

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

YVES'A BOTA

przedstawiona w dniu 31 marca 2011 r.¹

1. Kwestia zgodności monopolu w zakresie gier hazardowych lub losowych z przewidzianymi w prawie wspólnotowym swobodami przepływu była przedmiotem, od września 2009 r., szeregu wyroków wydanych w trybie prejudycjalnym, które umożliwiły Trybunałowi uściślenie jego wcześniejszego orzecznictwa².

2. Z wyroków tych wynika przede wszystkim, że taki monopol może być zgodny ze wspomnianymi swobodami, jeśli jest on uzasadniony celami w postaci zapewnienia wysokiego poziomu ochrony porządku publicznego i ochrony konsumentów, oraz jeśli jest zorganizowany i wykonywany w sposób umożliwiający rzeczywiste osiągnięcie tych celów.

3. Z wyroków tych wynika również, że posiadaczem takiego monopolu może być nie tylko podmiot publiczny, lecz także podmiot prywatny³. W tym drugim przypadku udzielenie monopolu powinno odbywać się z poszanowaniem zasady równego

traktowania i obowiązku przejrzystości, chyba że udzielenie monopolu takiemu podmiotowi prywatnemu ma charakter wewnętrzny („in-house”)⁴.

4. W odniesieniu konkretnie do sektora gier hazardowych urządzanych za pośrednictwem internetu udzielanie monopolu zostało dodatkowo uzasadnione szczególnymi zagrożeniami, jakie związane są z tymi grami⁵.

5. Trybunał stwierdził ponadto, że państwo członkowskie nie ma obowiązku uznawać zezwolenia na urządzanie gier za pośrednictwem internetu, które zostało udzielone podmiotowi świadczącemu usługi w zakresie gier losowych za pośrednictwem internetu w innym państwie członkowskim, na którego terytorium podmiot ten ma siedzibę⁶.

6. Przedmiotem pytania prejudycjalnego Bezirksgericht Linz (Austria) w niniejszej sprawie, które wpłynęło do Trybunału pod

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Wyroki: z dnia 8 września 2009 r. w sprawie C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, Zb.Orz. s. I-7633; z dnia 3 czerwca 2010 r.; w sprawie C-203/08 Sporting Exchange, Zb.Orz. s. I-4695; w sprawie C-258/08 Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, Zb.Orz. s. I-4757; z dnia 8 września 2010 r.: w sprawie C-409/06 Winner Wetten, Zb.Orz. s. I-8015; w sprawach połączonych C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07 Stoß i in., Zb.Orz. s. I-8069; w sprawie C-46/08 Carmen Media Group, Zb.Orz. s. I-8149; a także z dnia 9 września 2010 r. w sprawie C-64/08 Engelmann, Zb.Orz. s. I-8219.

3 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Sporting Exchange, pkt 48; a także w sprawach połączonych Stoß i in., pkt 81.

4 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Sporting Exchange, pkt 59.

5 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 69–72; a także w sprawie Carmen Media Group, pkt 102, 103.

6 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 69; w sprawie Sporting Exchange, pkt 33; a także w sprawie Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, pkt 54.

koniec sierpnia 2009 r., czyli przed wydaniem wyżej wspomnianych wyroków, jest ocena zgodności ze swobodą świadczenia usług ustawodawstwa austriackiego odnoszącego się do loterii elektronicznych.

7. Na mocy tego ustawodawstwa oferowanie tego rodzaju gier osobom zamieszkałym w Austrii stanowi przedmiot monopolu, który udzielany jest na okres nieprzekraczający 15 lat podmiotowi prywatnemu spełniającemu określone warunki. Warunki te dotyczą w szczególności obowiązku prowadzenia działalności w formie spółki kapitałowej z siedzibą w Austrii oraz zakazu tworzenia oddziałów za granicą.

8. Sąd krajowy stawia szereg pytań prejudycjalnych, które mają mu pozwolić na dokonanie oceny, czy taki monopol i ustanowione w prawie krajowym warunki jego udzielania są zgodne z prawem wspólnotowym.

9. Większość z tych pytań znajduje odpowiedź w orzecznictwie, w szczególności zaś w wyrokach, które zostały wydane już po wypłynięciu postanowienia odsyłającego.

10. Niniejsza sprawa daje jednakże Trybunałowi możliwość dodatkowego doprecyzowania orzecznictwa dotyczącego obowiązku posiadania przez podmiot wykonujący monopol

siedziby na terytorium określonego państwa członkowskiego.

11. W ww. wyroku w sprawie Engemann Trybunał uznał, że tego rodzaju wymóg, któremu podlegają koncesjonariusze tradycyjnych ośrodków gier takich jak kasyna gry, jest nieproporcjonalny z punktu widzenia realizacji powoływanych przez rząd austriacki celów w postaci kontroli i ochrony porządku publicznego.

12. W niniejszej opinii zamierzam zaproponować Trybunałowi, by orzekł, że taki warunek, w szczególnym przypadku monopolu w zakresie urządzania gier za pośrednictwem internetu, może być zasadny.

13. Zamierzam przypomnieć, że system monopolu, z uwagi na jego charakter dalece ograniczający swobody przepływu, może być uzasadniony wyłącznie w przypadku, gdy jego celem jest zapewnienie wysokiego poziomu ochrony porządku publicznego i ochrony konsumentów.

14. Zamierzam również przypomnieć, że gry hazardowe oferowane za pośrednictwem internetu stanowią źródło o wiele poważniejszych zagrożeń dla porządku publicznego i konsumentów niż gry tradycyjne oraz że gry hazardowe mogą być oferowane na odległość, bez konieczności posiadania infrastruktury w państwie członkowskim świadczenia usługi, w którym państwo to samo może przeprowadzać szczegółowe kontrole. Zamierzam wskazać, że, biorąc pod uwagę obecny stan prawa wspólnotowego, nie istnieje w nim instrument współpracy umożliwiający uzyskanie przez jedno państwo członkowskie od

drugiego państwa członkowskiego, na którego terytorium podmiot świadczący usługi w zakresie gier przez internet ma siedzibę, pomocy niezbędnej do przeprowadzania takich kontroli.

15. Wyprowadzę z tego wniosek, że państwo członkowskie jest w związku z tym uprawnione do nakładania na podmiot posiadający monopol na urządzenie gier za pośrednictwem internetu na terytorium kraju obowiązku posiadania siedziby na tym terytorium do celów skutecznego przeprowadzania kontroli działalności tego podmiotu.

16. Zamierzam wreszcie stwierdzić, że państwo członkowskie nie może zakazywać podmiotowi, który posiada monopol na urządzenie gier za pośrednictwem internetu na jego terytorium, tworzenia oddziałów za granicą, jeśli nie wykaże ono, że środek taki jest uzasadniony nadrzędnymi względami interesu ogólnego oraz że jest on proporcjonalny do tych celów.

zastosowania dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym⁷.

18. Ponieważ gry hazardowe stanowią działalność gospodarczą, są one objęte zakresem zastosowania swobód przepływu, w szczególności art. 49 WE, który zakazuje ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty Europejskiej w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających przedsiębiorstwo w państwie członkowskim Wspólnoty innym niż państwo usługobiorcy.

19. Na mocy art. 55 WE i 48 WE – art. 49 WE stosuje się do usług oferowanych przez spółkę utworzoną zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mającą statutową siedzibę, zarząd lub główny zakład na terytorium Wspólnoty.

I — Ramy prawne

A — Prawo Unii

17. Do dnia dzisiejszego urządzenie gier hazardowych nie zostało uregulowane ani zharmonizowane w prawie wspólnotowym. Działalność ta została wyłączona z zakresu

B — Prawo austriackie

20. W Austrii gry losowe są regulowane przez Glücksspielgesetz (ustawę federalną o grach losowych)⁸.

⁷ — Dz.U. L 376, s. 36.

⁸ — BGBl. 620/1989, ustawa wraz ze zmianami wprowadzonymi ostatnio przez BGBl. I, 145/2006, zwana dalej „GSpG”.

21. Na mocy § 3 GSpG prawo urządzania gier losowych zasadniczo zastrzeżone jest dla rządu federalnego. Federalny minister finansów jest jednakże uprawniony do udzielania koncesji na urządzenie loterii i loterii elektronicznych osobom prywatnym.

— posiada radę nadzorczą i pokryty kapitał zakładowy w minimalnej wysokości 109 mln EUR, którego zgodne z prawem pochodzenie może zostać odpowiednio udowodnione;

22. W tym kontekście loterie elektroniczne są, na mocy § 12a GSpG, zdefiniowane jako „loterie, przy których dochodzi do zawarcia umowy gry losowej drogą elektroniczną, zaś decyzja o wygranych i przegranych jest podejmowana lub udostępniana centralnie, a uczestnik może poznać jej wynik natychmiast po udziale w grze”.

— powołuje zarząd, którego członkowie, z uwagi na swoje wykształcenie, posiadają kompetencje zawodowe, a także cechy i doświadczenie niezbędne dla prawidłowego prowadzenia działalności i przeciwko którym nie przemawiają przesłanki wykluczające wymienione w § 13 kodeksu zawodów rzemieślniczych, handlowych i przemysłowych;

23. Na mocy § 14 GSpG federalny minister finansów może udzielić koncesji na urządzenie loterii i loterii elektronicznych. Paragraf 14 ust. 2 GSpG przewiduje, że koncesja może zostać udzielona wyłącznie kandydatowi, który:

— w zależności od okoliczności (w szczególności doświadczenia, wiedzy i środków własnych) pozwala oczekiwać, że spowoduje osiągnięcie przez rząd federalny najwyższych przychodów (opłaty z tytułu uzyskania koncesji oraz podatki od zakładów wzajemnych), oraz

— prowadzi działalność w formie spółki kapitałowej mającej siedzibę w kraju;

— w przypadku którego ewentualna struktura grupy, do której przynależy właściciel lub właściciele posiadający kwalifikowany udział, nie utrudnia przeprowadzenia skutecznej kontroli koncesjonariusza.

— nie ma właścicieli (udziałowców), którzy posiadają dominujący wpływ i których wpływ nie pozwala na zagwarantowanie przestrzegania obowiązujących przepisów;

24. Zgodnie z § 14 ust. 3 zdanie pierwsze GSpG koncesja może zostać udzielona na okres nieprzekraczający 15 lat. Paragraf 14

ust. 5 zdanie pierwsze GSpG przewiduje, że w okresie trwania koncesji na prowadzenie loterii nie może być udzielona żadna inna koncesja.

25. Na mocy § 15 ust. 1 GSpG koncesjonariusz nie ma prawa tworzenia oddziałów poza terytorium Austrii. Ponadto uzyskanie przez koncesjonariusza udziałów kwalifikowanych w innych spółkach wymaga zezwolenia federalnego ministra finansów. Zgodnie z § 15a GSpG zezwolenie takie jest również wymagane w przypadku rozszerzenia działalności handlowej koncesjonariusza i może zostać udzielone wyłącznie wtedy, gdy nie zachodzi obawa obniżenia przychodów rządu federalnego pochodzących z opłat z tytułu uzyskania koncesji oraz podatków od zakładów wzajemnych.

26. Koncesjonariusz ma również obowiązek, wynikający z § 18 ust. 1 GSpG, corocznego przekazywania federalnemu ministrowi finansów informacji o tożsamości osób posiadających udziały w jego kapitale zakładowym.

27. Urządzanie gier losowych w celach zarobkowych przez osobę nieposiadającą koncesji na urządzenie takich gier podlega ściganiu karnemu na podstawie § 168 Straßengesetzbuch (austriackiego kodeksu karnego).

II — Okoliczności faktyczne sporu przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

28. J. Dickinger i F. Ömer, obywatele austriaccy, są założycielami ponadnarodowej grupy zarządzającej gry za pośrednictwem internetu pod firmą bet-at-home.com. Spółką dominującą w tej grupie jest bet-at-home.com AG, spółka prawa niemieckiego mająca siedzibę w Düsseldorfie (Niemcy), która posiada wśród swych spółek zależnych spółkę prawa austriackiego bet-at-home.com Entertainment GmbH. Spółka ta ma siedzibę w Linzu (Austria) i prowadzi działalność w zakresie usług automatycznego przetwarzania danych i technik informacyjnych. Wspomniana spółka posiada również ważne zezwolenie na prowadzenie zakładów sportowych na mocy prawa austriackiego. Spółka ta utworzyła spółkę zależną pod firmą bet-at-home.com Holding Ltd, spółkę prawa maltańskiego. Ta ostatnia spółka utworzyła z kolei trzy spółki zależne: bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd i bet-at-home.com Internationale Ltd, które są spółkami prawa maltańskiego i mają siedzibę na terytorium Malty.

29. Dwie spośród tych spółek maltańskich, a konkretnie bet-at-home.com Entertainment Ltd i bet-at-home.com Internationale Ltd, oferują gry losowe i zakłady sportowe za pośrednictwem internetu. Pierwsza z nich posiada w tym zakresie ważne zezwolenie maltańskie („Class One Remote Gaming License”) na urządzenie gier losowych online, zaś druga – ważne zezwolenie maltańskie („Class Two Remote Gaming License”) na urządzenie zakładów sportowych online. Obydwie spółki maltańskie udostępniają swoją ofertę gier losowych i zakładów

sportowych za pośrednictwem serwisu internetowego bet-at-home.com. Wspomniana strona internetowa jest dostępna w języku hiszpańskim, niemieckim, greckim, angielskim, włoskim, węgierskim, niderlandzkim, polskim, słoweńskim, tureckim i rosyjskim, lecz nie w języku maltańskim. Pod tym adresem internetowym oferowane są w szczególności gry losowe, takie jak poker, black-jack, baccarat, ruletka oraz gra na wirtualnych maszynach wrzutowych. Żadna z tych gier nie przewiduje ograniczeń wysokości stawek.

30. Prowadzenie serwisu internetowego www.bet-at-home.com zapewniane jest wyłącznie przez spółki bet-at-home.com Internet Ltd i bet-at-home.com Entertainment Ltd, które są podmiotami odpowiedzialnymi za zarządzanie gier. Uczestnicy gier zawierają odpowiednie umowy wyłącznie ze wspomnianymi spółkami maltańskimi, które posiadają zezwolenia na korzystanie z oprogramowania niezbędnego do prowadzenia serwisu udostępniającego gry.

31. Spółki bet-at-home.com Entertainment Ltd i bet-at-home.com Internationale Ltd do grudnia 2007 r. korzystały z serwera znajdującego się w Austrii, w Linzu, udostępnionego im przez spółkę bet-at-home.com Entertainment GmbH, która zapewniała również prowadzenie strony internetowej i oprogramowanie niezbędne do zarządzania gier. Do tego czasu serwis telefoniczny dla wszystkich użytkowników znajdował się w Linzu.

Faktury za dostawę wszystkich usług wsparcia były wystawiane na spółki maltańskie.

32. Ponadto obsługę bankową przelewów stawek za gry zapewniał bank austriacki z siedzibą w Linzu. Właścicielem konta była bet-at-home.com Internationale Ltd, spółka maltańska.

33. Na podstawie przytoczonych wyżej okoliczności faktycznych wszczęte zostało postępowanie karne przeciwko J. Dickingerowi i F. Ömerowi za naruszenie § 168 austriackiego kodeksu karnego, które w pierwszej instancji rozpatruje sąd krajowy.

34. W odpowiedzi na pytanie Trybunału rząd austriacki wyjaśnił, że J. Dickinger i F. Ömer są ścigani w postępowaniu przed sądem krajowym z powodu czynów niedozwolonych, których dopuścili się w ramach pełnienia funkcji w bet-at-home.com Entertainment GmbH, spółce austriackiej. Według informacji przedstawionych przez ten rząd akt oskarżenia brzmi następująco:

„J. Dickinger i F. Ömer, jako szefowie [...] bet-at-home.com Entertainment GmbH, od dnia 1 stycznia 2006 r. do chwili obecnej dopuścili się przestępstwa z tytułu art. 168 § 1 austriackiego kodeksu karnego polegającego na zarządzaniu gier losowych w celu zarobkowym, poprzez oferowanie gier za pośrednictwem internetu, w których wygrane i przegrane zależały wyłącznie lub zasadniczo od przypadku lub które są wyraźnie zakazane [...]”.

35. J. Dickinger i F. Ömer podnieśli przed Bezirksgericht Linz niezgodność uregulowań krajowych, które mają zastosowanie do gier losowych, z art. 43 WE i 49 WE.

w świetle okoliczności można przyjąć, że zapewni on rządowi federalnemu uzyskanie najwyższej kwoty podatków;

36. Bezirksgericht Linz ma zasadnicze wątpliwości co do tego, czy znajdujące w tym przypadku zastosowanie przepisy austriackiego kodeksu karnego w związku z przepisami austriackiej ustawy o grach losowych są zgodne z prawem wspólnotowym. Sąd ten postanowił więc zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) a) Czy art. 43 WE i 49 WE należy interpretować w ten sposób, że stoją one z zasady na przeszkodzie stosowaniu przepisów państwa członkowskiego, takim jak § 3 w związku z §§ 14f i nast. oraz § 21 [GSpG], zgodnie z którymi:

- zezwolenie na urządzenie loterii (np. loterii elektronicznych) może zostać udzielone na okres nieprzekraczający 15 lat wyłącznie jednemu koncesjonariuszowi działającemu w formie spółki kapitałowej z siedzibą w Austrii, któremu zabronione jest zakładanie oddziałów poza granicami Austrii, dysponującemu pokrytym kapitałem zakładowym lub nominalnym w wysokości co najmniej 109 mln EUR i jeśli

- zezwolenie na prowadzenie kasyn gry może zostać udzielone na okres nieprzekraczający 15 lat maksymalnie 12 koncesjonariuszom działającym w formie spółki akcyjnej z siedzibą w Austrii, którym zabronione jest zakładanie oddziałów poza granicami Austrii, dysponującym pokrytym kapitałem zakładowym w wysokości co najmniej 22 mln EUR i jeśli w świetle okoliczności można przyjąć, że zapewnią oni podmiotom administracji samorządowej uzyskanie najwyższej kwoty podatków?

Pytania te powstały konkretnie w sytuacji, w której [...] Casino Austria AG posiada wszystkie 12 zezwoleń na prowadzenie kasyn gry, które w dniu 18 grudnia 1991 r. zostały udzielone maksymalnie na 15 lat, i które zostały następnie przedłużone bez przetargu lub ogłoszenia.

- b) W razie odpowiedzi twierdzącej – czy tego rodzaju przepisy mogą zostać uzasadnione względami

interesu ogólnego polegającymi na ograniczeniu działalności w dziedzinie zakładów, gdy posiadacze zezwoleń działający w strukturze właściwie monopolistycznej sami prowadzą ekspansywną politykę w dziedzinie gier losowych poprzez znaczące nakłady związane z reklamą?

- c) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy przy badaniu proporcjonalności tego rodzaju przepisów, których celem jest zapobieganie przestępstwom poprzez poddanie podmiotów gospodarczych prowadzących działalność w tym zakresie kontroli i uporządkowanie w ten sposób działalności w dziedzinie gier losowych podlegającej tej kontroli, sąd krajowy powinien wziąć pod uwagę, że przepisy te obejmują również podmioty świadczące usługi transgraniczne, które w państwie członkowskim swej siedziby i tak podlegają rygorystycznym wymogom i kontrolom związanym z ich zezwoleniem?
- 2) Czy swobody podstawowe traktatu WE, w szczególności swobodne świadczenie usług na podstawie art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że niezależnie od faktu, że stanowienie przepisów w dziedzinie prawa karnego leży zasadniczo w kompetencji państw członkowskich, przepis karny państwa członkowskiego powinien być jednak oceniany w świetle prawa wspólnotowego, jeśli może on uniemożliwić lub ograniczyć wykonywanie jednej ze swobód podstawowych?
- 3) a) Czy art. 49 WE w związku z art. 10 WE należy interpretować w ten sposób, że kontrole przeprowadzone w państwie członkowskim siedziby usługodawcy i złożone tam zabezpieczenia powinny zostać uwzględnione w państwie wykonania usługi zgodnie z zasadą wzajemnego zaufania?
- b) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy art. 49 WE należy ponadto interpretować w ten sposób, że w przypadku ograniczenia swobody świadczenia usług ze względu na interes publiczny należy zbadać, czy ten interes publiczny nie został już w wystarczającej mierze uwzględniony poprzez przepisy prawne, kontrole i weryfikacje, którym usługodawca podlega w państwie, w którym ma siedzibę?
- c) W razie odpowiedzi twierdzącej – czy przy badaniu proporcjonalności przepisu prawa krajowego zabraniającego pod groźbą kary transgranicznego świadczenia usług z zakresu gier losowych bez zezwolenia krajowego, należy wziąć pod uwagę, że interesy natury reglamentacyjnej powołane przez państwo wykonania usługi dla celów uzasadnienia ograniczenia swobody podstawowej zostały już w wystarczającej mierze uwzględnione w państwie siedziby

poprzez rygorystyczną procedurę udzielania zezwoleń i nadzoru?

- d) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy przy badaniu proporcjonalności takiego ograniczenia sąd krajowy powinien wziąć pod uwagę, że właściwe przepisy w państwie, w którym usługodawca ma siedzibę, są nawet bardziej rygorystyczne od odpowiednich przepisów w państwie wykonania usługi?
- e) Czy w przypadku ustanowionego z reglamentacyjnych względów związanych z ochroną graczy i zwalczania przestępczości, sankcjonowanego karnie zakazu urządzania gier losowych zasada proporcjonalności wymaga ponadto, aby sąd krajowy dokonał rozróżnienia między usługodawcami oferującymi udział w grach losowych bez jakiegokolwiek zezwolenia, a usługodawcami mającymi siedzibę w innych państwach członkowskich [Unii], posiadającymi tam zezwolenia i wykonującymi działalność z powołaniem się na swobodę świadczenia usług?
- f) Czy przy badaniu proporcjonalności przepisu prawa krajowego zabraniającego pod groźbą kary transgranicznego świadczenia usług z zakresu gier losowych bez krajowego zezwolenia lub zgody, należy wziąć pod uwagę, że usługodawca w dziedzinie gier losowych posiadający zgodnie

z prawem zezwolenie w innym państwie członkowskim nie miał możliwości uzyskania zezwolenia krajowego ze względu na obiektywne, pośrednio dyskryminujące ograniczenia dostępu, a procedura udzielania zezwoleń i nadzoru w państwie siedziby wykazuje poziom ochrony przynajmniej porównywalny z poziomem krajowym?

- 4) a) Czy art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że tymczasowy charakter świadczenia usług wyklucza dla usługodawcy możliwość utworzenia w przyjmującym państwie członkowskim określonej infrastruktury (jak np. serwera) bez uznania go za mającego siedzibę w tym państwie członkowskim?
- b) Czy art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że skierowany do krajowych podmiotów świadczących pomoc techniczną zakaz ułatwiania wykonywania usługi przez usługodawcę mającego siedzibę w innym państwie członkowskim stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług również wówczas, gdy podmioty świadczące pomoc techniczną mają siedzibę w tym samym państwie członkowskim co część odbiorców usługi?'

III — Moja analiza

37. Na wstępie należy stwierdzić, że pytania postawione przez sąd krajowy w części wykraczają poza ramy rozpatrywanego przez ten sąd sporu i dotyczą kwestii, które są w oczywisty sposób bezużyteczne dla jego rozstrzygnięcia. Jest tak w szczególności w przypadku pytania pierwszego lit. a) tiret drugie, dotyczącego systemu koncesji przewidzianego przez ustawodawstwo austriackie w zakresie prowadzenia kasyn gry.

38. Jak wynika z postanowienia odsyłającego i co znajduje potwierdzenie zarówno w aktach sprawy, jak i w wyjaśnieniach rządu austriackiego udzielonych w odpowiedzi na pytania Trybunału, obydwie osoby, przeciwko którym prowadzone jest postępowanie przed sądem krajowym, są ścigane za oferowanie gier hazardowych za pośrednictwem internetu, co narusza ustawodawstwo austriackie. Spór przed sądem krajowym w żaden sposób nie dotyczy kwestii prowadzenia kasyn gry w Austrii.

39. Proponuję zatem, by Trybunał rozpatrzył postawione pytania wyłącznie w zakresie, w jakim dotyczą one oferowania gier za pośrednictwem internetu.

40. Szereg pytań sądu krajowego zawiera się według mnie w czterech pytaniach, które moim zdaniem należy rozpatrzeć w następującej kolejności.

41. I tak sąd krajowy pyta, po pierwsze, czy przepisy ustawodawstwa państwa członkowskiego, które przewidują sankcje karne za wszelkie naruszenia monopolu na urządzenie gier hazardowych za pośrednictwem internetu, muszą być zgodne ze swobodami przepływu, w szczególności zaś z art. 49 WE, w sytuacji gdy prawo karne należy do kompetencji państw członkowskich (pytanie drugie).

42. Sąd krajowy chciałby, po drugie, dowiedzieć się, czy art. 49 WE ma znaczenie w niniejszej sprawie, w sytuacji gdy, z jednej strony, spółki maltańskie korzystają ze sprzętu, takiego jak serwer znajdujący się w Austrii, oraz z drugiej strony, spółka, która dostarcza ten sprzęt, ma siedzibę na terytorium Austrii [pytanie czwarte lit. a) i b)].

43. Sąd krajowy chciałby, po trzecie, dowiedzieć się, czy monopol na prowadzenie gier przewidziany przez prawo krajowe i warunki udzielania tego monopolu są zgodne z art. 49 WE, w szczególności w świetle wymogów i kontroli, którym podlegają spółki maltańskie w swoim państwie [pytanie pierwsze lit. a) tiret pierwsze i lit. c), a także pytanie trzecie lit. od a) do f)].

44. Po czwarte, sąd krajowy pyta, czy omawiane ustawodawstwo należy uznać za uzasadnione, w sytuacji gdy posiadacz monopolu prowadzi ekspansywną politykę poprzez znaczące nakłady związane z reklamą [pytanie pierwsze lit. b)].

A — *Ramy kompetencji państw członkowskich w dziedzinie prawa karnego*

45. Sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy uregulowanie państwa członkowskiego, które przewiduje sankcje karne za wszelkie naruszenia monopolu na urządzenie gier hazardowych, takiego jak monopol na urządzenie loterii elektronicznych przewidziany przez prawo austriackie, musi być zgodne ze swobodami przepływu, w szczególności zaś z art. 49 WE, w sytuacji gdy prawo karne należy do kompetencji państw członkowskich.

46. Prawdą jest, że w chwili wystąpienia okoliczności faktycznych sprawy przed sądem krajowym kwestie związane z prawem karnym wchodziły w zakres kompetencji zastrzeżonej dla państw członkowskich. W dużym stopniu jest tak nadal pomimo zmian wprowadzonych przez traktat z Lizbony. Z utrwalonego orzecznictwa wynika jednak, że każde z państw członkowskich musi wykonywać zastrzeżone dla siebie kompetencje z poszanowaniem podjętych zobowiązań traktatowych, w szczególności zaś tych, które dotyczą swobód przepływu⁹.

47. Przepis prawa państwa członkowskiego nie może zatem znajdować się poza zakresem zastosowania swobód przepływu i tym samym nie może być zwolniony z wymogu

zgodności z tymi swobodami z tego tylko powodu, że należy do prawa karnego tego państwa¹⁰.

48. Wspomniany wymóg zgodności w odniesieniu do przepisów karnych, których celem jest, jak w niniejszej sprawie, zapewnienie przestrzegania monopolu na urządzenie gier hazardowych ustanowionego z uwagi na względy interesu ogólnego, należy rozumieć następująco: W przypadku uznania, że monopol ten jest zgodny z prawem wspólnotowym, sankcje karne mające na celu zapewnienie jego przestrzegania co do zasady również będą z nim zgodne, chyba że godzą one w inne normy prawa wspólnotowego, takie jak prawa podstawowe.

49. W odwrotnym przypadku, jeśli okaże się, że wspomniany monopol jest niezgodny ze swobodą przepływu, należy uznać, iż przepisy karne mające na celu zapewnienie jego przestrzegania nie mają zastosowania. Z utrwalonego orzecznictwa wynika bowiem, że państwa członkowskie nie mogą stosować sankcji karnych w razie uchybienia formalnościom administracyjnym, gdy dopełnienie tych formalności spotkało się z odmową lub zostało uniemożliwione przez dane państwo członkowskie z naruszeniem prawa wspólnotowego¹¹.

50. Proponuję zatem, by na rozpatrywane pytanie odpowiedzieć w ten sposób, że uregulowanie państwa członkowskiego,

⁹ — Zobacz np. w dziedzinie podatków bezpośrednich wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-101/05 A, Zb.Orz. s. I-11531, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo; w odniesieniu do kompetencji państw członkowskich w zakresie organizacji systemów zabezpieczenia społecznego wyrok z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-158/96 Kohll, Rec. s. I-1931, pkt 15, 16, 21; zaś w dziedzinie ochrony zdrowia wyrok z dnia 16 maja 2006 r. w sprawie C-372/04 Watts, Zb.Orz. s. I-4325, pkt 92.

¹⁰ — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 2 lutego 1989 r. w sprawie 186/87 Cowan, Rec. s. 195, pkt 19.

¹¹ — Wyrok z dnia 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 Placania i in., Zb.Orz. s. I-1891, pkt 69.

które przewiduje sankcje karne za wszelkie naruszenia monopolu na urządzenie gier hazardowych, takiego jak monopol na zarządzanie loterii elektronicznych przewidziany przez prawo austriackie, musi być zgodne ze swobodami przepływu, w szczególności zaś z art. 49 WE, niezależnie od tego, że prawo karne należy do kompetencji państw członkowskich.

państwa członkowskiego, które zakazuje usługodawcom mającym siedzibę na terytorium kraju dostarczania spółkom mającym siedzibę w innym państwie członkowskim urządzeń, za pomocą których oferowane są gry hazardowe za pośrednictwem internetu osobom zamieszkałym na jego terytorium, stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług.

B — *Znaczenie art. 49 WE w niniejszej sprawie*

51. Sąd krajowy ma wątpliwości, czy wniesiony do niego spór jest objęty zakresem zastosowania art. 49 WE.

52. W związku z tym sąd ten zmierza w istocie do ustalenia, i wyraża to w pytaniu czwartym lit. a), czy art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że zarządzanie gier za pośrednictwem internetu przez podmiot mający siedzibę w innym państwie członkowskim niż państwo odbiorcy usługi może zostać uznane za mające charakter tymczasowy i tym samym objęte jest zakresem zastosowania tego artykułu, w sytuacji gdy podmiot ten korzysta z urządzeń komunikacyjnych, takich jak serwer i centrala telefoniczna, które znajdują się w państwie członkowskim odbiorcy usługi, i które są dostarczane przez przedsiębiorstwo trzecie.

53. Sąd ten zapytuje następnie, w pytaniu czwartym lit. b), czy art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że uregulowanie

1. Konsekwencja korzystania z urządzeń komunikacyjnych znajdujących się w państwie członkowskim odbiorcy usługi

54. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem oferowanie przez podmiot mający siedzibę w państwie członkowskim gier za pośrednictwem internetu konsumentom zamieszkałym w innym państwie członkowskim stanowi świadczenie usług w rozumieniu art. 49 WE¹². Orzecznictwo to wynika z innego orzecznictwa, zgodnie z którym oferowanie usługi za pośrednictwem urządzeń komunikacyjnych usługobiorcom znajdującym się w państwie członkowskim innym niż państwo usługodawcy i świadczonych przez niego bez przemieszczania się do tego innego państwa członkowskiego należy uznawać za świadczenie usług¹³.

55. Sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy okoliczność, że przedsiębiorstwa maltańskie, które oferują gry za pośrednictwem internetu konsumentom zamieszkałym w Austrii,

12 — Wyrok z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. s. I-13031, pkt 54; a także ww. wyrok w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 46.

13 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 10 maja 1995 r. w sprawie C-384/93 Alpine Investments, Rec. s. I-1141, pkt 22.

wykorzystują urządzenia, takie jak serwer i telefoniczny serwis obsługi klientów, które są dostarczane przez spółkę mającą siedzibę na terytorium austriackim, oznacza, iż działalność prowadzona przez te przedsiębiorstwa na tym terytorium ma charakter ustabilizowany i trwały, co prowadzi do tego, że do spółek tych nie odnosi się już art. 49 WE, lecz przepisy traktatu dotyczące swobody przedsiębiorczości.

informacji przedstawionych przez sąd krajowy, moim zdaniem należy na nie odpowiedzieć w sposób negatywny. Okoliczność, że podmiot świadczący usługi w zakresie gier on-line korzysta z urządzeń komunikacyjnych dostarczanych mu przez przedsiębiorstwo trzecie, mające siedzibę w państwie członkowskim odbiorcy usługi, sama w sobie nie ma moim zdaniem charakteru, który pozwalałby na stwierdzenie, że podmiot ten posiada w tym państwie stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej porównywalne z agencją.

56. Sąd krajowy nie podaje, dlaczego pytanie to jest dla niego ważne. Moim zdaniem nie ma ono istotnego znaczenia. Nawet gdyby uznać bowiem, że spółki maltańskie mają stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej w Austrii i prowadzą tam działalność w rozumieniu postanowień traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości, badanie zgodności uregulowania austriackiego w świetle tych przepisów, a nie w świetle swobody świadczenia usług, nie prowadziłoby do odmiennych wniosków¹⁴. W obu tych przypadkach uregulowanie to byłoby analizowane jako ograniczenie wykonywania mającej zastosowanie swobody przepływu, zaś ocena jego zgodności z prawem wspólnotowym, mając na uwadze uzasadnienia wysuwane przez rząd austriacki, prowadziłyby do tego samego wniosku.

58. Sytuacja ta różni się według mnie od tej, którą Trybunał rozpoznawał w ww. wyroku w sprawie Gambelli i in. W wyroku tym Trybunał uznał, że Stanley International Betting Ltd, spółka prawa brytyjskiego, wykonywała we Włoszech prawo do swobody przedsiębiorczości, ponieważ zawarła umowy handlowe z włoskimi podmiotami lub pośrednikami, na mocy których gromadzili oni i rejestrowali zakłady wzajemne zawierane przez konsumentów włoskich, po czym przekazywali je wspomnianej spółce.

59. Trybunał wywnioskował z tego, że Stanley International Betting Ltd prowadziła działalność związaną z przyjmowaniem zakładów wzajemnych za pośrednictwem organizacji złożonej z agencji¹⁵.

57. Ponieważ na rozpatrywane pytanie należy jednak udzielić odpowiedzi w świetle

60. W analizowanym przypadku z akt sprawy nie wynika, by spółki maltańskie zawarły umowy handlowe z dostarczającą jej urządzenia spółką austriacką, których skutkiem

14 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 59. Zobacz także ww. wyrok w sprawach połączonych Stoß i in.

15 — Punkt 46 tego wyroku.

byłoby upoważnienie tej ostatniej do stałego działania na ich rachunek, tak jakby czyniła to agencja, zgodnie z kryteriami ustanowionymi przez Trybunał w wyroku z dnia 4 grudnia 1986 r. w sprawie Komisja przeciwko Niemcom¹⁶, które zostały powtórzone w ww. wyrokach w sprawie Winner Wetten¹⁷ i w sprawach połączonych Stoß i in.¹⁸

61. Ponadto korzystanie przez podmiot gospodarczy z serwera, który fizycznie znajduje się w państwie członkowskim, nie oznacza, że podmiot ten prowadzi w tym państwie działalność gospodarczą. Chociaż dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym)¹⁹ wyłącza gry on-line ze swojego zakresu zastosowania²⁰, warto podkreślić, że zgodnie z motywem 19 tej dyrektywy miejscem siedziby przedsiębiorstwa świadczącego usługi za pośrednictwem witryny internetowej nie jest miejsce, gdzie znajdują się środki techniczne obsługujące jego witrynę ani miejsce, z którego witryna jest dostępna, lecz miejsce, gdzie wykonuje ono działalność gospodarczą.

62. W świetle powyższych rozważań na rozpatrywane pytanie trzeba moim zdaniem udzielić odpowiedzi, zgodnie z którą art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, iż okoliczność, że podmiot świadczący usługi w zakresie gier za pośrednictwem internetu wykorzystuje urządzenia komunikacyjne, takie jak serwer lub centrala telefoniczna, znajdujące się w państwie członkowskim odbiorcy usługi, które są dostarczane przez przedsiębiorstwo trzecie, sama w sobie nie wyklucza zastosowania postanowień traktatu dotyczących swobodnego świadczenia usług.

63. Mimo to szczególny kontekst faktyczny sprawy przed sądem krajowym sprawia, że konieczne jest według mnie uzupełnienie tej odpowiedzi. Mam bowiem świadomość, że dwie spółki maltańskie, które oferują gry hazardowe za pośrednictwem internetu konsumentom austriackim, wykorzystując do tego serwer oraz usługę serwisu telefonicznego dostarczane przez spółkę prawa austriackiego, to jest bet-at-home.com Entertainment GmbH, są spółkami pośrednio zależnymi lub „spółkami wnuczkami” tej spółki. Są one bowiem spółkami zależnymi bet-at-home.com Holding Ltd, spółki prawa maltańskiego, która sama jest spółką zależną spółki austriackiej.

64. Jak słusznie zauważyły rząd austriacki i Komisja Europejska, art. 49 WE nie mógłby mieć zastosowania w niniejszej sprawie, w sytuacji gdyby stwierdzono, że wspomniane maltańskie spółki zależne mają całkowicie sztuczny charakter, co wskazywałoby, że zostały one utworzone jedynie po to, by

16 — Sprawa 205/84, Rec. s. 3755, pkt 21.

17 — Punkt 46.

18 — Punkt 59.

19 — Dz.U. L 178, s. 1.

20 — Artykuł 1 ust. 5 lit. d) tiret ostatnie dyrektywy w sprawie handlu elektronicznego.

umożliwić austriackiej spółce dominującej obejście zakazu urządzania gier on-line w Austrii²¹.

w okolicznościach niniejszej sprawy maltańskie spółki zależne mają całkowicie sztuczny charakter i służą austriackiej spółce dominującej do obejścia zakazu urządzania gier on-line w Austrii.

65. Byłoby tak, gdyby wspomniane spółki zależne całkowicie nie miały realnego bytu gospodarczego. Jak przypomniał Trybunał w wyroku z dnia 12 września 2006 r. w sprawie Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas²², pojęcie „przedsiębiorczości” w rozumieniu postanowień traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości zakłada faktyczne wykonywanie działalności gospodarczej poprzez stały zakład w przyjmującym państwie na czas nieokreślony. Zakłada ono zatem rzeczywiste utworzenie spółki w przyjmującym państwie członkowskim i faktyczne wykonywanie w nim działalności gospodarczej²³.

2. Znaczenie posiadania przez ścigane osoby przedsiębiorstwa w Austrii

68. W pytaniu czwartym lit. b) sąd krajowy zapytuje, czy w niniejszej sprawie zastosowanie ma art. 49 WE, zważywszy, że krajowy akt oskarżenia skierowany jest przeciwko osobom kierującym spółką, która sama ma siedzibę w państwie członkowskim usługobiorcy.

66. Wspomniane rzeczywiste utworzenie musi być możliwe do sprawdzenia na podstawie obiektywnych informacji, takich jak stopień fizycznej obecności spółki, na co wpływa posiadanie przez nią lokalu, personelu i wyposażenia²⁴.

69. Odpowiedź na to pytanie nie powinna nastroczać trudności. Artykuł 49 WE ma w okolicznościach niniejszej sprawy „dwojaki zastosowanie”.

67. Z tego powodu proponuję, by Trybunał uzupełnił powyższą odpowiedź stwierdzeniem, że art. 49 WE nie należy powoływać w sytuacji, gdyby stwierdzono, że

70. Z jednej strony ustawodawstwo krajowe, takie jak sporne uregulowanie austriackie, którego skutkiem jest uniemożliwienie spółce mającej siedzibę w Austrii dostarczania podmiotom oferującym gry on-line mającym siedzibę w innym państwie członkowskim urządzeń, za pomocą których podmioty te oferują gry konsumentom austriackim, ogranicza bowiem prawo tej spółki austriackiej do świadczenia własnych usług wsparcia na rzecz tych

21 — Wyrok z dnia 12 maja 1998 r. w sprawie C-367/96 Kefalas i in., Rec. s. I-2843, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo.

22 — Sprawa C-196/04, Zb.Orz. s. I-7995.

23 — Punkt 54.

24 — Punkt 67.

podmiotów. Tym samym ustawodawstwo to stanowi ograniczenie swobodnego świadczenia usług przez spółkę pośredniczącą²⁵.

71. Z drugiej zaś strony nałożony przez państwo członkowskie na rezydentów i obywateli sankcją karną zakaz działania w charakterze podmiotu pośredniczącego na rzecz podmiotu mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, w celu uniemożliwienia temu podmiotowi świadczenia usług na terytorium państwa członkowskiego, które wprowadziło zakaz, również stanowi ograniczenie w rozumieniu art. 49 WE. Skutkiem takiego zakazu jest bowiem ograniczenie możliwości oferowania przez zainteresowany podmiot usług w państwie członkowskim innym niż to, w którym podmiot ten ma siedzibę, oraz dostępu do tych usług dla konsumentów zamieszkałych w tym państwie²⁶.

72. W związku z tym proponuję, by na rozpatrywane pytanie odpowiedzieć, że art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, iż uregulowanie państwa członkowskiego, które zakazuje podmiotom mającym siedzibę na terytorium kraju dostarczania spółkom mającym siedzibę w innym państwie członkowskim urzędzeń, za pomocą których spółki te oferują osobom zamieszkałym na jego terytorium gry za pośrednictwem internetu, stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług w rozumieniu tego artykułu.

25 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 58.

26 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 21 października 1999 r. w sprawie C-67/98 Zenatti, Rec. s. I-7289, pkt 24; a także ww. wyrok w sprawach połączonych Stoß i in., pkt 57.

C — Uzasadnienie monopolu i wymogi nałożone na jego posiadacza

73. Zgodność postępowania karnego będącego przedmiotem sprawy przed sądem krajowym z prawem wspólnotowym zależy, jak już wspomniałem, od zgodności z tym prawem samego monopolu, którego przestrzeganie wspomniane postępowanie ma zagwarantować. Sąd krajowy stawia szereg pytań, które mają mu umożliwić dokonanie oceny zgodności tego monopolu.

74. W pytaniu pierwszym lit. a) sąd krajowy dąży do ustalenia, czy art. 49 WE stoi na przeszkodzie monopolowi na zarządzanie loterii za pośrednictwem internetu oraz warunkom udzielania tego monopolu przewidzianym w ustawodawstwie krajowym. W pytaniu pierwszym lit. c) i pytaniu trzecim lit. od a) do f) sąd krajowy zapytuje, czy i ewentualnie w jakim zakresie należy w ramach oceny proporcjonalności tego uregulowania uwzględnić okoliczność, że podmioty oferujące gry on-line mające siedzibę w innym państwie członkowskim podlegają w tym państwie określonym wymogom i kontrolom.

75. Proponuję, by Trybunał rozpatrzył te pytania łącznie. Pytania sądu krajowego dotyczące istnienia i ewentualnie zakresu obowiązków wzajemnego uznawania wymogów i kontroli, którym podlegają spółki maltańskie na Malcie, podważają bowiem legalność

ustanowienia spornego monopolu, a także, w pewnym zakresie, legalność wymogu, zgodnie z którym posiadająca taki monopol spółka powinna mieć siedzibę w Austrii.

76. Wspomniane pytania sądu krajowego można w związku z tym rozumieć w ten sposób, że sąd ten dąży w istocie do ustalenia, czy art. 49 WE stoi na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego, zgodnie z którym urządzenie loterii za pośrednictwem internetu jest zastrzeżone dla jednego koncesjonariusza, któremu koncesja udzielona została na okres nieprzekraczający 15 lat oraz który musi prowadzić działalność w formie spółki kapitałowej dysponującej pokrytym kapitałem zakładowym lub nominalnym w wysokości co najmniej 109 mln EUR, z siedzibą w tym państwie, i nie może tworzyć oddziałów za granicą.

77. Odpowiedź na to pytanie zakłada zbadanie kolejno poszczególnych ograniczeń wynikających z uregulowania austriackiego, a konkretnie istnienia monopolu, okresu jego ważności, formy prawnej spółki posiadającej ten monopol oraz wysokości jej kapitału, wymogu posiadania siedziby na terytorium kraju oraz wreszcie zakazu tworzenia oddziałów za granicą.

78. Przed przeprowadzeniem tego badania należy przypomnieć określone w orzecznictwie zasady, według których badanie to powinno się odbywać.

79. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem państwa członkowskie mają prawo wprowadzać ograniczenia dotyczące urządzania gier hazardowych na swoim terytorium. Gry hazardowe stanowią bowiem działalność gospodarczą, która obiektywnie może mieć dalece szkodliwe konsekwencje zarówno dla społeczeństwa – z powodu niebezpieczeństwa zubożenia graczy, do którego może prowadzić ich nadmierne praktykowanie – jak i dla ogólnie rozumianego porządku publicznego, mając w szczególności na uwadze wysokie przychody, które działalność ta generuje.

80. Swoboda świadczenia usług w zakresie gier hazardowych może zatem stanowić przedmiot ograniczeń uzasadnionych, zgodnie z art. 46 ust. 1 WE, względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, lub też nadrzędnymi względami interesu ogólnego, takimi jak przeciwdziałanie oszustwom i ochrona konsumentów przed nakłanianiem ich do nadmiernych wydatków związanych z hazardem²⁷.

81. Wobec braku harmonizacji wspólnotowej oraz ze względu na znaczne rozbieżności występujące pomiędzy państwami członkowskimi w zakresie wartości moralnych, religijnych i kulturalnych, do każdego państwa członkowskiego z osobna należy dokonanie oceny, według własnej skali wartości, wymogów związanych z ochroną danych interesów²⁸.

27 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 56.

28 — Ibidem, pkt 57 i przytoczone tam orzecznictwo.

82. Ważne jest jednak, by ograniczenia swobód przepływu wprowadzone w celu ochrony tych interesów odpowiadały kryteriom celowości i proporcjonalności. Ograniczenia te powinny być także właściwe dla zapewnienia realizacji wskazanego celu lub celów, co zakłada ich spójność i systematyczność, a także proporcjonalność²⁹.

83. W ramach oceny konieczności i proporcjonalności ustanowionych w danym państwie członkowskim przepisów przyjmuje się, że sama okoliczność, iż państwo to wybiera odmienny system ochrony niż inne państwo członkowskie, nie może mieć żadnego wpływu na tę ocenę, mając na uwadze brak harmonizacji danej dziedziny i zakres uznania wyżej wspomnianych państw członkowskich. Przepisy te powinny być oceniane jedynie pod kątem celów, do których realizacji zmierzają właściwe organy zainteresowanego państwa członkowskiego i pod kątem poziomu ochrony, który władze te zechcą zapewnić³⁰.

84. W niniejszym przypadku z akt sprawy wynika, że sporne uregulowanie austriackie zostało wprowadzone w celu przeciwdziałania przestępczości i zapewnienia ochrony konsumentów. Zdaniem rządu austriackiego celem tego uregulowania jest przeciwdziałanie praniu pieniędzy, oszustwom, a także zwalczanie przestępczości. Uregulowanie to zmierza również do zapewnienia

odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa związanego z wypłatą wygranych oraz do ochrony graczy przed nadmiernymi wydatkami związanymi z hazardem.

85. Zgodnie z wyżej wymienionymi zasadami to w świetle tych celów należy zbadać, czy ograniczenia zawarte w uregulowaniu austriackim, omawiane przez sąd krajowy, można uznać za uzasadnione. Rozpatrzę je kolejno.

1. Ustanowienie monopolu na urządzenie loterii za pośrednictwem internetu

86. Jak już wspomniałem na wstępie niniejszej opinii, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że monopol na urządzenie gier hazardowych może być zgodny z prawem wspólnotowym, jeśli jego celem jest zapewnienie wysokiego poziomu ochrony porządku publicznego i ochrony konsumentów.

87. Trybunał uznał, że organy władzy publicznej państwa członkowskiego mają prawo uważać, iż przyznanie praw wyłącznych podmiotowi publicznemu, którego zarząd podlega bezpośredniemu nadzorowi państwa, lub podmiotowi prywatnemu, nad którego działalnością są one w stanie wykonywać ścisłą kontrolę, może zapewnić im lepsze gwarancje

29 — Ibidem, pkt 60, 61.

30 — Ibidem, pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo.

skuteczności przy wdrażaniu ich polityki ochrony porządku publicznego i ochrony konsumentów, niż w przypadku wykonywania tej działalności przez konkurujące podmioty prywatne, nawet gdyby podmioty te objęte były systemem zezwoleń i podlegały systemowi kontroli i sankcji³¹.

88. Ustanowienie takiego monopolu może w szczególności pozwolić na bardziej skuteczne przeciwdziałanie zachętom do nadmiernych wydatków związanych z grami oraz niebezpieczeństwu uzależnienia od gier niż w przypadku systemu zezwalającego na działalność na tym rynku większej liczby usługodawców³².

89. Innymi słowy, ustanowienie monopolu pozwala na uniknięcie szkodliwych następstw wprowadzenia konkurencji między wieloma podmiotami, która prowadziłaby do rywalizacji między nimi w zakresie innowacyjności celem uczynienia ich oferty bardziej atrakcyjną i tym samym zwiększenia wydatków konsumentów związanych z hazardem³³.

90. Orzecznictwo to ma tym bardziej zastosowanie w dziedzinie urządzania gier za pośrednictwem internetu, ponieważ gry te wiążą się z dodatkowymi zagrożeniami dla porządku publicznego i konsumentów³⁴. Zagrożenia

te zostały następująco opisane w ww. wyroku w sprawie Carmen Media Group:

„102 [...] [P]onadto, z powodu braku bezpośredniego kontaktu pomiędzy konsumentem a podmiotem zarządzającym gry, gry losowe dostępne za pośrednictwem internetu wiążą się z innym i bardziej znaczącym ryzykiem w porównaniu do tradycyjnego rynku takich gier, jeżeli chodzi o ewentualne oszustwa popełnione przez podmioty prowadzące te gry wobec konsumentów (ww. wyrok w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 70).

103 Należy zauważyć, że w stosunku do tradycyjnego rynku takich gier szczególne cechy gier losowych oferowanych za pośrednictwem internetu mogą w ten sam sposób okazać się źródłem innego i bardziej znaczącego ryzyka w zakresie ochrony konsumentów, a w szczególności małoletnich i osób mających szczególne skłonności do gry lub u których mogą wystąpić takie skłonności. Ponadto wspomniany wcześniej brak bezpośredniego kontaktu między konsumentem a podmiotem prowadzącym gry, szczególna łatwość i stały dostęp do gier oferowanych za pośrednictwem internetu, a także zakres oraz potencjalnie duża częstotliwość takiej oferty o charakterze międzynarodowym w środowisku, które charakteryzuje ponadto izolacja gracza, anonimowość i brak kontroli społecznej, stanowią liczne czynniki mogące sprzyjać rozwojowi uzależnienia od

31 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawach połączonych Stoß i in., pkt 81, 82.

32 — Ibidem, pkt 81 i przytoczone tam orzecznictwo.

33 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Sporting Exchange, pkt 58.

34 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 67–70.

gier i nadmiernym wydatkom związanym z grami, jak też w rezultacie spowodować natężenie związanych z tym negatywnych skutków społecznych i moralnych, wskazywanych w utrwalonym orzecznictwie”.

z siedzibą w innych państwach członkowskich wyłącznie z uwagi na fakt istnienia takiego monopolu. Pytanie dotyczące ewentualnego istnienia obowiązku wzajemnego uznania zezwoleń wydanych w innych państwach członkowskich mogłoby okazać się istotne jedynie w przypadku, gdyby omawiane monopole uznano za niezgodne z prawem wspólnotowym³⁵.

91. Państwo członkowskie jest w związku z tym uprawnione do zastrzeżenia na rzecz podmiotu prywatnego wyłącznego prawa do urządzania gier hazardowych za pośrednictwem internetu na swoim terytorium.

92. W świetle powyższego wniosku pytania sądu krajowego dotyczące istnienia i ewentualnego zakresu spoczywającego na zainteresowanym państwie członkowskim obowiązku uwzględnienia wymogów i kontroli, którym podmioty oferujące gry za pośrednictwem internetu podlegają w państwie członkowskim swojej siedziby, są całkowicie pozbawione znaczenia.

93. Jak bardzo wyraźnie stwierdzono w ww. wyroku w sprawach połączonych Stoß i in., gdy w państwie członkowskim został ustanowiony monopol państwowy w dziedzinie gier losowych i gdy wydaje się, że środek ten spełnia różne warunki pozwalające na jego uzasadnienie w świetle zgodnych z prawem celów wyznaczonych w interesie ogólnym dopuszczanych w orzecznictwie, z założenia wykluczony jest każdy obowiązek uznania zezwoleń wydanych podmiotom prywatnym

94. Wniosek ten ma tym większe znaczenie w dziedzinie gier urządzanych za pośrednictwem internetu. Jak bowiem zauważyłem na wstępie, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w świetle trudności, jakie może napotkać państwo członkowskie przy ocenie profesjonalnych walorów i prawości podmiotów oferujących gry za pośrednictwem internetu mających siedzibę na jego terytorium, pozostałe państwa członkowskie są uprawnione do stwierdzenia, że kontrole i wymogi, którym podmioty te podlegają w państwie członkowskim siedziby, nie mogą być uznane za wystarczającą gwarancję ochrony krajowych konsumentów przed niebezpieczeństwem oszustwa i przestępczości³⁶.

95. Rząd maltański, który, o ile mi wiadomo, nie brał udziału w toczących się przed Trybunałem postępowaniach w poprzednich

35 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawach połączonych Stoß i in., pkt 109, 110.

36 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 69; w sprawie Sporting Exchange, pkt 33; a także w sprawie Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, pkt 54.

sprawach dotyczących gier hazardowych, w swoich uwagach na piśmie zakwestionował zasadność tego orzecznictwa. Rząd ten powołał się na jakość kontroli przewidzianych w jego uregulowaniach.

96. Nie wydaje mi się, by argumentacja rządu maltańskiego uzasadniała zmianę wspomnianego orzecznictwa. W związku z przyjęciem w utrwalonym orzecznictwie, że wysoki poziom ochrony konsumentów przed nakłanianiem ich do nadmiernych wydatków związanych z hazardem może stanowić uzasadnienie ustanowienia monopolu, ponowne rozpoczynanie dyskusji na ten temat, sugerowane przez rząd maltański, wydaje się bowiem nieuzasadnione.

97. Niemniej jednak, ponieważ monopol stanowi środek bardzo restrykcyjny, orzecznictwo wymaga, by miał on na celu zapewnienie szczególnie wysokiego poziomu ochrony konsumentów. Musi mu zatem towarzyszyć ustanowienie ram prawnych odpowiednich dla zagwarantowania, iż posiadacz takiego monopolu będzie w rzeczywistości w sposób spójny i systematyczny realizować tak określone cele, polegające w szczególności na ochronie konsumentów przed nakłanianiem ich do nadmiernych wydatków związanych z hazardem, a także na sprawowaniu ścisłej kontroli ze strony władz publicznych³⁷.

98. Badanie tych wymogów należy do kompetencji sądu krajowego³⁸.

37 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawach połączonych Stoß i in., pkt 83.

38 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Zenatti, pkt 37; w sprawie Gambelli i in., pkt 66; a także w sprawach połączonych Stoß i in., pkt 78.

99. Rząd austriacki podnosi w tym względzie, że zgodnie z jego uregulowaniami na posiadacza monopolu spoczywa obowiązek zapewnienia wysokich standardów ochrony graczy, takich jak określenie limitu 800 EUR na tydzień, a także ograniczeń czasowych i odnoszących się do wkładów osobistych. Z akt sprawy wynika również, że posiadacz ten przy wykonywaniu swojej działalności podlega nadzorowi austriackiego ministra finansów, który sprawuje go za pośrednictwem przedstawicieli państwowych i członka rady nadzorczej, uprawnionych do szczegółowego wglądu w zarządzanie przedsiębiorstwem, niemających jednak prawa do bezpośredniego wpływania na to zarządzanie.

100. Ocena, czy uregulowanie austriackie w istniejącej postaci i biorąc pod uwagę sposób jego wykonywania spełnia te wymogi, należy do sądu krajowego.

101. W tym względzie, mając na uwadze, że sąd krajowy wspomniał w swoich pytaniach o uregulowaniu przewidzianym w prawie krajowym dotyczącym ośrodków gier, takich jak kasyna gry, pomocne może być przedstawienie następujących wyjaśnień.

102. Według mnie na kwestię zgodności omawianego monopolu z prawem wspólnotowym nie powinno wpływać to, że prowadzenie kasyn gry zgodnie z prawem austriackim nie podlega monopolowi, lecz mającemu mniej restrykcyjny charakter systemowi koncesji i zezwoleń, ponieważ jest ono możliwe

dla 12 podmiotów. Urządzanie gier za pośrednictwem internetu oraz w kasynie gry różni się bowiem od siebie tak znacząco, w szczególności w odniesieniu do warunków, w których gracze mogą w tych grach uczestniczyć, że uzasadnia to objęcie tych pierwszych dalece bardziej restrykcyjnymi uregulowaniami³⁹.

103. Również z tego powodu uważam, że podniesiona na rozprawie okoliczność, iż limit 800 EUR na tydzień nie ma zastosowania w przypadku loterii urządzanych za pośrednictwem internetu, ponieważ nic nie stoi na przeszkodzie, by gracz, który osiągnął ten limit, brał udział w pozostałych tradycyjnych rodzajach gier w Austrii, nie podważa spójności austriackiego uregulowania dotyczącego gier on-line.

2. Okres ważności monopolu

104. Okres ważności monopolu sam w sobie może stanowić ograniczenie swobód przepływu, które jest niezależne od ograniczenia wynikającego z przyznania praw wyłącznych, gdyż okres ten determinuje czas, w którym dostęp do danego rynku jest zamknięty dla innych podmiotów.

105. W ww. wyroku w sprawie Engelmanna Trybunał orzekł, że udzielenie koncesji na prowadzenie ośrodków gier o okresie ważności nawet do 15 lat samo w sobie stanowi ograniczenie swobodnego świadczenia usług⁴⁰. Analiza ta ma tym większe znaczenie, w przypadku gdy okres 15 lat jest ponadto przewidziany na ustanowienie monopolu, który został udzielony podmiotowi prywatnemu.

106. W tym samym wyroku Trybunał uznał jednak, że udzielenie koncesji o takim okresie ważności wydaje się być uzasadnione w szczególności ze względu na konieczność zapewnienia, aby koncesjonariusz dysponował wystarczająco długim okresem na zamortyzowanie inwestycji, jakich wymaga utworzenie ośrodka gier⁴¹.

107. Uważam, że orzecznictwo to ma zastosowanie do udzielania monopolu na urządzenie gier za pośrednictwem internetu, nawet jeśli poziom inwestycji, jakich wymaga prowadzenie tego rodzaju działalności, a priori wydaje się być mniejszy niż w przypadku inwestycji wymaganych w celu prowadzenia kasyna gry.

108. Ponadto przyznanie monopolu na prowadzenie działalności, którego okres ważności jest zbyt krótki, może skłonić podmiot posiadający to wyłączne prawo do chęci maksymalizowania zysków. Z tego punktu widzenia ustanowienie monopolu na prowadzenie działalności, którego okres ważności jest wystarczająco długi, może przyczynić się do

39 — Zobacz ww. wyrok w sprawach połączonych Stoß i in., pkt 95, 96.

40 — Punkt 46.

41 — Punkt 48.

realizacji celu w postaci ochrony konsumentów przed nakłanianiem ich do nadmiernych wydatków związanych z hazardem.

3. Forma prawna i wysokość kapitału zakładowego

109. Omawiane uregulowanie austriackie przewiduje, że posiadacz monopolu na urządzenie loterii za pośrednictwem internetu musi, z jednej strony, prowadzić działalność w formie spółki kapitałowej, oraz, z drugiej strony, dysponować pokrytym kapitałem zakładowym lub nominalnym w minimalnej wysokości 109 mln EUR.

110. Pierwszy z tych wymogów uniemożliwia osobom fizycznym i przedsiębiorstwom mającym siedzibę w innym państwie członkowskim prowadzenie spornej działalności w Austrii w formie spółki innego rodzaju. Drugi wymóg skutkuje utrudnieniem utworzenia spółki kapitałowej mogącej ubiegać się o przyznanie omawianego monopolu. Każdy z tych wymogów stanowi w związku z tym ograniczenie swobody przedsiębiorczości⁴². Wymogi te mogą być jednakże uzasadnione celami zamierzonymi przez uregulowanie austriackie, jeśli okażą się one proporcjonalne do tych celów.

42 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Engelman, pkt 28.

111. Rząd austriacki twierdzi w tym zakresie, że warunek odnoszący się do formy prawnej odpowiada potrzebie narzucenia posiadaczowi monopolu transparentnej struktury przedsiębiorstwa, w celu przeciwdziałania praniu pieniędzy i oszustwom. Rząd ten podkreśla, że prawo wspólnotowe przewiduje podobny wymóg formy prawnej w dziedzinie ubezpieczeń⁴³. Co się tyczy wysokości kapitału zakładowego, rząd ten podnosi, że jest ona proporcjonalna w świetle wysokości wygranych, które posiadacz monopolu potencjalnie musi wypłacić za poszczególne gry urządzone przez internet, na które posiada zezwolenie, co może obejmować wypłatę skumulowanej puli w wysokości wielu milionów.

112. W świetle tych wyjaśnień i orzecznictwa oba omawiane wyżej wymogi, z zastrzeżeniem oceny sądu krajowego, wydają się uzasadnione i proporcjonalne.

113. Co się tyczy formy prawnej, to należy stwierdzić, że z jednej strony, w odróżnieniu

43 — Rząd austriacki powołuje art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2002/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. dotyczącej ubezpieczeń na życie (Dz.U. L 345, s. 1), art. 8 ust. 1 lit. a) pierwszej dyrektywy Rady 73/239/EWG z dnia 24 lipca 1973 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do podejmowania i prowadzenia działalności w dziedzinie ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie (Dz.U. L 228, s. 3 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 14), a także art. 5 dyrektywy 2005/68/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 listopada 2005 r. w sprawie reasekuracji oraz zmieniającej dyrektywy Rady 73/239/EWG, 92/49/EWG, a także dyrektywy 98/78/WE i 2002/83/WE (Dz.U. L 323, s. 1) w związku z załącznikiem 1 do dyrektywy 2005/68.

od ustawodawstwa omawianego w postępowaniach, które doprowadziły do wydania ww. wyroków w sprawie Gambelli i in., a także w sprawie Placanica i in., uregulowanie austriackie daje możliwość wykonywania omawianego monopolu wszystkim spółkom kapitałowym, bez żadnego rozróżnienia⁴⁴.

114. Z drugiej strony w ww. wyroku w sprawie Engelmann Trybunał stwierdził, że kontrole, jakim zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego może podlegać podmiot gospodarczy, który zamierza urządzić gry hazardowe na jego terytorium, mogą uzasadniać nałożenie na podmiot obowiązku przybrania szczególnej formy prawnej. Trybunał uściślił, że uregulowanie austriackie zastrzegające prowadzenie kasyn gry do spółek akcyjnych może być uzasadnione w świetle wymogów, którym podlega ta forma spółki, w szczególności jeśli chodzi o prowadzenie księgowości, kontrole, jakich mogą być one przedmiotem, oraz stosunki z osobami trzecimi⁴⁵.

115. Wniosek ten może mieć zastosowanie do wymogu formy spółki kapitałowej, biorąc pod uwagę obowiązki, które prawodawca wspólnotowy nakłada na spółki kapitałowe

44 — Ustawodawstwo włoskie omawiane w tych wyrokach wykluczało spółki kapitałowe notowane na rynkach regulowanych. Trybunał uznał, że tego rodzaju wyłączenie, które było motywowane transparentnością przedsiębiorstw, jest nieproporcjonalne, gdyż istnieją inne sposoby zapewniające możliwość kontroli ich księgowości i działalności (ww. wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 74).

45 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Engelmann, pkt 30.

w zakresie prowadzenia księgowości i kontroli, jakich mogą one być przedmiotem⁴⁶.

116. Wynika z tego, że wymogi nałożone przez uregulowanie austriackie, zgodnie z którymi posiadacz monopolu musi przybrać formę spółki kapitałowej i dysponować pokrytym kapitałem zakładowym lub nominalnym w minimalnej wysokości 109 mln EUR, mogą być zgodne z prawem wspólnotowym pod warunkiem zbadania ich proporcjonalności przez sąd krajowy.

4. Usytuowanie siedziby

117. Omawiane uregulowanie austriackie przewiduje, że posiadacz monopolu na prowadzenie loterii za pośrednictwem internetu musi mieć siedzibę na terytorium kraju.

118. Wymóg ten niezaprzeczalnie stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości. W ww. wyroku w sprawie Engelmann wymóg taki został uznany za środek dyskryminujący, ponieważ wprowadza on różnicę

46 — Zobacz pierwsza dyrektywa Rady 68/151/EWG z dnia 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich (Dz.U. L 65, s. 8 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 17, t. 1, s. 3) oraz czwarta dyrektywa Rady 78/660/EWG z dnia 25 lipca 1978 r. wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g) traktatu, w sprawie rocznych sprawozdań finansowych niektórych rodzajów spółek (Dz.U. L 222, s. 11 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 17, t. 1, s. 21) wraz ze zmieniającymi ją aktami.

w traktowaniu spółek, które mają siedzibę na terytorium kraju, w stosunku do spółek, których siedziba znajduje się w innym państwie członkowskim. Tego rodzaju wymóg uniemożliwia tym ostatnim urządzenie gier za pośrednictwem internetu w Austrii poprzez przedsiębiorstwo zależne, takie jak agencja lub oddział.

119. W wyroku tym Trybunał stwierdził, w odniesieniu do przepisów uregulowania austriackiego dotyczącego ośrodków gier, że wymóg, by posiadacze koncesji mieli siedzibę w Austrii, uniemożliwia spółkom mającym siedzibę w innym państwie członkowskim prowadzenie działalności w Austrii za pośrednictwem spółki zależnej. Na rozprawie rząd austriacki zauważył, że jeśli chodzi o monopol na urządzenie loterii za pośrednictwem internetu, istnieje możliwość udzielenia go spółce zależnej spółki mającej siedzibę w innym państwie członkowskim.

120. Należy zbadać, czy rozpatrywany wymóg może być uzasadniony. Jak we wspomnianym wyroku stwierdził Trybunał, z uwagi na dyskryminacyjny charakter tego wymogu może tak być wyłącznie w przypadku, jeśli jest on motywowany jednym ze względów wymienionych w art. 46 WE, a konkretnie ochroną porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego⁴⁷.

121. Rząd austriacki twierdzi, że obecność siedziby na terytorium krajowym jest niezbędna do zapewnienia skutecznej kontroli gier on-line. Rząd podnosi, że obecność ta umożliwia właściwym organom krajowym skuteczne wykonywanie nadzoru nad decyzjami i zarządzaniem posiadacza monopolu. Organy te mają tym samym możliwość poznania decyzji tego posiadacza przed ich wprowadzeniem w życie i sprzeciwienie się im, jeśli naruszają one cele krajowej polityki w zakresie gier. Zdaniem rządu austriackiego takiej możliwości nie byłoby w przypadku podmiotu mającego siedzibę w innym państwie członkowskim.

122. Podobnie jak Komisja uważam, że argumentacja rządu austriackiego zasługuje na uwzględnienie.

123. Prawdą jest, że w ww. wyroku w sprawie Engelmann Trybunał doszedł do przeciwnych wniosków w odniesieniu do tego samego warunku posiadania siedziby nałożonego przez uregulowanie austriackie na posiadaczy koncesji na prowadzenie ośrodków gier.

124. Zdaniem Trybunału istnieją mniej restrykcyjne środki pozwalające na kontrolowanie działalności i księgowości takich koncesjonariuszy i tym samym na zwalczanie przestępczości, takie jak, w szczególności, możliwość określenia obowiązku prowadzenia przez dany podmiot oddzielnej księgowości sprawdzanej przez zewnętrznego księgowego dla każdego prowadzonego przez niego ośrodka gier, możliwość wymagania dla każdego ośrodka gier tego samego podmiotu, aby organy zarządzające systematycznie powiadamiały o swych decyzjach, oraz możliwość

47 — Punkt 34.

zbierania informacji dotyczących członków zarządu tego podmiotu⁴⁸.

125. Trybunał dodał, że kontrole można przeprowadzać w każdym przedsiębiorstwie mającym siedzibę w państwie członkowskim, oraz że kary można nakładać na przedsiębiorstwo niezależnie od miejsca zamieszkania członków jego zarządu. Trybunał stwierdził wreszcie, że w odniesieniu do omawianej działalności, tj. prowadzenia ośrodków gier położonych na terytorium Austrii, kontrole mogą być przeprowadzane w pomieszczeniach tych ośrodków⁴⁹.

126. Moim zdaniem rozumowania i wniosków, do których doszedł Trybunał w tej sprawie, nie można zastosować w przypadku monopolu na urządzenie gier za pośrednictwem internetu. Uważam tak z następujących powodów, związanych z ochroną porządku publicznego, na który, zgodnie z ustaloną w orzecznictwie definicją, powołać można się jedynie w przypadku realnego i wystarczająco poważnego zagrożenia, naruszającego podstawowy interes społeczny⁵⁰.

127. Bezsporne jest, że gry hazardowe oferowane za pośrednictwem internetu powodują większe zagrożenia niż gry oferowane w tradycyjnych ośrodkach gier, takich jak kasyna gry. Większe zagrożenie związane z tego rodzaju grami polega, dla przypomnienia, na braku bezpośredniego kontaktu pomiędzy graczem a podmiotem zarządzającym gry, który może prowadzić do oszustw zarówno po stronie konsumenta – jeśli chodzi o jego wiek i tożsamość, jak i po stronie podmiotu zarządzającego gry lub jego personelu – jeśli chodzi o przestrzeganie warunków, w jakich gra się odbywa.

128. Wspomniane niebezpieczeństwa wynikają również z dużej łatwości, z jaką każda osoba może uczestniczyć w grze za pośrednictwem komputera lub telefonu komórkowego, ze stałego dostępu do gier, potencjalnie bardzo dużej ilości takiej oferty oraz okoliczności, że środowisko gracza, który bierze udział w grze, charakteryzuje się izolacją, anonimowością i brakiem kontroli społecznej.

129. Przyjmuje się zatem, że tego rodzaju gry mogą sprzyjać rozwojowi uzależnienia od gier i nadmiernym wydatkom, w szczególności u osób młodych i mających szczególne skłonności do hazardu.

130. Te szczególne cechy uzasadniają w związku z tym przyjmowanie przez państwo członkowskie środków umożliwiających zapewnienie skutecznej kontroli warunków,

48 — Punkty 37, 38.

49 — Punkty 38, 39.

50 — Wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-208/99 Sayn-Wittgenstein, Zb.Orz. s. I-9183, pkt 86 i przytoczone tam orzecznictwo.

w których podmiot gospodarczy upoważniony do urzędowania tego rodzaju gier na jego terytorium rzeczywiście prowadzi swoją działalność. Jak zauważył rząd austriacki, państwo członkowskie ma prawo dysponować możliwościami sprawdzenia, czy ustanowione przez nie uregulowania są przestrzegane, oraz ewentualnie móc sprzeciwić się decyzjom takiego podmiotu, które byłyby sprzeczne ze stawianymi mu wymogami, przed ich wprowadzeniem w życie i spowodowaniem szkodliwych skutków społecznych.

131. Innymi słowy, państwo członkowskie ma prawo uznać, że nie wystarczy mu obwarowanie działalności posiadacza monopolu bardzo szczegółowymi regulacjami. Ma ono rację, chcąc sprawować szczegółową kontrolę również nad przestrzeganiem tych regulacji i dysponować środkami działania umożliwiającymi mu prewencyjne reagowanie przeciwko ich naruszeniu.

132. Jednakże szczególny charakter gier oferowanych za pośrednictwem internetu ma również związek z tym, że mogą być one oferowane całkowicie na odległość. Ich oferowanie, w odróżnieniu od tradycyjnych gier hazardowych, takich jak gry kasynowe, nie wymaga z materialnego punktu widzenia posiadania żadnej infrastruktury na terytorium państwa członkowskiego odbiorcy usługi, która mogłaby stanowić przedmiot odrębnej kontroli ze strony organów tego państwa.

133. W przypadku gier on-line oferowanych z innego państwa członkowskiego właściwe organy państwa członkowskiego

usługobiorcy nie mają możliwości przeprowadzenia kontroli i weryfikacji, które organy te uznają za konieczne, w pomieszczeniach, z których usługodawca prowadzi swoją działalność. Należy w tym względzie podkreślić, że w ramach przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu⁵¹, którą stosuje się wobec kasyn gry oferujących gry za pośrednictwem internetu, przewiduje, że państwa członkowskie powinny zapewnić możliwość przeprowadzania kontroli na miejscu. W mojej opinii państwo członkowskie ma prawo uznać, że ochrona konsumentów przed niebezpieczeństwami związanymi z oszustwami i nakłanianiem ich do nadmiernych wydatków uzasadnia tego rodzaju kontrole.

134. Tymczasem, jak kilka państw podkreśliło na rozprawie, do chwili obecnej nie istnieje żaden instrument współpracy wspólnotowej, na podstawie którego państwo członkowskie siedziby podmiotu świadczącego usługi w zakresie gier on-line miałyby obowiązek udzielenia właściwym organom państwa członkowskiego usługobiorcy wszelkiej pomocy technicznej, której państwo to mogłoby

51 — Dz.U. L 309, s. 15.

potrzebować w celu przeprowadzenia kontroli przestrzegania własnych uregulowań⁵².

135. Moim zdaniem nie można ponadto rozsądnie twierdzić, że organy państwa członkowskiego, na którego terytorium taki podmiot świadczący usługi w zakresie gier ma siedzibę, mają możliwość bezpośredniego i szczegółowego sprawdzenia, że podmiot ten sumiennie i stale przestrzega wymogów nałożonych na niego w każdym z państw, w których posiada zezwolenie na urządzenie gier hazardowych. Jest tak tym bardziej dlatego, że wymogi te, wobec braku harmonizacji, różnią się w poszczególnych państwach członkowskich i w każdym momencie mogą zostać zmienione.

136. Tego rodzaju opinia jest tym bardziej uzasadniona, w przypadku gdy działalność takiego podmiotu jest skierowana do wielu państw, jak wydaje się być w przypadku bet-at-home.com Entertainment Ltd i bet-at-home.com Internationale Ltd, których strona internetowa dostępna jest w językach hiszpańskim, niemieckim, greckim, angielskim, włoskim, węgierskim, niderlandzkim, polskim, słoweńskim, tureckim i rosyjskim.

52 — Środki, które państwa członkowskie mają obowiązek przyjmując, na podstawie dyrektywy 2005/60, wobec kasyn gry mających siedzibę na ich terytorium, mają na celu wyłącznie przeciwdziałanie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Ich celem nie jest przeciwdziałanie wszelkim oszustwom, które w ramach prowadzenia tego rodzaju działalności mogą być popełniane kosztem konsumentów. Ich celem nie jest również zapewnienie ochrony graczom. Ich celem tym bardziej nie jest zapewnienie państwu członkowskiemu możliwości kontrolowania przestrzegania jego uregulowań dotyczących gier przez inne państwo członkowskie.

137. Ponadto na zasadę wzajemnego uznawania, która normalnie znajduje zastosowanie w przypadku braku harmonizacji, aby umożliwić korzystanie ze swobód przepływu, nie można się powołać w szczególnej dziedzinie gier oferowanych za pośrednictwem internetu. Jak już stwierdzono, z utrwalonego orzecznictwa wynika bowiem, że w świetle trudności praktycznych, na które napotyka przeprowadzanie skutecznej i szczegółowej kontroli podmiotu świadczącego usługi w zakresie gier on-line, kontrole przeprowadzane w państwie siedziby tego podmiotu w innych państwach członkowskich mogą zostać uznane za niewystarczające⁵³.

138. Na rozprawie postawiono pytanie o to, czy nie wystarczyłoby nałożyć na podmiot świadczący usługi w zakresie gier za pośrednictwem internetu obowiązku posiadania serwera w państwie członkowskim usługobiorcy umożliwiającego mu oferowanie tych gier na terytorium tego państwa. Rząd belgijski odpowiedział, że tego typu wymóg mógłby okazać się niewystarczający w przypadku, gdy z serwera korzysta się z innego państwa członkowskiego, w którym podejmowane są wszystkie decyzje dotyczące jego wykorzystywania.

139. W świetle wszystkich informacji przedstawionych w ramach niniejszej sprawy nie wydaje mi się, by rozpatrywany warunek był nieproporcjonalny. Moim zdaniem państwo członkowskie ma prawo uznawać, że będzie mogło sprawować bezpośrednią i skuteczną kontrolę nad podmiotem świadczącym usługi w zakresie gier za pośrednictwem internetu

53 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 69; w sprawie Sporting Exchange, pkt 33; a także w sprawie Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, pkt 54.

w większym stopniu, jeśli będzie miało możliwość, w danym wypadku, wyrażania sprzeciwu wobec wprowadzenia w życie decyzji, które są niezgodne z jego uregulowaniami, jeśli dany podmiot będzie miał siedzibę na jego terytorium.

140. W mojej opinii w ramach oceny proporcjonalności omawianego wymogu na uwagę zasługuje jeszcze jeden argument.

141. Stwierdzono już, że kwestia zgodności monopolu z prawem wspólnotowym podlega wymogowi, by celem tego monopolu było zapewnienie wysokiego poziomu ochrony porządku publicznego i konsumentów, a także by towarzyszyły mu ramy prawne gwarantujące realizację tego celu oraz szczegółowa kontrola w zainteresowanym państwie członkowskim. Wymogi te są logiczne w świetle systematyki swobód przepływu, gdyż monopol na prowadzenie określonej działalności stanowi środek, który w znacznym stopniu ogranicza te swobody.

142. Uważam zatem za spójne z tym wymogiem umożliwienie państwu członkowskiemu, w szczególnej dziedzinie gier zarządzanych za pośrednictwem internetu, nakładanie na podmiot wykonujący monopol obowiązku posiadania siedziby na jego terytorium, ponieważ środek ten pozwala temu państwu na sprawowanie kontroli przestrzegania przez ten podmiot prowadzonej przez nie polityki ochrony konsumentów przed oszustwem

i uzależnieniem od hazardu w znacznie bardziej skuteczny sposób, niż gdyby podmiot ten prowadził działalność z innego państwa członkowskiego.

143. Na rozprawie sami oskarżeni, J. Dickinger i F. Ömer, nie omieszkali wskazać na okoliczność, że kierowane przez nich spółki oferujące omawiane gry hazardowe mają siedzibę na terytorium Malty oraz że wszystkie wchodzące w ich skład osoby mają miejsce zamieszkania na Malcie, na potwierdzenie m.in. rzeczywistego i skutecznego charakteru sprawowanej przez nią kontroli. W związku z tym nie widzę powodu, dla którego podobne wymogi, ustanowione w podobnym celu, miałyby podlegać krytyce z tego względu, że zostały ustanowione przez Republikę Austriacką.

144. Proponuję zatem, by Trybunał orzekł, że art. 49 WE nie stoi na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie nakładało na spółkę kapitałową, której przyznało monopol na zarządzanie gier za pośrednictwem internetu na swoim terytorium, obowiązek posiadania na nim siedziby.

5. Zakaz tworzenia oddziałów w innych państwach członkowskich

145. Zakaz tworzenia oddziałów za granicą, jako że zabrania tworzenia ich w innych

państwach członkowskich, stanowi wyraźne zaprzeczenie jednego z praw wprost przyznanych spółkom mającym siedzibę na terytorium państw członkowskich na mocy art. 43 WE i 48 WE. Zakaz ten może ograniczyć atrakcyjność wykonywania monopolu na urządzenie gier za pośrednictwem internetu w Austrii oraz zniechęcić spółki mające siedzibę w innym państwie członkowskim do ubiegania się o udzielenie jej tego monopolu.

146. Rząd austriacki ogranicza się w swoich uwagach na piśmie do stwierdzenia, że omawiany zakaz stanowi jedynie przełożenie zasady, zgodnie z którą do każdego państwa członkowskiego należy regulowanie urządzania gier hazardowych na jego terytorium.

147. Uważam, że wyjaśnienia tego nie można uznać za zgodny z prawem powód wprowadzenia ograniczenia.

148. Prawdą jest, że możliwość urządzania gier hazardowych w państwie członkowskim zależy od swobodnego uznania tego państwa. Decyzję o tym musi podjąć każde państwo członkowskie, które musi też ewentualnie podjąć działania zmierzające do zagwarantowania przestrzegania swojego ustawodawstwa. Jeśli państwo członkowskie postanowi o otwarciu swojego rynku gier hazardowych dla podmiotów prywatnych, każda zgodnie

z prawem utworzona spółka w państwie członkowskim jest uprawniona do wejścia na ten rynek i poddania się obowiązującej w tym państwie procedurze udzielania zezwoleń.

149. Rząd austriacki nie może w związku z tym zgodnie z prawem zakazywać podmiotowi gospodarczemu, któremu udzielił monopolu na urządzenie gier za pośrednictwem internetu na swoim terytorium, prowadzenia tej samej działalności za pośrednictwem oddziału w innym państwie członkowskim bez wyjaśnienia, w jaki sposób zakaz ten przyczynia się do realizacji zgodnego z prawem celu, takiego jak ochrona porządku publicznego i konsumentów, zamierzonego przez jego ustawodawstwo.

150. Konieczne jest również, by tego rodzaju zakaz realizował te cele w sposób spójny i systematyczny. W niniejszej sprawie może powstać pytanie o spójność takiego środka, który, zgodnie z informacjami sądu krajowego, zakazuje tworzenia wyłącznie oddziałów, nie zaś spółek zależnych. Wreszcie zakaz tworzenia oddziałów za granicą powinien być proporcjonalny do zamierzonych celów.

151. Ponieważ dyskusja w niniejszej sprawie skupiła się na kwestiach zgodności z prawem

monopolu na prowadzenie działalności w zakresie urządzania gier za pośrednictwem internetu i wymogu posiadania siedziby na terytorium kraju, nie mogą wykluczyć, że rząd austriacki będzie w stanie przedstawić przed sądem krajowym dowody uzasadniające rozpatrywany wymóg.

152. Z tego względu proponuję, by Trybunał pozostawił kwestię oceny ważności tego wymogu w gestii sądu krajowego i odpowiedział, że art. 43 WE stoi na przeszkodzie stosowaniu uregulowania państwa członkowskiego, na podstawie którego przedsiębiorstwu posiadającemu na jego terytorium monopol na urządzanie gier za pośrednictwem internetu zakazuje się tworzenia oddziałów w innym państwie członkowskim, chyba że warunek ten jest w odpowiedni sposób uzasadniony nadrzędnymi względami interesu ogólnego, oraz że jest proporcjonalny do tego celu.

D — Zachowanie posiadacza monopolu

153. W pytaniu pierwszym lit. b) sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy monopol na urządzanie gier za pośrednictwem internetu może być uzasadniony w sytuacji, gdy posiadacz tego monopolu prowadzi ekspansywną politykę poprzez znaczące nakłady związane z reklamą.

154. Trybunał odpowiedział już na podobne pytanie w szczególności w ww. wyrokach w sprawie Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, a także w sprawach połączonych Stoß i in.

155. Z wyroków tych wynika, że okoliczność, iż posiadacz monopolu na prowadzenie określonej działalności prowadzi ekspansywną politykę oraz reklamuje oferowane przez siebie gry, niekoniecznie jest niezgodna z istnieniem takiego monopolu i celem ochrony konsumentów przed nadmiernym nakłanianiem ich do hazardu.

156. Z orzecznictwa wynika, że państwo członkowskie ma prawo zezwalać posiadaczowi monopolu na urządzanie gier za pośrednictwem internetu na prowadzenie ekspansywnej polityki i czynienie pewnych nakładów związanych z reklamą, jeśli można wykazać, że nielegalne gry on-line przybierają znaczne rozmiary, w związku z czym ta ekspansywna polityka i reklama miałyby na celu skierowanie graczy na legalne tory⁵⁴.

157. Państwo członkowskie, które musi się zmierzyć z dużą liczbą stron internetowych oferujących gry hazardowe, zgodnie

⁵⁴ — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, pkt 30.

z prawem może też zezwolić posiadaczowi monopolu na urządzenie gier on-line na swoim terytorium na dość intensywną reklamę, która będzie wystarczająco atrakcyjna, by przyciągnąć uwagę konsumentów w kierunku gier legalnych.

158. Jeżeli celem państwa członkowskiego jest równoczesne zapewnienie ochrony konsumentów przed nadmiernym nakłanianiem ich do hazardu i przeciwdziałanie oszustwom i grom nielegalnym, kwestię, czy uregulowanie to zmierza do realizacji tych celów w sposób spójny i systematyczny, należy oceniać w świetle poszczególnych celów rozważanych łącznie⁵⁵.

159. Polityki kontrolowanej ekspansji, wspieranej przez dość intensywną reklamę, której celem jest skierowanie graczy na legalne tory, zasadniczo nie należy uznawać za sprzeczną z celem ochrony konsumentów przed nadmiernym nakłanianiem ich do hazardu, mimo że cele te mogą wydawać się sprzeczne ze sobą⁵⁶. Wynika z tego, że działania posiadacza monopolu, mieszczące się w ramach wyznaczonych przez zainteresowane państwo członkowskie, powinny skupiać się na

znalezieniu prawidłowej równowagi między poszczególnymi realizowanymi celami.

160. W konsekwencji to na sądzie krajowym spoczywa obowiązek zbadania, czy ekspansywna polityka prowadzona przez posiadacza monopolu i jego działalność reklamowa, jeśli chodzi o jej zakres i charakter, nie wykraczają poza to, co konieczne, aby skierować graczy na legalne tory, i pozostają zgodne z celem zmierzającym do ochrony konsumentów przed nadmiernym skłanianiem ich do hazardu⁵⁷.

161. W związku z tym proponuję, by na rozpatrywane pytanie odpowiedzieć, że monopol na urządzenie gier za pośrednictwem internetu może być uzasadniony, nawet jeśli posiadacz tego monopolu prowadzi ekspansywną politykę dzięki znaczącym nakładom związanym z reklamą, w sytuacji gdy ta ekspansja i działalność reklamowa są konieczne, by zwrócić graczy w kierunku dozwolonych gier, oraz gdy nie mają one zakresu i charakteru, którego nie można pogodzić z ochroną konsumentów przed nakłanianiem do nadmiernych wydatków związanych z hazardem.

55 — Ibidem, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo.

56 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawach połączonych Stoß i in., pkt 101 i przytoczone tam orzecznictwo.

57 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, pkt 37; a także w sprawach połączonych Stoß i in., pkt 103.

IV — Wnioski

162. W świetle powyższych rozważań proponuję odpowiedzieć w następujący sposób na pytania prejudycjalne postawione przez Bezirksgericht Linz:

- 1) Uregulowanie państwa członkowskiego, które przewiduje sankcje karne za wszelkie naruszenia monopolu na organizację gier hazardowych, takiego jak monopol na prowadzenie loterii elektronicznych przewidziany przez prawo austriackie, musi być zgodne ze swobodami przepływu, w szczególności zaś z art. 49 WE, niezależnie od okoliczności, że prawo karne należy do kompetencji państw członkowskich.

- 2) Artykuł 49 WE należy interpretować w ten sposób, że okoliczność, iż podmiot świadczący usługi w zakresie gier za pośrednictwem internetu wykorzystuje urządzenia komunikacyjne, takie jak serwer lub centrala telefoniczna, znajdujące się w państwie członkowskim usługobiorcy, które są dostarczane przez przedsiębiorstwo trzecie, sama w sobie nie wyklucza zastosowania postanowień traktatu dotyczących swobodnego świadczenia usług.

Artykułu 49 WE nie należy powoływać w sytuacji, gdy stwierdzono, że w okolicznościach niniejszej sprawy maltańskie spółki zależne mają całkowicie sztuczny charakter i służą austriackiej spółce dominującej do obejścia zakazu urządzania gier on-line w Austrii.

Artykuł 49 WE należy interpretować w ten sposób, iż uregulowanie państwa członkowskiego, które zakazuje podmiotom mającym siedzibę na terytorium kraju dostarczania spółkom mającym siedzibę w innym państwie członkowskim urządzeń, za pomocą których spółki te oferują osobom zamieszkałym na

jego terytorium gry za pośrednictwem internetu, stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług w rozumieniu tego artykułu.

- 3) Artykuł 49 WE nie stoi na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie nakładało na spółkę kapitałową, której przyznało monopol na urządzenie gier za pośrednictwem internetu na swoim terytorium, obowiązek posiadania na nim siedziby.

Artykuł 43 WE stoi na przeszkodzie stosowaniu uregulowania państwa członkowskiego, na podstawie którego przedsiębiorstwu posiadającemu na jego terytorium monopol na urządzenie gier za pośrednictwem internetu zakazuje się tworzenia oddziałów w innym państwie członkowskim, chyba że warunek ten jest w odpowiedni sposób uzasadniony nadrzędnymi względami interesu ogólnego oraz że jest proporcjonalny do tego celu.

- 4) Monopol na urządzenie gier za pośrednictwem internetu może być uzasadniony, nawet jeśli posiadacz tego monopolu prowadzi ekspansywną politykę dzięki znaczącym nakładom związanym z reklamą, w sytuacji gdy ta ekspansja i działalność reklamowa są konieczne, by zwrócić graczy w kierunku dozwolonych gier, oraz gdy nie mają one zakresu i charakteru, którego nie można pogodzić z ochroną konsumentów przed nakłanianiem do nadmiernych wydatków związanych z hazardem.