

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 9 września 2010 r.*

W sprawie C-64/08

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Landesgericht Linz (Austria), postanowieniem z dnia 23 stycznia 2008 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 19 lutego 2008 r., w postępowaniu karnym przeciwko

Ernstowi Engelmannowi,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: J.C. Bonichot, prezes izby, C. Toader, K. Schiemann (sprawozdawca), P. Küris i L. Bay Larsen, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,
sekretarz: K. Malacek, administrator,

* Język postępowania: niemiecki.

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 14 stycznia 2010 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu E. Engelmana przez P. Rutha oraz T. Talosa, Rechtsanwälte, oraz przez A. Stadlera,

- w imieniu rządu austriackiego przez C. Pesendorfer, działającą w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu rządu belgijskiego przez L. Van den Broeck, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez P. Vlaemmincka oraz A. Huberta, advocaten,

- w imieniu rządu greckiego przez A. Samoni-Rantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou oraz E.M. Mamounę, działające w charakterze pełnomocników,

- w imieniu rządu hiszpańskiego przez F. Díeza Morenę, działającego w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu rządu portugalskiego przez L. Ineza Fernandesa oraz P. Mateusa Caladę, oraz przez A. Barros, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu Komisji Europejskiej przez P. Dejmek, a następnie przez E. Traverseę oraz H. Krämera, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 23 lutego 2010 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 43 WE i 49 WE.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach postępowania karnego wszczętego przeciwko E. Engelmannowi w związku z naruszeniem austriackiego ustawodawstwa dotyczącego prowadzenia ośrodków gier.

Ramy prawne

- 3 Gry losowe uregulowane są w Austrii przez Glücksspielgesetz (federalną ustawę o grach losowych zwaną dalej „GSpG”) w brzmieniu opublikowanym w Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 620/1989.

- 4 Zgodnie z pracami przygotowawczymi GSpsG, ustawa ma na celu po pierwsze uregulowanie gier losowych, a po drugie dąży do celu o charakterze podatkowym.

- 5 Jeżeli chodzi o cel polegający na regulacji gier losowych, część ogólna uwag wyjaśniających do GSpG wskazuje, że w idealnej sytuacji całkowity zakaz gier losowych byłby najbardziej rozsądnym uregulowaniem, lecz biorąc pod uwagę okoliczność, że skłonność do gier jest naturalną cechą człowieka, dużo rozsądniej jest skanalizować ją w interesie jednostki i społeczeństwa. Wskazuje się tam, że w ten sposób osiągnięte zostają dwa cele, a mianowicie zapobiega się ucieczce gier losowych w sferę nielegalną, jak to się dzieje w państwach całkowicie zabraniających gier losowych, a jednocześnie umożliwia się państwu zachowanie możliwości nadzorowania legalnie prowadzonych gier losowych, przy czym głównym celem tego nadzoru musi być ochrona gracza.

- 6 Z podatkowego punktu widzenia w tych samych uwagach wyjaśniających zaznacza się interes państwa federalnego w czerpaniu jak największych dochodów z monopolu na gry losowe, czego konsekwencją jest, że rząd federalny przyjmując ustawodawstwo dotyczące gier losowych, musi czuwać szanując i chroniąc cel regulacyjny, by gry losowe były prowadzone w sposób taki, by monopol ten przynosił mu jak najwyższe dochody.

- 7 Artykuł 3 GSpG ustanawia „monopol państwowy” w dziedzinie gier losowych, przewidując, że prawo urządzania i prowadzenia gier losowych jest zasadniczo zastrzeżone dla państwa, chyba że przepis tej ustawy stanowi inaczej.

- 8 Na mocy art. 21 ust. 1 GSpG federalny minister finansów przyznaje prawo urządzania i prowadzenia gier losowych udzielając koncesji na prowadzenie ośrodków gier. Liczba koncesji jakich można udzielić jest w sumie ograniczona do dwunastu, przy czym możliwe jest udzielenie tylko jednej koncesji na obszarze gminy.

- 9 Warunki udzielania koncesji na prowadzenie ośrodków gier określa art. 21 ust. 2 GSpG. Przepis ten precyzuje w szczególności, że koncesjonariusz musi być spółką akcyjną z siedzibą na terytorium Austrii, posiadającą kapitał w wysokości co najmniej 22 mln EUR oraz, w zależności od okoliczności, oferującą jak najlepsze perspektywy dochodów podatkowych dla lokalnych władz publicznych z poszanowaniem zasad ustanowionych w GSpG dotyczących ochrony graczy.

- 10 Na mocy art. 22 ustawy o grach losowych okres ważności koncesji na gry losowe nie może przekraczać piętnastu lat.

- 11 Zgodnie z art. 31 ust. 1 GSpG federalne ministerstwo finansów ma prawo ogólnego nadzoru nad koncesjonariuszem. Może ono w tym celu badać rachunki koncesjonariusza, a w celu wykonywania prawa nadzoru jego funkcjonariusze mogą mieć wstęp do pomieszczeń handlowych koncesjonariusza. Na mocy art. 31 ust. 2 ministerstwo deleguje komisarza państwowego do spółki będącej koncesjonariuszem. Zgodnie z rzeczoną art. 31 ust. 3 sprawdzone roczne sprawozdanie finansowe musi być ponadto przedstawione federalnemu ministrowi finansów w terminie sześciu miesięcy od zamknięcia roku obrachunkowego.

- 12 Urządzanie gier losowych przez osobę nieposiadającą koncesji na ich prowadzenie a także udział na zasadach komercyjnych w grach urządzanych na takich warunkach podlegają ściganiu w trybie karnym. Sankcją karną objęty jest, zgodnie z art. 168

Strafgesetzbuch (austriackiego kodeksu karnego zwanego dalej „StGB”), „każdy, kto urządza grę formalnie zakazaną lub której korzystny lub niekorzystny wynik zależy wyłącznie lub głównie od przypadku lub każdy, kto ułatwia spotkanie w celu urządzenia takiej gry w celu czerpania korzyści pieniężnej z jej urządzenia lub z tego spotkania lub z zapewnienia takiej korzyści osobie trzeciej”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 13 Dwanaście przewidzianych w art. 21 GSpG koncesji na prowadzenie ośrodków gier znajduje się w posiadaniu spółki Casinos Austria AG.

- 14 Koncesji tych udzielono tej spółce na mocy decyzji administracyjnej z dnia 18 grudnia 1991 r. na okres maksymalnie piętnastu lat.

- 15 Koncesje na prowadzenie sześciu ośrodków gier w Bregenzu, Grazu, Innsbrucku, Linzu, Salzburgu i Wiedniu zostały następnie odnowione zawczasu na piętnaście lat ze skutkiem od dnia 1 stycznia 1998 r., w efekcie czego wygasną one w dniu 31 grudnia 2012 r. Podobnie koncesje dotyczące sześciu ośrodków gier w Baden, Bad Gastein, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Seefeld i Velden zostały odnowione na piętnaście lat ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2001 r. i w konsekwencji wygasną w dniu 31 grudnia 2015 r.

- 16 W odpowiedzi na zadane przez Trybunał pytanie rząd austriacki potwierdził, że wszystkich koncesji udzielono bez uprzedniego przetargu.
- 17 Obywatel niemiecki E. Engelmann prowadził ośrodki gier w Austrii w okresie od początku 2004 r. do dnia 19 lipca 2006 r. w Linz oraz od kwietnia 2004 r. do dnia 14 kwietnia 2005 r. w Schärding. W ośrodkach tych oferował on swym klientom różne gry w tym w szczególności grę zwaną ruletką obserwacyjną oraz gry karciane: pokera i „Two Aces”. Ernst Engelmann nie wystąpił o udzielenie koncesji na urządzenie gier losowych, nie był też posiadaczem zezwolenia udzielonego w innym państwie członkowskim.
- 18 W orzeczeniu z dnia 5 marca 2007 r. Bezirksgericht Linz uznał E. Engelmanna za winnego nielegalnego urządzania gier losowych na terytorium austriackim w celu czerpania korzyści pieniężnych. W orzeczeniu uznano go za winnego przestępstwa nielegalnego urządzania gier losowych przewidzianego w art. 168 ust. 1 StGB. W związku z tym skazany on został na zapłacenie grzywny w wysokości 2 000 EUR.
- 19 Ernst Engelmann wniósł odwołanie od tego orzeczenia do Landsgericht Linz. Ów sąd ma wątpliwości w kwestii zgodności przepisów StGB w związku z austriackimi przepisami o grach losowych z prawem Unii, a w szczególności z art. 43 WE i 49 WE.
- 20 Wątpliwości te opierają się, po pierwsze, na okoliczności, że zgodnie z wiedzą sądu krajowego przyjęcia mających zastosowanie przepisów GSpG nie poprzedziła analiza zagrożeń, jakie przedstawia skłonność do gier oraz prawnych lub faktycznych możliwości działań prewencyjnych. Zdaniem Landesgericht Linz przepisy te są sprzeczne z orzecznictwem Trybunału zgodnie z którym względem, na które może się powołać państwo członkowskie, aby uzasadnić ograniczenie swobody świadczenia usług, musi

towarzyszyć analiza właściwego i proporcjonalnego charakteru środka ograniczającego, przyjętego przez to państwo.

- 21 Po drugie, sąd krajowy ma wątpliwości co do spójnego i systematycznego charakteru austriackiej polityki w dziedzinie koncesjonowanych gier losowych. Sąd ten uważa, że spójne i systematyczne ograniczenie działalności związanej z grami losowymi i zakładami może mieć miejsce jedynie, jeżeli ustawodawca ocenia wszystkie dziedziny i sektory gier losowych i interweniuje zależnie od stopnia niebezpieczeństwa lub uzależnienia, jakie przedstawia każdy rodzaj gry. Nie dzieje się tak w Austrii. Austriacki monopol na gry losowe pozwala bowiem na organizację szeroko zakrojonych działań reklamowych w tym sektorze a czynne zachęcanie do udziału w grach losowych lub zakładach jest w tym zakresie wręcz akceptowane.

- 22 Po trzecie, Landesgericht Linz ma wątpliwości co do zgodności z wymogami odpowiedzialności, niezbędności oraz proporcjonalności ograniczenia udzielania koncesji spółkom akcyjnym mającym siedzibę na terytorium krajowym w celach zwalczania przestępczości gospodarczej, prania pieniędzy i skłonności do gry.

- 23 Po czwarte, Landesgericht Linz przywołuje fakt, że władze krajowe czynnie poszukują dochodów podatkowych pochodzących z opłat uiszczanych przez ośrodki gier. Sytuacja ta pozostaje w sprzeczności z orzecznictwem Trybunału, na mocy którego ograniczenia podstawowych swobód w dziedzinie gier losowych muszą mieć w rzeczywistości za cel ograniczenie okazji do gry, a nie tworzenie nowych źródeł finansowania.

- 24 Zdaniem sądu krajowego, gdyby przepisy prawa Unii pozwalały na udzielenie E. Engelmannowi zezwolenia na prowadzenie ośrodka gier losowych bez zobowiązywania go, by w tym celu utworzył lub nabył spółkę akcyjną z siedzibą na terytorium Austrii,

zainteresowany mógłby zasadniczo wystąpić jako kandydat do otrzymania koncesji. Jeżeli takie zezwolenie zostałoby mu udzielone, znamiona przestępstwa nielegalnego urządzania gier losowych w rozumieniu art. 168 StGB nie byłyby już spełnione

25 W tej sytuacji Landesgericht Linz postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 43 [WE] należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisowi prawa państwa członkowskiego, który zastrzega prowadzenie gier losowych w ośrodkach gier wyłącznie dla spółek w formie spółek akcyjnych z siedzibą na terytorium tego państwa członkowskiego i w ten sposób wymaga utworzenia lub nabycia takiej spółki w tym państwie członkowskim?

2) Czy art. 43 [WE] i art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że zakazują one krajowego monopolu w zakresie określonych gier losowych, takich jak gry losowe w ośrodkach gier, jeżeli dane państwo członkowskie nie prowadzi spójnej i systematycznej polityki dotyczącej ograniczenia gier losowych, ponieważ urządzające je podmioty będące posiadaczami koncesji krajowych zachęcają do udziału w grach losowych – takich jak państwowe zakłady sportowe i loterie – i prowadzą w tym zakresie działania reklamowe w telewizji, w gazetach i w czasopismach, przy czym reklama polega nawet na tym, że na krótko przed losowaniem w zamian za kupon zakładu oferowana jest wypłata gotówki [»TOI TOI TOI – Glaub' ans Glück«] (»TOI TOI TOI – uwierz w szczęście«)?

3) Czy art. 43 [WE] i art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego, zgodnie z którym wszystkie przewidziane w krajowym prawie dotyczącym gier losowych koncesje na prowadzenie

gier losowych i ośrodków gier na okres piętnastu lat są udzielane na podstawie przepisu, który wyłącza z przetargu (niebędących obywatelami tego państwa członkowskiego) kandydatów z obszaru Wspólnoty?”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 26 Ernst Engelmann nie kwestionuje, iż nie wystąpił o udzielenie mu koncesji na prowadzenie ośrodka gier w Austrii; nie mógł on jednak w każdym razie otrzymać takiej koncesji, ponieważ, po pierwsze, nie spełniał wymaganych przez omawiane ustawodawstwo krajowe warunków dotyczących utworzenia spółki akcyjnej mającej siedzibę w tym państwie członkowskim oraz, po drugie, ponieważ wszystkich przewidzianych przez ustawodawstwo krajowe koncesji udzielono już spółce austriackiej. Według sądu krajowego wystąpienie znamion przestępstwa zarzucanego E. Engelmannowi wiąże się z kwestią zgodności z prawem tego wykluczenia. W konsekwencji należy w pierwszej kolejności zbadać pytania pierwsze i trzecie.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 27 W pierwszym pytaniu sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia czy art. 43 sprzeciwia się dwóm warunkom nałożonym w ustawodawstwie krajowym na posiadaczy koncesji na prowadzenie ośrodków gier, a mianowicie obowiązkowi przybrania formy prawnej spółki akcyjnej oraz obowiązkowi posiadania siedziby na terytorium krajowym.

W przedmiocie obowiązku przybrania przez koncesjonariuszy formy prawnej spółki akcyjnej

- 28 Warunek, zgodnie z którym podmioty pragnące prowadzić ośrodki gier muszą przybrać formę prawną spółki akcyjnej, stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 43 WE. Warunek ten uniemożliwia w szczególności podmiotom będącym osobami fizycznymi a także przedsiębiorstwom, które wybrały w państwie ich siedziby inną formę spółki, utworzenie oddziału w Austrii (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 lipca 1984 r. W sprawie 107/83 Klopp, Rec. s. 2971, pkt 19; z dnia 7 lipca 1988 r. w sprawie 143/87 Stanton i L'Étoile 1905, Rec. s. 3877, pkt 11; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-171/02 Komisja przeciwko Portugalii Rec. s. I-5645, pkt 42).
- 29 Należy zbadać, w jakim stopniu ograniczenie to może zostać dopuszczone na zasadzie odstępstw wyraźnie przewidzianych w traktacie WE, lub uzasadnione zgodnie z orzecznictwem Trybunału nadrzędnymi względami interesu ogólnego. Artykuł 46 ust. 1 WE dopuszcza ograniczenia uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Orzecznictwo Trybunału ponadto dopuściło szereg nadrzędnych względów interesu ogólnego, również mogących uzasadnić rzeczzone ograniczenia, takich jak w szczególności cele ochrony konsumentów, przeciwdziałania oszustwom i nakłanianiu obywateli do nadmiernych wydatków związanych z grą, jak też ogólne cele zapobiegania zakłóceniom porządku publicznego.
- 30 Jak zaznaczyła Komisja Europejska w jej uwagach oraz rzecznik generalny w pkt 68 opinii, pewne cele mogą ewentualnie uzasadniać nałożenie na podmiot obowiązku przybrania szczególnej formy prawnej. Obowiązki, jakimi związane są spółki akcyjne w szczególności w odniesieniu do ich Wewnętrznej organizacji, prowadzenia księgowości, kontroli jakich mogą być one przedmiotem oraz stosunków z osobami

trzecimi mogłyby bowiem, biorąc pod uwagę szczególne cechy sektora gier i niebezpieczeństwa z nim związane, uzasadnić taki obowiązek.

- 31 Ocena kwestii, czy w niniejszym przypadku do takich celów rzeczywiście dąży się poprzez wymóg, aby podmiot przybrał formę prawną spółki akcyjnej, i czy mogą one stanowić uzasadnienie na zasadzie odstępstwa wyraźnie przewidzianego przez traktat lub jako nadrzędny wzgląd interesu ogólnego uznany w orzecznictwie Trybunału, jak też, czy w danym przypadku rzeczony wymóg szanuje zasadę proporcjonalności, nie może być dokonana z braku dodatkowych informacji. W takich okolicznościach dokonanie tej oceny należeć będzie do sądów krajowych.

W przedmiocie obowiązku posiadaczy koncesji na prowadzenie ośrodków gier dotyczącego posiadania siedziby na terytorium krajowym

- 32 Jak zauważył rzecznik generalny w pkt 51 i 52 opinii, obowiązek posiadaczy koncesji na prowadzenie ośrodków gier dotyczący posiadania siedziby na terytorium krajowym stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 43 WE, ponieważ wprowadza dyskryminację spółek z siedzibą w innym państwie członkowskim i uniemożliwia im prowadzenie ośrodków gier w Austrii za pośrednictwem agencji lub oddziału lub filii.
- 33 Twierdzenia tego nie podważa okoliczność przywołana przez rząd austriacki, iż obowiązek ten ciąży na podmiotach dopiero od chwili w której zostały wybrane i tylko przez okres ważności koncesji. Jak bowiem zaznaczył rzecznik generalny w pkt 62 opinii, obowiązek taki może zniechęcać spółki z siedzibą w innych państwach

członkowskich do występowania jako kandydaci ze względu na koszty rozpoczęcia działalności i ustanowienia miejsca jej wykonywania w Austrii, jakie musiałyby ponieść w przypadku przyjęcia ich kandydatury. Co więcej, system ten nie pozwala na uniknięcie uniemożliwienia spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim prowadzenia ośrodków gier na terytorium Austrii za pośrednictwem agencji, oddziału lub filii.

34 Z orzecznictwa Trybunału wynika również, że w zakresie w jakim ograniczenie takie jak w niniejszej sprawie ma charakter dyskryminacyjny, jest ono zgodne z prawem Unii wyłącznie jeśli jest objęte wyraźnym przepisem derogującym, takim jak art. 46 WE, tj. porządkiem publicznym, bezpieczeństwem publicznym lub zdrowiem publicznym (wyroki: z dnia 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-388/01 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-721, pkt 19; z dnia 6 października 2009 r. w sprawie C-153/08 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-9735, pkt 37)

35 Takie ograniczenie musi ponadto spełniać warunki wynikające z orzecznictwa Trybunału w zakresie jego proporcjonalności i może być uznane za właściwe do zapewnienia realizacji wskazanego celu, tylko jeśli jego osiągnięcie jest rzeczywistym przedmiotem troski tego ustawodawstwa w sposób spójny i systematyczny (zob. podobnie wyrok z dnia 8 września 2009 r. w sprawie C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International Zb.Orz. s. I-7633, pkt 59-61).

36 Rząd austriacki podnosi, że celem obowiązku posiadaczy koncesji na prowadzenie ośrodków gier dotyczącego posiadania siedziby na terytorium krajowym jest umożliwienie skutecznej kontroli podmiotów działających w sektorze gier losowych w celu zapobiegania prowadzeniu tej działalności w celach przestępczych lub w celu dokonywania oszustw. Obowiązek ten umożliwia w szczególności wykonywanie pewnej kontroli decyzji przyjmowanych przez organy spółki ze względu na obecność przedstawicieli państwa w organach takich jak rada nadzorcza.

- 37 Bez konieczności ustalania, czy cel ten może być objęty pojęciem porządku publicznego, wystarczy stwierdzić w tym zakresie, iż bezwzględne wykluczenie podmiotów mających siedzibę w innym państwie członkowskim jest nieproporcjonalne, gdyż wykracza poza to, co niezbędne do zwalczania przestępczości. Istnieją bowiem różne środki służące kontroli działalności i księgowości tych podmiotów (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. s. I-13031, pkt 74; z dnia 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 Placanica i in., Zb.Orz. s. I-1891, pkt 62 a także ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 39).
- 38 Można przytoczyć tu w szczególności możliwość wymagania prowadzenia dla każdego ośrodka gier tego samego podmiotu oddzielnej księgowości sprawdzanej przez zewnętrznego księgowego, możliwość wymagania, aby organy posiadaczy koncesji systematycznie powiadamiały o swych decyzjach oraz możliwość zbierania informacji dotyczących członków jego zarządu lub głównych akcjonariuszy. Jak ponadto zaznaczył rzecznik generalny w pkt 60 opinii można dokonywać kontroli każdego przedsiębiorstwa z siedzibą w innym państwie członkowskim i można na nie nakładać kary niezależnie od miejsca zamieszkania członków jego zarządu.
- 39 Ponadto nic nie sprzeciwia się temu, by w odniesieniu do omawianej działalności, a mianowicie prowadzenia ośrodków gier położonych na terytorium Austrii, w pomieszczeniach tych ośrodków przeprowadzane były kontrole w szczególności w celu uniknięcia popełniania przez podmioty oszustw na niekorzyść konsumentów.
- 40 Na pierwsze pytanie należy w konsekwencji odpowiedzieć, że art. 43 WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on uregulowaniu państwa członkowskiego, które zastrzega prowadzenie gier losowych w ośrodkach gier wyłącznie dla podmiotów z siedzibą na terytorium tego państwa członkowskiego.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 41 Chociaż trzecie pytanie dotyczy zgodnie z samym jego brzmieniem dyskryminujących warunków stosowanych na mocy ustawodawstwa krajowego do przetargów w sprawie udzielenia koncesji na prowadzenie ośrodków gier w Austrii, w świetle dostarczonych przez rząd austriacki informacji bezsporne jest, iż w celu udzielenia spółce Casinos Austria AG dwunastu koncesji ze skutkiem odpowiednio od dnia 1 stycznia 1998 r. i 1 stycznia 2001 r. nie zorganizowano żadnego przetargu oraz nie zapewniono przejrzystości. Tych dwanaście koncesji stanowi co więcej całość koncesji jakie przewiduje ustawodawstwo krajowe.
- 42 W konsekwencji należy rozumieć, że pytanie trzecie zmierza do rozstrzygnięcia kwestii, czy art. 43 WE i 49 WE sprzeciwiają się udzieleniu wszystkich koncesji na prowadzenie ośrodków gier na terytorium państwa członkowskiego na okres piętnastu lat, przy całkowitym braku postępowania przetargowego.
- 43 W tym kontekście wyróżnić można trzy odrębne ograniczenia, a mianowicie po pierwsze, ograniczenie liczby koncesji na prowadzenie ośrodków gier, po drugie, udzielenie koncesji o piętnastoletnim okresie ważności i po trzecie, okoliczność, że udzielenie miało miejsce przy całkowitym braku przejrzystości. Dla każdego z tych ograniczeń oddzielnie należy dokonać oceny w szczególności tego, czy jest ono właściwe dla realizacji celu lub celów wskazanych przez państwo członkowskie w danym przypadku, oraz czy nie wykracza poza to co niezbędne dla ich osiągnięcia (ww. wyrok w sprawie Placanica i in., pkt 49; wyrok z dnia 8 września 2010 r. w sprawie C-46/08 Carmen Media Group, Zb.Orz. s. I-8145, pkt 60).

- 44 Po pierwsze, jeżeli chodzi o okoliczność, iż liczba koncesji na prowadzenie ośrodków gier jest ograniczona, bezsporne jest że takie ograniczenie wywołuje przeszkody swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług (ww. wyrok w sprawie Placanica i in., pkt 50 i 51).
- 45 Niemniej jednak wydaje się, że w omawianym sektorze ograniczenia liczby koncesji a zatem i ośrodków gier do dwunastu, co zgodnie z informacjami dostarczonymi przez rząd austriacki odpowiada jednemu ośrodkowi na 750 000 mieszkańców, pozwala ze swej natury na ograniczenie okazji do gry i osiągnięcie w ten sposób uznanego w prawie Unii celu wyznaczonego w interesie ogólnym, z zastrzeżeniem sprawdzenia powyższego przez sąd krajowy (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Gambelli i in., pkt 62 i 67; w sprawie Placanica i in., pkt 53; w sprawie Carmen Media Group, pkt 84). W przypadku gdy konsumenci muszą się przemieszczać aby udać się do pomieszczeń ośrodka gier, aby móc brać udział w omawianych grach losowych, konsekwencją ograniczenia liczby tych ośrodków jest zwiększenie przeszkód w braniu udziału w takich grach.
- 46 Po drugie, jeżeli chodzi o okres ważności koncesji, z orzecznictwa Trybunału wynika, iż udzielenie koncesji o okresie ważności nawet do piętnastu lat może przeszkodzić, a wręcz uniemożliwić, wykonywanie przez podmioty znajdujące się w innych państwach członkowskich swobód zagwarantowanych przez art. 43 WE i 49 WE i stanowi tym samym ograniczenie w wykonywaniu tych swobód (zob. podobnie wyrok z dnia 9 marca 2006 r. w sprawie C-323/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-2161, pkt 44).
- 47 Jeśli chodzi o ocenę zgodności tego ograniczenia z prawem Unii, należy przypomnieć, że swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług, jako podstawowe zasady traktatu, mogą być ograniczane jedynie na mocy uregulowań uzasadnionych nadrzędnymi względami interesu ogólnego, znajdujących zastosowanie do każdej osoby lub każdego przedsiębiorstwa prowadzących działalność na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego. Ponadto aby to krajowe uregulowanie było uzasadnione, musi być odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonego celu i nie może wykraczać ponad to, co jest konieczne do jego osiągnięcia (ww. wyrok z dnia

9 marca 2006 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 48 Jest tak w niniejszym przypadku, ponieważ udzielenie koncesji o okresie ważności nawet do piętnastu lat wydaje się być uzasadnione w szczególności ze względu na konieczność, aby koncesjonariusz dysponował wystarczająco długim okresem na zamortyzowanie inwestycji, jakich wymaga utworzenie ośrodka gier, z zastrzeżeniem sprawdzenia powyższego przez sąd krajowy.
- 49 Po trzecie, jeżeli chodzi o procedurę udzielania koncesji, których dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, należy na wstępie przypomnieć, że według obecnego stanu prawa Unii umowy koncesyjne na usługi nie podlegają żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca Unii uregulował materię zamówień publicznych, niemniej jednak organy administracji publicznej zawierające takie umowy zobowiązane są do przestrzegania podstawowych zasad traktatów, zwłaszcza postanowień art. 43 WE i art. 49 WE oraz obowiązku przejrzystości (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Rec. s. I-10745, pkt 60 i 61; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Coname*, Rec. s. I-7287, pkt 16-19; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 46-48; z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall*, Zb.Orz. s. I-2815, pkt 33; z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-203/08 *Sporting Exchange*, Zb.Orz. s. I-4695, pkt 39).
- 50 Nie oznaczając konieczności przygotowania zaproszenia do składania ofert, ów ciążący na instytucji udzielającej koncesji obowiązek przejrzystości, który stosuje się gdy koncesja na usługi może zainteresować przedsiębiorstwo w innym państwie członkowskim niż państwo członkowskie w którym jest ona udzielana, wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym koncesjonariuszom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur jej udzielania (ww. wyrok w sprawie *Sporting Exchange*, pkt 40 i 41 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 51 Udzielenie koncesji przy całkowitym braku przejrzystości podmiotowi znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej stanowi bowiem przejaw odmiennego traktowania na niekorzyść podmiotów z siedzibą w innych państwach członkowskich, które nie mają żadnej rzeczywistej możliwości wyrażenia zainteresowania otrzymaniem omawianej koncesji. Takie odmierne traktowanie jest sprzeczne z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i stanowi dyskryminację pośrednią ze względu na przynależność państwową, której zabraniają art. 43 WE i 49 WE, chyba że jest uzasadniona przez obiektywne okoliczności (zob. podobnie ww. wyroki w sprawach Coname, pkt 19; Parking Brixen, pkt 50 oraz wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 ASM Brescia, Zb.Orz. s. I-5641, pkt 59 i 60).
- 52 Okoliczność, że udzielenie zezwoleń na prowadzenie ośrodków gier nie jest równoważne z umowami koncesji na usługi nie może, sama w sobie, uzasadniać naruszenia wymogów wynikających z art. 49 WE, w szczególności zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Sporting Exchange, pkt 46)
- 53 Obowiązek przejrzystości jawi się bowiem jako wstępny i bezwzględny warunek prawa państwa członkowskiego do udzielenia zezwoleń na prowadzenie ośrodków gier niezależnie od trybu wyboru tych podmiotów, bowiem skutki takiego udzielenia względem przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich, które byłyby potencjalnie zainteresowane wykonywaniem tej działalności, są takie same jak skutki umowy koncesyjnej na usługi.
- 54 Należy ponadto przypomnieć, że jeżeli w państwie członkowskim został ustanowiony system zezwoleń, mając zgodny z prawem, uznany w orzecznictwie cel, taki system zezwoleń nie może legitymizować dyskrecjonalnych decyzji władz krajowych, pozbawiających skuteczności przepisów prawa Unii, w szczególności dotyczących swobód podstawowych takich jak swobody będące przedmiotem postępowania przed sądem

krajowym (zob. w szczególności ww. wyroki: w sprawie Sporting Exchange, pkt 49; i w sprawie Caren Media Group, pkt 86).

55 Z utrwalonego orzecznictwa wynika bowiem, że aby system uprzednich zezwoleń administracyjnych był uzasadniony, nawet gdy stanowi odstępstwo od podstawowych swobód, powinien opierać się na obiektywnych, niedyskryminacyjnych i znanych wcześniej kryteriach, określających ramy uznania władz krajowych tak, by nie mógł być stosowany w sposób arbitralny. Ponadto każdej osobie, której dotyczy restrykcyjny przepis oparty na takim odstępstwie musi przysługiwać możliwość skorzystania ze skutecznej sądowej drogi odwoławczej (zob. w szczególności ww. wyroki: w sprawie Sporting Exchange, pkt 50; i w sprawie Carmen Media Group, pkt 87).

56 W postępowaniu przed sądem krajowym należy stwierdzić, że całkowity brak przejrzystości przy udzielaniu koncesji na prowadzenie ośrodków gier ze skutkiem odpowiednio od dnia 1 stycznia 1998 r. i 1 stycznia 2001 r. nie jest zgodny z art. 43 WE i art. 49 WE.

57 Rząd austriacki ogranicza się do zaznaczenia w tym zakresie, iż procedura udzielania koncesji była zgodna z obowiązującym wówczas prawem krajowym i do podniesienia, iż z orzecznictwa Trybunału nie można było wywieść w tamtym okresie żadnego wymogu przejrzystości. Rząd ten podnosi również, że podmioty spełniające warunki przewidziane w mającym zastosowanie ustawodawstwie mogły złożyć spontaniczne kandydatury do udzielenia koncesji. Żadna z tych okoliczności nie stanowi jednak uzasadnienia na zasadzie odstępstwa wyraźnie przewidzianego przez traktat lub jako nadrzędny wzgląd interesu ogólnego uznany w orzecznictwie Trybunału i mogący uzasadnić udzielenie koncesji, których dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, przy całkowitym braku przejrzystości.

- 58 Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, na pytanie trzecie należy odpowiedzieć, że obowiązek przejrzystości wynikający z art. 43 WE i 49 WE a także z zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową sprzeciwia się udzieleniu wszystkich koncesji na prowadzenie ośrodków gier na terytorium państwa członkowskiego, przy całkowitym braku postępowania przetargowego.

W przedmiocie pytania drugiego

- 59 Wobec odpowiedzi udzielonych na pytanie pierwsze i trzecie oraz okoliczności, że sąd krajowy stwierdza, jak wskazano w pkt 26 niniejszego wyroku, związek między znamionami przestępstwa zarzucanego E. Engelmannowi i kwestią czy był on zgodnie z prawem wykluczony z możliwości otrzymania koncesji, udzielenie odpowiedzi na pytanie drugie nie jest konieczne.

W przedmiocie kosztów

- 60 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuł 43 WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on uregulowaniu państwa członkowskiego, które zastrzega prowadzenie gier losowych w ośrodkach gier wyłącznie dla podmiotów z siedzibą na terytorium tego państwa członkowskiego.**

- 2) **Obowiązek przejrzystości wynikający z art. 43 WE i 49 WE a także z zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową sprzeciwia się udzieleniu wszystkich koncesji na prowadzenie ośrodków gier na terytorium państwa członkowskiego, przy całkowitym braku postępowania przetargowego.**

Podpisy