

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (čtvrtého senátu)

9. září 2010 *

Ve věci C-64/08,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Landesgericht Linz (Rakousko) ze dne 23. ledna 2008, došlým Soudnímu dvoru dne 19. února 2008, v trestním řízení proti

Ernstu Engelmannovi,

SOUDNÍ DVŮR (čtvrtý senát),

ve složení J.-C. Bonichot, předseda senátu, C. Toader, K. Schiemann (zpravodaj),
P. Kūris a L. Bay Larsen, soudci,

generální advokát: J. Mazák,
vedoucí soudní kanceláře: K. Malacek, rada,

* Jednací jazyk: němčina.

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 14. ledna 2010,

s ohledem na vyjádření předložená:

- za E. Engelmanna P. Ruthem a T. Talosem, Rechtsanwälte, jakož i A. Stadlerem,
- za rakouskou vládu C. Pesendorfer, jako zmocněnkyní,
- za belgickou vládu L. Van den Broeck, jako zmocněnkyní, ve spolupráci s P. Vlaemminckem a A. Hubertem, advocaten,
- za řeckou vládu A. Samoni-Rantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou a E.-M. Mamouna, jako zmocněnci,
- za španělskou vládu F. Díez Morenem, jako zmocněncem,
- za portugalskou vládu L. Inez Fernandesem a P. Mateus Caladem, jakož i A. Barros, jako zmocněnci,

- za Evropskou komisi P. Dejmek, poté E. Traversou a H. Krämerem, jako zmocněnci,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 23. února 2010,

vydává tento

Rozsudek

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu článků 43 ES a 49 ES.
- 2 Tato žádost byla předložena v rámci trestního řízení zahájeného proti E. Engelmannovi z důvodu porušení rakouských právních předpisů upravujících provozování heren.

Právní rámec

- 3 Hazardní hry jsou v Rakousku upraveny ve spolkovém zákoně o hazardních hrách (Glücksspielgesetz), ve znění zveřejněném v Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 620/1989 (dále jen „GSpG“).

- 4 Podle legislativních podkladů ke GSpG tento zákon jednak upravuje hazardní hry a jednak sleduje cíl daňové povahy.
- 5 Pokud jde o cíl spočívající v úpravě hazardních her, uvádí obecná část důvodové zprávy ke GSpG, že v ideálním případě by byl nejrozumnější právní úpravou absolutní zákaz hazardních her, ale že s přihlédnutím k dobře známé skutečnosti, že hráčská vášeň se přece jen zdá být člověku vlastní, je mnohem rozumnější tuto vášeň v zájmu jednotlivce i společnosti usměrňovat. Tato obecná část stanoví, že tím bude dosaženo dvou cílů: předejde se stahování hazardních her do ilegality, což je možné pozorovat ve státech, jež hazardní hry zcela zakázaly, a státu bude zároveň umožněno zachovat si dohled nad hazardními hrami provozovanými na základě zákona, přičemž hlavním cílem tohoto dohledu musí být ochrana hráče.
- 6 Pokud jde o daňové hledisko, je v důvodové zprávě zdůrazněn zájem spolku na možnosti získávat co nejvyšší příjmy z monopolu na hazardní hry, takže spolková vláda musí při navrhování právní úpravy hazardních her, za současného dodržování a ochrany cíle úpravy hazardních her, dbát na to, aby se hazardní hry provozovaly tak, aby jí tento monopol přinášel co nejvyšší možné příjmy.
- 7 Ustanovení § 3 GSpG zavádí „státní monopol“ v oblasti hazardních her tím, že stanoví, že právo organizovat a provozovat tyto hry je v zásadě vyhrazeno státu, nestanoví-li ustanovení tohoto zákona jinak.

- 8 Spolkový ministr financí může na základě § 21 odst. 1 zákona GSpG udělit oprávnění organizovat a provozovat hazardní hry udělením koncesí na provozování heren. Počet koncesí, které lze vydat, byl omezen celkem na dvanáct, přičemž na území jedné obce může být udělena pouze jedna koncese.
- 9 Podmínky udělení koncesí k provozu heren jsou upraveny v § 21 odst. 2 GSpG. Zde je především uvedeno, že koncesionářem musí být akciová společnost, která má své sídlo v Rakousku, její základní kapitál musí činit nejméně 22 milionů eur a tento koncesionář musí v závislosti na okolnostech skýtat pro místní územní samosprávu nejlepší vyhlídky na dosažení optimálních daňových výnosů, a to za současného dodržení pravidel GSpG týkajících se ochrany hráčů.
- 10 Podle § 22 GSpG nemůže doba platnosti koncese překračovat dobu patnácti let.
- 11 Podle § 31 odst. 1 GSpG má spolkové ministerstvo financí právo obecného dohledu nad koncesionářem. Za tímto účelem může nahlížet do účetnictví koncesionáře a jeho zaměstnanci mohou mít za účelem výkonu práva dohledu přístup do koncesionářových obchodních prostor. Podle tohoto § 31 odst. 2 vysílá navíc uvedené ministerstvo do společnosti koncesionáře státního komisaře. Krom toho podle uvedeného § 31 odst. 3 musí být ve lhůtě šesti měsíců po uzavření hospodářského roku předložena spolkovému ministrovi ověřená roční účetní závěrka.
- 12 Pořádání hazardních her osobou, která není držitelem koncese k provozování, jakož i komerční účast na hrách provozovaných za takových podmínek, je trestně stíháno.

Podle ustanovení § 168 rakouského trestního zákoníku (Strafgesetzbuch, dále jen „StGB“) bude potrestán „každý, kdo pořádá úředně zakázanou hru nebo hru, jejíž příznivý, či nepříznivý výsledek závisí výlučně, či převážně na náhodě, nebo kdo napomáhá setkání za účelem pořádání takové hry s cílem získat pro sebe či jiného majetkový prospěch z tohoto pořádání či setkání“.

Spor v původním řízení a předběžné otázky

- 13 Držitelkou dvanácti koncesí na provozování heren upravených v § 21 GSpG je v současnosti společnost Casinos Austria AG.
- 14 Tyto koncese jí byly původně uděleny správním nařízením ze dne 18. prosince 1991 na dobu maximálně patnácti let.
- 15 Koncese na provozování šesti heren ve městech Bregenz (Břežnice), Graz (Štýrský Hradec), Innsbruck (Inomostí), Linz (Linec), Salzburg (Solnohrad) a ve Vídni byly předběžně obnoveny na dobu patnácti let s účinností od 1. ledna 1998, takže jejich platnost skončí dne 31. prosince 2012. Stejně tak koncese pro šest heren v Badenu, Bad Gasteinu, Kitzbühelu, Kleinwalsertalu, Seefeldu a Veldenu byly obnoveny na dobu patnácti let s účinností od 1. ledna 2001 a jejich platnost tak skončí dne 31. prosince 2015.

- 16 Rakouská vláda ve své odpovědi na otázku položenou Soudním dvorem potvrdila, že všechny tyto koncese byly uděleny bez předem vyhlášené veřejné soutěže.
- 17 Ernst Engelmann, německý státní příslušník, provozoval v Rakousku od začátku roku 2004 do 19. července 2006 hernu v Linci a od dubna 2004 do 14. dubna 2005 hernu v Schärdingu. V těchto hernách nabízel své klientele především hru nazvanou „pozorovací ruleta“ a karetní hry „Poker“ a „Two Aces“. Ernst Engelmann nepožádal rakouské orgány o udělení koncese na pořádání hazardních her a navíc ani nebyl držitelem legálního povolení vydaného v jiném členském státě.
- 18 Rozsudkem ze dne 5. března 2007 uznal Bezirksgericht Linz E. Engelmanna vinným z organizování hazardních her na rakouském území za účelem získání majetkového prospěchu. Spáchal tedy trestný čin nezákonného organizování hazardních her upravený v § 168 odst. 1 StGB. Z tohoto důvodu mu byl uložen peněžitý trest ve výši 2 000 eur.
- 19 Ernst Engelmann se proti tomuto rozsudku odvolal k Landesgericht Linz. Tento soud měl pochybnosti ohledně slučitelnosti ustanovení StGB ve spojení s rakouskou právní úpravou hazardních her s právem Unie, především pak s články 43 ES a 49 ES.
- 20 Tyto pochybnosti se v první řadě zakládají na skutečnosti, že podle poznatků předkládajícího soudu nebyla před přijetím použitelných ustanovení GSpG provedena analýza rizik spojených s hráčskou závislostí a možností prevence existujících *de iure* či *de facto*. Podle názoru Landesgericht Linz jsou tato ustanovení v rozporu s judikaturou Soudního dvora, podle níž skutečnosti, které mohou být uplatňovány členským

státem k odůvodnění omezení volného pohybu služeb, musejí být doprovázeny analýzou účelnosti a přiměřenosti omezujícího opatření přijatého tímto státem.

- 21 Předkládající soud má zadruhé pochybnost ohledně koherence a systematiky rakouské politiky v oblasti hazardních her provozovaných na základě koncese. Zastává názor, že ke koherentnímu a důslednému vymezení činnosti v souvislosti s hazardními hrami a sázkami může dojít pouze tehdy, když zákonodárce vyhodnotí všechny oblasti a všechna odvětví hazardních her, a bude tedy zasahovat v závislosti na případné hrozbě či závislosti, kterou mohou jednotlivé typy her představovat. To však dle mínění předkládajícího soudu není případ Rakouska. Rakouský monopol hazardních her totiž umožňuje masivní organizování reklamy tohoto odvětví do té míry, že je přípustné i aktivní vyzývání k hraní hazardních her či uzavírání sázek.
- 22 Zatřetí má Landesgericht Linz pochybnost o tom, zda se omezení udělování koncesí jen na akciové společnosti, jejichž sídlo se nachází na vnitrostátním území, za účelem boje proti hospodářské kriminalitě, praní špinavých peněz či hráčské závislosti slučují s požadavky vhodnosti, nezbytnosti a přiměřenosti.
- 23 Začtvrté Landesgericht Linz poukazuje na aktivní snahu vnitrostátních orgánů získat daňové příjmy plynoucí z poplatků odváděných hernami. Podle předkládajícího soudu je tato situace v rozporu s judikaturou Soudního dvora, podle níž musí mít omezení základních svobod v oblasti hazardních her za cíl skutečně snížit příležitosti hrát, a nikoli vytvářet nový zdroj financování.
- 24 Předkládající soud se domnívá, že pokud by právo Unie umožňovalo udělit E. Engelmannovi povolení na provozování herny hazardních her, aniž za tímto účelem musel

založit či nabýt akciovou společnost se sídlem v Rakousku, mohl by v zásadě požadovat udělení koncese. Pokud by mu takové povolení bylo uděleno, nebyly by již naplněny znaky skutkové podstaty trestného činu nezákonného organizování hazardních her ve smyslu § 168 StGB.

25 Za těchto okolností se Landesgericht Linz rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Má být článek 43 [ES] vykládán v tom smyslu, že brání předpisu členského státu, který stanoví, že provozovat hazardní hry v hernách mohou výhradně společnosti ve formě akciových společností se sídlem na území tohoto členského státu, tedy že je nutné v tomto členském státě založit nebo nabýt takovou společnost?

2) Mají být články 43 [ES] a 49 ES vykládány v tom smyslu, že brání vnitrostátnímu monopolu na určité hazardní hry, např. hazardní hry v hernách, pokud v dotyčném členském státě neexistuje koherentní a systematická politika omezování hazardních her, neboť vnitrostátně koncesovaní pořadatelé vyzývají k účasti na hazardních hrách, jako např. na státních sportovních sázkách a loteriích, a tyto hry propagují v televizi, novinách, časopisech, přičemž jejich reklama zachází dokonce tak daleko, že krátce před losováním je nabízena hotovost na sázkový tiket [TOI TOI TOI – Glaub' ans Glück,] ('Tfuj tfuj tfuj – Věř na šťastnou náhodu)?

3) Mají být články 43 [ES] a 49 ES vykládány v tom smyslu, že brání předpisu, podle kterého se všechny koncese upravené ve vnitrostátním právu týkající se hazardních her a heren udělují na období patnácti let na základě úpravy, která vylučuje

z výběrového řízení další uchazeče z prostoru Společenství (kteří nejsou příslušníky tohoto členského státu)?“

K předběžným otázkám

- ²⁶ Ernst Engelmann, který nepopírá, že nepožádal o udělení koncese k provozování heren v Rakousku, nemohl takovou koncesi v žádném případě získat, protože jednak nesplňoval podmínky požadované dotčenou vnitrostátní právní úpravou, neboť nezařadil akciovou společnost se sídlem v tomto členském státě, a jednak proto, že veškeré koncese upravené vnitrostátními právními předpisy již byly uděleny jedné rakouské společnosti. Podle předkládajícího soudu je naplnění znaků skutkové podstaty trestného činu, jehož se měl dopustit E. Engelmann, spojeno s otázkou oprávněnosti tohoto vyloučení. Je proto třeba nejprve posoudit první a třetí otázku.

K první otázce

- ²⁷ Podstatou první otázky předkládajícího soudu je, zda článek 43 ES brání tomu, aby držitelům koncesí k provozování heren byly vnitrostátními právními předpisy uloženy dvě podmínky, a sice povinnost mít formu akciové společnosti a povinnost mít sídlo v tuzemsku.

K povinnosti koncesionáře mít právní formu akciové společnosti

- 28 Podmínka, podle níž musí mít hospodářské subjekty, zamýšlející provozovat herny, právní formu akciové společnosti, představuje omezení svobody usazování ve smyslu článku 43 ES. Taková podmínka brání především hospodářským subjektům, které jsou fyzickými osobami, jakož i podnikům, které si ve své zemi usazení zvolily jinou právní formu, zřídit si v Rakousku vedlejší provozovnu (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 12. července 1984, Klopp, 107/83, Recueil, s. 2971, bod 19; ze dne 7. července 1988, Stanton a L'Étoile 1905, 143/87, Recueil, s. 3877, bod 11, jakož i ze dne 29. dubna 2004, Komise v. Portugalsko, C-171/02, Recueil, s. I-5645, bod 42).
- 29 Je třeba posoudit, v jakém rozsahu může být takové omezení nicméně připuštěno v rámci odchýlných opatření výslovně upravených Smlouvou o ES nebo, v souladu s judikaturou Soudního dvora, odůvodněno naléhavými důvody obecného zájmu. Článek 46 odst. 1 ES připouští omezení odůvodněná veřejným pořádkem, veřejnou bezpečností a veřejným zdravím. Judikatura Soudního dvora uznává několik naléhavých důvodů obecného zájmu, které mohou uvedená omezení rovněž odůvodnit, jako jsou zejména cíle ochrany spotřebitelů, předcházení podvodům a podněcování občanů k nadměrným výdajům za hru, jakož i předcházení narušením společenského pořádku obecně.
- 30 Jak uvedla Evropská komise ve svém vyjádření a generální advokát v bodě 68 svého stanoviska, některé cíle mohou případně odůvodnit i to, že určitému hospodářskému subjektu bude uložena povinnost mít zvláštní právní formu. Tuto povinnost by totiž vzhledem ke specifčnosti odvětví her a nebezpečí, které je s nimi spojeno, mohly odůvodnit náležitosti předepsané pro akciové společnosti, a to zejména takové, které

se týkají jejich vnitřní struktury, vedení účetnictví, kontrol, jakým mohou podléhat, a vztahů se třetími subjekty.

- 31 Otázku, zda jsou takové cíle v daném případě skutečně splněny požadavkem, aby měl hospodářský subjekt formu akciové společnosti, a zda mohou představovat odůvodnění z titulu výjimky výslovně upravené Smlouvou o ES či naléhavého důvodu obecného zájmu uznaného judikaturou Soudního dvora, jakož i případně, zda uvedený požadavek dodržuje zásadu proporcionality, nelze bez doplňujících informací posoudit. Za takových okolností je provedení tohoto posouzení na vnitrostátních soudech.

K povinnosti držitelů koncesí k provozování heren mít sídlo v tuzemsku

- 32 Podstatou toho, co generální advokát uvedl v bodech 51 a 52 svého stanoviska je, že povinnost držitelů koncesí k provozování heren mít sídlo v tuzemsku představuje omezení svobody usazování ve smyslu článku 43 ES, jelikož diskriminuje společnosti, které mají sídlo v jiném členském státě, a brání těmto společnostem provozovat herny v Rakousku prostřednictvím obchodního zastoupení, organizační složky či dceřiné společnosti.
- 33 Toto konstatování není nijak zpochybněno okolností, kterou uvádí rakouská vláda, podle níž tato povinnost doléhá na hospodářské subjekty až od okamžiku, kdy byly vybrány, a na dobu trvání jejich koncese. Jak totiž uvedl generální advokát v bodě 62 svého stanoviska, taková povinnost může odrazovat společnosti usazené v jiných členských státech od podání žádosti o udělení koncese z důvodů nákladů na usazení

se a usídlení v Rakousku, které by v případě udělení koncese musely nést. Tímto systémem nelze krom toho zamezit tomu, aby společnosti, která má své sídlo v jiném členském státě, bylo bráněno v tom, aby provozovala herny na rakouském území prostřednictvím obchodního zastoupení, organizační složky či dceřiné společnosti.

³⁴ V této souvislosti vyplývá z judikatury Soudního dvora, že pokud má takové omezení, jaké bylo zjištěno v projednávaném případě, diskriminační povahu, je s právem Unie slučitelné pouze tehdy, když spadá pod ustanovení, které výslovně upravuje výjimku, jako je článek 46 ES, tj. veřejný pořádek, veřejná bezpečnost a veřejné zdraví (rozsudky ze dne 16. ledna 2003, Komise v. Itálie, C-388/01, Recueil, s. I-721, bod 19, a ze dne 6. října 2009, Komise v. Španělsko, C-153/08, Sb. rozh. s. I-9735, bod 37).

³⁵ Takové omezení musí navíc splňovat podmínky přiměřenosti, které vyplývají z judikatury Soudního dvora, a může být považováno za omezení způsobilé zaručit uskutečnění dovolávaného cíle pouze tehdy, když skutečně odpovídá snaze dosáhnout jej soudržným a systematickým způsobem (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 8. září 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International, C-42/07, Sb. rozh. s. I-7633, body 59 až 61).

³⁶ Rakouská vláda tvrdí, že cílem povinnosti uložené držitelům koncesí k provozování heren mít své sídlo v tuzemsku je umožnit účinnou kontrolu subjektů působících v odvětví hazardních her, aby se tak předešlo provozování těchto činností ke zločinným nebo podvodným účelům. Uvedená povinnost podle tvrzení této vlády zejména umožňuje výkon určité kontroly nad rozhodnutími přijímanými orgány společnosti díky tomu, že členy takových orgánů, jako je dozorčí rada, jsou zástupci státu.

- 37 Aniž je nutné určovat, zda může tento cíl spadat pod pojem „veřejný pořádek“, postačí v tomto ohledu konstatovat, že kategorické vyloučení hospodářských subjektů, které mají sídlo v jiném členském státě, se jeví být nepřiměřeným, jelikož překračuje meze toho, co je nezbytné k boji proti kriminalitě. Existuje totiž vícero prostředků jak kontrolovat činnosti a účetnictví těchto hospodářských subjektů (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 6. listopadu 2003, Gambelli a další, C-243/01, Recueil, s. I-13031, bod 74; ze dne 6. března 2007, Placanica a další, C-338/04, C-359/04 a C-360/04, Sb. rozh. s. I-1891, bod 62, jakož i výše uvedený rozsudek Komise v. Španělsko, bod 39).
- 38 Především lze uvést možnost požadovat vedení odděleného účetnictví pro každou hernu provozovanou stejným subjektem, které bude ověřováno externím auditorem, možnost systematického oznamování rozhodnutí přijatých orgány držitelů koncesí, jakož i možnost získávání informací o jeho vedoucích zaměstnancích nebo hlavních akcionářích. Jak navíc uvedl generální advokát v bodě 60 svého stanoviska, kontroly lze provádět v jakémkoli podniku usazeném v členském státě, jemuž mohou být ukládány sankce bez ohledu na to, kde se nachází místo bydliště jeho vedoucích zaměstnanců.
- 39 Navíc vzhledem k dotčené činnosti, tedy provozování heren nacházejících se na rakouském území, nic nebrání tomu, aby byla ověřování prováděna v prostorách těchto heren, a to zejména za účelem zabránění tomu, aby docházelo k jakýmkoli podvodným jednáním ze strany hospodářských subjektů na úkor spotřebitelů.
- 40 Na první otázku je tedy třeba odpovědět tak, že článek 43 ES musí být vykládán v tom smyslu, že brání právním předpisům členského státu, které vyhrazuji provozování hazardních her v hernách výlučně hospodářským subjektům, které mají své sídlo na území tohoto členského státu.

Ke třetí otázce

- ⁴¹ Ačkoli se třetí otázka podle jejího samotného znění týká diskriminačních podmínek, které se podle vnitrostátních předpisů uplatňují na výběrová řízení pro účely udělení koncesí k provozování heren v Rakousku, je podle informací poskytnutých rakouskou vládou nesporné, že k žádnému výběrovému řízení nedošlo a nebyla zajištěna transparentnost v souvislosti s vydáním dvanácti koncesí společnosti Casinos Austria AG s účinností k 1. lednu 1998 a 1. lednu 2001, které byly platné v rozhodné době. Těchto dvanáct koncesí představovalo navíc celkový počet koncesí předvídaných vnitrostátními právními předpisy.
- ⁴² V důsledku toho je třetí otázku nutno chápat tak, že jejím prostřednictvím má být zjištěno, zda články 43 ES a 49 ES brání tomu, aby na území členského státu byly uděleny veškeré koncese k provozování heren na dobu patnácti let bez jakéhokoli vyhlášení veřejné soutěže.
- ⁴³ V této souvislosti lze zjistit tři různá omezení, a to zprvé omezení počtu koncesí k provozování heren, zadruhé udělování těchto koncesí na dobu patnácti let a zatřetí skutečnost, že k tomuto udělení došlo zcela netransparentně. U každého z těchto omezení je mimo jiné třeba odděleně zkoumat, zda je způsobilé zajistit skutečné cíle nebo cílů, jichž se dotčený členský stát dovolává, a zda nepřekračuje meze toho, co je nezbytné pro jejich dosažení (výše uvedený rozsudek Placanica a další, bod 49, jakož i rozsudek ze dne 8. září 2010, Carmen Media Group, C-46/08, Sb. rozh. s. I-8145, bod 60).

- 44 Pokud jde zaprvé o skutečnost, že počet koncesí k provozování heren je omezen, je nesporné, že takové omezení v sobě zahrnuje překážky svobody usazování, jakož i volného pohybu služeb (výše uvedený rozsudek Placanica a další, body 50 a 51).
- 45 Nevyplyne-li z ověření provedeného předkládajícím soudem jiný závěr, je patrné, že omezení počtu koncesí, a tedy heren, na dvanáct, což podle údajů poskytnutých rakouskou vládou představuje jednu hernu na 750 000 obyvatel, umožňuje v dotčeném odvětví již samotnou svou povahou omezit příležitosti ke hře, a dosáhnout tak cíle obecného zájmu uznaného právem Unie (viz v tomto smyslu výše uvedené rozsudky Gambelli a další, body 62 a 67; Placanica a další, bod 53, jakož i Carmen Media Group, bod 84). Jelikož se spotřebitelé, kteří se chtějí účastnit dotčené hazardní hry, musí přemístit do místa, kde se herna nachází, má omezení počtu těchto heren za následek zvýšení překážek pro hraní těchto her.
- 46 Pokud jde zadruhé o dobu platnosti koncesí, z judikatury Soudního dvora vyplývá, že udělení koncesí až na patnáct let může subjektům se sídlem v jiných členských státech ztížit či dokonce znemožnit výkon svobod zaručených články 43 ES a 49 ES, a představuje tedy omezení výkonu těchto svobod (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 9. března 2006, Komise v. Španělsko, C-323/03, Sb. rozh. s. I-2161, bod 44).
- 47 Pokud jde o posouzení slučitelnosti tohoto omezení s právem Unie, je důležité připomenout, že svoboda usazování a volný pohyb služeb jakožto základní zásady Smlouvy mohou být omezeny pouze právní úpravou, která je odůvodněna naléhavými důvody obecného zájmu a použije se na všechny osoby nebo podniky vykonávající činnost na území hostitelského členského státu. Kromě toho, aby byla takto odůvodněna, musí být dotčená vnitrostátní právní úprava způsobila zaručit uskutečnění cíle, který sleduje, a nesmí překračovat meze toho, co je pro dosažení tohoto cíle nezbytné

(výše uvedený rozsudek ze dne 9. března 2006, Komise v. Španělsko, bod 45 a citovaná judikatura).

- ⁴⁸ Zdá se, že tomu tak je v projednávaném případě, neboť nevyplyne-li z ověření provedeného předkládajícím soudem jiný závěr, jeví se udělování koncesí až na dobu patnácti let jako odůvodněné zejména vzhledem k tomu, že koncesionář potřebuje dostatečně dlouhou dobu k amortizaci investic, které zřízení herny vyžaduje.
- ⁴⁹ Pokud jde zatím o postup při udělování koncesí, které jsou předmětem původního řízení, je třeba nejprve připomenout, že ačkoli nejsou za současného stavu práva Unie koncese na služby upraveny žádnou ze směrnic, kterými zákonodárce Unie upravil oblast veřejných zakázek, mají nicméně orgány veřejné moci, které takové koncese udělují, povinnost respektovat základní pravidla Smluv, a to především články 43 ES a 49 ES, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Recueil, s. I-10745, body 60 a 61; ze dne 21. července 2005, Coname, C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287, body 16 až 19; ze dne 13. října 2005, Parking Brixen, C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, body 46 až 48; ze dne 13. dubna 2010, Wall, C-91/08, Sb. rozh. s. I-2815, bod 33, a ze dne 3. června 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Sb. rozh. s. I-4695, bod 39).
- ⁵⁰ Povinnost transparentnosti, která se uplatňuje v případě, kdy by dotyčná koncese na služby mohla vzbudit zájem u podniku se sídlem v jiném členském státě, než ve kterém se koncese uděluje, ukládá orgánu veřejné moci, který tuto koncesi uděluje, aby ve prospěch každého potenciálního uchazeče zaručil odpovídající stupeň zveřejnění umožňující zpřístupnění koncesí na služby konkurentům, jakož i přezkum nestranosti řízení o udělení, aniž nutně zahrnuje povinnost provést výběrové řízení (výše uvedený rozsudek Sporting Exchange, body 40 a 41, jakož i citovaná judikatura).

- 51 Udělení koncese bez jakékoli transparentnosti subjektu, který má sídlo v členském státě veřejného zadavatele, totiž vede k rozdílnému zacházení na úkor subjektů usazených v jiných členských státech, které nemají žádnou reálnou možnost projevit svůj zájem o získání dotčené koncese. Takové rozdílné zacházení je v rozporu se zásadami rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti a představuje nepřímou diskriminaci na základě státní příslušnosti, která je zakázána články 43 ES a 49 ES, ledaže je odůvodněné objektivními okolnostmi (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Coname, bod 19; výše uvedený rozsudek Parking Brixen, bod 50, jakož i rozsudek ze dne 17. července 2008, ASM Brescia, C-347/06, Sb. rozh. s. I-5641, body 59 a 60).
- 52 Skutečnost, že vydání povolení k provozování heren není srovnatelné s koncesními smlouvami na služby, nemůže sama o sobě odůvodnit porušování požadavků, které vyplývají z článku 49 ES, zejména pak zásady rovného zacházení a povinnosti transparentnosti (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Sporting Exchange, bod 46).
- 53 Povinnost transparentnosti se totiž jeví jako povinný předpoklad práva členského státu udělit povolení k provozování heren bez ohledu na způsob výběru subjektů, protože účinky takového udělení podnikům se sídlem v jiných členských státech, které by potenciálně mohly mít zájem vykonávat tuto činnost, jsou stejné jako účinky smlouvy o koncesi na služby.
- 54 Navíc je třeba připomenout, že pokud je v určitém členském státě zaveden režim pro udělování povolení, který sleduje legitimní cíle uznané judikaturou, nemůže takový režim udělování povolení odůvodňovat diskreční počínání ze strany vnitrostátních orgánů, které je s to zbavit užitečného účinku ustanovení práva Unie, zejména ta, která se týkají takových základních svobod, jaké jsou dotčené ve věci v původním řízení

(viz zejména výše uvedené rozsudky Sporting Exchange, bod 49, a Carmen Media Group, bod 86).

55 Z ustálené judikatury totiž vyplývá, že aby byl režim předchozího správního povolení odůvodněný, přestože se od takových základních svobod odchyluje, musí se zakládat na objektivních, nediskriminačních a předem známých kritériích tak, aby byly pro výkon posuzovací pravomoci vnitrostátních orgánů stanoveny určité meze, které zabrání tomu, že budou použita svévolně. Kromě toho každá osoba, která je dotčena omezujícím opatřením založeným na takovéto výjimce, musí mít k dispozici účinný opravný prostředek soudní povahy (viz výše uvedené rozsudky Sporting Exchange, bod 50, a Carmen Media Group, bod 87).

56 Ve věci v původním řízení je třeba konstatovat, že zcela chybějící transparentnost při udělování koncesí k provozování heren s účinkem od 1. ledna 1998 a 1. ledna 2001 není v souladu s články 43 ES a 49 ES.

57 V této souvislosti se rakouská vláda omezila pouze na uvedení toho, že udělování koncesí je v souladu s vnitrostátním právem, které bylo v té době v platnosti, a na tvrzení toho, že v té době nebylo možné požadavek transparentnosti z judikatury Soudního dvora vyvodit. Tato vláda rovněž tvrdí, že subjekty splňující podmínky upravené použitelnými právními předpisy mohly žádosti o udělení koncese podávat z vlastního podnětu. Žádná z těchto okolností přitom nepředstavuje odůvodnění na základě výjimky výslovně upravené ve Smlouvě či na základě naléhavého důvodu obecného zájmu uznaného judikaturou Soudního dvora, který by mohl zároveň odůvodnit udělení koncesí dotčených v původním řízení bez jakékoli transparentnosti.

- 58 Vzhledem ke všem těmto úvahám je třeba na třetí otázku odpovědět tak, že povinnost transparentnosti plynoucí z článků 43 ES a 49 ES, jakož i zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti brání tomu, aby veškeré koncese k provozování heren na území členského státu byly uděleny bez zajištění jakékoli soutěže.

Ke druhé otázce

- 59 Vzhledem k odpovědím na první a třetí otázku, jakož i ke skutečnosti, že předkládající soud prokázal, jako bylo uvedeno v bodě 26 tohoto rozsudku, souvislost mezi znaky skutkové podstaty trestného činu, kterého se měl dopustit E. Engelmann, a otázkou, zda byl tento legálně vyloučen z možnosti koncese získat, není nezbytné odpovídat na druhou otázku.

K nákladům řízení

- 60 Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení vzhledem ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (čtvrtý senát) rozhodl takto:

- 1) Článek 43 ES musí být vykládán v tom smyslu, že brání právním předpisům členského státu, které vyhrazují provozování hazardních her v hernách výlučně hospodářským subjektům, které mají své sídlo na území tohoto členského státu.**
- 2) Povinnost transparentnosti plynoucí z článků 43 ES a 49 ES, jakož i zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti brání tomu, aby veškeré koncese k provozování heren na území členského státu byly uděleny bez zajištění jakékoli soutěže.**

Podpisy.