Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 9 mars 2017 [1]

Mål C-685/15

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

(begäran om förhandsavgörande från Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Regionala förvaltningsdomstolen i Oberösterreich, Österrike))

”Artiklarna 49 och 56 FEUF — Hasardspel — Spelmonopol i en medlemsstat — Överträdelse — Nationell lagstiftning enligt vilken domstolen ska undersöka de faktiska omständigheterna ex officio — Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna — Artikel 6 — Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna — Artikel 47”

1. Denna begäran om förhandsavgörande har ingetts inom ramen för Glücksspielgesetz (Österrikes lag om hasardspel) av den 28 november 1989, som tillämpas på bland annat fysiska eller juridiska personer som utövar etableringsrätten (artikel 49 FEUF) eller friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 56 FEUF), och inom ramen för de processuella regler som gäller för förhandlingar vid förvaltningsdomstolarna i denna medlemsstat. Domstolen har mot denna bakgrund ombetts tolka de grundläggande rättsprinciperna i form av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) så som den ska tolkas mot bakgrund av Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen) [2]. Det som speciellt är omtvistat är den tilltalades rätt till en rättvis rättegång, vilken skyddas av artikel 47 i stadgan, under omständigheter där domstolen inte bara ska fatta ett slutgiltigt beslut i sak, utan också lägga fram bevis i målet ex officio.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Undertecknad i Rom den 4 november 1950.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

2. I artikel 49 FEUF (som ingår i avdelning IV kapitel 2, som har rubriken ”Etableringsrätt”) föreskrivs följande:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten ska innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 54 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.”

3. I artikel 52.1 FEUF föreskrivs följande:

”Bestämmelserna i detta kapitel och åtgärder som vidtagits med stöd av dessa ska inte hindra tillämpning av bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.” [3]

4. Enligt artikel 56 FEUF (som ingår i avdelning IV, kapitel 3, som har rubriken ”Tjänster”) föreskrivs följande:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten.

Europaparlamentet och rådet får i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet besluta att bestämmelserna i detta kapitel ska tillämpas även på medborgare i tredjeland som tillhandahåller tjänster och som har etablerat sig inom unionen.”

5. I artikel 62 FEUF anges följande:

”Bestämmelserna i artiklarna 51–54 ska tillämpas på de sakområden som regleras i detta kapitel.”

Stadgan

6. I artikel 47 i stadgan föreskrivs följande:

”Var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, med beaktande av de villkor som föreskrivs i denna artikel.

3 — Jag vill påpeka att lagen om hasardspel tycks avse ett generellt undantag från etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. Som sådan föreskriver den inte ”särskild behandling av utländska medborgare”. Eftersom den nationella lagstiftning som är i fråga i detta mål emellertid är densamma som den som var i fråga i målet Pfleger m.fl. (dom av den 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281) och eftersom detta mål avser processuella frågor som uppkommer med anledning av de nationella förvaltningsdomstolarnas tolkning av denna lagstiftning, anser jag inte att det är nödvändigt att behandla den punkten ytterligare.

Var och en har rätt att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag. Var och en ska ha möjlighet att erhålla rådgivning, låta sig försvaras och företrädas.

…”

Europakonventionen

7. I artikel 6.1 Europakonventionen föreskrivs följande:

”Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag. …”

Nationell rätt

8. Genom lagen om hasardspel begränsas organiserande av spel där spelautomater används till operatörer som innehar tillstånd.

9. I den lydelse som gällde vid tidpunkten för de i det *första målet* vid den hänskjutande domstolen aktuella omständigheterna föreskrev 50 § i denna lag att Bezirksverwaltungsbehörden (de regionala administrativa myndigheterna) skulle vara behöriga i första instans för överträdelser enligt denna lag, och i andra instans Unabhängiger Verwaltungssenat (Oberoende förvaltningsdomstolen) (nu Landesverwaltungsgericht (Regionala förvaltningsdomstolen) för regionen. De brottsbekämpande myndigheterna, liksom skattekontoren, skulle stödja dessa organ och ha rätt att på eget initiativ övervaka efterlevnaden av denna lag.

10. Enligt 52 § stycke 1 i samma lag skulle mindre allvarliga överträdelser behandlas som administrativa överträdelser, och de administrativa myndigheterna kunde påföra böter på upp till 22 000 euro. Enligt 52 § stycke 2 skulle förfarandet avseende grövre överträdelser vara det som föreskrivs för brott enligt Strafgesetzbuch (strafflagen). 53 § gav de administrativa myndigheterna rätt att ta spelautomater i beslag vid misstanke om överträdelse av det monopol på hasardspel som enligt denna lag innehades av staten.

11. Vid en ändring av lagen om hasardspel som trädde i kraft år 2014 och som därför är tillämplig på det *andra målet* vid den hänskjutande domstolen i huvudförfarandet ändrades 52 § i denna lag i så måtto att alla överträdelser skulle omfattas av enbart administrativa sanktionsåtgärder.

12. Enligt artikel 90.2 i Bundes-Verfassungsgesetz (Österrikes grundlag) ska brottmålsprocesser omfattas av det kontradiktoriska förfarandet. När det gäller talan som väcks vid de regionala förvaltningsdomstolarna avseende ogiltigförklaring av beslut som meddelats av de administrativa myndigheterna, såsom den hänskjutande domstolen, föreskriver artikel 130.4 i samma lag att dessa domstolar efter överklagande är skyldiga att själva besluta i sak i målet.

13. Enligt 46 § stycke 1 i Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (lagen om förfarandet vid förvaltningsdomstolarna) ska förvaltningsdomstolen samla in alla bevis som är nödvändiga för att avgöra målet.

14. Enligt 25 § i Verwaltungsstrafgesetz (förvaltningsstrafflagen) ska en förvaltningsdomstol utreda överträdelser ex officio. Den ska ta hänsyn till både omständigheter som är till fördel för den tilltalade och omständigheter som är till nackdel för vederbörande.

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågan

15. Begäran om förhandsavgörande avser två mål som har anhängiggjorts vid den hänskjutande domstolen. Jag ska beskriva dem var för sig.

Talan mot Online Games Handels GmbH

16. Med ledning av upplysningar från en anonym källa gav Bundespolizeidirektion Wels (polishögkvarteret i Wels) (som nu ingår i Landespolizeidirektion Oberösterreich (det regionala polishögkvarteret i Oberösterreich, nedan kallat polisen)) tjänstemännen vid Finanzamt Linz (skattekontoret i Linz, nedan kallat skattekontoret) order om att undersöka ett café vid namn ”SJ-Bet Sportbar” i Wels. De utförde detta den 8 mars 2012. I lokalen fanns åtta spelautomater som bedömdes strida mot det österrikiska monopol som införts genom lagen om hasardspel. Tjänstemännen som genomförde undersökningen informerades om att automaterna tillhörde Online Games Handels GmbH (nedan kallat Online Games), som är ett bolag som är bildat i Österrike. Det framkom senare att den som organiserade spelen i fråga var ett bolag med begränsad ansvarighet som var bildat i Brno i Republiken Tjeckien. Alla spelautomaterna togs i beslag, och polisen bestämde genom beslut av den 17 april 2012 att de skulle konfiskeras.

17. Online Games överklagade ovanstående beslut vid föregångaren till den hänskjutande domstolen (Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Oberoende regionala förvaltningsdomstolen i Oberösterreich)). Denna domstol avslog överklagandet genom beslut av den 21 maj 2012. Online Games överklagade därefter detta beslut till Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike) som ogiltigförklarade beslutet genom dom av den 1 oktober 2015. Målet behandlas nu ännu en gång vid den hänskjutande domstolen, nuvarande Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Regionala förvaltningsöverdomstolen i Oberösterreich). Online Games har i det förfarandet gjort gällande att lagen om hasardspel är oförenlig med unionsrätten, särskilt fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster enligt artiklarna 49 och 56 FEUF.

Talan mot Frank Breuer m.fl.

18. Med ledning av upplysningar från tredje part gjorde tjänstemän vid skattekontoret den 14 augusti 2014 husundersökning på ett café i Linz vid namn ”Café Vegas”. De beslagtog åtta spelautomater som de bedömde drevs i strid med lagen om hasardspel. En anställd i lokalen informerade tjänstemännen om att automaterna tillhörde Franck Gastro s.r.o., som är ett bolag bildat i Republiken Tjeckien. Polisen påförde därpå Frank Breuer och de båda andra parterna i det nationella målet böter på 24 000 euro vardera för deras påstådda organiserande av eller medverkan i organiserandet av spel i lokalen i fråga. Frank Breuer är representant för ett bolag med begränsad ansvarighet som är bildat i Slovakien. [4]

19. Var och en av parterna överklagade böterna vid den hänskjutande domstolen. De hävdade att det österrikiska monopol som har införts genom lagen om hasardspel strider mot unionsrätten.

4 — Se fotnot 19 nedan.

Frågan som har hänskjutits för förhandsavgörande

20. Den hänskjutande domstolen bedömer de frågor som den har att ta ställning till med beaktande av EU-domstolens praxis beträffande lagen om hasardspel i målet Pfleger m.fl.[5] och särskilt uttalandet i punkt 50 i domen beträffande de skyldigheter som åligger en medlemsstat som vill åberopa ett mål som motiverar en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.[6] Den hänskjutande domstolen finner att detta uttalande likaså är tillämpligt på inskränkningar i etableringsfriheten, eftersom lagen om hasardspel också kan tolkas så, att den föreskriver undantag från denna frihet.[7] Den hänskjutande domstolen befarar i detta sammanhang att den aktiva roll som de österrikiska förvaltningsdomstolarna ska spela genom att samla in bevis i mål som de har att avgöra[8] och den motsvarande, ganska passiva, roll som åklagarmyndigheterna spelar i dessa förfaranden kan strida mot EU-domstolens praxis.

21. Den hänskjutande domstolen har därför beslutat att i enlighet med artikel 267 FEUF hänskjuta följande fråga till domstolen med begäran om förhandsavgörande:

”Ska artikel 56 i EUF-fördraget respektive artikel 49 och följande artiklar i EUF-fördraget, mot bakgrund av artikel 6 Europakonventionen jämförd med artikel 47 i [stadgan], tolkas så, att dessa bestämmelser med hänsyn till kravet på domstolars objektivitet och självständighet som ställs mot bakgrund av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheternas praxis (särskilt Europadomstolens dom [i målet Ozerov mot Ryssland[9]], punkt 54), utgöra hinder mot en nationell lagstiftning enligt vilken det inte ankommer på de rättsliga myndigheterna (eller ett annat statligt utredningsorgan) i sin (eller sina) funktion(er) som ombud för åklagarsidan, utan i stället på den domstol (i en och samma person/funktion) som har att fatta beslut om riktigheten av de överklagade administrativa sanktionsåtgärderna, att på eget initiativ och oberoende av parternas förhållningssätt närmast helt självständigt dels lägga fram och begränsa de bevis som, inom ramen för ett administrativt sanktionsförfarande och mot bakgrund av EU-domstolens praxis (särskilt med hänsyn till domen [i målet Pfleger m.fl.]), ska läggas fram för att motivera den med straffrättsliga sanktioner skyddade monopolregleringen av den nationella hasardspelsmarknaden, dels därefter utreda och bedöma dessa i en autonom undersökning?”

22. Online Games, Frank Breuer m.fl., den österrikiska och den belgiska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Dessa parter yttrade sig muntligen och besvarade domstolens frågor vid förhandlingen den 10 november 2016.

Bedömning

Upptagande till sakprövning

23. Den österrikiska regeringen har anfört att begäran om förhandsavgörande i detta mål inte kan tas upp till prövning.

24. Den har för det första gjort gällande att den hänskjutna frågan är hypotetisk. Den ”nationella bestämmelse” som avses i frågan existerar inte, eftersom den hänskjutande domstolens tolkning av den nationella lagstiftningen är felaktig och den österrikiska regeringens tolkning är att föredra.

5 — Dom av den 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

6 — Se vidare punkt 33 nedan.

7 — Se, för en analys av de inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster som denna lag medför, punkt 49 och följande punkter i mitt förslag till avgörande i det målet (C-390/12, EU:C:2013:747).

8 — Se, bland annat, punkt 14 ovan och punkt 40 och punkt 58 och följande punkter nedan.

9 — Dom av den 18 maj 2010, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201.

25. Om den österrikiska regeringens ståndpunkt skulle godtas skulle det vara detsamma som att denna domstol var skyldig att godta en nationell regerings uppfattning om vad som är en korrekt tolkning av nationell rätt framför en situation som den som en hänskjutande domstol har beskrivit i sin begäran om förhandsavgörande. Detta är uppenbart felaktigt, och det framgår tydligt att den österrikiska regeringens argument i detta avseende helt saknar grund. Jag behandlar inte detta ytterligare.[10] Den hänskjutna frågan kan helt klart *inte* klassificeras som ”hypotetisk” mot denna bakgrund.

26. För det andra har Österrikes regering gjort gällande att den hänskjutande domstolen inte lämnade tillräckliga uppgifter om omständigheterna och de tillämpliga bestämmelserna i begäran om förhandsavgörande för att domstolen skulle kunna avgöra målet.

27. Enligt fast rättspraxis presumeras frågor om tolkningen av unionsrätten vara relevanta. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheter som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den.[11]

28. Det är riktigt att den exakta status som lagen om hasardspel har enligt nationell rätt är oklar, åtminstone vad gäller de uppgifter som har lämnats till domstolen, och detta oberoende av de frågor som ställdes till parterna vid förhandlingen. Enligt min uppfattning har domstolen tillgång till tillräcklig information när det gäller det rättsliga sammanhanget och omständigheterna i det nationella målet, och den hänskjutna frågans omfattning är klar. Vidare har varken kommissionen eller de regeringar som har yttrat sig i målet haft några svårigheter att upprätta sina yttranden på grundval av beslutet om hänskjutande.[12]

29. Jag anser därför att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning.

Inledande synpunkter

Tillämpligheten av stadgan och Europakonventionen

30. För att stadgan ska vara tillämplig måste en medlemsstat ”tillämpa unionsrätten” enligt dess artikel 51. Jag förklarade i mitt förslag till avgörande i målet Pfleger m.fl.[13] att när en medlemsstat vidtar en åtgärd som avviker från en grundläggande frihet som garanteras i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, omfattas denna åtgärd av unionsrättens tillämpningsområde. Befogenheten att avvika från en grundläggande frihet som garanteras i unionsrätten under vissa omständigheter är en befogenhet som medlemsstaterna har och som erkänns i unionsrätten, men *utövandet* av denna befogenhet begränsas av unionsrätten. När en domstol – en nationell domstol eller EU-domstolen – bedömer huruvida en nationell lagstiftning som begränsar utövandet av en sådan grundläggande frihet omfattas av ett undantag enligt fördraget (och följaktligen är tillåtet), genomförs bedömningen med hänvisning till unionsrätten och i enlighet med kriterier som härleds ur unionsrätten och inte ur nationell rätt. En medlemsstat ska därför anses ”tillämpa unionsrätten” i den mening som avses i artikel 51 när den inför ett undantag från en grundläggande frihet. Stadgan är följaktligen tillämplig.[14]

10 — Se även, beträffande frågan huruvida en begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning i en situation där det råder olika meningar bland de nationella domstolarna beträffande tolkningen av EU-domstolens beslut, beslut av den 15 oktober 2015, *Naderhirn*, C-581/14, ej publicerat, EU:C:2015:707.

11 — Se, bland annat, dom av den 22 juni 2010, Melki och Abdeli, C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363, punkt 27 och där angiven rättspraxis.

12 — Se, exempelvis, dom av den 25 mars 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi m.fl., C-480/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00–C-491/00 och C-497/00–C-499/00, EU:C:2004:179, punkt 74.

13 — C-390/12, EU:C:2013:747.

14 — Se även dom av den 30 april 2014, Pfleger m.fl., C-390/12, EU:C:2014:281, punkt 36.

Eftersom den nationella åtgärd som är i fråga i det nationella målet ”tillämpar unionsrätten” då den omfattas av tillämpningsområdet för unionsrätten, ska den tolkas mot bakgrund av stadgan. Den omständigheten att förevarande mål till skillnad från målet Pfleger m.fl. avser processuella regler som den nationella domstolen har att tillämpa när den avgör målet, och inte själva den avvikande åtgärdens giltighet, gör ingen skillnad enligt min uppfattning.

31. Enligt fast rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) är artikel 6.1 i Europakonventionen tillämplig på administrativa överträdelser och motsvarande brottmålsprocess enligt österrikisk rätt. [15] Det följer att sådana överträdelser ska klassas som ”brott” enligt denna bestämmelse [16] och följaktligen enligt artikel 47 i stadgan.

Domen i målet Pfleger m.fl.

32. Frågan som har ställts till domstolen i detta mål har uppkommit mot bakgrund av domen i målet Pfleger m.fl. [17] I det målet ombads domstolen avgöra ett antal frågor som hade hänskjutits av Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Oberoende regionala förvaltningsdomstolen i Oberösterreich), som föregångare till den hänskjutande domstolen, huvudsakligen beträffande giltigheten av lagen om hasardspel mot bakgrund av proportionalitetsprincipen så som den gäller i samband med artikel 56 FEUF om friheten att tillhandahålla tjänster. Domstolen fann att artikel 56 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning, som till exempel lagen om hasardspel, ”när lagstiftningen inte verkligen strävar efter att uppnå målet att skydda spelarna eller bekämpa kriminalitet och den inte heller är verkligt ägnad att minska spelmöjligheterna eller att bekämpa den spelanknutna kriminaliteten på ett sammanhängande och systematiskt sätt”. [18]

33. När domstolen drog denna slutsats slog den särskilt fast följande:

”43 Domstolen erinrar … om att de inskränkningar som medlemsstaterna inför ska uppfylla de krav på proportionalitet och icke-diskriminering som följer av dess praxis. En nationell lagstiftning är således endast ägnad att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet om den verkligen på ett sammanhängande och systematiskt sätt tillgodoser behovet av att uppnå målet …

44 Endast den omständigheten att en medlemsstat har valt ett annorlunda skyddssystem än det som har antagits i en annan medlemsstat påverkar inte i sig bedömningen av om bestämmelserna på området är proportionerliga. Bestämmelserna ska endast bedömas med hänsyn till de ändamål som de behöriga myndigheterna i den berörda medlemsstaten eftersträvar och den skyddsnivå som de avser att säkerställa …

…

47 I ett mål vid EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF ankommer det på den hänskjutande domstolen att fastställa de mål som verkligen eftersträvas i den nationella lagstiftningen …

48 Det ankommer också på den hänskjutande domstolen att mot bakgrund av vad EU-domstolen angett kontrollera att de inskränkningar som medlemsstaterna föreskriver uppfyller de villkor som framgår av domstolens praxis vad avser deras proportionalitet …

15 — Se, bland annat, dom av den 20 december 2001, Baischer mot Österrike, CE:ECHR:2001:1220JUD003238196, punkt 22.

16 — Se Europadomstolens beslut av den 4 juli 2002, Weh och Weh mot Österrike, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497.

17 — Dom av den 30 april 2014, C390/12, EU:C:2014:281.

18 — Se punkt 56 och domens beslutsdel.

49 Det åligger särskilt den hänskjutande domstolen att försäkra sig om att, bland annat med hänsyn till hur det aktuella inskränkande regelverket konkret tillämpas, regelverket verkligen är ägnat att minska spelmöjligheterna, att begränsa verksamheten på detta område och att bekämpa den spelanknutna kriminaliteten på ett sammanhängande och systematiskt sätt …

50 Domstolen har i detta avseende redan slagit fast att det ankommer på den medlemsstat som vill åberopa ett mål som motiverar en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, att förse den domstol som har att avgöra målet med alla uppgifter som kan göra det möjligt för den domstolen att kontrollera att nämnda åtgärd verkligen uppfyller de krav som följer av proportionalitetsprincipen …

…

52 Den nationella domstolen måste … göra en helhetsbedömning av omständigheterna kring antagandet och tillämpningen av en sådan inskränkande lagstiftning som den som är aktuell i de nationella målen.”

34. Domstolen drog sin slutsats i det målet med hänvisning till den grundläggande friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 56 FEUF. I förevarande mål avser den hänskjutna frågan inte bara denna frihet, utan också etableringsfriheten som föreskrivs i artikel 49 FEUF.[19] Eftersom de bestämmelser som tillåter att en medlemsstat gör undantag från den senare friheten i artiklarna 51–54 FEUF också gäller friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 62 FEUF, anser jag emellertid att de principer som anges i domen i målet Pfleger m.fl.[20] gäller i samma utsträckning för båda friheterna.

Den hänskjutande domstolens roll och den typ av överträdelse som sökandena i det nationella målet påstås ha gjort sig skyldiga till

35. Den hänskjutande domstolen ingår i det österrikiska förvaltningsrättsliga systemet. Tekniskt sett ska den klassificeras som en appellationsdomstol i andra instans, medan administrativa överträdelser i första instans handhas av de administrativa myndigheterna.[21] Överklaganden av dess domar handläggs vid Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen).

36. De överträdelser som sökandena i det nationella målet har anklagats för är administrativa överträdelser enligt nationell rätt, och det förfarande som gäller för de mål som avser dessa sökande är det som gäller för administrativa förfaranden. I detta förfarande är den domstol som har ansvar för att avgöra målet skyldig att utreda överträdelsen ex officio.[22] När ett överklagande inges till en sådan

19 — Det exakta förhållandet mellan omständigheterna i det nationella målet och etableringsfriheten har inte klargjorts helt i begäran om förhandsavgörande. Jag utgår emellertid från att den avser involveringen av det slovakiska bolag som har nämnts i punkt 18 ovan.

20 — Dom av den 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

21 — Se, beträffande Unabhängiger Verwaltungssenat (Oberoende förvaltningsdomstolen) som föregångare till nuvarande Landesverwaltungsericht (Regionala förvaltningsdomstolen), Europadomstolens beslut av den 4 juli 2002, Weh och Weh mot Österrike, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497. Österrikes regering bekräftade vid förhandlingen att Landesverwaltungsgericht (Regionala förvaltningsdomstolen) har en liknande ställning.

22 — Se punkt 14 ovan.

domstol som den hänskjutande domstolen tar den administrativa myndighet som ålade den förvaltningsrättsliga påföljden på sig rollen som åklagarmyndighet.[23] Såsom nämnts i punkt 31 ovan ska de överträdelser som sökandena i det nationella målet påstås ha gjort sig skyldiga till klassificeras som brott i den mening som avses i artikel 6 Europakonventionen.

Saken i målet

37. Med sin fråga vill den hänskjutande domstolen huvudsakligen få klarhet i hur artikel 6 Europakonventionen och artikel 47 i stadgan ska tillämpas på rättsliga förfaranden avseende en påstådd överträdelse av en nationell bestämmelse som, för att den ska vara giltig, måste uppfylla de villkor som gäller för undantag från etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, vilka föreskrivs i artiklarna 49 och 56 FEUF och tillämpas i domstolens praxis, särskilt i domen i målet Pfleger m.fl.[24].

38. I det som vanligtvis kallas det kontradiktoriska förfarandet[25] är åklagarmyndighetens och domstolens uppgifter åtminstone i teorin klart åtskilda. Den förra har till uppgift att skaffa fram och framlägga det material som den stöder sig på och den senare ska fatta beslut om materialet mot bakgrund av bland annat de argument som framförs till fördel för svarandesidan. Om en domstol strävade efter att utföra åklagarmyndighetens funktioner i förfarandet skulle detta innebära ett oacceptabelt avsteg från dess rättsliga roll, och de beslut som detta gav till resultat skulle nästan med säkerhet ogiltigförklaras vid ett överklagande.

39. I förfaranden vid den hänskjutande domstolen är denna skyldig att ex officio undersöka det material som den har tillhands.[26] Ett sådant förfarande som innebär att skyldigheterna fördelas på ett helt annat sätt mellan åklagarmyndigheten och domstolen kallas traditionellt för ett ”inkvisitoriskt” förfarande.[27]

40. Det har påpekats att det numera är svårt att finna ett rättssystem som är antingen kontradiktoriskt eller inkvisitoriskt.[28] Enligt den österrikiska regeringens beskrivning i dess skriftliga yttrande är de väsentliga delarna i det system som gäller vid den hänskjutande domstolen följande. För det första ska domstolen ex officio undersöka sanningshalten i de faktiska omständigheter som ligger till grund genom att sammanställa all nödvändig bevisning, medan parternas argument saknar betydelse i detta avseende. Domstolen är härvid skyldig att göra allt som står i dess makt för att komma fram till

23 — Detta är åtminstone den ståndpunkt som framkommer i den österrikiska regeringens skriftliga yttrande. Se, beträffande Unabhängiger Verwaltungssenat (Oberoende förvaltningsdomstolen) som föregångare till nuvarande Landesverwaltungsericht (Regionala förvaltningsdomstolen), Europadomstolens beslut av den 4 juli 2002, Weh och Weh mot Österrike, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497. I sina synpunkter beträffande det målet har den hänskjutande domstolen uppgett att 51d § i Verwaltungsstrafgesetz (förvaltningsstrafflagen) på vilken Europadomstolen stödde sin bedömning har upphävts utan att ersättas. Jag konstaterar emellertid att det i den hänskjutande domstolens rättegångsprotokoll i målet Online Games, vilket ingår i den nationella domstolens handlingar som har lämnats till denna domstol, finns en uppgift om polisen som motpart (*belangte Behörde*), med påpekande om att ingen företrädare för denna myndighet hade deltagit i förhandlingen och att inget skäl hade angetts till detta.

24 — Dom av den 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

25 — Jag använder denna term för att ange en typ av förfarande i vilket parterna utvecklar och framlägger sina argument och samlar in och framlägger sin bevisning och därigenom har kontrollen över förfarandet i enlighet med vissa regler. Utredaren i form av en domare eller nämnd förhåller sig neutral eller passiv under hela förfarandet. Jag använder inte termen i den vidare bemärkelse som Europadomstolen ibland använder för att ange ett förfarande som säkerställer parternas likställdhet (se, exempelvis, dom av den 16 februari 2000, Rowe och Davis mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2000:0216JUD002890195, punkt 60).

26 — Se punkterna 14 och 36 ovan.

27 — Även om det uttrycket används i beslutet om hänskjutande och också finns med i den österrikiska regeringens skriftliga yttrande betvivlade den österrikiska regeringens företrädare vid förhandlingen i viss mån att det skulle vara lämpligt i samband med det österrikiska system som är i fråga i det nationella målet. Jag bör därför understryka att jag använder det som ett beskrivande uttryck, och inte som en fackterm.

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

sanningen. Den ska följaktligen beakta alla källor som kan bringa ljus och i synnerhet samla in all bevisning som finns tillhands i målet och som kan ha betydelse för avgörandet. Den ska utan begränsningar undersöka allt material som eventuellt kan påverka utgången, och den ska göra detta helt självständigt.

41. I en del av den hänskjutande domstolens resonemang i begäran om förhandsavgörande antyds det att EU-domstolen ska slå fast att det inkvisitoriska systemet på grund av sin art strider mot kraven i artikel 6 i Europakonventionen och artikel 47 i stadgan.

42. Den hänskjutande domstolen har till stöd för sin ståndpunkt hänvisat till vissa domar från Europadomstolen,[29] till två förslag till avgöranden av generaladvokater vid EU-domstolen[30] och till ett yttrande från rådgivande rådet med europeiska domare och rådgivande rådet med europeiska åklagare.[31]

43. Det är riktigt att var och en av dessa handlingar innehåller utlåtanden och påpekanden som i hög grad betonar betydelsen av domstolars opartiskhet. I Europadomstolens domar och i yttrandet från rådgivande rådet med europeiska domare och rådgivande rådet med europeiska åklagare betonas också att åklagarens och domarens roller inte får blandas samman.[32] Det finns dock inget som tyder på att det inkvisitoriska systemet som sådant bör eller kan betraktas som osäkert.

44. Jag tror inte heller att det finns skäl att anta den hänskjutande domstolens synsätt.[33]

45. Så som jag ser det kan både det kontradiktoriska och det inkvisitoriska systemet ge upphov till problem när det gäller förenlighet med artikel 6 i Europakonventionen och artikel 47 i stadgan, om inte försiktighet iakttas. I det förra fallet kan ett svagt försvar för en tilltalad inkräkta på rätten till likställdhet. I det senare fallet kan gränsen mellan de båda rollerna suddas ut, om inte tillräcklig åtskillnad görs mellan åklagarens och domarens uppgifter, återigen till nackdel för den tilltalade. Men om det sköts på rätt sätt är båda systemen system för att fastställa sanningen. De gör det helt enkelt på olika sätt. Jag ska senare i detta förslag till avgörande återkomma till åklagarens roll i inkvisitoriska förfaranden.[34]

46. Jag delar därför inte uppfattningen att det inkvisitoriska systemet på grund av sin art ska anses strida mot kraven i artikel 6 i Europakonventionen och artikel 47 i stadgan.

47. Detta betyder dock inte att det inte är möjligt att ge den hänskjutande domstolen användbar vägledning som svar på dess fråga.

48. I synnerhet återstår frågan hur domstolens dom i målet Pfleger m.fl.[35] ska tillämpas i samband med ett sådant nationellt system som det som har beskrivits i punkt 40 ovan.

29 — Dessa består av dom av den 15 december 2005, Kyprianou mot Cypern, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, punkterna 118, 121 och 126–128, dom av den 18 maj 2010, Ozerov mot Ryssland, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201, punkterna 51–54, och dom av den 20 september 2016, Karelin mot Ryssland, CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. Den senaste av dessa meddelades efter det att begäran om förhandsavgörande hade framställts. Den hänskjutande domstolen ingav det separat.

30 — Dessa består av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande Kaba, C-466/00, EU:C:2002:447, punkt 90 och följande punkter, och generaladvokaten Cruz Villalóns förslag till avgörande X, C-507/10, EU:C:2011:682, punkt 20 och följande punkter.

31 — Se yttrande nr 12(2009) från rådgivande rådet med europeiska domare och yttrande nr 4(2009) från rådgivande rådet med europeiska åklagare (Bordeauxdeklarationen), punkterna 3 och 7. Dokumentet finns på http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/avis_EN.asp.

32 — Se särskilt Europadomstolens dom av den 15 december 2005, Kyprianou mot Cypern, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, punkt 126.

33 — Jag bör understryka att jag, till skillnad från vad Online Games försvarare anförde vid förhandlingen, *inte* i mitt förslag Pfleger m.fl., C-390/12, EU:C:2013:747, antydde att det inkvisitoriska förfarandet strider mot antingen Europakonventionen eller mot unionsrätten.

34 — Se punkt 63 och följande punkter nedan.

35 — Dom av den 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

Punkt 50 i domen i målet Pfleger m.fl.

49. I detta avseende har den österrikiska regeringen gjort en tolkning av denna dom som enligt min uppfattning i grund och botten inte tar hänsyn till punkt 50. Den har i stället koncentrerat sig på punkterna 48, 49 och 52. Där anger domstolen sin tolkning av de skyldigheter som åligger en domstol som har att bedöma giltigheten av vad den beskriver som ”inskränkande lagstiftning”.[36] Om punkterna tolkas för sig kan de, åtminstone enligt mitt förmenande, anses ge stöd för ståndpunkten att den hänskjutande domstolens farhågor saknar grund. Medlemsstaten och dess myndigheter saknar funktion. Det är den nationella domstolen som ska spela huvudrollen.

50. Detta innebär emellertid att punkt 50 i domen inte beaktas och att en relevant del av domstolens bedömning förbises. Jag tror inte att det är rätt att göra så. Det är också viktigt att hålla i minnet att resonemanget i denna punkt avspeglar EU-domstolens fasta praxis i detta avseende.[37]

51. Det krav som i punkt 50 ställs på medlemsstaterna är både viktigt och betungande. När undantag från friheterna är i fråga kommer det an på medlemsstaten att framlägga klara och övertygande skäl för att motivera undantagen.

52. Dessa skäl är som sådana förmodligen komplexa och kräver specialkunskap som i de flesta, om än inte alla, fall har ett särskilt samband med den medlemsstat som begär undantag. De torde i nästan samtliga fall utgå från den speciella sociala och/eller ekonomiska verkligheten och från medlemsstatens speciella sociala och/eller ekonomiska politik. Det kan förväntas att denna medlemsstat noga har övervägt de(n) motivering(ar) som ligger till grund för åtgärden innan den antas. Detta är enligt min uppfattning mot bakgrund av detta sammanhang som domstolens hänvisning i punkt 47 i domen i målet Pfleger m.fl.[38] till ”de mål *som verkligen eftersträvas i den nationella lagstiftningen*”[39] ska tolkas.

53. Jag skulle vilja påstå att uppgiften att framlägga denna motivering bara kan åligga den berörda medlemsstaten.[40] Det är inte en uppgift för andra parter i förfarandet, inbegripet den nationella domstolen eller den part som ifrågasätter giltigheten av den nationella åtgärd genom vilken undantaget i fråga verkställs. De kan med andra ord inte förväntas förutse det resonemang som fick medlemsstaten att anta åtgärden.

54. Om och i den mån en sådan skyldighet inte uppkommer redan enligt ifrågavarande medlemsstats rättssystem kommer den att fungera som ett tillägg till de annars gällande processuella reglerna. Den kan uppenbarligen inte inkräkta på rätten till försvar. Den borde faktiskt stärka den genom att snabbare och mer fullständig tillgång ges till det resonemang som fick medlemsstaten att anta undantaget i fråga.

36 — Se punkt 52 i domen.

37 — Se dom av den 8 september 2010, Stoß m.fl., C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, EU:C:2010:504, punkt 71, dom av den 15 september 2011, Dickinger och Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, punkt 54, och dom av den 11 juni 2015, Berlington Hungary m.fl., C-98/14, EU:C:2015:386; punkt 65. Se även dom av den 13 mars 2008, kommissionen/Belgien, C-227/06, ej publicerad, EU:C:2008:160, punkterna 62 och 63 och där angiven rättspraxis.

38 — Dom av den 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

39 — Min kursivering.

40 — Jag bör göra klart att, när jag i detta sammanhang nämner en medlemsstat, menar jag inte att det är den medlemsstatens regering som själv måste lämna den nödvändiga motiveringen. Denna motivering måste emellertid framföras av en part som företräder medlemsstaten eller har dess bemyndigande att göra detta.

55. Den nationella domstolen är naturligtvis fortfarande skyldig att göra en bedömning och fatta beslut utifrån det material som medlemsstaten har framlagt. Det förhåller sig så antingen förfarandet vid domstolen följer en kontradiktorisk eller en inkvisitorisk modell. I det senare fallet kommer den också att (eller kan den) vara skyldig att göra egna undersökningar ex officio, och det kravet kommer i varje fall att fortsätta gälla. Det material som medlemsstaten har framlagt tjänar till att komplettera undersökningarna. Med förbehåll för mitt påpekande nedan [41] kommer det inte att ersätta dem.

56. Exakt hur den nationella domstolen ska genomföra utredningen måste den i hög grad själv avgöra, förutsatt att kraven i Europakonventionen och unionsrätten uppfylls, särskilt likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen [42] och – där det är tillämpligt – stadgan. Det är ofrånkomligt att uppgiftens karaktär (i vissa fall avsevärt) kommer att variera från fall till fall och från en jurisdiktion till en annan. Det är inte EU-domstolens uppgift att ingripa inom områden som helt och hållet omfattas av nationell rätt. [43]

57. Två speciella problem som har berörts i begäran om förhandsavgörande och i de yttranden som har ingetts till domstolen bör emellertid tas upp.

58. För det första är domstolarnas utredningsskyldighet så som den österrikiska regeringen har beskrivit den avsevärd, för att inte säga potentiellt herkulisk. [44] Vilka resurser finns tillgängliga för de nationella domstolarna när de fullgör denna utredningsskyldighet? Frågan kan vara mer teoretisk än verklig i okomplicerade fall med frågor som den nationella domstolen är helt bekant med. Men i mål som det förevarande, som kan ge upphov till komplicerade frågor om vetenskaplig och statistisk analys är uppgiften enligt min uppfattning helt klart inte en uppgift som den nationella domstolen kan utföra på egen hand. Material från sakkunniga blir en väsentlig del av uppgiften.

59. I begäran om förhandsavgörande påpekade den hänskjutande domstolen att de regionala förvaltningsdomstolarna i Österrike inte har några egna oberoende sakkunniga och att de är tvungna att i första hand anlita sakkunniga inom någon av de nationella förvaltningarna (som förmodligen är verksamma vid samma institution som den som är part i förfarandet vid den nationella domstolen).

60. Om så faktiskt är fallet [45] ger det i hög grad anledning till oro vad gäller förenligheten med artikel 6 Europakonventionen och, i förlängningen, med artikel 47 i stadgan. Enligt artikel 6.1 Europakonventionen ska prövningen av en anklagelse för brott företas ”inför en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag”. Eftersom de nationella förvaltningsdomstolarna i Österrike ska göra bedömningen ex officio är det troligt att dessa domstolar åtminstone i fall som är något komplicerade måste inhämta utlåtanden från en eller flera sakkunniga för att bilda sig en uppfattning. Jag anser att det står klart att de sakkunniga måste vara oberoende och opartiska. De måste också vara tillräckligt kvalificerade för att kunna bedöma och rapportera om motstridiga uppfattningar. De är trots allt där för att bistå domstolen när den utför sina uppgifter. När Europadomstolen gjorde en bedömning av opartiskhet underströk den att detta krav har både en

41 — Se punkt 68 nedan.

42 — Se, bland annat, dom av den 22 januari 2015, Stanley International Betting och Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, punkt 37.

43 — Enligt EU-domstolens praxis ankommer det, i avsaknad av unionsrättsliga föreskrifter på området, på varje medlemsstats interna rättsordning att fastställa exakt vilka processuella regler som gäller för en talan som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten (se, bland annat, dom av den 18 mars 2010, Alassini m.fl., C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punkt 47).

44 — Se punkt 40 ovan.

45 — När Österrikes regering vid förhandlingen tillfrågades om denna punkt förnekade dess företrädare inte att det förhöll sig så och föredrog i stället att fokusera på den hänskjutande domstolens skyldighet att beakta alla relevanta omständigheter.

subjektiv och en objektiv del.[46] Jag anser att det åtminstone måste finnas en risk för att sakkunniga som hämtas från de nationella förvaltningarna inte uppfyller det första kravet, och man kan vara nästan säker på att de inte uppfyller det andra kravet. De nationella domstolarna måste följaktligen ha tillgång till sakkunniga som är helt oberoende och opartiska.

61. Det andra problemet gäller den nationella domstolens eventuella tilltro till förklarande dokument[47] till den nationella lagstiftning som ifrågasätts och till protokollen från de parlamentsförhandlingar som ledde till att lagstiftningen antogs. Den österrikiska regeringen har påpekat att domstolen kan hämta inspiration från de förra, och den belgiska regeringen har påpekat att samma sak gäller för de senare. Kan den nationella domstolen förlita sig på en av dessa källor (eller båda) som redan är offentliga och därigenom undanröja behovet av att medlemsstaten framlägger sin motivering enligt punkt 50 i domen i målet Pfleger m.fl.?[48]

62. En sådan lösning verkar alltför enkel. Medan de behöriga nationella myndigheterna utan tvivel önskar använda dessa handlingar som en del av sina inlagor till den nationella domstolen kommer eventuella invändningar troligen att ha samband med en eller flera speciella aspekter av lagstiftningen i fråga. Det ankommer på medlemsstaten att för den nationella domstolen ange vilka delar av dess vidare motivering som domstolen ska fokusera på när den fäller sitt avgörande i målet. Medlemsstaten önskar (och måste) kanske lämna ytterligare och mer detaljerade uppgifter till stöd för den motivering som den grundar sin framställning på. Dessa källor kan dessutom per definition inte anses vara helt fullständiga eller tillförlitliga när, vilket var fallet med lagen om hasardspel, EU-domstolen har gjort starka antydningar om att lagstiftningen i fråga eventuellt inte uppfyller kraven enligt unionsrätten.[49]

Åklagarsidans närvaro vid förhandlingar

63. Den hänskjutande domstolen befarar att åklagarsidan inte spelar en tydlig roll vid förhandlingar vid densamma. Samma domstol har i synnerhet påpekat att åklagarsidan bara är närvarande i undantagsfall vid förfaranden som huvudförhandlingen. Åklagarsidans plats intas i stället av en företrädare för de verkställande myndigheterna som dessutom spelar en helt passiv roll vid dessa.[50] Det som framför allt oroar den hänskjutande domstolen i detta avseende är att gränsen mellan domstolens och åklagarsidans roller suddas ut, med den påverkan detta kan ha på domstolens oberoende och opartiskhet. Den har i detta avseende hänvisat till tre domar från Europadomstolen. Den första är domen i målet Kyprianou mot Cypern.[51] Det målet avsåg ett otillbörligt domstolsförfarande mot käranden genom ett summariskt förfarande som leddes av samma domare som käranden hade ifrågasatt vid en offentlig förhandling. Undersökningen utfördes av domarna själva. Europadomstolen slog fast att sammanblandningen av roller självfallet kunde ge anledning att ifrågasätta opartiskheten hos den domstol som genomförde förfarandet.[52]

64. Det andra är målet Ozerov mot Ryssland.[53] Där hade käranden dömts för brott av domstolen i första instans. Ingen företrädare för åklagarsidan var närvarande under rättegången trots att det hade begärts att statsåklagaren skulle vara närvarande. Förfarandet i fråga var kontradiktoriskt, och enligt nationell rätt som gällde vid den relevanta tidpunkten skulle åklagarsidan vara närvarande vid

46 — Se, bland annat, dom av den 15 december 2005, Kyprianou mot Cypern, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, punkterna 118 och 119. För att undvika missförstånd vill jag understryka att det i det aktuella fallet inte finns något som tyder på att denna subjektiva del ingår i undersökningarna.

47 — På tyska: *Erläuterungen*.

48 — Dom av den 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

49 — Se dom av den 30 april 2014, Pfleger m.fl., C-390/12, EU:C:2014:281, punkt 56 och domslutet.

50 — Se vidare fotnot 23 *in fine*.

51 — Dom av den 15 december 2005, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701.

52 — Se punkterna 127 och 128 i domen.

53 — Dom av den 18 maj 2010, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201.

rättegången, om detta hade bestämts. Om åklagaren hade varit närvarande skulle han ha deltagit i undersökningen av bevisningen och yttrat sig. Europadomstolen slog fast att den nationella domstolen hade blandat samman åklagarens och domarens roller och följaktligen gett befogad anledning att ifrågasätta dess opartiskhet. [54]

65. Det tredje målet som den hänskjutande domstolen har hänvisat till är målet Karelin mot Ryssland. [55] Käranden hade dömts för en administrativ överträdelse och överklagade domen. Ingen företrädare för åklagarsidan var närvarande vare sig i första eller i andra instans. Domaren som prövade målet hade ändrat anklagelserna mot käranden under förhandlingens gång. Europadomstolen påpekade att domstolen när åklagaren var frånvarande inte hade något annat val än att både presentera och ge stöd för anklagelsen mot käranden under förhandlingen. Den fann att den omständigheten att en företrädare för åklagarsidan saknades både i första och i andra instans stred mot kravet på opartiskhet. [56]

66. Till stöd för sin bedömning genomförde Europadomstolen en fullständig granskning av målet vad gällde de farhågor beträffande opartiskhet som kan uppkomma om den allmänna åklagaren inte är närvarande vid domstolsförhandlingar. Den gjorde detta utan att göra någon särskild åtskillnad mellan kontradiktoriska och inkvisitoriska förfaranden. [57] Domstolen tog också sådana frågor under övervägande som skulle kunna uppkomma på grund av att ett mål hörs i andra instans och inte i första. Den fastslog att läget kunde vara ett annat efter överklagande, särskilt där bara rättsfrågor är omtvistade, och att åklagarsidans roll därför skulle kunna uppfattas som ”mindre tvingande”. Den tillade emellertid dessutom att kravet på opartiskhet ändå måste iakttas i det skedet. [58] Europadomstolen påpekade också att det, när en muntlig förhandling anses vara lämplig för att bedöma huruvida en straffrättslig anklagelse mot en tilltalad är välgrundad, som regel är lämpligt att en företrädare för åklagarmyndigheten är närvarande för att undvika befogade tvivel som annars kan uppkomma beträffande domstolens opartiskhet. [59]

67. Jag kan inte se att alla dessa påpekanden har något gemensamt förutom det viktiga kravet att den rättsliga myndighet som har att bedöma den tilltalades skuld – objektivt sett – ska vara både oberoende och opartisk, antingen det sker i första instans eller efter överklagande. Jag kan med andra ord inte se att några stränga och fasta regler kan fastställas när det gäller åklagarsidans närvaro i dessa typer av förfaranden, bortsett från Europadomstolens viktiga påpekande om att det som regel är ”lämpligt”. Även om detta uttalande gjordes i samband med en prövning i första instans och förfaranden vid en sådan domstol som den hänskjutande domstolen här klassificeras som förfaranden efter överklagande tycks dessa förfaranden enligt nationell rätt vara det första tillfälle då det görs en fullständig rättslig bedömning av frågorna. Anledningen till att en förhandling hålls är dessutom att det ska kunna äga rum en dialog mellan parterna i målet och genom denna dialog säkerställas att domstolen blir bättre informerad. Om åklagarsidan inte är närvarande kan dialogen inte äga rum eller inte äga rum i full utsträckning. [60]

54 — Se punkterna 52–55 i domen.

55 — Dom av den 20 september 2016, CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. Såsom påpekats i fotnot 29 ovan lämnade den hänskjutande domstolen in domen separat.

56 — Se punkt 84 i domen.

57 — Se punkt 53 och följande punkter i domen.

58 — Se punkterna 81 och 83 i domen.

59 — Se punkt 76 i domen.

60 — Den österrikiska regeringen lägger stor vikt vid sina skriftliga yttranden beträffande den omständigheten att den administrativa myndighet som har utfärdat den förvaltningsrättsliga påföljden antar åklagarmyndighetens roll i sådana fall som det som är i fråga i det nationella målet (se punkt 36 ovan). Åklagarsidans och domstolens roller blandas därför inte samman. När jag bedömer styrkan i detta argument vill jag nämna att det finns ett oundvikligt samband med i vilken grad denna myndighet spelar en aktiv roll i ett förfarande till skillnad från en helt passiv sådan.

68. Eftersom det viktigaste kravet är oberoende och opartiskhet vill jag tillägga att den nationella domstol som har att fälla ett avgörande, om det råder tvekan om fallet, måste prioritera säkerställandet av att detta krav uppfylls. Om detta i vissa fall innebär att den nationella domstolen måste avstå från att ta upp en fråga som skulle kunna gynna åklagarsidan till nackdel för den tilltalade så må det vara hänt. Låt mig också understryka att en domstol som befinner sig i en sådan situation som den hänskjutande domstolen inte under några omständigheter kan vara skyldig att träda i medlemsstatens ställe när den motivering ska anges som medlemsstaten är skyldig att lämna enligt punkt 50 i domen i målet Pfleger m.fl. [61] Om ingen sådan motivering lämnas (vilket torde vara fallet med alla andra instanser där åklagarsidan på grund av frånvaro eller passivitet inte fullgör en skyldighet som åligger den) kan den nationella domstolen dra alla slutsatser som är lämpliga med anledning av en sådan försummelse.

Förslag till avgörande

69. Jag föreslår därför att domstolen besvarar frågan från Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Regionala förvaltningsdomstolen i Oberösterreich) på följande sätt:

När det i en medlemsstats lagstiftning görs undantag från någon av Europeiska unionens grundläggande friheter, inbegripet friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 56 FEUF och etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF, utgör varken artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de mänskliga rättigheterna eller artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken, när det gäller ett administrativt sanktionsförfarande, den domstol som är behörig att bedöma giltigheten av detta undantag mot bakgrund av unionsrätten är skyldig att undersöka överträdelser ex officio. Det ankommer emellertid på den medlemsstat som åberopar undantaget att framlägga en motivering till åtgärden i fråga, så att den som påstås ha gjort sig skyldig till överträdelsen får kännedom om dess karaktär och så att domstolen i fråga kan göra en bedömning därav och meddela ett avgörande. I detta sammanhang kan följande ytterligare omständigheter också vara relevanta:

— När domstolen dömer i målet har den rätt att, om det behövs, konsultera sakkunniga som är oberoende och opartiska.

— Även om det inte finns någon allmän regel som kräver att en företrädare för åklagarmyndigheten är närvarande vid domstolen i fråga är en sådan närvaro som regel lämplig för att undvika berättigade tvivel som annars kan uppkomma beträffande domstolens opartiskhet.

61 — Dom av den 30 april 2014, C-390/12, EU:C:2014:281. Se punkt 51 och följande punkter ovan.