-507/10, EU:C:2011:682, pkt 20 i nast.

31 — Zobacz opinia Rady Konsultacyjnej Sędziów Europejskich nr 12(2009) i opinia nr 4(2009) Rady Konsultacyjnej Prokuratorów Europejskich („deklaracja z Bordeaux”), pkt 3 i 7. Opinia dostępna jest pod adresem http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/avis_EN.asp.

32 — Zobacz w szczególności wyrok ETPC z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie *Kyprianou przeciwko* Cyprowi, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, § 126.

33 — Muszę podkreślić, że wbrew temu, co twierdził podczas rozprawy pełnomocnik Online Games, w mojej opinii w sprawie Pfleger i in., C-390/12, EU:C:2013:747, *nie* twierdziłam, aby system inkwizycyjny był sprzeczny czy to z EKPC czy z prawem Unii.

sprawie brak właściwego odróżnienia zadań oskarżyciela i sędziego może prowadzić do rozmycia się obu funkcji, co również będzie niekorzystne dla oskarżonego. Jednak stosowane prawidłowo, oba te systemy prowadzą do ustalenia prawdy, tyle że prowadzą do tego w różny sposób. Do funkcji oskarżyciela w postępowaniu inkwizycyjnym powrócę w dalszej części niniejszej opinii [34].

46. Odrzucam zatem twierdzenie, jakoby system inkwizycyjny z samej swojej natury miał być sprzeczny z wymogami art. 6 EKPC i art. 47 karty.

47. Nie oznacza to jednakże, aby sądowi odsyłającemu nie można było udzielić użytecznych wskazówek w odpowiedzi na jego pytanie.

48. Pozostaje w szczególności kwestia stosowania wyroku w sprawie Pfleger i in. [35] w kontekście systemu krajowego takiego jak opisany w pkt 40 powyżej.

Punkt 50 wyroku Pfleger i in.

49. W tym względzie rząd austriacki proponuje interpretację, która moim zdaniem zasadniczo pomija pkt 50. Koncentruje się natomiast na pkt 48, 49 i 52. Trybunał przedstawia w nich swą interpretację obowiązków sądu, który został wezwany do rozstrzygnięcia w sprawie ważności przepisów określonych jako „przepisy zawierające ograniczenia" [36]. Jeśli czytać te fragmenty poza ich kontekstem, można odnieść wrażenie, że wątpliwości sądu odsyłającego są nieuzasadnione. Państwo członkowskie i jego organy nie mają do odegrania żadnej roli. Zasadnicza rola należy do sądu krajowego.

50. Oznacza to jednak pozostawienie pkt 50 wyroku poza nawiasem, a zatem zlekceważenie znacznej części analizy przeprowadzonej przez Trybunał. Nie uważam, aby było to właściwe. Należy także mieć na uwadze, że rozumowanie Trybunału przedstawione w tym punkcie stanowi odzwierciedlenie orzecznictwa Trybunału dotyczącego omawianej kwestii [37].

51. Wymóg nałożony w pkt 50 na państwa członkowskie jest istotny i obciążający. W przypadku każdego odstępstwa od podstawowych swobód państwo członkowskie zobowiązane jest przedstawić jasne i przekonujące powody na jego uzasadnienie.

52. Z samej swojej natury powody te będą prawdopodobnie złożone, wymagające w większości przypadków, o ile nie zawsze, szczególnej wiedzy związanej z państwem członkowskim zamierzającym wprowadzić odstępstwo. W prawie wszystkich przypadkach ich podstawą będą konkretne realia społeczne i ekonomiczne oraz konkretna polityka społeczna i ekonomiczna danego państwa członkowskiego. Można oczekiwać, że owo państwo członkowskie uważnie rozważyło powód czy powody uzasadniające dany środek przed jego przyjęciem. W takim kontekście należy moim zdaniem odczytywać odniesienie Trybunału w pkt 47 wyroku Pfleger i in. [38] do „celów, *jakie są w rzeczywistości realizowane przez ustawodawstwo krajowe*" [39].

34 — Zobacz pkt 63 i nast. poniżej.

35 — Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-390/12, EU:C:2014:281.

36 — Zobacz pkt 52 wyroku.

37 — Zobacz wyroki: z dnia 8 września 2010 r. *Stoß i in.*, C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07, EU:C:2010:504, pkt 71; z dnia 15 września 2011 r., *Dickinger i Ömer*, C-347/09, EU:C:2011:582, pkt 54; z dnia 11 czerwca 2015 r., *Berlington Hungary i in.*, C-98/14, EU:C:2015:386, pkt 65. Zobacz także wyrok z dnia 13 marca 2008 r., *Komisja/Belgia*, C-227/06, niepublikowany, EU:C:2008:160, pkt 62, 63 i przytoczone tam orzecznictwo.

38 — Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-390/12, EU:C:2014:281.

39 — Wyróżnienie moje.

53. Zadanie przedstawienia takiego uzasadnienia może moim zdaniem zostać zrealizowane jedynie przez dane państwo członkowskie [40]. Nie należy to do innych stron uczestniczących w postępowaniu, w tym do sądu krajowego czy strony kwestionującej ważność środka wprowadzającego dane odstępstwo. Innymi słowy, nie można oczekiwać, że będą oni „odgadywać" powody, dla których państwo członkowskie przyjęło dany środek.

54. Jeżeli tego rodzaju obowiązek nie wynika już z samego systemu prawnego danego państwa członkowskiego – i w zakresie, w jakim tak się dzieje – będzie on nakładał się na przepisy proceduralne, które w innym przypadku miałyby zastosowanie. Nie może to oczywiście wprowadzać odstępstwa od prawa do obrony, lecz w istocie powinno je wzmacniać poprzez zapewnienie szybszego i pełniejszego dostępu do rozumowania, jakie prowadziło do przyjęcia przez państwo członkowskie danego odstępstwa.

55. Zadaniem sądu krajowego pozostają oczywiście ocena i wydanie orzeczenia w sprawie materiału przedstawionego przez państwo członkowskie. Jest tak niezależnie od tego, czy postępowanie przed sądem krajowym oparte jest na modelu kontradyktoryjnym czy inkwizycyjnym. W tym drugim przypadku sąd krajowy będzie (lub może być) także zobowiązany z urzędu do przeprowadzenia własnego dochodzenia i wymóg ten będzie miał zastosowanie w każdym przypadku. Materiał przedłożony przez państwo członkowskie będzie funkcjonował jako uzupełnienie tego dochodzenia, z zastrzeżeniem kwestii, którą omówię poniżej [41], lecz nie będzie go zastępował.

56. To, jak konkretnie sąd krajowy prowadzi swoje postępowanie dowodowe, w bardzo dużej mierze zależy od tego sądu, pod warunkiem że owo postępowanie jest zgodne z wymogami określonymi w EKPC i w prawie Unii, w szczególności z zasadami równoważności i skuteczności [42], oraz – w stosownych przypadkach – w karcie. Charakter tego zadania będzie w sposób nieunikniony różnił się (w niektórych sytuacjach znacznie) w poszczególnych sprawach i w poszczególnych sądach, a do Trybunału nie należy wkraczanie w obszary, które pozostają wyłącznie w zakresie prawa krajowego [43].

57. Warto jednak odnieść się do dwóch szczególnych kwestii, które zostały poruszone w odesłaniu prejudycjalnym i uwagach przedłożonych Trybunałowi.

58. Po pierwsze, obowiązki sądów w zakresie prowadzenia dochodzenia zgodnie z opisem rządu austriackiego są niemałe, aby nie rzec wręcz: herkulesowe [44]. Jakimi środkami dysponują sądy krajowe podejmujące te obowiązki w zakresie prowadzenia dochodzenia? W prostych sprawach, dotyczących kwestii znanych sądowi krajowemu, pytanie to jest bardziej teoretyczne niż rzeczywiście istotne. Lecz w sprawach takich jak niniejsza, które mogą dotyczyć skomplikowanych kwestii analizy naukowej i statystycznej, zadanie to moim zdaniem w sposób oczywisty nie jest możliwe do wykonania jedynie przez sąd, działający bez wsparcia. Kluczowym elementem tego zadania staje się materiał pochodzący od ekspertów.

40 — Muszę wyjaśnić, że odnosząc się tutaj do „państwa członkowskiego", nie mam na myśli, że to rząd tego państwa członkowskiego powinien przedstawić niezbędne uzasadnienie. Uzasadnienie to jednak musi zostać przedstawione przez stronę reprezentująca państwo członkowskie albo posiadającą do tego upoważnienie.

41 — Zobacz pkt 68 poniżej.

42 — Zobacz w tym względzie między innymi wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., *Stanley International Betting i Stanleybet Malta*, C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 37.

43 — Zgodnie z orzecznictwem Trybunału w braku przepisów Unii w danej dziedzinie do wewnętrznego porządku prawnego każdego państwa członkowskiego należy określenie zasad proceduralnych dotyczących środków prawnych, które mają zapewnić ochronę uprawnień, jakie podmioty prawa wywodzą z prawa Unii (zob. tak między innymi wyrok z dnia 18 marca 2010 r., *Alassini i in.*, od C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, pkt 47).

44 — Zobacz pkt 40 powyżej.

59. W niniejszym odesłaniu prejudycjalnym sąd odsyłający wskazuje, że rejonowe sądy administracyjne w Austrii nie mają własnych niezależnych biegłych i że muszą zwracać się przede wszystkim do biegłych przy jednej z krajowych służb administracyjnych (istnieje prawdopodobieństwo, że mogą oni należeć do tej samej instytucji, która jest stroną postępowania przed sądem krajowym).

60. Gdyby tak było [45], moim zdaniem taka sytuacja budziłaby poważne wątpliwości co do zgodności z art. 6 EKPC i, w dalszej kolejności, z art. 47 karty. Artykuł 6 ust. 1 EKPC wymaga, aby oskarżony przy rozstrzyganiu o zasadności oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej miał prawo do rozpatrzenia jego sprawy „przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą". Biorąc pod uwagę, iż krajowe sądy administracyjne w Austrii działają z urzędu przy dokonywaniu ocen, istnieje prawdopodobieństwo, że – przynajmniej w bardziej skomplikowanych sprawach – sądy te będą musiały zwrócić się do jednego lub kilku biegłych, aby być w stanie wyrobić sobie ostateczny pogląd. Moim zdaniem jest jasne, że biegli ci muszą również być niezależni i bezstronni. Muszą oni także posiadać odpowiednie kwalifikacje, aby być w stanie dokonać oceny i analizy sprzecznych stanowisk. Ich rolą jest bowiem udzielenie pomocy sądowi w wykonywaniu jego obowiązków. Dokonując oceny bezstronności, ETPC podkreślił, że wymóg ten zawiera elementy subiektywne i obiektywne [46]. Moim zdaniem musi istnieć przynajmniej ryzyko, że biegli wywodzący się z krajowej służby administracji nie będą w stanie spełnić pierwszego z nich, oraz prawie pewność co do drugiego z nich. Wynika z tego, że sądy krajowe muszą mieć dostęp do usług biegłych, którzy są rzeczywiście niezależni i bezstronni.

61. Druga kwestia dotyczy możliwości oparcia się przez sąd krajowy na dokumentach wyjaśniających [47] do kwestionowanych krajowych aktów prawnych oraz na protokołach z posiedzeń parlamentu, na których przyjęto te akty prawne. Rząd austriacki sugeruje, że sąd może odwołać się do tych pierwszych, zaś rząd belgijski – że do tych drugich. Czy sąd krajowy może oprzeć się na jednym lub na obu z tych źródeł, które znajdują się już w domenie publicznej, eliminując w ten sposób potrzebę przedstawienia przez państwo członkowskie uzasadnienia zgodnie z pkt 50 wyroku Pfleger i in. [48]?

62. Rozwiązanie takie wydaje się nadmiernie uproszczone. Podczas gdy właściwe organy krajowe niewątpliwie będą pragnęły oprzeć się na takich dokumentach w swoich stanowiskach przedstawianych sądowi krajowemu, wszelkie zastrzeżenia będą prawdopodobnie dotyczyć jednego lub kilku szczególnych aspektów danego aktu prawnego. Na państwie członkowskim spoczywa ciężar wskazania sądowi krajowemu, na których elementach jego szerszego uzasadnienia sąd ten powinien się skupić przy podejmowaniu rozstrzygnięcia. Państwo członkowskie może chcieć (i mieć potrzebę) przedstawienia dalszych i pełniejszych informacji na poparcie uzasadnienia, na którym opiera ono swoje twierdzenia. Ponadto źródeł tych z definicji nie można uznać za pełne i wiarygodne w sytuacji takiej, jaka miała miejsce w odniesieniu do ustawy o grach losowych, gdy Trybunał wyraźnie wskazał, że ten akt prawny może nie spełniać wymogów prawa Unii [49].

Obecność oskarżyciela podczas rozpraw

63. Sąd odsyłający wyraża wątpliwość co do tego, że oskarżenie nie pełni jasnej roli w toczącym się przed nim postępowaniu. Sąd ten wskazuje w szczególności, że w postępowaniu takim jak postępowanie główne oskarżenie jest obecne jedynie wyjątkowo. Miejsce oskarżenia zajmuje natomiast przedstawiciel władz wykonawczych, który ponadto pozostaje w postępowaniu całkowicie bierny [50].

45 — Zapytany o to podczas rozprawy, pełnomocnik rządu austriackiego, nie zaprzeczając, że taka sytuacja występuje, wolał skupić się na obowiązku zbadania przez sąd odsyłający wszystkich istotnych okoliczności sprawy.

46 — Zobacz między innymi wyrok z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie *Kyprianou przeciwko* Cyprowi, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, §§118, 119. Dla uniknięcia wątpliwości muszę podkreślić, że w niniejszej sprawie nic nie wskazuje na wystąpienie jakiegokolwiek subiektywnego elementu tej analizy.

47 — Po niemiecku „*Erläuterungen*".

48 — Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-390/12, EU:C:2014:281.

49 — Zobacz wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r. Pfleger i in., C-390/12, EU:C:2014:281, pkt 56 i sentencja.

50 — Zobacz także przypis 23 in fine.

Główną obawą sądu odsyłającego wydaje się rozmycie rozróżnienia pomiędzy rolami sądu i oskarżenia, co w konsekwencji może mieć wpływ na niezależność i bezstronność sądu. Sąd ten powołuje się w tym zakresie na trzy wyroki ETPC. Pierwszy z nich to wyrok *Kyprianou przeciwko* Cyprowi [51]. Sprawa ta dotyczyła postępowania o obrazę sądu prowadzonego w trybie doraźnym przez tych samych sędziów, których skarżący krytykował na posiedzeniu jawnym. Oskarżycielami byli sami sędziowie. ETPC stwierdził, że pomieszanie funkcji może w sposób oczywisty powodować obiektywnie uzasadnioną obawę co do bezstronności sądu prowadzącego postępowanie [52].

64. Drugi przytoczony wyrok to *Ozerov przeciwko* Rosji [53]. W tej sprawie skarżący został skazany za popełnienie przestępstwa przez sąd pierwszej instancji. W ciągu całego postępowania nie był obecny przedstawiciel oskarżenia, chociaż nakazano uczestnictwo państwowej prokuratury. Postępowanie w tej sprawie było kontradyktoryjne i zgodnie z obowiązującym w tamtym czasie prawem krajowym prokurator miał obowiązek uczestnictwa w postępowaniu, jeśli wydano takie zarządzenie. Gdyby prokurator był obecny, brałby udział w badaniu materiału dowodowego i przedstawiał swoje stanowisko. ETPC stwierdził, że sąd krajowy dopuścił do pomieszania ról oskarżyciela i sędziego, tym samym dając powody do uzasadnionych wątpliwości co do jego bezstronności [54].

65. Trzeci z powołanych wyroków zapadł w sprawie *Karelin przeciwko* Rosji [55]. Skarżący w tej sprawie został skazany za popełnienie wykroczenia administracyjnego i odwołał się od tego orzeczenia. Ani w postępowaniu w pierwszej instancji, ani w odwoławczym nie był obecny przedstawiciel oskarżenia. Podczas rozprawy sąd rozpoznający sprawę dokonał zmiany zarzutów stawianych oskarżonemu. ETPC zauważył, że przy nieobecności prokuratora sąd rozpoznający sprawę nie miał innej możliwości niż samodzielnie nie tylko przedstawić, lecz również popierać w trakcie przewodu sądowego akt oskarżenia przeciwko skarżącemu. Stwierdził przy tym, że brak oskarżyciela w postępowaniu w obu instancjach narusza wymóg bezstronności [56].

66. Dochodząc do tego wniosku, ETPC dokonał przeglądu swojego orzecznictwa dotyczącego obawy o stronniczość, jaka może powstać w sytuacji braku oskarżyciela publicznego podczas rozpraw sądowych. Przegląd ten przeprowadzony został bez rozróżnienia pomiędzy procedurą kontradyktoryjną a inkwizycyjną [57]. ETPC brał także pod uwagę kwestie, które mogą wyniknąć w związku z tym, że postępowanie toczy się w postępowaniu odwoławczym, a nie w pierwszej instancji. Stwierdził on, że w postępowaniu odwoławczym sytuacja może być inna, w szczególności wtedy, gdy badane są tylko kwestie prawne, i że rola prokuratora może wtedy zostać uznana za „mniej niezbędną". Dodał jednak, że pomimo to wymóg bezstronności musi być zachowany także na tym etapie [58]. ETPC stwierdził także, że w sytuacjach, gdy przeprowadzenie rozprawy uznawane jest za właściwe dla rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej zarzutów karnych przeciwko oskarżonemu, obecność przedstawiciela organu oskarżającego „jest co do zasady właściwa w celu uniknięcia uzasadnionych wątpliwości, jakie w przeciwnym wypadku mogłyby powstać co do bezstronności sądu" [59].

67. Nie widzę tutaj żadnego wspólnego motywu dla tych wszystkich twierdzeń – poza nadrzędnym wymogiem, aby organ sądowy powołany do stwierdzenia winy oskarżonego, zarówno w pierwszej jak i w drugiej instancji, działał w sposób obiektywnie niezależny i bezstronny. Innymi słowy, nie widzę, aby mogły tu zostać ustalone sztywne reguły dotyczące obecności oskarżyciela w postępowaniach obu typów, oprócz stwierdzenia ETPC, że jest to co do zasady „właściwe". Chociaż stwierdzenie to padło

51 — Wyrok z dnia 15 grudnia 2005 r., CE:ECHR:2005:1215JUD007379701.

52 — Paragrafy 127 i 128 wyroku.

53 — Wyrok z dnia 18 maja 2010 r., CE:ECHR:2010:0518JUD006496201.

54 — Zobacz §§ 52–55 wyroku.

55 — Wyrok z dnia 20 września 2016 r., CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. Jak wskazałam w przypisie 29 powyżej, wyrok ten został powołany przez sąd odsyłający oddzielnie.

56 — Zobacz § 84 wyroku.

57 — Zobacz § 53 i nast. odnośnego wyroku.

58 — Zobacz §§ 81 i 83 wyroku.

59 — Zobacz § 76 wyroku.

w kontekście rozprawy w pierwszej instancji, a postępowanie przed sądem takim jak sąd odsyłający w niniejszej sprawie zostało zaliczone do postępowań apelacyjnych, charakter tego postępowania zgodnie z prawem krajowym powoduje, że stanowi ono pierwszą okazję do dokonania przez sąd pełnej oceny sprawy. Ponadto powodem przeprowadzenia rozprawy jest umożliwienie dialogu pomiędzy stronami postępowania i, w drodze tego dialogu, zapewnienie odpowiednich informacji sądowi. Jeżeli oskarżyciel nie jest obecny, dialog taki nie może się toczyć w ogóle lub nie może się toczyć w sposób pełny [60].

68. Należy dodać, że ze względu na nadrzędny wymóg niezależności i bezstronności w przypadku jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie sąd krajowy mający wydać rozstrzygnięcie musi przede wszystkim zapewnić spełnienie tego wymogu. Gdyby w danym przypadku miało to oznaczać, że sąd krajowy zmuszony jest powstrzymać się od podniesienia kwestii, która byłaby korzystna dla oskarżenia i niekorzystna dla oskarżonego, to tak powinno się stać. Podkreślam tutaj również, że w żadnym przypadku nie może być obowiązkiem sądu w sytuacji takiej jak sytuacja sądu odsyłającego zastępowanie państwa członkowskiego w przedstawianiu uzasadnienia, które w świetle pkt 50 wyroku Pfleger i in. [61] państwo to ma podać. Gdyby uzasadnienie takie nie zostało przedstawione (tak jak jest to w każdym innym przypadku, gdy oskarżenie poprzez swoją nieobecność, bierność lub w inny sposób nie wykonuje ciążących na nim obowiązków), sąd krajowy może wyciągnąć z tego nieprzedstawienia wszelkie właściwe wnioski.

Wnioski

69. Proponuję zatem, aby Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytanie przedstawione przez Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (sąd administracyjny kraju związkowego Górna Austria):

W sytuacji gdy ustawodawstwo państwa członkowskiego ma wprowadzić odstępstwo od podstawowej swobody Unii Europejskiej, w tym swobody świadczenia usług ustanowionej w art. 56 TFUE i swobody przedsiębiorczości ustanowionej w art. 49 TFUE, ani art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ani art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej nie stoją na przeszkodzie przepisom krajowym, zgodnie z którymi w ramach postępowania karno-administracyjnego sąd posiadający jurysdykcję w zakresie oceny ważności tego odstępstwa w świetle prawa Unii zobowiązany jest przeprowadzić dochodzenie z urzędu. Jednakże do państwa członkowskiego, które zamierza powołać się na to odstępstwo, należy przedstawienie uzasadnienia dla danego środka prawnego w taki sposób, aby oskarżony o popełnienie wykroczenia był świadomy jego charakteru, a odnośny sąd był w stanie dokonać jego oceny i wydać rozstrzygnięcie. W tym kontekście znaczenie mogą mieć następujące dodatkowe względy:

— przy podejmowaniu decyzji dotyczącej rozstrzygnięcia w sprawie sąd ten ma prawo zwrócić się do niezależnych i bezstronnych biegłych;

— chociaż nie istnieje ogólna zasada wymagająca obecności przedstawiciela organu oskarżającego w postępowaniu przed odnośnym sądem, obecność taka jest co do zasady właściwa w celu uniknięcia uzasadnionych wątpliwości, jakie w przeciwnym wypadku mogłyby powstać co do bezstronności sądu.

60 — Rząd austriacki w swoich pisemnych uwagach dużą wagę przywiązuje do faktu, że w sprawach takich jak w postępowaniu głównym funkcję oskarżyciela przejmuje organ administracji, który nałożył karę administracyjną (zob. pkt 36 powyżej). Nie ma zatem pomieszania ról oskarżenia i sądu. Pragnę zauważyć, że przy ocenie trafności tej uwagi należy wskazać, iż istnieje niewątpliwie wzajemny związek pomiędzy stopniem, w jakim organ ten pełni rolę aktywną w postępowaniu w przeciwieństwie do roli całkowicie biernej.

61 — Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-390/12, EU:C:2014:281. Zobacz pkt 51 i nast. powyżej.