Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
ELEANOR SHARPSTON
od 9. ožujka 2017.[1]

Predmet C-685/15

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

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Zemaljski upravni sud u Gornjoj Austriji, Austrija))

„Članci 49. i 56. UFEU-a – Igre na sreću – Monopol nad priređivanjem igara na sreću u državi članici – Povreda – Nacionalni propisi koji nameću sudu da po službenoj dužnosti ispita činjenice (Amtswegigkeitsgrundsatz) – Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda – Članak 6. – Povelja Europske unije o temeljnim pravima – Članak 47.“

1. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na Glücksspielgesetz (austrijski Zakon o igrama na sreću) od 28. studenoga 1989., koji se primjenjuje, među ostalim, na fizičke ili pravne osobe koje se koriste pravom poslovnog nastana (članak 49. UFEU-a) ili slobodom pružanja usluga (članak 56. UFEU-a) te se odnosi i na postupovna pravila koja se primjenjuju na rasprave pred upravnim sudovima te države članice. S obzirom na to, od Suda se traži da protumači načela o temeljnim pravima predviđena u članku 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja), s obzirom na članak 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: EKLJP)[2]. U ovom je predmetu konkretno riječ o pravu optuženika na pošteno suđenje, kako je zaštićeno člankom 47. Povelje, u okolnostima u kojima sud pred kojim se vodi postupak ne samo da mora donijeti konačnu odluku o meritumu nego mora i po službenoj dužnosti prikupiti dokaze.

1 — Izvorni jezik: engleski

2 — Potpisana u Rimu 4. studenoga 1950.

Pravni okvir

Pravo Unije

Ugovor o funkcioniranju Europske unije

2. U članku 49. UFEU-a (koji je dio glave IV. poglavlja 2., naslovljenog „Pravo poslovnog nastana”) predviđeno je:

„U okviru niže navedenih odredaba, ograničavanje slobode poslovnog nastana državljana jedne države članice na državnom području druge države članice se zabranjuje. Ta se zabrana odnosi i na ograničivanje osnivanja zastupništava, podružnica ili društava kćeri od strane državljana bilo koje države članice s poslovnim nastanom na državnom području bilo koje druge države članice.

Sloboda poslovnog nastana uključuje pravo pokretanja i obavljanja djelatnosti kao samozaposlene osobe te pravo osnivanja i upravljanja poduzećima, osobito trgovačkim društvima u smislu drugog stavka članka 54., sukladno uvjetima koje pravo zemlje u kojoj se taj poslovni nastan ostvaruje utvrđuje za svoje državljane, a podložno odredbama poglavlja koje se odnosi na kapital.”

3. U članku 52. stavku 1. UFEU-a predviđeno je:

„Odredbe ovog poglavlja i mjere poduzete na temelju njih ne dovode u pitanje primjenu odredaba utvrđenih u zakonu i ostalim propisima kojima se za strane državljane predviđa poseban tretman koji je opravdan razlozima javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja” [3].

4. U skladu s člankom 56. UFEU-a (koji je dio glave IV. poglavlja 3., naslovljenog „Usluge”):

„U okviru odredaba navedenih u nastavku, zabranjuju se ograničenja slobode pružanja usluga unutar Unije u odnosu na državljane država članica s poslovnim nastanom u državi članici koja nije država osobe kojoj su usluge namijenjene.

Europski parlament i Vijeće mogu, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom, proširiti primjenu odredaba ovog poglavlja na državljane trećih zemalja koji pružaju usluge i koji imaju poslovni nastan unutar Unije.”

5. U članku 62. UFEU-a predviđeno je:

„Odredbe članaka 51. do 54. primjenjuju se na pitanja obuhvaćena ovim poglavljem.”

Povelja

6. U članku 47. Povelje predviđeno je:

„Svatko čija su prava i slobode zajamčeni pravom Unije povrijeđeni ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred sudom, u skladu s uvjetima utvrđenima ovim člankom.

3 — Ističem kako se čini da se Zakon o igrama na sreću odnosi na opće odstupanje od slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga. Kao takav, ne predviđa „poseban tretman za strane državljane”. Međutim, budući da je zakonodavstvo o kojem je riječ u ovom predmetu jednako onomu o kojem je bila riječ u predmetu Pfleger i dr. (presuda od 30. travnja 2014., C-390/12, EU:C:2014:281) te s obzirom na to da se ovaj predmet odnosi na postupovna pitanja koja proizlaze iz načina na koji nacionalni upravni sudovi tumače to zakonodavstvo, smatram da to pitanje nije potrebno dalje razmatrati.

Svatko ima pravo da zakonom prethodno ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Svatko ima mogućnost biti savjetovan, branjen i zastupan.

[…]”

EKLJP

7. U članku 6. stavku 1. EKLJP-a predviđeno je:

„Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. […]”

Nacionalno pravo

8. Zakon o igrama na sreću predviđa da samo ovlašteni subjekti mogu priređivati igre na sreću na automatima.

9. Članak 50. tog zakona, u verziji koja je bila na snazi u vrijeme nastanka činjeničnog stanja u *prvom predmetu* iz glavnog postupka koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev, predviđao je da su za povrede iz tog zakona u prvom stupnju nadležni Bezirksverwaltungsbehörden (okružna upravna tijela), a u drugom stupnju, na regionalnoj razini, Unabhängiger Verwaltungssenat (neovisno upravno vijeće) (sada je to Landesverwaltungsgericht (Zemaljski upravni sud)). Izvršna tijela, uključujući porezne uprave, bila su dužna pružati potporu navedenim tijelima te su imala pravo na vlastitu inicijativu nadzirati poštuje li se taj zakon.

10. U skladu s člankom 52. stavkom 1. tog zakona, lakše povrede smatrale su se upravnim prekršajima za koje su upravna tijela mogla izreći novčane kazne u iznosu do 22 000 eura. U skladu s člankom 52. stavkom 1., na teške povrede primjenjivao se postupak koji je Strafgesetzbuchom (Kazneni zakon) bio predviđen za kaznena djela. Članak 53. davao je upravnim tijelima ovlast zapljene igraćih automata kada je postojala sumnja da je povrijeđen monopol koji je u pogledu igara na sreću na temelju tog zakona imala država.

11. Na temelju izmjena Zakona o igrama na sreću koje su stupile na snagu 2014. i koje se stoga primjenjuju na *drugi predmet* iz glavnog postupka koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev, članak 52. izmijenjen je na način da se za sve povrede otada mogu izreći samo upravne sankcije.

12. U skladu s člankom 90. stavkom 2. Bundes-Verfassungsgesetza (Savezni ustavni zakon), kazneni postupci imaju kontradiktornu narav. Što se tiče postupaka koji su pokrenuti tužbom za poništenje odluka upravnih tijela pred zemaljskim upravnim sudovima, kao što je sud koji je uputio zahtjev, člankom 130. stavkom 4. tog zakona predviđeno je da su ti sudovi u tim postupcima obvezni sami donijeti odluku o meritumu predmeta.

13. U skladu s člankom 46. stavkom 1. Verwaltungsgerichtverfahrengesetza (Zakon o postupku pred upravnim sudovima), zadaća je upravnog suda da prikupi sve dokaze potrebne za rješavanje predmeta.

14. Člankom 25. Verwaltungsstrafgesetza (Zakon o upravnim prekršajima) predviđeno je da upravni sud prekršaje istražuje po službenoj dužnosti. Mora uzeti u obzir i olakotne i otegotne okolnosti.

Činjenično stanje, postupak i prethodna pitanja

15. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na dva predmeta koja su u tijeku pred sudom koji je uputio zahtjev. Zasebno ću ih opisati.

Postupak protiv društva Online Games Handels GmbH

16. Nakon primitka informacija iz anonimnog izvora, Bundespolizeidirektion Wels (koji je sada dio Landespolizeidirektiona Oberösterreich) (Zemaljska policijska uprava u Gornjoj Austriji; u daljnjem tekstu: policijska uprava) naložio je djelatnicima Finanzamta Linz (Porezna uprava u Linzu; u daljnjem tekstu: porezna uprava) da istraže ugostiteljski objekt „SJ-Bet Sportbar" u Welsu. Oni su to i učinili 8. ožujka 2012. U tom je objektu bilo osam automata za igre na sreću za koje je zaključeno da su u suprotnosti sa saveznim monopolom predviđenim u Zakonu o igrama na sreću. Djelatnici koji su provodili istragu obaviješteni su da jedan od tih automata pripada društvu Online Games Handels GmbH (u daljnjem tekstu: Online Games), koje ima sjedište u Austriji. Kasnije se utvrdilo da je priređivač odnosnih igara društvo s ograničenom odgovornošću sa sjedištem u Brnu, u Češkoj Republici. Svi su automati za igre na sreću zaplijenjeni, nakon što je to policijska uprava naložila odlukom od 17. travnja 2012.

17. Društvo Online Games protiv te odluke podnijelo je tužbu prethodniku suda koji je uputio zahtjev (Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Neovisno upravno vijeće savezne zemlje Gornje Austrije)). Taj je sud odlukom od 21. svibnja 2012. odbio tu tužbu. Društvo Online Games protiv te odluke potom je podnijelo žalbu Verwaltungsgerichtshofu (Visoki upravni sud, Austrija), koji je presudom od 1. listopada 2015. ukinuo navedenu odluku. Taj se predmet sada ponovno vodi pred sudom koji je uputio zahtjev, koji sada nosi naziv Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Zemaljski upravni sud u Gornjoj Austriji). Društvo Online Games u tom postupku tvrdi da Zakon o igrama na sreću nije usklađen s pravom Unije, osobito s odredbama Ugovora koje se odnose na slobodu poslovnog nastana i slobodu pružanja usluga iz članka 49. odnosno članka 56. UFEU-a.

Postupak protiv Franka Breuera i dr.

18. Postupajući na temelju informacija dobivenih od treće osobe, djelatnici porezne uprave su 14. kolovoza 2014. proveli pretragu ugostiteljskog objekta „Café Vegas" u Linzu. Zaplijenili su osam automata za igre na sreću za koje su smatrali da se koriste u suprotnosti sa Zakonom o igrama na sreću. Zaposlenik tog objekta rekao im je da ti automati pripadaju društvu Franck Gastro s.r.o., koje ima sjedište u Češkoj Republici. Policijska uprava potom je i F. Breueru i drugim dvjema strankama iz postupka pred sudom koji je uputio zahtjev izrekla pojedinačne novčane kazne u iznosu od 24 000 eura zbog toga što su navodno priređivali ili sudjelovali u priređivanju igara na sreću u odnosnom objektu. F. Breuer zastupnik je društva s ograničenom odgovornošću koje ima sjedište u Slovačkoj [4].

19. Svaka od tih stranaka pobijala je te novčane kazne pred sudom koji je uputio zahtjev. Navode da je savezni monopol predviđen Zakonom o igrama na sreću u suprotnosti s pravom Unije.

4 — Vidjeti bilješku 19. ovog mišljenja.

Prethodno pitanje

20. Pri odlučivanju o sporovima koji se pred njime vode sud koji je uputio zahtjev vodi računa o sudskoj praksi Suda o Zakonu o igrama na sreću navedenoj u presudi *Pfleger i dr.*[5] i, osobito, o navodu u točki 50. te presude, koji se odnosi na obveze država članica koje se žele pozvati na cilj koji opravdava ograničenje slobode pružanja usluga[6]. Sud koji je uputio zahtjev smatra da se taj navod jednako primjenjuje i na ograničenja slobode poslovnog nastana jer se Zakon o igrama na sreću može protumačiti na način da odstupa i od te slobode[7]. U tom kontekstu, zabrinut je da bi aktivna uloga koju austrijski upravni sudovi imaju u prikupljanju dokaza u predmetima koji se pred njima vode[8] te odgovarajuća, relativno pasivna uloga koju u tom postupku imaju tijela progona mogle biti u suprotnosti sa sudskom praksom Suda.

21. Stoga je sud koji je uputio zahtjev odlučio, u skladu s člankom 267. UFEU-a, uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Treba li članak 56. UFEU-a odnosno članak 49. i sljedeće UFEU-a, s obzirom na članak 6. EKLJP-a u vezi s člankom 47. [Povelje], tumačiti na način da se te odredbe, uzimajući u obzir objektivnost i nepristranost suda zahtijevane sudskom praksom Europskog suda za ljudska prava (osobito s obzirom na njegovu presudu [u predmetu Ozerov/Rusija[9]], t. 54.) i sudsku praksu Suda Europske unije (osobito njegovu presudu [u predmetu Pfleger i dr.]), protive nacionalnom propisu prema kojem, u okviru upravno-kaznenog postupka, dokaze za opravdanje kaznenopravne zaštite kvazimonopola nad nacionalnim tržištem igara na sreću mora, po službenoj dužnosti i neovisno o ponašanju stranaka postupka, identificirati i odrediti, a potom istražiti i ocijeniti, sud koji povodom podnesene tužbe odlučuje o zakonitosti sporne kaznenopravne mjere (u istoj osobi/funkciji), a ne državne službe kaznenog progona (ili druga državna tijela kaznenog progona) u svojoj funkciji zastupnikâ optužbe?”

22. Pisana očitovanja podnijeli su društvo Online Games, F. Breuer i drugi, austrijska i belgijska vlada te Europska komisija. Navedene stranke na raspravi održanoj 10. studenoga 2016. iznijele su usmena očitovanja te su odgovorile na pitanja Suda.

Ocjena

Dopuštenost

23. Austrijska vlada navodi da predmetni zahtjev za prethodnu odluku nije dopušten.

24. Tvrdi, kao prvo, da je prethodno pitanje hipotetsko. „Nacionalni propis” na koji se u njemu upućuje ne postoji, s obzirom na to da sud koji je uputio zahtjev pogrešno tumači nacionalno pravo i da je pravilno tumačenje ono koje zagovara austrijska vlada.

5 — Presuda od 30. travnja 2014., C-390/12, EU:C:2014:281

6 — Dodatno vidjeti točku 33. ovog mišljenja.

7 — Za analizu ograničenja slobode pružanja usluga koja taj zakon predviđa vidjeti točku 49. i sljedeće mojeg mišljenja u tom predmetu (C-390/12, EU:C:2013:747).

8 — Vidjeti, među ostalim, točku 14., 40., 58. i sljedeće ovog mišljenja.

9 — Presuda od 18. svibnja 2010. (CE:ECHR:2010:0518JUD006496201)

25. Ako bismo prihvatili stajalište austrijske vlade, to bi zapravo značilo da je Sud obvezan navodima nacionalnih vlada o pravilnom tumačenju nacionalnog prava dati prednost pred opisom situacije koji sud koji je uputio zahtjev pruža u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje. To je očito pogrešno te je jasno da je argument austrijske vlade u tom pogledu potpuno neutemeljen. Neću ga dalje razmatrati [10]. Prethodno pitanje očito se *ne može* na toj osnovi kvalificirati kao „hipotetsko".

26. Kao drugo, austrijska vlada tvrdi da sud koji je uputio zahtjev u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje nije pružio dostatan opis činjeničnih i pravnih okolnosti koji je Sudu potreban da bi donio odluku.

27. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, za prethodna pitanja pretpostavlja se da su relevantna. Sud može odbiti odlučiti o takvom pitanju samo ako je očito da zatraženo tumačenje prava Unije nema nikakve veze s činjeničnim stanjem ili predmetom spora u glavnom postupku, ako je problem hipotetski ili ako Sud ne raspolaže činjeničnim i pravnim elementima potrebnima da bi mogao dati koristan odgovor na upućena pitanja [11].

28. Istina je da je točan status Zakona o igrama na sreću iz perspektive nacionalnog prava, barem kada je riječ o problemima koji su izloženi Sudu, nejasan, i to unatoč pitanjima koja su strankama postavljena na raspravi. Međutim, smatram da Sud raspolaže s dovoljno informacija o činjeničnom i pravnom kontekstu spora koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev te da je opseg prethodnog pitanja jasan. Osim toga, čini se da ni Europska komisija ni vlade koje su podnijele očitovanja nisu imale problema pri sastavljanju očitovanja na temelju odluke kojom se upućuje prethodno pitanje [12].

29. Stoga zaključujem da je ovaj zahtjev za prethodnu odluku dopušten.

Uvodna pitanja

Primjenjivost Povelje i EKLJP-a

30. Povelja se primjenjuje samo kada država članica „provodi pravo Unije" u smislu njezina članka 51. Kako sam to objasnila u svojem mišljenju u predmetu *Pfleger i dr.* [13], ako država članica donese mjeru koja odstupa od temeljne slobode zajamčene UFEU-om, ta mjera ulazi u područje primjene prava Unije. Ovlast za odstupanje od temeljne slobode zajamčene pravom Unije u određenim okolnostima jest ovlast koju države članice pridržavaju i koju pravo Unije priznaje; no, *izvršavanje* te ovlasti ograničeno je pravom Unije. Ako sud, neovisno o tome radi li se o nacionalnom sudu ili Sudu, ocjenjuje predstavljaju li nacionalni propisi koji ograničavaju korištenje tim temeljnim slobodama odstupanje iz Ugovora (zbog čega bi bili dopušteni), ta se ocjena donosi pozivanjem na pravo Unije, a ne na nacionalno pravo, te na temelju kriterija iz prava Unije. Stoga se mora smatrati da država članica „provodi pravo Unije" u smislu članka 51. ako uvede odstupanje od temeljne slobode. Iz navedenog proizlazi da se Povelja primjenjuje [14]. Budući da mjera koja se razmatra u glavnom postupku „provodi" pravo Unije zato što ulazi u njegovo područje primjene, mora se tumačiti s obzirom na Povelju. Smatram da nije važno to što se ovaj predmet, za razliku od predmeta Pfleger i dr., odnosi na postupovna pravila koja nacionalni sud mora primijeniti prilikom odlučivanju o predmetu spora, a ne na valjanost same odstupajuće mjere.

10 — Kad je riječ o dopuštenosti odluke kojom se upućuje prethodno pitanje kada nacionalni sudovi imaju različita stajališta o tumačenju odluke Suda, vidjeti također rješenje od 15. listopada 2015., Naderhirn, C-581/14, neobjavljeno, EU:C:2015:707.

11 — Vidjeti, među ostalim, presudu od 22. lipnja 2010., Melki i Abdeli, C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, t. 27. i navedenu sudsku praksu.

12 — Vidjeti, primjerice, presudu od 25. ožujka 2004., Azienda Agricola Ettore Ribaldi i dr., C-480/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00 do C-491/00 i C-497/00 do C-499/00, EU:C:2004:179, t. 74.

13 — C-390/12, EU:C:2013:747

14 — U tom pogledu također vidjeti presudu od 30. travnja 2014., Pfleger i dr., C-390/12, EU:C:2014:281, t. 36.

31. U skladu s ustaljenom sudskom praksom Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Sud u Strasbourgu), članak 6. stavak 1. EKLJP-a primjenjuje se na upravne prekršaje i odgovarajući upravno-kazneni postupak, kako je uređen austrijskim pravom [15]. Iz toga proizlazi da se takvi prekršaji trebaju kvalificirati kao „kaznena djela" u smislu te odredbe [16] i, posljedično, članka 47. Povelje.

Presuda Pfleger i dr.

32. Prethodno pitanje postavljeno Sudu u ovom predmetu povezano je s presudom *Pfleger i dr.* [17]. Od Suda se u tom predmetu tražilo da odluči o nekoliko pitanja koja mu je uputio Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Neovisno upravno vijeće savezne zemlje Gornje Austrije), prethodnik suda koji je uputio zahtjev, a koja su se u biti odnosila na valjanost Zakona o igrama na sreću s obzirom na načelo proporcionalnosti, kako se primjenjuje u kontekstu članka 56. UFEU-a o slobodi pružanja usluga. Sud je zaključio da se članak 56. UFEU-a mora tumačiti na način da su mu protivni nacionalni propisi kao što je Zakon o igrama na sreću „ako stvarni cilj tih propisa nije zaštita igrača, borba protiv kriminaliteta, smanjenje prilika za igranje na sreću ili dosljedna i sustavna borba protiv kriminaliteta povezanog s tim igrama" [18].

33. Sud je pri donošenju tog zaključka osobito utvrdio sljedeće:

„43 […] valja podsjetiti da ograničenja koja nameću države članice moraju udovoljavati uvjetima proporcionalnosti i nediskriminacije koji se na njih odnose i koji proizlaze iz sudske prakse Suda. Slijedom toga, nacionalno pravo može jamčiti ostvarenje cilja za koji se tvrdi da se želi postići samo ako doista dosljedno i sustavno ide ka njegovu ostvarenju […]

44 Sama činjenica da je država članica izabrala sustav zaštite koji je drugačiji od onog druge države članice ne može utjecati na ocjenu proporcionalnosti odredaba donesenih u tom području. Te odredbe treba ocjenjivati samo u skladu s ciljevima koje slijede nadležna tijela države članice o kojoj je riječ i razinom zaštite koja se njima želi osigurati […]

[…]

47 […] za utvrđivanje stvarnih ciljeva nacionalnih propisa, u okviru postupaka pokrenutih pred Sudom na temelju članka 267. UFEU-a, nadležan je sud koji je uputio zahtjev […]

48 Taj sud također treba, vodeći računa o navodima koje pruži Sud, provjeriti i ispunjavaju li ograničenja koja je nametnula država članica o kojoj je riječ uvjete vezane uz njihovu proporcionalnost, koji proizlaze iz sudske prakse Suda […]

49 On osobito mora utvrditi, posebno glede konkretnih načina primjene ograničavajućih propisa o kojima je riječ, da je stvarni cilj istih doista smanjenje prilika za igranje na sreću, ograničenje djelatnosti u tom području i dosljedna i sustavna borba protiv kriminaliteta povezanog s tim igrama […]

50 U tom pogledu, Sud je već presudio da je na državi članici koja se poziva na cilj koji može opravdati prepreku slobodi pružanja usluga da sudu pozvanom da se izjasni o tom pitanju pruži sve elemente pomoću kojih se isti može uvjeriti da predmetna mjera udovoljava zahtjevima koji proizlaze iz načela proporcionalnosti […]

15 — Vidjeti, među ostalim, presudu Suda u Strasbourgu od 20. prosinca 2001., Baischer/Austrija, CE:ECHR:2001:1220JUD003238196, t. 22.

16 — Vidjeti odluku Suda u Strasbourgu od 4. srpnja 2002., Weh i Weh/Austrija, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497.

17 — Presuda od 30. travnja 2014., C-390/12, EU:C:2014:281

18 — Vidjeti točku 56. i izreku presude.

[…]

52 […] nacionalni sud mora izvršiti opću ocjenu okolnosti donošenja i primjene ograničavajućih propisa poput onih iz glavnih postupaka.”

34. Sud je svoje zaključke u tom predmetu donio pozivajući se na temeljnu slobodu pružanja usluga predviđenu člankom 56. UFEU-a. U ovom predmetu prethodno pitanje ne odnosi se samo na tu slobodu, nego i na slobodu poslovnog nastana predviđenu člankom 49. UFEU-a [19]. Međutim, budući da se odredbe članaka 51. do 54. UFEU-a koje omogućuju odstupanje od slobode poslovnog nastana jednako primjenjuju i na slobodu pružanja usluga na temelju članka 62. UFEU-a, smatram da se načela utvrđena u presudi *Pfleger i dr.* [20] *jednako primjenjuju na obje slobode*.

Uloga suda koji je uputio zahtjev i narav prekršaja koje su navodno počinili tužitelji iz glavnog postupka

35. Sud koji je uputio zahtjev dio je austrijskog upravnopravnog sustava. On tehnički predstavlja drugostupanjski žalbeni sud jer upravne prekršaje u prvom stupnju razmatraju upravna tijela [21]. Žalbe na njegove presude podnose se Verwaltungsgerichtshofu (Visoki upravni sud).

36. Prekršaji koji se pripisuju tužiteljima iz glavnog postupka upravni su prekršaji u nacionalnom pravu, a u predmetima koji se odnose na te tužitelje primjenjuju se pravila upravnog postupka. U tom je postupku nadležni sud dužan po službenoj dužnosti istražiti prekršaj [22]. U postupku pokrenutom pred sudom poput onoga koji je uputio zahtjev upravno tijelo koje je izreklo upravnu kaznu preuzima funkciju tijela progona [23]. Kako je to navedeno u točki 31. ovog mišljenja, prekršaji koje su tužitelji iz glavnog postupka navodno počinili smatraju se „kaznenim djelima” u smislu članka 6. EKLJP-a.

Meritum

37. Sud koji je uputio zahtjev svojim pitanjem u biti traži smjernice o primjeni članka 6. EKLJP-a i članka 47. Povelje na sudski postupak koji se odnosi na navodnu povredu nacionalnog propisa koji, kako bi se potvrdila njegova valjanost, mora zadovoljiti uvjete koji vrijede za odstupanja od slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga, kako su utvrđene u članku 49. odnosno članku 56. UFEU-a i primijenjene u sudskoj praksi Suda, osobito u presudi *Pfleger i dr.* [24].

19 — Iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje nije posve jasan točan odnos između činjeničnog stanja u glavnom postupku i slobode poslovnog nastana. Međutim, pretpostavljam da se odnosi na sudjelovanje slovačkog društva navedenog u točki 18. ovog mišljenja.

20 — Presuda od 30. travnja 2014., C-390/12, EU:C:2014:281

21 — U pogledu Unabhängiger Verwaltungssenata (Neovisno upravno vijeće), prethodnika sadašnjeg Landesverwaltungsgerichta (Zemaljski upravni sud), vidjeti odluku Suda u Strasbourgu od 4. srpnja 2002., Weh i Weh/Austrija, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497. Austrijska vlada na raspravi je potvrdila da Landesverwaltungsgericht (Zemaljski upravni sud) obavlja sličnu funkciju.

22 — Vidjeti točku 14. ovog mišljenja.

23 — To je barem stajalište koje je austrijska vlada iznijela u svojim pisanim očitovanjima. U pogledu Unabhängiger Verwaltungssenata (Neovisno upravno vijeće), prethodnika sadašnjeg Landesverwaltungsgerichta, vidjeti odluku Suda u Strasbourgu od 4. srpnja 2002., Weh i Weh/Austrija, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497. Sud koji je uputio zahtjev u svojim očitovanjima u vezi s tim predmetom navodi da je članak 51.d Verwaltungsstrafgesetza (Zakon o upravnim prekršajima), na kojem je Sud u Strasbourgu temeljio svoju analizu, stavljen izvan snage, a nije bio zamijenjen. Međutim, ističem da je u zapisniku u predmetu Online Games koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev, a koji je dio nacionalnog spisa predmeta dostavljenog Sudu, policijska uprava navedena kao tuženo tijelo (belangte Behörde), uz napomenu da to tijelo nije bilo zastupano na raspravi i da za to nije pruženo nikakvo obrazloženje.

24 — Presuda od 30. travnja 2014., C-390/12, EU:C:2014:281

38. U okviru postupka koji se općenito kvalificira kao kontradiktoran [25] zadaće tijela progona i suda, barem u teoriji, jasno su razdvojene. Tijelo progona mora prikupiti i predočiti dokaze kojima podupire svoje tvrdnje, a sud mora donijeti odluku o tim dokazima, među ostalim, s obzirom na očitovanja iznesena u korist obrane. Ako bi sud u tom postupku izvršavao funkcije tijela progona, to bi predstavljalo neprihvatljivo odstupanje od njegove sudske uloge te bi odluka koju bi pritom donio gotovo sigurno bila ukinuta u žalbenom postupku.

39. Sud koji je uputio zahtjev mora u postupku koji se pred njim vodi po službenoj dužnosti ispitati dokaze kojima raspolaže [26]. Takav postupak, u kojem je raspodjela dužnosti između tijela progona i suda potpuno drukčija, tradicionalno se naziva „inkvizitornim” [27].

40. U pravnoj literaturi navodi se da je danas teško pronaći pravni sustav koji je isključivo kontradiktoran ili isključivo inkvizitoran [28]. Austrijska vlada u svojim pisanim očitovanjima na sljedeći je način opisala bitne elemente sustava koji se primjenjuje pred sudom koji je uputio zahtjev. Kao prvo, sud mora po službenoj dužnosti istražiti istinitost činjeničnog stanja povezanog s prekršajem tako da prikupi sve potrebne dokaze, pri čemu navodi stranaka u tom pogledu nisu relevantni. Sud sve to mora učiniti u okviru svoje ovlasti utvrđivanja istine. Stoga mora uzeti u obzir sve izvore informacija koji mogu uputiti na tu istinu, a osobito mora prikupiti sve dokaze dostupne u dotičnom predmetu koji mogu biti relevantni pri donošenju odluke. Mora bez ograničenja i potpuno samostalno istražiti sve dokaze koji potencijalno mogu utjecati na ishod.

41. Dio navoda koje sud koji je uputio zahtjev ističe u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje upućuje na to da Sud treba zaključiti da je inkvizitorni sustav, po samoj svojoj naravi, suprotan zahtjevima iz članka 6. EKLJP-a i članka 47. Povelje.

42. U prilog svojem stajalištu sud koji je uputio zahtjev poziva se na određene presude Suda u Strasbourgu [29], dva mišljenja nezavisnih odvjetnika Suda [30] i mišljenje Savjetodavnog vijeća europskih sudaca i Savjetodavnog vijeća europskih tužitelja (u daljnjem tekstu: mišljenje CCJE/CCPE) [31].

43. Točno je da se u svakoj od tih skupina dokumenata mogu pronaći navodi ili razmatranja koji velik naglasak stavljaju na važnost sudske nepristranosti. U presudama Suda u Strasbourgu i mišljenju CCJE/CCPE ističe se i potreba da se funkcije tijela progona i suda međusobno ne miješaju [32]. Međutim, nigdje nije navedeno da se inkvizitorni sustav kao takav treba ili može smatrati nesigurnim.

25 — Pod tim pojmom označavam postupak u kojem stranke razvijaju i iznose svoje argumente te prikupljaju i podnose dokaze, čime, unutar određenih pravila, zapravo upravljaju postupkom. Onaj tko utvrđuje činjenično stanje, a to je sud ili porota, cijelo je vrijeme neutralan i pasivan. Taj pojam ne upotrebljavam u njegovu širem smislu, u kojem ga katkad upotrebljava Sud u Strasbourgu kako bi označio postupak kojim se osigurava jednakost oružja (vidjeti, primjerice, presudu od 16. veljače 2000., Rowe i Davis/Ujedinjena Kraljevina, CE:ECHR:2000:0216JUD002890195, t. 60.).

26 — Vidjeti točke 14. i 36. ovog mišljenja

27 — Iako se taj izraz upotrebljava u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje te se nalazi i u pisanim očitovanjima austrijske vlade, čini se da je njezin zastupnik na raspravi izazvao sumnje u pogledu njegove prikladnosti u kontekstu austrijskog sustava koji se razmatra u glavnom postupku. Zato naglašavam da taj izraz upotrebljavam opisno, a ne kao stručan izraz.

28 — Vidjeti Armenta-Deu, T., „Beyond Accusatorial or Inquisitorial Systems: a Matter of Deliberation and Balance”, u Visions of Justice, Ackerman, B., Ambos, K. i Sikirić, H., urednici, Duncker& Humboldt, Berlin, 2016., str. 57. do 75.

29 — To su presude od 15. prosinca 2005., Kyprianou/Cipar, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, t. 118., 121. i 126. do 128., od 18. svibnja 2010., Ozerov/Rusija, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201, t. 51. do 54. i od 20. rujna 2016., Karelin/Rusija, CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. Posljednja od navedenih presuda donesena je nakon što je odluka kojom se upućuje prethodno pitanje podnesena; sud koji je uputio zahtjev tu je presudu zasebno istaknuo.

30 — To su mišljenje nezavisnog odvjetnika D. Ruiz-Jaraba Colomera u predmetu Kaba, C-466/00, EU:C:2002:447, t. 90. i sljedeće i mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Cruza Villalóna u predmetu X, C-507/10, EU:C:2011:682, t. 20. i sljedeće.

31 — Vidjeti mišljenje br. 12(2009) Savjetodavnog vijeća europskih sudaca i mišljenje br. 4(2009) Savjetodavnog vijeća europskih tužitelja (u daljnjem tekstu: Izjava iz Bordeauxa), t. 3. i 7. Taj se dokument može pregledati na http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/avis_EN.asp.

32 — Osobito vidjeti presudu Suda u Strasbourgu od 15. prosinca 2005., Kyprianou/Cipar,CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, t. 126.

44. Također, ne vjerujem da postoje razlozi za usvajanje pristupa koji zagovara sud koji je uputio zahtjev [33].

45. Prema mojem viđenju, pravilno je stajalište da i kontradiktorni i inkvizitorni sustav mogu, ako se nemarno postupa, izazvati poteškoće u pogledu sukladnosti s člankom 6. EKLJP-a i člankom 47. Povelje. U slučaju kontradiktornog sustava, slabim zastupanjem optuženika može doći do povrede jednakosti oružja. U slučaju inkvizitornog sustava, bez jasnog razlikovanja zadaća tijela progona, s jedne, i suda, s druge strane, može doći do miješanja tih dviju funkcija, također na štetu optuženika. Međutim, ako se pravilno primjenjuju, oba sustava služe utvrđivanju istine; samo što to čine na različite načine. Funkciji tijela progona u inkvizitornom postupku vratit ću se kasnije u ovom mišljenju [34].

46. Stoga odbijam tvrdnju da se inkvizitorni sustav po samoj svojoj naravi treba smatrati suprotnim zahtjevima iz članka 6. EKLJP-a i članka 47. Povelje.

47. Međutim, to ne znači da se sudu koji je uputio zahtjev ne mogu pružiti korisne smjernice u okviru odgovora na njegovo pitanje.

48. Osobito je potrebno odgovoriti na pitanje na koji se način presuda *Pfleger i dr.* [35] treba primijeniti u kontekstu nacionalnog sustava poput onoga opisanog u točki 40. ovog mišljenja.

Točka 50. presude Pfleger i dr.

49. Austrijska vlada u tom pogledu pruža tumačenje te presude koje, prema mojem mišljenju, zapravo ne uzima u obzir točku 50. Umjesto toga, usredotočuje se na točke 48., 49. i 52. Sud u njima izlaže svoje tumačenje obveza suda od kojeg se traži da odluči o valjanosti onoga što naziva „ograničavajućim propisima” [36]. Ako se te točke zasebno tumače, moguće je smatrati da podupiru stajalište da je zabrinutost suda koji je uputio zahtjev neosnovana. Država članica i njezina tijela nemaju nikakvu ulogu. Nacionalni je sud taj koji igra ključnu ulogu.

50. Međutim, takav zaključak ne uzima u obzir točku 50. presude te stoga i ključan dio analize koju je Sud proveo. Smatram da nije primjereno to učiniti. Također valja imati na umu da navodi iz te točke odražavaju ustaljenu sudsku praksu Suda u tom pogledu [37].

51. Zahtjev koji državama članicama nameće točka 50. važan je i zahtjevan. Kada se radi o odstupanju od bilo koje temeljne slobode, država članica mora iznijeti jasne i uvjerljive razloge koji ga opravdavaju.

33 — Moram naglasiti da, u suprotnosti s onim što je zastupnik društva Online Games naveo na raspravi, u svojem mišljenju u predmetu Pfleger i dr., C-390/12, EU:C:2013:747, *nisam* sugerirala da je inkvizitorni sustav protivan EKLJP-u ili pravu Unije.

34 — Vidjeti točku 63. i sljedeće ovog mišljenja.

35 — Presuda od 30. travnja 2014., C-390/12, EU:C:2014:281

36 — Vidjeti točku 52. presude.

37 — Vidjeti presude od 8. rujna 2010., Stoß i dr., C-316/07, C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07, EU:C:2010:504, t. 71.; od 15. rujna 2011., Dickinger i Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, t. 54. i od 11. lipnja 2015., Berlington Hungary i dr., C-98/14, EU:C:2015:386; t. 65. Vidjeti također presudu od 13. ožujka 2008., Komisija/Belgija, C-227/06, neobjavljenu, EU:C:2008:160, t. 62. i 63. i navedenu sudsku praksu.

52. Ti će razlozi, po samoj svojoj naravi, vjerojatno biti složeni te će zahtijevati posebno znanje koje će se u većini slučajeva, ako ne i u svim, konkretno ticati države članice koja predviđa odstupanje. Osnova tih razloga gotovo uvijek će biti konkretne društvene i/ili gospodarske okolnosti i konkretne društvene i/ili gospodarske politike odnosne države članice. Može se očekivati da je ta država članica pažljivo razmotrila opravdanje ili opravdanja za tu mjeru prije nego što ju je usvojila. Navod Suda u točki 47. presude *Pfleger i dr.*[38] *u vezi sa „stvarnim* ciljevima *nacionalnih propisa"*[39] mora se, prema mojem mišljenju, tumačiti u tom kontekstu.

53. Smatram da je samo odnosna država članica obvezna pružiti takvo opravdanje[40]. To nije zadaća drugih stranaka u postupku, uključujući nacionalni sud ili stranku koja osporava valjanost nacionalne mjere kojom se provodi odnosno odstupanje. Drugim riječima, od njih se ne može očekivati da „dovode u pitanje" razloge zbog kojih je država članica usvojila tu mjeru.

54. Ako i u mjeri u kojoj obveza takve naravi ne postoji u pravnom sustavu odnosne države članice, ona djeluje kao opći okvir postupovnih pravila koja se inače primjenjuju. Ona očito ne može oslabiti prava obrane; treba ih osnažiti tako da omogući brže i potpunije shvaćanje razloga na temelju kojih je država članica usvojila odnosno odstupanje.

55. Naravno, nacionalni sud u svakom je slučaju dužan ocijeniti dokaze koje mu podnese država članica i odlučiti o njima. To vrijedi neovisno o tome je li postupak pred tim sudom kontradiktoran ili inkvizitoran. U inkvizitornom postupku sud je obvezan (ili može biti obvezan) i da po službenoj dužnosti provede vlastite istrage te ta obveza uvijek postoji. Dokazi koje podnese država članica dopunjuju te istrage; oni ih, uz napomenu koju navodim u nastavku[41], ne zamjenjuju.

56. O točnom načinu na koji će nacionalni sud provesti svoje istrage u velikoj mjeri odlučuje taj sud, pri čemu mora poštovati zahtjeve iz EKLJP-a i prava Unije, osobito načela ekvivalentnosti i djelotvornosti[42], te – ako su primjenjivi – zahtjeve iz Povelje. Narav te zadaće neizbježno se (katkad i značajno) razlikuje ovisno o konkretnom slučaju i sudu; nije uloga Suda da intervenira u područja koja su u isključivoj nadležnosti nacionalnog prava[43].

57. Međutim, potrebno je osvrnuti se na dva posebna pitanja koja su istaknuta u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje i očitovanjima podnesenima Sudu.

58. Kao prvo, istražne dužnosti suda, kako ih je opisala austrijska vlada, značajne su, potencijalno čak herkulske[44]. Koja sredstva nacionalni sudovi imaju na raspolaganju za obavljanje tih istražnih dužnosti? U jednostavnim predmetima koji se tiču problema koji su nacionalnom sudu već potpuno poznati to je pitanje možda više teoretsko negoli stvarno. Međutim, u predmetima poput ovoga, u kojima se mogu javiti složena pitanja u pogledu znanstvene i statističke analize, smatram da nacionalni sud nikako ne može sam obaviti zadaću koja se od njega traži. Za to su ključna mišljenja stručnjaka.

38 — Presuda od 30. travnja 2014., C-390/12, EU:C:2014:281

39 — Moje isticanje

40 — Pritom moram naglasiti da, kada u tom kontekstu govorim o „državi članici", ne mislim da je nužno vlada te države članice dužna pružiti potrebno opravdanje. Ipak, mora ga pružiti stranka koja zastupa tu državu članicu ili koju je potonja za to ovlastila.

41 — Vidjeti točku 68. ovog mišljenja.

42 — Vidjeti u tom pogledu, među ostalim, presudu od 22. siječnja 2015., Stanley International Betting i Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, t. 37.

43 — U skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, ako pravo Unije ne uređuje neko pitanje, postupovna pravila o tužbama za zaštitu prava koja pojedinci imaju na temelju prava Unije određuju domaći pravni sustavi svake pojedine države članice (vidjeti u tom pogledu, među ostalim, presudu od 18. ožujka 2010., Alassini i dr., C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, t. 47.).

44 — Vidjeti točku 40. ovog mišljenja.

59. Sud koji je uputio zahtjev u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje navodi da austrijski upravni sudovi nemaju vlastite neovisne stručnjake te da moraju angažirati prije svega stručnjake iz jedne od nacionalnih upravnih službi (koji vrlo lako mogu biti dio institucije koja je stranka u postupku koji se vodi pred nacionalnim sudom).

60. Ako je to doista tako [45], čini mi se da je opravdana izrazita zabrinutost u pogledu usklađenosti s člankom 6. EKLJP-a te, posljedično, člankom 47. Povelje. U članku 6. stavku 1. EKLJP-a predviđa se da optužnicu protiv pojedinca može podignuti samo „zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud". Budući da austrijski upravni sudovi ocjene provode po službenoj dužnosti, vjerojatno je da će tim sudovima, barem u iole složenim predmetima, biti potrebno mišljenje jednog ili više stručnjaka kako bi došli do pouzdanog zaključka. Smatram očitim da i ti stručnjaci moraju biti neovisni i nepristrani. Također moraju biti dovoljno kvalificirani kako bi mogli ocijeniti oprečna stajališta i o njima se očitovati. Uostalom, njihova je zadaća pomoći sudu u obavljanju njegovih dužnosti. Sud u Strasbourgu ocjenjujući nepristranost naglasio je da taj zahtjev ima i subjektivan i objektivan element [46]. Prema mojem mišljenju, u najmanju ruku postoji opasnost da stručnjaci iz nacionalnih upravnih službi neće zadovoljiti prvi od tih elemenata, a gotovo je sigurno da neće zadovoljiti drugi. Iz toga proizlazi da nacionalni sudovi moraju imati pristup uslugama stručnjaka koji su doista neovisni i nepristrani.

61. Drugo pitanje odnosi se na to u kojoj se mjeri nacionalni sud može osloniti na objašnjenja [47] spornih nacionalnih propisa te na zapisnike s parlamentarnih zasjedanja koji su rezultirali usvajanjem tih propisa. Austrijska vlada ističe da se sud može osloniti na navedene dokumente, a belgijska vlada smatra da se može osloniti na zapisnike. Može li se nacionalni sud osloniti na jedan od tih izvora (ili na oba) koji je već javno dostupan, što znači da država članica ne mora pružiti opravdanje u skladu s točkom 50. presude *Pfleger i dr.* [48]?

62. Takvo se rješenje čini prejednostavnim. Iako će se nadležna nacionalna tijela u svojim pisanim očitovanjima nacionalnom sudu zasigurno htjeti pozvati na te dokumente, vjerojatno je da će se svaki prigovor odnositi na jedan ili više specifičnih aspekata dotičnih propisa. Država članica dužna je nacionalnom sudu navesti na koje se elemente njezina širokog opravdanja on mora usredotočiti pri donošenju odluke u predmetu. Moguće je da će država članica htjeti (i morati) pružiti dodatne informacije u prilog opravdanju na kojem temelji svoja očitovanja. Osim toga, ti se izvori po definiciji ne mogu smatrati doista potpunima ili pouzdanima ako je Sud, kao što je to bio slučaj sa Zakonom o igrama na sreću, dao jasne naznake da sporni propisi možda ne zadovoljavaju zahtjeve prava Unije [49].

Sudjelovanje tijela progona na raspravama

63. Sud koji je uputio zahtjev zabrinut je zato što tijela progona nemaju jasnu ulogu u raspravama koje se pred njim vode. Taj sud osobito navodi da tijela progona samo iznimno sudjeluju u postupcima poput predmetnoga. Umjesto toga, zamjenjuje ih zastupnik izvršnih tijela, koji usto u tom postupku ima posve pasivnu ulogu [50]. Sud koji je uputio zahtjev u tom je pogledu, kako se čini, posebno zabrinut zbog nejasne razlike između uloga suda i tijela progona te zbog posljedičnog utjecaja koji to ima na neovisnost i nepristranost suda. U tom smislu upućuje na tri presude Suda u Strasbourgu. Prva je od

45 — Kada je u vezi s tim upitan na raspravi, zastupnik austrijske vlade nije zanijekao da to nije tako, nego se umjesto toga usredotočio na dužnost suda koji je uputio zahtjev da u obzir uzme sve relevantne okolnosti.

46 — Vidjeti, među ostalim, presudu od 15. prosinca 2005., Kyprianou/Cipar, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, t. 118. i 119. Kako ne bi bilo sumnje, naglašavam da u ovom predmetu nema naznaka aspekata subjektivnog elementa.

47 — Na njemačkom „Erläuterungen"

48 — Presuda od 30. travnja 2014., C-390/12, EU:C:2014:281

49 — Vidjeti presudu od 30. travnja 2014., Pfleger i dr., C-390/12, EU:C:2014:281, t. 56. i izreku.

50 — Dodatno vidjeti bilješku 23. *in fine*.

njih presuda *Kyprianou/Cipar*[51]. Taj se predmet odnosio na postupak koji je, kao skraćeni postupak, zbog nepoštovanja suda pokrenut protiv tužitelja, a koji su vodili isti suci koje je tužitelj kritizirao na javnom suđenju. Tužitelji su bili sami suci. Sud u Strasbourgu zaključio je da miješanje uloga jasno može izazvati objektivne bojazni u pogledu nepristranosti suda koji je vodio taj postupak[52].

64. Drugi je predmet *Ozerov/Rusija*[53]. U tom se predmetu radilo o tome da je prvostupanjski sud osudio tužitelja za kazneno djelo. Tijelo progona uopće nije bilo zastupano na suđenju, iako je naloženo da državni odvjetnik mora na njemu sudjelovati. Taj je postupak bio kontradiktoran te su tijela progona, u skladu s nacionalnim propisima koji su vrijedili u vrijeme kada se vodio, morala sudjelovati na suđenju ako im je tako naloženo. Da je tijelo progona bilo prisutno, sudjelovalo bi u ocjenjivanju dokaza te bi iznijelo svoja očitovanja. Sud u Strasbourgu zaključio je da je nacionalni sud pomiješao uloge tijela progona i suda te da je time izazvao opravdane sumnje u svoju nepristranost[54].

65. Treći predmet koji ističe sud koji je uputio zahtjev jest predmet Karelin/Rusija[55]. Tužitelj je bio osuđen za upravni prekršaj te je podnio žalbu protiv te osude. Tijelo progona nije bilo zastupano ni u prvostupanjskom ni u žalbenom postupku. Sud koji je odlučivao o meritumu tijekom rasprave je izmijenio optužbe kojima se tužitelja teretilo. Sud u Strasbourgu istaknuo je da, s obzirom na to da nije bilo zastupljeno tijelo progona, sud koji je odlučivao o meritumu nije imao drugog izbora doli na raspravi izložiti i potkrijepiti optužnicu podignutu protiv tužitelja. Sud u Strasbourgu zaključio je da je izostanak tijela progona s prvostupanjskog i žalbenog postupka predstavljao povredu zahtjeva u pogledu nepristranosti[56].

66. Sud u Strasbourgu pri donošenju tog zaključka detaljno je proučio svoju sudsku praksu o bojazni od pristranosti koja može postojati kada državni odvjetnik ne sudjeluje na sudskim raspravama. To je učinio ne praveći razliku između kontradiktornog i inkvizitornog postupka[57]. Taj je sud također razmotrio pitanja koja mogu proizići iz činjenice da se predmet razmatrao u žalbenom, a ne u prvostupanjskom postupku. Zaključio je da situacija može biti drukčija kada se radi o žalbenom postupku, osobito ako se u njemu raspravljalo samo o pravnim pitanjima, te da se tada uloga tijela progona može smatrati „manje bitnom”. Međutim, potom je dodao da se zahtjev u pogledu nepristranosti mora poštovati i u toj fazi[58]. Sud u Strasbourgu također je istaknuo da je sudjelovanje zastupnika tijela progona na usmenoj raspravi, kada se njezino održavanje procijeni potrebnim kako bi sud mogao ocijeniti kaznenu optužnicu koja je podignuta protiv optuženika, „u pravilu prikladno kako bi se izbjegle opravdane sumnje koje bi se inače mogle pojaviti u pogledu nepristranosti suda”[59].

67. Ne vidim nijednu poveznicu između tih zapažanja osim prevladavajućeg zahtjeva da sud koji ocjenjuje krivnju optuženika, bilo u prvostupanjskom ili u žalbenom postupku, mora objektivno ostavljati dojam neovisnosti i nepristranosti. Drugim riječima, smatram da u pogledu sudjelovanja tijela progona u takvim postupcima nije moguće odrediti čvrsta i jasna pravila, osim istaknuti bitan navod Suda u Strasbourgu da je to u pravilu „prikladno”. Iako je taj navod iznesen u kontekstu rasprave u prvom stupnju, a postupak pred sudom kao što je sud koji je uputio zahtjev smatra se žalbenim postupkom, narav tog postupka prema nacionalnom pravu jest takva da se čini kako će se u

51 — Presuda od 15. prosinca 2005., CE:ECHR:2005:1215JUD007379701

52 — Vidjeti točke 127. i 128. presude.

53 — Presuda od 18. svibnja 2010., CE:ECHR:2010:0518JUD006496201

54 — Vidjeti točke 52. do 55. presude.

55 — Presuda od 20. rujna 2016., CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. Kako je to navedeno u bilješci 29. ovog mišljenja, sud koji je uputio zahtjev tu je presudu zasebno istaknuo.

56 — Vidjeti točku 84. presude.

57 — Vidjeti točku 53. i sljedeće presude.

58 — Vidjeti točke 81. i 83. presude.

59 — Vidjeti točku 76. presude.

njegovu okviru prvi put provesti cjelovita ocjena odnosnih pitanja. Osim toga, svrha je rasprava omogućiti dijalog između stranaka u postupku te, putem tog dijaloga, osigurati bolju informiranost suda. Ako tijelo progona ne sudjeluje na raspravi, do dijaloga ne može doći, ili barem ne u cijelosti [60].

68. Budući da se prevladavajući zahtjev odnosi na neovisnost i nepristranost, dodala bih da nacionalni sud koji odlučuje o predmetu mora, ako postoji sumnja u tu neovisnost i nepristranost, dati prednost osiguravanju ispunjenja tog zahtjeva. To vrijedi čak i ako bi u konkretnom predmetu to značilo da nacionalni sud ne smije iznijeti navode koji bi mogli ići u prilog tijelu progona na štetu optuženika. Također naglašavam da sud koji je u situaciji u kakvoj je sud koji je uputio zahtjev ni u kojim okolnostima ne može umjesto države članice pružiti opravdanje, već je to dužnost te države u skladu s točkom 50. presude Pfleger i dr. [61]. Ako takvo opravdanje ne bude pruženo (što se može dogoditi u bilo kojem slučaju u kojem tijelo progona zbog odsutnosti, pasivnosti ili drugih razloga ne ispuni dužnost koju ima), nacionalni sud može iz te činjenice izvući odgovarajuće zaključke.

Zaključak

69. Stoga predlažem da Sud na sljedeći način odgovori na pitanja koja mu je uputio Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Zemaljski upravni sud u Gornjoj Austriji):

„Ako zakonodavstvo države članice odstupa od temeljne slobode Europske unije, uključujući slobodu pružanja usluga utvrđenu člankom 56. UFEU-a i slobodu poslovnog nastana utvrđenu člankom 49. UFEU-a, ni članku 6. Europske konvencije za zaštitu temeljnih prava i sloboda ni članku 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima ne protivi se nacionalni propis u skladu s kojim, u okviru upravno-kaznenog postupka, sud nadležan za odlučivanje o valjanosti tog odstupanja s obzirom na pravo Unije mora po službenoj dužnosti istražiti kaznena djela. Međutim, država članica koja predviđa to odstupanje mora pružiti opravdanje za odnosnu mjeru kako bi stranka optužena za kazneno djelo bila svjesna naravi te mjere i kako bi je sud mogao ocijeniti i donijeti odluku. U tom kontekstu, sljedeće dodatne okolnosti također mogu biti relevantne:

— pri donošenju odluke u predmetu sud ima pravo, prema potrebi, na pristup neovisnim i nepristranim stručnjacima;

— iako ne postoji opće pravilo koje zahtijeva da zastupnik tijela progona sudjeluje u postupku pred odnosnim sudom, takvo je sudjelovanje u pravilu prikladno kako bi se izbjegle opravdane sumnje koje bi se inače mogle pojaviti u pogledu nepristranosti suda.”

60 — Austrijska vlada u svojim pisanim očitovanjima važan naglasak stavlja na činjenicu da u predmetima poput onih u glavnom postupku funkciju tijela progona preuzima upravno tijelo koje je izreklo upravnu kaznu (vidjeti točku 36. ovog mišljenja). Stoga tijelo progona i sud ne miješaju svoje uloge. Ističem da pri razmatranju valjanosti tog argumenta treba uzeti u obzir je li uloga tog tijela u postupku aktivna ili pasivna te u kojoj je mjeri aktivna ili pasivna.

61 — Presuda od 30. travnja 2014., C-390/12, EU:C:2014:281. Vidjeti točku 51. i sljedeće ovog mišljenja.