



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 22 października 2015 r.¹

Sprawa C-336/14

Sebat Ince

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Amtsgericht Sonthofen
(Niemcy)]

Swoboda świadczenia usług — Gry losowe — Monopol państwowy w zakresie urządzania zakładów sportowych — Zezwolenie — Wykluczenie podmiotów prywatnych — Sankcje karne — Dyrektywa 98/34/WE — Projekt przepisów technicznych — Obowiązek notyfikacji — Zgodność koncesji z zasadami przejrzystości i równego traktowania

1. Począwszy od wyroku *Simmenthal*² w prawie Unii utrwaliła się zasada, że „każdy sąd krajowy orzekający w ramach swoich kompetencji ma obowiązek stosować w całości prawo [Unii] i zapewnić ochronę uprawnień wynikających z tego prawa dla jednostek, odmawiając zastosowania jakiegokolwiek przepisu prawa krajowego, który byłby ewentualnie z nim sprzeczny, zarówno wcześniejszego, jak późniejszego od normy [unijnej]”. Obowiązek ten wynika z zasady pierwszeństwa prawa Unii przed prawem krajowym.

2. W rozpatrywanej sprawie, w której niemiecka prokuratura oskarżyła S. Ince o popełnienie przestępstwa określonego w niemieckim kodeksie karnym, polegającego na nielegalnej organizacji gry losowej poprzez zainstalowanie i publiczne udostępnianie automatów do gier bez zezwolenia, sąd odsyłający, w trosce o uzyskanie zgodności z prawem Unii, staje w obliczu trudności polegającej na dokładnym określeniu przepisów krajowych, których zastosowania musi on odmówić, aby zapewnić zgodność z prawem Unii, a w szczególności z wydanymi przez Trybunał wyrokami: *Winner Wetten*³, *Stoß i in.*⁴ i *Carmen Media Group*⁵. Sąd odsyłający pragnie upewnić się, który z szeregu dostępnych środków zapewnia zgodność z prawem Unii. Niniejsza sprawa umożliwia więc Trybunałowi odniesienie się do szeregu kwestii związanych z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobody świadczenia usług oraz zasady pierwszeństwa prawa Unii.

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Wyrok 106/77, EU:C:1978:49, pkt 21.

3 — Wyrok C-409/06, EU:C:2010:503.

4 — Wyrok C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07, EU:C:2010:504.

5 — Wyrok C-46/08, EU:C:2010:505.

I – Ramy prawne

A – Prawo Unii

3. Artykuł 56 TFUE stanowi, co następuje:

„W ramach poniższych postanowień ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia.

[...]”.

4. Zgodnie z art. 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego⁶:

„Do celów niniejszej dyrektywy stosuje się poniższe terminy:

[...]

2) »usługa«, każda usługa społeczeństwa informacyjnego, to znaczy każda usługa normalnie świadczona za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług.

[...]

11) »przepisy techniczne«, specyfikacje techniczne i inne wymagania bądź zasady dotyczące usług, włącznie z odpowiednimi przepisami administracyjnymi, których przestrzeganie jest obowiązkowe, de iure lub de facto, w przypadku wprowadzenia do obrotu, świadczenia usługi, ustanowienia operatora usług lub stosowania w państwie członkowskim lub na przeważającej jego części, jak również przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne państw członkowskich, z wyjątkiem określonych w art. 10, zakazujące produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania produktu lub zakazujące świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcy usług.

[...]”.

5. Artykuł 8 ust. 1 tej dyrektywy stanowi:

„Z zastrzeżeniem art. 10 państwa członkowskie niezwłocznie przekazują Komisji wszelkie projekty przepisów technicznych, z wyjątkiem tych, które w pełni stanowią transpozycję normy międzynarodowej lub europejskiej, w którym to przypadku wystarczająca jest informacja dotycząca odpowiedniej normy. Przekazują Komisji także podstawę prawną konieczną do przyjęcia uregulowań technicznych, jeżeli nie zostały one wyraźnie ujęte w projekcie.

[...]”.

6 — Dz.U. L 204, s. 37.

B – Prawo niemieckie

6. Zgodnie z art. 70 i 72 Grundgesetz (niemieckiej ustawy zasadniczej) stanowienie przepisów dotyczących gier losowych należy do kompetencji krajów związkowych.

7. W Staatsvertrag zum Glücksspielwesen (umowie państwowej w sprawie gier losowych, zwanej dalej „GlüStV”) zawartej między krajami związkowymi, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2008 r. i zastąpiła poprzednią umowę państwową, utworzono nowe jednolite ramy prawne dotyczące organizowania i prowadzenia gier losowych oraz pośredniczenia w nich.

8. Paragraf 4 ust. 1 GlüStV stanowi:

„Organizowanie publicznych gier losowych i pośrednictwo w nich jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku uzyskania zezwolenia wydanego przez właściwy organ danego kraju związkowego. Organizowanie takich gier i pośredniczenie w nich bez takiego zezwolenia są zakazane (nielegalne gry losowe)”.

9. Paragraf 10 GlüStV stanowi:

„(1) Aby osiągnąć cele wskazane w § 1, kraje związkowe posiadają prawny obowiązek zapewnienia wystarczającej oferty gier losowych. Kraje związkowe wspierane są przez komitet techniczny złożony z ekspertów wyspecjalizowanych w zwalczaniu uzależnienia od gier losowych.

(2) Zgodnie z prawem kraje związkowe mogą wykonywać to zadanie same lub za pośrednictwem osób prawnych prawa publicznego lub spółek prawa prywatnego, w których osoby prawne prawa publicznego posiadają bezpośrednio lub pośrednio pakiet kontrolny udziałów.

[...]

(5) Osoby inne niż wymienione w ust. 2 mają jedynie prawo organizowania loterii i gier zgodnie z przepisami sekcji trzeciej”.

10. GlüStV wygasła z końcem 2011 r. Niemieckie kraje związkowe (z wyjątkiem Szlezwika-Holsztynu) uchwaliły jednakże ustawy, na podstawie których GlüStV obowiązywała nadal, przed wejściem w życie nowej umowy państwowej w sprawie gier losowych, jako prawo związkowe. W Bawarii uchwalono w tym celu Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (bawarską ustawę w sprawie wykonania umowy państwowej w sprawie gier losowych w Niemczech, zwaną dalej „AGGlüStV”). Ani ta ustawa, ani stosowne ustawy innych krajów związkowych nie zostały notyfikowane Komisji.

11. Glücksspieländerungsstaatsvertrag (umowa zmieniająca umowę państwową w sprawie gier losowych, zwana dalej „GlüÄndStV”) weszła w życie w Bawarii w dniu 1 lipca 2012 r.

12. Paragraf 10 ust. 2 i 6 GlüÄndStV ustanawia monopol państwowy w zakresie zakładów sportowych⁷. Zgodnie z § 4 GlüÄndStV organizacja zakładów sportowych i pośredniczenie w ich przyjmowaniu nadal podlegają obowiązkowi uzyskania zezwolenia, przy czym nie może zostać udzielone zezwolenie na pośredniczenie w grach losowych, które nie są dozwolone na podstawie GlüÄndStV, i nie istnieje żadne uznane prawo do uzyskania zezwolenia. Nowym elementem w GlüÄndStV jest „klauzula eksperymentalna dla zakładów sportowych” (§ 10a). Zgodnie z tą klauzulą monopol państwowy ustanowiony w § 10 ust. 6 nie jest stosowany do organizowania zakładów sportowych przez okres

⁷ — Tak jak § 10 ust. 2 i 5 GlüStV.

siedmiu lat po wejściu w życie GlüÄndStV. W tym okresie zakłady sportowe mogą być organizowane tylko na podstawie koncesji udzielanych w maksymalnej liczbie 20. Obowiązek posiadania koncesji dotyczy w pierwszej kolejności jedynie podmiotów niepaństwowych. W odniesieniu do już działających 16 podmiotów państwowych obowiązuje on dopiero po upływie roku od udzielenia koncesji.

13. W dniu 8 sierpnia 2012 r. organy niemieckie ogłosiły rozpoczęcie procedury udzielania tych koncesji w Dzienniku Urzędowym. Wydaje się, że procedura ta nie została jeszcze zakończona.

14. Paragraf 284 Strafgesetzbuch (niemieckiego kodeksu karnego, zwanego dalej „StGB”), zatytułowany „Organizacja nielegalnych gier”, ma następujące brzmienie:

„(1) Kto organizuje lub prowadzi publicznie gry losowe bez zezwolenia wydanego przez organ publiczny lub dostarcza urządzenia konieczne do organizowania gier losowych, podlega karze pozbawienia wolności do lat dwóch lub karze grzywny.

[...]

(3) Kto prowadzi działalność, o której mowa w ust. 1,

1. w sposób zawodowy lub
2. jako członek organizacji przestępczej, która ma na celu ciągłe popełnianie tego rodzaju przestępstw,

podlega karze pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat.

[...]”.

II – Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

15. Sebat Ince, obywatelce Turcji zamieszkałej w Niemczech, zarzuca się, że w dniach 11 i 12 stycznia 2012 r. (pierwszy zarzucany czyn) oraz w okresie od 13 kwietnia do 7 listopada 2012 r. (drugi zarzucany czyn) w prowadzonym przez nią lokalu „Sportsbar” pośredniczyła, przy pomocy wystawionego tam automatu do gier, w przyjmowaniu zakładów sportowych na rzecz mającego siedzibę i posiadającego zezwolenie w Austrii organizatora zakładów, który nie posiada niemieckiego zezwolenia na organizowanie zakładów sportowych. W ten sposób oskarża się ją o popełnienie określonego w § 284 StGB przestępstwa „nielegalnej organizacji gry losowej”.

16. Postanowieniem z dnia 7 maja 2013 r., które wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 11 lipca 2014 r., Amtsgericht Sonthofen (sąd rejonowy w Sonthofen) zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„I. W przedmiocie pierwszego zarzucanego czynu (obejmującego styczeń 2012 r.) i w przedmiocie drugiego zarzucanego czynu w odniesieniu do okresu do końca czerwca 2012 r.:

- 1a) Czy art. 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że organy ścigania nie mogą karać pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych bez niemieckiego zezwolenia na rzecz organizatora zakładów posiadającego zezwolenie w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, jeśli pośredniczenie wymaga posiadania przez organizatora również niemieckiego zezwolenia, jednak sprzeczny z prawem Unii stan prawny (»monopol w zakresie zakładów sportowych«) zakazuje organom krajowym udzielania zezwoleń niepaństwowym organizatorom zakładów?

- 1b) Czy odpowiedź na pytanie pierwsze lit. a) ulegnie zmianie, jeżeli w jednym z 15 niemieckich krajów związkowych, które wspólnie ustanowiły i wspólnie wykonują monopol państwowy w zakresie zakładów sportowych, organy państwowe stwierdzą w toku postępowania w sprawie zakazu lub postępowania karnego, że w razie złożenia ewentualnego wniosku o wydanie zezwolenia na organizację lub pośrednictwo w zakładach ustawy zakaz udzielania zezwolenia podmiotom prywatnym nie będzie stosowany w tym kraju związkowym?
- 1c) Czy zasady prawa Unii, w szczególności swoboda świadczenia usług, oraz wyrok Trybunału w sprawie C-186/11 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one stałemu, określonoemu jako »prewencyjne«, zakazywaniu lub karaniu transgranicznego pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych, jeżeli działania te uzasadnia się tym, że w momencie podejmowania decyzji organ wydający zakaz nie mógł »stwierdzić w sposób jednoznaczny, to jest bez dalszego sprawdzania«, że pośrednictwo – pomijając zastrzeżenie tego rodzaju działalności dla monopolu państwowego – spełnia wszystkie materialne warunki udzielenia zezwolenia?
- 2) Czy dyrektywę [98/34] należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ona karaniu pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych za pośrednictwem automatów do gier bez niemieckiego zezwolenia na rzecz organizatora zakładów posiadającego zezwolenie w innym państwie członkowskim Unii, jeżeli ingerencje państwa są oparte na nienotyfikowanej Komisji ustawie konkretnego kraju związkowego, której treścią jest wygasła [GlüStV]?

II. W przedmiocie drugiego zarzucanego czynu w odniesieniu do okresu od lipca 2012 r.

- 3) Czy art. 56 TFUE, zasadę przejrzystości, zasadę równości oraz wynikający z prawa Unii zakaz preferencyjnego traktowania należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one karaniu pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych bez niemieckiego zezwolenia na rzecz organizatora zakładów posiadającego zezwolenie w innym państwie członkowskim Unii w przypadku, który odznacza się zawartą na okres dziewięciu lat [GlüStV] zawierającą »klausulę eksperymentalną dla zakładów sportowych«, która to klauzula przewiduje na okres siedmiu lat teoretyczną możliwość udzielenia maksymalnie 20 koncesji również podmiotom niepaństwowym, prawnie skutecznych we wszystkich niemieckich krajach związkowych, jako niezbędny warunek udzielenia zezwolenia na pośredniczenie, jeżeli:
- a) procedura udzielenia koncesji i powstałe w tym kontekście spory są prowadzone przez organ udzielający koncesji wspólnie z kancelarią adwokacką, która w związku ze sprzecznym z prawem Unii monopolem w zakresie zakładów sportowych zwykle świadczyła usługi doradcze na rzecz większości krajów związkowych i ich przedsiębiorstw loteryjnych oraz reprezentowała je w postępowaniach przed sądami krajowymi przeciwko prywatnym organizatorom i której powierzono reprezentację organów krajowych w postępowaniach prejudycjalnych w sprawach [Stoß i in., C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 i C-410/07, EU:C:2010:504], Carmen Media [Group C-46/08, EU:C:2010:505] oraz Winner Wetten [C-409/06, C:2010:503],
- b) ogłoszone w dniu 8 sierpnia 2012 r. w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* postępowanie przetargowe w celu udzielenia koncesji nie zawierało szczegółowych danych dotyczących minimalnych wymagań odnoszących się do propozycji, które należy przedstawić, treści pozostałych wymaganych oświadczeń i potwierdzeń oraz wyboru maksymalnie 20 koncesjonariuszy, dane te zostały zaś podane dopiero po upływie terminu składania ofert w tak zwanym »memorandum informacyjnym« i licznych innych dokumentach jedynie tym oferentom, którzy zakwalifikowali się do »drugiego etapu« procedury wydania koncesji,

- c) osiem miesięcy po rozpoczęciu procedury organ udzielający koncesji wbrew ogłoszeniu o przetargu zaprasza tylko 14 oferentów do osobistej prezentacji ich koncepcji dotyczących odpowiedzialności społecznej i bezpieczeństwa z tego względu, że spełnili oni wszystkie minimalne warunki udzielenia koncesji, jednakże po upływie 15 miesięcy od rozpoczęcia procedury informuje, że żaden z ubiegających się nie wykazał spełnienia minimalnych warunków w »możliwej do sprawdzenia formie«,
- d) powstałe wskutek połączenia państwowych spółek loteryjnych przedsiębiorstwo »Ods« (Ods Deutschland Sportwetten GmbH), kontrolowane przez państwo, należy do 14 oferentów, którzy zostali zaproszeni przez organ udzielający koncesji do prezentacji swoich propozycji, jednakże z uwagi na swoje organizacyjne powiązania z organizatorami wydarzeń sportowych prawdopodobnie nie kwalifikuje się do udzielenia koncesji, ponieważ ustawodawstwo (§ 21 ust. 3 GlüÄndStV) wymaga ścisłego oddzielenia czynnego sportu i organizujących go instytucji od organizowania zakładów sportowych i pośredniczenia w nich,
- e) dla udzielenia koncesji wymagane jest w szczególności wykazanie »zgodnego z prawem pochodzenia środków koniecznych dla zorganizowania zamierzonej oferty zakładów sportowych«,
- f) organ udzielający koncesji i decydujące o udzieleniu koncesji kolegium ds. gier losowych składające się z przedstawicieli krajów związkowych nie korzystają z możliwości udzielenia koncesji prywatnym organizatorom zakładów, podczas gdy państwowe przedsiębiorstwa loteryjne mogą przez okres roku po udzieleniu jakichkolwiek koncesji organizować zakłady sportowe, loterie i inne gry losowe bez koncesji oraz prowadzić i reklamować je za pośrednictwem ogólnokrajowej sieci komercyjnych jednostek przyjmujących zakłady?”.

III – Analiza prawna

A – Uwagi wstępne

17. Po pierwsze, niniejszą sprawę należy zbadać w odniesieniu do postanowień traktatu. Dyrektywy 2006/123/WE⁸ nie stosuje się do działalności w zakresie gier losowych.

18. Po drugie, jak słusznie przyjmuje sąd odsyłający, fakt, że S. Ince jest obywatelką państwa trzeciego, nie oznacza, iż nie może ona co do zasady powołać się na art. 56 ust. 1 TFUE, który zakazuje ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług „w odniesieniu do obywateli państw członkowskich”. Mamy do czynienia z usługą transgraniczną między usługodawcą posiadającym siedzibę w Austrii a usługobiorcami w Niemczech. Rola S. Ince ogranicza się do pośredniczenia pomiędzy usługodawcą a usługobiorcami. Działa ona w imieniu austriackiego usługodawcy. Sama nie zajmuje się świadczeniem usługi. Niemniej jednak prowadzona przez nią działalność objęta jest zakresem art. 56 TFUE z takim skutkiem, że S. Ince może powołać się na to postanowienie w postępowaniu przed sądem krajowym. Gdyby bowiem podzielić cały proces świadczenia usługi pomiędzy austriackim usługodawcą a usługobiorcą w Niemczech na kilka podprocesów, to sytuacje, które składają się na ten całościowy proces, często wymykałyby się zakresowi stosowania art. 56 TFUE albo z tego powodu, że jeden z pośredników w tym łańcuchu usług jest obywatelem państwa trzeciego, albo ze względu na brak sytuacji o charakterze transgranicznym w tym podprocesie.

⁸ — Zobacz art. 2 ust. 2 lit. h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz.U. L 376, s. 36).

19. Po trzecie, przedmiotem niniejszej sprawy nie jest ustalenie, czy monopol w zakresie zakładów sportowych jest zgodny z prawem Unii. W zasadzie w następstwie wydania szeregu wyroków Trybunału⁹ sąd odsyłający wydaje się nie mieć żadnych wątpliwości co do tego, że poprzez monopolizację zakładów sportowych w Niemczech w myśl przepisów prawa powołanych powyżej w części zatytułowanej „Ramy prawne” realizowane są nieuzasadnione cele, a zatem działalność taka stoi w sprzeczności z ustanowioną w traktacie zasadą swobody świadczenia usług. Wątpliwość sądu odsyłającego budzi natomiast to, jakie *konsekwencje* w prawie Unii należy wyciągnąć na podstawie tych wyroków w kontekście zakazów administracyjnych i sankcji karnoprawnych.

20. Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający wskazał, iż ma świadomość, że doszło do nieuzasadnionego ograniczenia swobody świadczenia usług, a tym samym do naruszenia art. 56 TFUE. Wątpliwość sądu pierwszej instancji wynika moim zdaniem z faktu, że poświęcone tej kwestii orzecznictwo na szczeblu krajowym nie w żadnym wypadku jest spójne. Stając w obliczu mylącego i sprzecznego orzecznictwa niemieckiego, sąd odsyłający dąży do uzyskania wytycznych Trybunału Sprawiedliwości. W sprawie obejmującej wszczęcie przez prokuraturę postępowania karnego przeciwko osobie, która nie ubiegała się o udzielenie zezwolenia, sąd odsyłający musi dokładnie ustalić, zastosowania którego przepisu prawa krajowego musi odmówić celem zapewnienia zgodności z prawem Unii. Z kolei kontekst pytania trzeciego dotyczy innej sytuacji prawnej, w której organy niemieckie zorganizowały procedurę udzielania koncesji. Sąd odsyłający poszukuje w tym względzie odpowiedzi na pytanie, czy doszło do naruszenia art. 56 TFUE. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy prowadzona procedura udzielania koncesji jest uzasadniona, czy też nie jest, gdyż może ona potencjalnie stać w sprzeczności z ogólnymi zasadami prawa.

21. Przedmiotem pytania pierwszego jest zatem co do istoty pierwszeństwo prawa Unii, podczas gdy pytanie trzecie dotyczy proporcjonalności procedury udzielania koncesji.

B – W przedmiocie pytania pierwszego

22. Poprzez pytanie pierwsze, podzielone na trzy pytania szczegółowe, które należy jednak rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający pragnie dowiedzieć się, czy art. 56 TFUE i zawarte w nim zasady pozbawiają organy ścigania możliwości karania pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych bez niemieckiego zezwolenia na rzecz organizatora zakładów posiadającego zezwolenie w innym państwie członkowskim Unii. Sąd odsyłający musi rozstrzygnąć kwestię, czy postępowanie S. Ince wypełnia znamiona czynu określonego w § 284 StGB. Rozstrzygnięcie to jest uzależnione od odpowiedzi na pytanie, czy system w Niemczech jest zgodny z prawem. Sąd odsyłający wyraża wątpliwość co do zgodności tego systemu z prawem Unii, ponieważ nie ma pewności co do sposobu, w jaki organy sądowe i wykonawcze państwa członkowskiego powinny postąpić w sytuacji, gdy ustawodawca krajowy nie przyjął jeszcze środków służących usunięciu sprzeczności z prawem Unii.

1. Artykuł 56 TFUE – wymogi materialne i proceduralne wynikające z wyroków Winner Wetten, Stoß i in., Carmen Media Group oraz Stanleybet i in.

23. Zgodnie z informacjami dostarczonymi przez sąd odsyłający na podstawie wyroków Trybunału w sprawach Stoß i in.¹⁰ oraz Carmen Media Group¹¹ sądy niemieckie są zdania, że niemiecki monopol państwowy jest sprzeczny z art. 56 TFUE z tego względu, że nie jest odpowiedni do zagwarantowania osiągnięcia celu, w jakim został ustanowiony, mianowicie ograniczania okazji do gry i działalności w tej dziedzinie w sposób spójny i systematyczny.

9 — Wyroki: Stoß i in., C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07, EU:C:2010:504; Carmen Media Group, C-46/08, EU:C:2010:505.

10 — Wyrok C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07, EU:C:2010:504, pkt 107.

11 — Wyrok C-46/08, EU:C:2010:505, pkt 71.

24. W świetle powyższego nie ma konieczności przywoływania w tym miejscu całego orzecznictwa Trybunału dotyczącego uzasadnionych ograniczeń stosowania art. 56 TFUE w dziedzinie gier losowych. Jednakże dla celów rozpatrzenia niniejszej sprawy warto zwrócić uwagę na kilka aspektów.

25. W postępowanie w sprawie Winner Wetten¹² do Trybunału zwrócono się z zapytaniem, czy obecne art. 49 TFUE i 56 TFUE dopuszczają stosowanie przepisów prawa krajowego dotyczących państwowego monopolu zasadniczo sprzecznych z tymi postanowieniami „w czasie trwania okresu przejściowego, mimo pierwszeństwa stosowania prawa [Unii] bezpośrednio obowiązującego”.

26. Pytanie to sprowadzało się do ustalenia, czy przyjęcie zasady dopuszczającej, w wyjątkowych okolicznościach, tymczasowe utrzymanie w mocy skutków zastosowania przepisów krajowych uznanych za sprzeczne z bezpośrednio obowiązującymi przepisami prawa Unii jest uzasadnione w drodze analogii, zważywszy na orzecznictwo Trybunału wypracowane na podstawie art. 264 ust. 2 TFUE.

27. Trybunał orzekł, że „ze względu na pierwszeństwo podlegającego bezpośredniemu stosowaniu prawa Unii, przepisy prawa krajowego dotyczące państwowego monopolu w zakresie urządzania zakładów sportowych, które to przepisy wedle ustaleń sądu krajowego zawierają ograniczenia niezgodne ze swobodą przedsiębiorczości oraz swobodą świadczenia usług, ponieważ ograniczenia te nie przyczyniają się w sposób spójny i systematyczny do ograniczenia działalności w zakresie urządzania zakładów sportowych, nie mogą być nadal stosowane w okresie przejściowym”¹³.

28. Znaczeniu tej zasady nie umniejszono moim zdaniem w wyroku Stanleybet i in.

29. W tamtej sprawie Trybunał potwierdził swoje wnioski wskazane w wyroku Winner Wetten¹⁴. Trybunał powołał następnie orzecznictwo, w myśl którego organy krajowe dysponują swobodnym uznaniem wystarczającym do ustalenia wymogów, z jakimi związana jest ochrona konsumenta i porządku społecznego, w granicach wynikających z zasady proporcjonalności¹⁵, i zgodnie z którym to orzecznictwem rynek gier losowych jest „bardzo specyficznym rynkiem”, na którym konkurencja między kilkoma podmiotami gospodarczymi uprawnionymi do urządzania tej samej gry losowej mogłaby mieć szkodliwe skutki i tym samym powodować zwiększenie wydatków konsumentów związanych z grą oraz ryzyko uzależnienia¹⁶.

30. Ze wspomnianego orzecznictwa Trybunał wywodzi, że odmowa przyznania okresu przejściowego w wypadku niezgodności krajowych przepisów z art. 49 TFUE i 56 TFUE „niekoniecznie wywołuje obowiązek liberalizacji rynku gier losowych przez dane państwo członkowskie, jeżeli uważa ono, iż taka liberalizacja jest niezgodna z poziomem ochrony konsumentów i porządkiem społecznym, jaki to państwo członkowskie zamierza zapewnić. W obecnym stanie prawa Unii państwa członkowskie mają swobodę w zakresie modyfikowania zasad funkcjonowania istniejących monopolu w celu dostosowania ich do postanowień traktatu, zwłaszcza poprzez poddanie ich skutecznej i ścisłej kontroli organów władzy publicznej”¹⁷.

31. Trybunał stwierdził następnie, iż „jeżeli państwo członkowskie uzna, że reforma istniejącego monopolu w celu dostosowania go do postanowień traktatu nie może być brana pod uwagę i że liberalizacja rynku gier losowych lepiej odpowiada poziomowi ochrony konsumentów i porządku społecznego, który państwo to zamierza zapewnić, będzie ono zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatowych, zwłaszcza postanowień [art. 49 TFUE i 56 TFUE], zasad równego

12 — Wyrok C-409/06, EU:C:2010:503, pkt 28.

13 — Ibidem, pkt 69.

14 — Zobacz wyrok Stanleybet i in., C-186/11 i C-209/11, EU:C:2013:33, pkt 38, 39, 42.

15 — Ibidem, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo.

16 — Ibidem, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo.

17 — Ibidem, pkt 46.

traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikającego z nich obowiązku przejrzystości [...]. W takim wypadku wprowadzenie w tym państwie członkowskim systemu uprzedniego zezwolenia administracyjnego w zakresie oferowania pewnych rodzajów gier losowych musi odbywać się w oparciu o obiektywne, niedyskryminacyjne i znane z góry kryteria, określające ramy uznania organów krajowych, po to, by nie korzystały one z niego w sposób arbitralny [...]”¹⁸.

32. Z przytoczonego wyżej orzecznictwa można wysnuć następujące wnioski: po pierwsze, ani monopol państwowy jako taki nie jest sprzeczny z art. 56 TFUE, ani też postanowienie to nie wymaga od państw członkowskich liberalizacji rynku w dziedzinie gier. Po drugie, system uprzedniego zezwolenia administracyjnego w zakresie oferowania gier losowych jest co do zasady dopuszczalny, pod warunkiem że jest on oparty na obiektywnych, niedyskryminacyjnych i znanych z góry kryteriach, określających ramy uznania władz krajowych, po to, by nie korzystały one z niego w sposób arbitralny. Zatem zasadniczo państwa członkowskie dysponują swobodą regulowania tej dziedziny, pod warunkiem że przestrzegają prawa Unii¹⁹. Po trzecie, Trybunał nie przewiduje żadnego okresu przejściowego, w którym możliwe byłoby dalsze stosowanie prawa uznanego za sprzeczne z prawem Unii.

2. Obowiązek niestosowania wymogu uzyskania zezwolenia

33. W następstwie wyroku Trybunału, z którego można wywieść wniosek, że prawo krajowe jest niezgodne z prawem Unii, *wszystkie* organy tego państwa członkowskiego są zobowiązane do zaradzenia tej sytuacji. Wynika to z zasad pierwszeństwa oraz lojalnej współpracy, zapisanych w art. 4 ust. 3 TUE. W tym względzie Trybunał konsekwentnie orzeka, że państwa członkowskie mają obowiązek usuwania bezprawnych skutków naruszenia prawa Unii²⁰. Trybunał podkreślił, że „[z]obowiązanie takie ciąży w ramach jego właściwości na każdym organie danego państwa członkowskiego”²¹. Dla ustawodawcy oznacza to zniesienie wszystkich przepisów prawa sprzecznych z prawem Unii²². Od wydania wyroku *Simmenthal* powszechnie wiadomo, że sędzia sądu krajowego musi odmówić zastosowania sprzecznych z prawem Unii przepisów prawa krajowego²³. Ten sam obowiązek dotyczy wszystkich organów publicznych.

34. Jednak które przepisy wymagają uchylecia przez sądy niemieckie in casu? Czy wyłącznie postanowienia dotyczące monopolu państwowego (§ 10 GlüStV), czy, dodatkowo, postanowienie nakładające obowiązek uzyskania zezwolenia na organizację zakładów sportowych i pośredniczenie w ich przyjmowaniu (§ 4 GlüStV)? To właśnie ta kwestia przysparza trudności sądowi odsyłającemu. Decyzji odnośnie do tego, których przepisów nie należy zastosować, nie ułatwia fakt, że w Niemczech istnieją dwie linie orzecznicze wymagające krótkiego przedstawienia.

18 — Ibidem, pkt 47.

19 — Zobacz ponadto J. Łacny, Swoboda państw członkowskich w zakresie regulowania gier hazardowych – przegląd orzecznictwa TS, *Europejski Przegląd Sądowy*, grudzień 2010, s. 39.

20 — Zobacz na przykład wyrok *Jonkman i in.*, od C-231/06 do C-233/06, EU:C:2007:373, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo.

21 — Zobacz wyrok *Wells*, C-201/02, EU:C:2004:12, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo.

22 — W kontekście postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego Trybunał konsekwentnie twierdzi, że niezgodność uregulowań krajowych z przepisami Unii można naprawić jedynie w drodze wiążących przepisów krajowych o takiej samej mocy prawnej jak te, które wymagają zmiany. Same praktyki administracyjne, których charakter umożliwia zmianę zgodnie z życzeniem organów, a które nie zostały odpowiednio podane do publicznej wiadomości, nie mogą zostać uznane za należyte spełnienie obowiązków wynikających z traktatu; zob. na przykład wyrok *Komisja/Włochy* (C-358/98, EU:C:2000:114, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo). Jeżeli na skutek wyroku wydanego w trybie prejudycjalnym prawo Unii wyklucza zastosowanie określonych przepisów prawa krajowego, wówczas dane państwo członkowskie zobowiązane jest do naprawienia tej sytuacji.

23 — Zgodnie z utrwaloną zasadą prawa Unii przy ocenie zgodności uregulowań krajowych z prawem Unii sąd krajowy nie może ograniczać swojej analizy do brzmienia przepisów krajowych, ale powinien także wziąć pod uwagę sposób, w jaki przepisy te są stosowane przez organy krajowe; zob. J. Łacny, op.cit., s. 44.

35. Według stanowiska prezentowanego przede wszystkim przez wyższe sądy administracyjne zakaz pośredniczenia jest sprzeczny z prawem Unii tylko wtedy, gdy jest on oparty na § 10 ust. 2 i 5 GlüStV. Nie oznacza to jednak, że prywatny podmiot gospodarczy może działać w charakterze pośrednika bez zezwolenia przewidzianego w § 4 GlüStV i że § 284 StGB nie ma zastosowania. Sądy te badają, czy prywatni organizatorzy lub pośrednicy byłoby w stanie uzyskać zezwolenie na warunkach obowiązujących monopolistów państwowych i ich pośredników na mocy GlüStV oraz ustaw wykonawczych do tej umowy. Jednak, jak wskazuje sąd odsyłający, ta (hipotetyczna) „kwalifikacja do uzyskania zezwolenia” jest zawsze odrzucana. Uzasadnia się to w szczególności okolicznością, że prywatny organizator zakładów nie przestrzega ograniczeń w oferowaniu zakładów lub innych przepisów przewidzianych w GlüStV dla monopolistów w celu uzasadnienia monopolu.

36. W tym kontekście Bundesverwaltungsgericht (federalny sąd administracyjny) orzekł w maju i czerwcu 2013 r. w kilku wyrokach, że niemieckie organy mogą „prewencyjnie” zakazać organizowania zakładów sportowych i pośredniczenia w ich przyjmowaniu bez niemieckiego zezwolenia, chyba że zainteresowany organizator lub pośrednik spełnił materialne warunki udzielenia zezwolenia – z wyjątkiem ewentualnie sprzecznych z prawem przepisów dotyczących monopolu – i że organ wydający zakaz mógł to stwierdzić w sposób jednoznaczny, to jest bez dalszego sprawdzania w momencie podejmowania decyzji.

37. Inne sądy uważają zaś, że przewidziane w § 4 ust. 1 GlüStV ograniczenie wydawania zezwoleń nie może być stosowane bez powiązania z zakazem ustanowionym w § 10 ust. 2 i 5 GlüStV. Ich zdaniem fikcja sądowej procedury wydawania zezwoleń podmiotom prywatnym jest sama w sobie bezprawna. Ponadto procedura wydawania zezwoleń, o której mowa w GlüStV i w ustawach wykonawczych do niej, nie jest przewidziana dla prywatnych organizatorów zakładów i ich pośredników, lecz jedynie dla monopolistów państwowych i ich pośredników.

38. W świetle powyższych uwag można by pokusić się o stwierdzenie, że należy odmówić stosowania jedynie przepisu dotyczącego monopolu państwowego. Wszak Trybunał w żadnym wypadku nie kwestionuje ogólnej dopuszczalności procedury wydawania zezwoleń.

39. Jestem jednak sceptyczny wobec takiego podejścia i sugerowałbym dokonanie przez Trybunał pogłębionej analizy. Przeprowadzona ocena pytań prowadzi mnie do wniosku, iż sędzia sądu odsyłającego winien odmówić stosowania *obu* przepisów; poniżej spróbuję wykazać słuszność tego poglądu. Pragnę podkreślić, że do wyboru drugiej opcji skłaniają mnie szczególne okoliczności faktyczne w niniejszej sprawie.

40. Po pierwsze, fakt, że sprzeczne orzecznictwo na szczeblu krajowym odnośnie do obowiązku poddania się procedurze udzielania zezwoleń nie gwarantuje podmiotom gospodarczym pewności prawa. Nie uważam, że w takiej sytuacji, którą cechuje niepewność, od podmiotów tych można wymagać wyboru opcji, która jest dla nich mniej korzystna.

41. Po drugie, zezwolenia nie udzielono żadnym podmiotom prywatnym, które poddały się procedurze. Wydaje się bowiem, że organy krajowe nie wydają zezwolenia, jeżeli w chwili wydania decyzji nie mają całkowitej pewności co do tego, że działalność polegająca na pośredniczeniu spełnia wszystkie materialne warunki udzielenia zezwolenia. Oczywiście jest, że praktyka taka czyni całą procedurę udzielania zezwoleń bezużyteczną. Wydaje się, że jest to procedura, której rezultat jest z góry przesądzony (brak „Ergebnisoffenheit”). Byłoby cyniczne żądać od podmiotu gospodarczego poddania się procedurze skazanej na niepowodzenie. Konsekwencją prawną może być jedynie brak wymogu poddania się takiej procedurze.

42. Po trzecie, fakt, że organy krajowe muszą odmówić stosowania przepisów prawa sprzecznych z prawem Unii, nie oznacza, iż jednostka powinna z góry założyć, że organy te faktycznie to zrobią. Z punktu widzenia jednostki istnieje przecież domniemanie legalności przepisów prawa. Zasada pewności prawa wymaga, by uregulowania prawne były jasne i precyzyjne, a ich skutki przewidywalne,

zwłaszcza wówczas, gdy pociągają one za sobą niekorzystne konsekwencje dla jednostek i przedsiębiorstw²⁴. W niniejszej sprawie brak jest takiej precyzji, co może wywoływać jedynie niekorzystne dla jednostki skutki.

43. Po czwarte, trudno mi rozdzielić wymóg uzyskania zezwolenia od monopolu państwowego. Te dwa przepisy są nierozdzielnie ze sobą związane, biorąc pod uwagę, że procedura udzielania zezwoleń skierowana jest do podmiotów publicznych. Cała logika GlüStV opiera się na tym, że jest to umowa mająca zastosowanie wyłącznie do podmiotów państwowych. Jeżeli zgodnie z tą logiką jedynie podmioty państwowe mogą ubiegać się o wydanie zezwolenia, nie można oczekiwać, że podmiot prywatny złoży wniosek o wydanie zezwolenia, w sytuacji gdy prawo wyraźnie do tego zniechęca.

3. Zakaz stosowania sankcji karnych

44. W wyniku przyjęcia takiej wykładni znamiona czynu określonego w § 284 StGB nie zostaną wypełnione.

45. Ten tok rozumowania znajduje także potwierdzenie w wydanym przez Trybunał wyroku Placanica. W wyroku tym Trybunał jednoznacznie stwierdził, 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 [Unii]”²⁵. Trybunał powtórzył te argumenty w wyroku Stoß i in.²⁶, w sprawie, która, jak wskazano powyżej, miała za przedmiot ustawodawstwo niemieckie dotyczące zakładów sportowych.

46. Tym samym na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć w ten sposób, że w sytuacji, w której sąd krajowy ustalił, iż monopol w zakresie zakładów sportowych jest sprzeczny z prawem Unii, i w której jedynie podmioty publiczne mogą, na mocy przepisów krajowych, uzyskać zezwolenie krajowe, art. 56 TFUE wyłącza możliwość karania przez krajowe organy ścigania pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych prowadzonego bez zezwolenia krajowego w imieniu organizatora zakładów posiadającego zezwolenie w innym państwie członkowskim.

C – W przedmiocie pytania drugiego

47. Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy dyrektywa 98/34 sprzeciwia się stosowaniu przepisów AGGlüStV po wygaśnięciu GlüStV, jako że ta bawarska ustawa nie została notyfikowana Komisji.

48. Pomimo znacznej długości wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający nie uzasadnia należycie znaczenia tego pytania w kontekście niniejszej sprawy. Otwarta pozostaje także kwestia, które przepisy AGGlüStV sąd ten uważa za istotne w tym względzie. Odniosę się do tego problemu ponownie w dalszej części opinii.

49. Zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34, który jest bezpośrednio skuteczny w tym rozumieniu, że jednostka może powołać się na niego przed sądem krajowym²⁷, państwa członkowskie mają obowiązek przekazania Komisji „wszelki[ch] projekt[ów] przepisów technicznych”. Przepisy techniczne zdefiniowano w art. 1 ust. 11 dyrektywy 98/34 jako „specyfikacje techniczne i inne wymagania bądź zasady dotyczące usług, włącznie z odpowiednimi przepisami administracyjnymi, których

24 — Zobacz wyrok Costa i Cifone, C-72/10 i C-77/10, EU:C:2012:80, pkt 74 i przytoczone tam orzecznictwo.

25 — Zobacz wyrok Placanica, C-338/04, C-359/04 i C-360/04, EU:C:2007:133, pkt 69.

26 — Wyrok C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07, EU:C:2010:504, pkt 115.

27 — Zasada ta wpisuje się w utrwalone orzecznictwo od wyroku CIA Security International, C-194/94, EU:C:1996:172, pkt 44.

przestrzeganie jest obowiązkowe, *de iure* lub *de facto*, w przypadku wprowadzenia do obrotu, świadczenia usługi, ustanowienia operatora usług lub stosowania w państwie członkowskim lub na przeważającej jego części, jak również przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne państw członkowskich, z wyjątkiem określonych w art. 10, zakazujące produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania produktu lub zakazujące świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcy usług”.

50. Przed przyjęciem projektu GlüStV w całości notyfikowano go Komisji na mocy art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34²⁸. Zgodnie z postanowieniami tej umowy, notyfikowanymi Komisji i ostatecznie przyjętymi²⁹, GlüStV straciła ważność po upływie czterech lat od daty wejścia w życie³⁰.

51. Po wygaśnięciu GlüStV z końcem 2011 r. Bawaria przyjęła własną ustawę, AGGlüStV, przedłużając ważność postanowień GlüStV. Ustawa ta nie została notyfikowana Komisji.

52. Uważam, że notyfikacja powinna była nastąpić oraz że doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34.

53. Biorąc pod uwagę fakt, że cel dyrektywy ma charakter prewencyjny, mianowicie polega na zapobieganiu komplikacjom wynikającym z ewentualnych przyszłych barier w handlu, w interesie zarówno Komisji, jako strażnika traktatów, jak i pozostałych państw członkowskich leży uzyskanie wyczerpujących informacji na temat projektów przepisów technicznych. Jeżeli skuteczność prawa podlega ograniczeniom czasowym, jest to ważny, jeżeli nie zasadniczy, element. Komisja oraz państwa członkowskie mają interes w tym, aby wiedzieć, czy przepisy, które uważają one za wygasłe, zostały ponownie wprowadzone.

54. W tym miejscu należy dodać, że Trybunał zobowiązuje państwa członkowskie do przedstawiania Komisji projektów całych ustaw, nawet jeżeli tylko część zawartych w nich przepisów faktycznie ma charakter przepisów technicznych³¹. Podejście takie Trybunał uzasadniał poprzez odniesienie do celu wyrażonego w ostatnim zdaniu art. 8 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy, jakim jest umożliwienie Komisji uzyskania jak największej liczby informacji odnośnie do treści, zakresu stosowania i ogólnego kontekstu projektu przepisu technicznego, aby mogła ona jak najskuteczniej wykonywać uprawnienia przyznane jej w drodze dyrektywy³².

55. Moim zdaniem władze Bawarii naruszyły zatem art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34 poprzez zaniechanie notyfikacji AGGlüStV. Przedłużenie ważności poprzedniej ustawy poprzez uchwalenie innej stanowi innymi słowy nowy projekt przepisu technicznego, który objęty jest zakresem stosowania art. 8 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 98/34³³.

56. Jakie konsekwencje prawne niesie ze sobą ten brak notyfikacji?

28 — Celem niniejszej opinii nie jest dokładne zbadanie, które postanowienia GlüStV stanowią przepisy techniczne w rozumieniu tej dyrektywy i tym samym powodują obowiązek notyfikacji. Wystarczy stwierdzić, że postanowienie zawierające zakaz gier losowych przez Internet z pewnością ma charakter przepisu technicznego.

29 — Zarówno projekt, jak i wersja ostateczna dostępne są na stronie internetowej Komisji: <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2006&num=658&mLang=PL>.

30 — Chyba że konferencja premierów rządów krajów związkowych podejmie, przynajmniej 13 głosami, przed upływem czteroletniego okresu decyzję o utrzymaniu w mocy umowy państwowej, uwzględniając wyniki oceny – co nie miało miejsca.

31 — Zobacz wyrok Komisja/Włochy, C-279/94, EU:C:1997:396, pkt 40, 41.

32 — Ibidem.

33 — Nie uważam więc, że art. 8 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 98/34 odgrywa na tym etapie rolę decydującą, ponieważ jasne jest, iż nie mamy do czynienia ze „zmian[ami], które w istotny sposób wpływają na zakres jego zastosowania, skracają wyjściowo przewidziany harmonogram wdrożenia, dodają więcej specyfikacji lub wymagań lub zastrzegają wspomniane wymagania”.

57. Można by pokusić się o stwierdzenie, że jeżeli państwo członkowskie nie spełniło obowiązku notyfikacji ustawy, wówczas ustawa ta nie ma zastosowania w całości. Na poparcie tego poglądu wskazuje się, że skoro obowiązek notyfikacji odnosi się do całej ustawy, z logicznego punktu widzenia skutki braku notyfikacji także powinny obejmować całą ustawę³⁴. Takie rozwiązanie, którego przewaga polega na tym, że łatwo je zastosować, stanowiłoby dodatkową motywację dla państw członkowskich, aby notyfikować Komisji projekty ustaw.

58. Niemniej jednak nie widzę możliwości przyjęcia aż tak zawężającej wykładni.

59. Od wyroku CIA Security International³⁵ Trybunał konsekwentnie orzeka, iż „niedopełnienie obowiązku notyfikacji powoduje, że odnośne przepisy techniczne nie mogą być stosowane, a zatem nie można egzekwować ich przestrzegania przez jednostki”.

60. W moim rozumieniu fragment ten odnosi się do szczególnych przepisów technicznych, które *faktycznie powodują powstanie* obowiązku notyfikacji. Odnośnie bowiem do projektu ustawy włoskiej Trybunał stwierdził, że sam fakt, iż wszystkie przepisy zawarte w tej ustawie zostały notyfikowane Komisji, nie stanowił dla rządu Republiki Włoskiej przeszkody, aby wprowadzić w życie w trybie natychmiastowym – a więc nie czekając na wyniki przewidzianej w dyrektywie procedury badania – przepisy, które nie stanowią przepisów technicznych³⁶. Innymi słowy: o ile Trybunał wymaga, aby państwa członkowskie przekazywały cały projekt ustawy, o tyle nie nakłada on wymogu, aby państwo zawiesiło procedurę wprowadzenia w życie tych części, które nie stanowią przepisów technicznych. W kontekście tego orzecznictwa logiczne wydawałoby mi się, że jedynie te przepisy prawa, które rzeczywiście stanowią przepisy techniczne, nie mają zastosowania³⁷.

61. Rozważania te prowadzą mnie z powrotem do rozpatrywanej sprawy. Ani wymóg zatwierdzenia, ani monopol państwowy nie stanowią moim zdaniem przepisów technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34.

62. Dyrektywa 98/34 ma na celu ochronę, poprzez prewencyjne monitorowanie, swobodnego przepływu *towarów* oraz swobodnego świadczenia *usług społeczeństwa informacyjnego*.

63. Prawdą jest, że Trybunał orzekł wcześniej, iż krajowe przepisy dotyczące gier na *automatach* o niskich wygranych, mogące powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na takich *automatach* o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią potencjalnie „przepisy techniczne” w rozumieniu art. 1 ust. 11 dyrektywy 98/34³⁸. W takim wypadku można próbować dostrzec powiązanie ze swobodnym przepływem towarów, in casu – automatów do gier. W niniejszej sprawie zakaz jest jednak zakrojony na szerszą skalę. Wydaje mi się, że powiązanie z automatami byłoby zbyt wątpliwe.

34 — Zobacz R. Streinz, Ch. Herrmann, T. Kruis, Die Notifizierungspflicht des Glücksspielstaatsvertrags und der Ausführungsgesetze der Länder gem. der Richtlinie Nr. 98/34/EG (Informationsrichtlinie), *Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht* 2007, s. 406.

35 — Wyrok C-194/94, EU:C:1996:172, pkt 54.

36 — Zobacz wyrok Komisja/Włochy, C-279/94, EU:C:1997:396, pkt 42.

37 — Pogląd ten podziela J. Dietlein w Informationsrichtlinie, w: *Glücksspielrecht*, J. Dietlein, M. Hecker, M. Ruttig (ed.), C.H. Beck, Munich 2008, pkt 19.

38 — Zobacz wyrok Fortuna i in., C-213/11, C-214/11 i C-217/11, EU:C:2012:495, pkt 40. Trybunał był jednak raczej ostrożny, ponieważ w tym samym punkcie wyroku stwierdził, że obowiązek notyfikacji ma zastosowanie tylko w wypadku ustalenia, iż przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż danych produktów, a dokonanie tego ustalenia należy do sądu odsyłającego.

64. Proponuję więc, aby na pytanie drugie Trybunał odpowiedział w ten sposób, że art. 8 dyrektywy 98/34 sprzeciwia się karaniu pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych za pośrednictwem automatów do gier bez niemieckiego zezwolenia na rzecz organizatora zakładów posiadającego zezwolenie w innym państwie członkowskim, jeżeli interwencja państwa jest oparta na nienotyfikowanych Komisji Europejskiej przepisach technicznych. Przepisy krajowe takie jak § 4 ust. 1, § 10 ust. 2 i 5 GlüStV nie stanowią „przepisów technicznych” w rozumieniu art. 1 ust. 11 dyrektywy 98/34.

D – W przedmiocie pytania trzeciego

65. Pytanie trzecie opiera się na słusznym założeniu, że ograniczenie swobody świadczenia usług i procedura udzielania koncesji są uzasadnione wyłącznie w zakresie, w jakim służą ochronie celu uzasadnionego nadrzędnymi względami interesu ogólnego, i są ponadto proporcjonalne do założonych celów i zgodne z ogólnymi zasadami prawa Unii.

66. Sąd odsyłający zmierza zatem do uzyskania wytycznych, czy procedura udzielania koncesji wszczęta na podstawie GlüStV jest zgodna z art. 56 TFUE oraz ogólnymi zasadami prawa Unii. W przypadku braku tej zgodności S. Ince nie mogłaby zostać pociągnięta do odpowiedzialności karnej na podstawie § 284 StGB. Sąd odsyłający podaje obszerny wykaz czynników, które jego zdaniem prowadzą do wniosku, zgodnie z którym prowadzona procedura udzielania koncesji jest bezprawna w świetle prawa Unii.

67. Na wstępie należy przypomnieć, że ostatecznie to do sądu krajowego, posiadającego wyłączną właściwość do dokonania oceny okoliczności faktycznych i wykładni ustawodawstwa krajowego, należy ustalenie, czy uregulowania krajowe są proporcjonalne do celu uzasadnionego interesem publicznym³⁹. Niemniej Trybunał Sprawiedliwości może dostarczyć wskazówki związane z informacjami przekazanymi w toku postępowania⁴⁰. W rozpatrywanej sprawie Trybunał nie ma możliwości dokonania oceny wszystkich szczegółowych informacji przedstawionych przez sąd odsyłający z uwagi na to, że pytanie trzecie w znacznym stopniu jest powiązane z okolicznościami faktycznymi. Zalecałbym zatem, aby Trybunał powstrzymał się od dokonywania szczegółowej analizy okoliczności faktycznych przedstawionych przez sąd odsyłający, ponieważ zadanie to wymagałoby uzyskania dostępu do wszystkich elementów krajowej procedury udzielania koncesji.

68. Z tego względu przywołam kilka zasad ogólnych, których organy krajowe muszą przestrzegać w odniesieniu do systemu udzielania koncesji. Źródłem tych zasad jest orzecznictwo Trybunału w kontekście zamówień publicznych, koncesji i procedur uprzedniego zezwolenia administracyjnego. W tych obszarach Trybunał stosuje jednakowe zasady. Niezmiennie występuje obowiązek przestrzegania podstawowych reguł traktatu i wynikających z nich zasad, jeżeli wykonywanie tej działalności może potencjalnie zainteresować przedsiębiorców mających siedzibę w innych państwach członkowskich⁴¹.

69. Organy administracji publicznej udzielające koncesji zobowiązane są do przestrzegania podstawowych zasad traktatu, w tym zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, oraz obowiązku przejrzystości⁴². W tym względzie państwa członkowskie muszą zagwarantować odpowiedni poziom jawności umożliwiający otwarcie sfery koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur ich udzielania⁴³.

39 — Zobacz wyroki: Rinner-Kühn, 171/88, EU:C:1989:328, pkt 15; Schönheit i Becker, C-4/02 i C-5/02, EU:C:2003:583, pkt 82; Bressol i in., C-73/08, EU:C:2010:181, pkt 75.

40 — Zobacz wyrok Bressol i in., C-73/08, EU:C:2010:181, pkt 65.

41 — Zobacz wyrok Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także wyrok Sporting Exchange, C-203/08, EU:C:2010:307, pkt 39–47.

42 — Zobacz wyrok Sporting Exchange, C-203/08, EU:C:2010:307, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo.

43 — Ibidem, pkt 41.

70. Ponadto system udzielania koncesji powinien opierać się na obiektywnych, niedyskryminacyjnych i znanych wcześniej kryteriach, określających ramy uznania organów krajowych, tak by nie mógł być stosowany w sposób arbitralny⁴⁴. Każdej osobie, której dotyczy restrykcyjny przepis oparty na takim odstępstwie, musi przysługiwać możliwość skorzystania z sądowej drogi odwoławczej⁴⁵.

71. Dalsze wskazówki można znaleźć w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji⁴⁶. Transpozycji tej dyrektywy, która weszła w życie w dniu 18 kwietnia 2014 r., należy dokonać do dnia 18 kwietnia 2016 r. Chociaż wydaje się, że dyrektywa ta nie ma zastosowania do procedury udzielania koncesji takiej jak ta w niniejszej sprawie⁴⁷, a w każdym razie termin na dokonanie transpozycji jeszcze nie upłynął, zasady ogólne, na których owa dyrektywa się opiera, mogą stanowić źródło inspiracji i wskazówek, biorąc pod uwagę, że Trybunał odwołuje się do tych samych zasad w odniesieniu do procedur udzielania koncesji i zawierania umów koncesyjnych⁴⁸.

72. Co się tyczy konfliktu interesów w kontekście zamówień publicznych, Trybunał orzekł, że osoba wykonująca niektóre prace przygotowawcze mogłaby się znaleźć w sytuacji, w której nie można podtrzymać twierdzenia, że zasada równego traktowania zobowiązuje do traktowania jej tak samo jak każdego innego oferenta⁴⁹. Ponadto dyrektywa 2014/23 w art. 35, zatytułowanym „Zwalczanie korupcji i zapobieganie konfliktom interesów”, stanowi, że „[p]aństwa członkowskie wymagają, aby instytucje zamawiające i podmioty zamawiające przyjęły odpowiednie środki, by zwalczać nadużycia finansowe, faworyzowanie i korupcję oraz aby skutecznie zapobiegać konfliktom interesów, a także rozpoznawać i likwidować je, gdy powstają w związku z prowadzeniem postępowań o udzielenie koncesji, by nie dopuścić do jakiegokolwiek zakłócenia konkurencji i zapewnić przejrzystość postępowania o udzielenie koncesji oraz równe traktowanie wszystkich kandydatów i oferentów”. W dalszej części przepis ten stanowi, że „[p]ojęcie konfliktu interesów obejmuje co najmniej każdą sytuację, w której członek personelu instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie koncesji lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania, mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie koncesji”.

73. Zasada przejrzystości wymaga od instytucji zamawiającej zagwarantowania wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie rynku usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur udzielania zamówień⁵⁰. Dyrektywa 2014/23 w załączniku V zawiera szczegółowy wykaz „informacji, jakie należy zamieścić w ogłoszeniach o koncesji, o których mowa w art. 31”.

74. Do sądu odsyłającego należy ustalenie w świetle powyższych rozważań, czy prowadzona procedura udzielania koncesji jest zgodna z zasadami ogólnymi, a zatem czy stanowi uzasadnione ograniczenie art. 56 TFUE.

44 — Ibidem, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo.

45 — Ibidem.

46 — Dz.U. L 94, s. 1.

47 — Zobacz motyw 14 dyrektywy. Mimo że zarówno GlüÄndStV, jak i postanowienie odsyłające używają niemieckiego terminu „Konzession(en)”, należy podkreślić, że do celów prawa Unii chodzi wyraźnie o koncesje, a nie o „umowy koncesyjne” w rozumieniu dyrektywy.

48 — Zobacz wyrok Sporting Exchange, C-203/08, EU:C:2010:307, pkt 39–47.

49 — Wyrok Fabricom, C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 31.

50 — Zobacz wyrok Telaustria and Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, pkt 62.

75. Na pytanie trzecie należy więc odpowiedzieć w ten sposób, że art. 56 TFUE sprzeciwia się karaniu pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych bez krajowego zezwolenia na rzecz organizatora zakładów posiadającego zezwolenie w innym państwie członkowskim, w przypadku gdy sąd krajowy ustalił, że procedura udzielania koncesji przewidująca możliwość udzielenia maksymalnie 20 koncesji organizatorom zakładów stoi w sprzeczności z zasadami ogólnymi, takimi jak zasada równości, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz zasada przejrzystości.

IV – Wnioski

76. W świetle powyższych rozważań proponuję, by Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na przedłożone przez Amtsgericht Sonthofen pytania prejudycjalne:

- 1) W sytuacji, w której sąd krajowy ustalił, że monopol w zakresie zakładów sportowych jest sprzeczny z prawem Unii, i w której jedynie podmioty publiczne mogą, na mocy przepisów krajowych, uzyskać zezwolenie krajowe, art. 56 TFUE wyłącza możliwość karania przez krajowe organy ścigania pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych prowadzonego bez zezwolenia krajowego w imieniu organizatora zakładów posiadającego zezwolenie w innym państwie członkowskim.
- 2) Artykuł 8 dyrektywy 98/34 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego sprzeciwia się karaniu pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych za pośrednictwem automatów do gier bez krajowego zezwolenia na rzecz organizatora zakładów posiadającego zezwolenie w innym państwie członkowskim, jeżeli interwencja państwa jest oparta na nienotyfikowanych Komisji Europejskiej przepisach technicznych. Przepisy krajowe takie jak postanowienia § 4 ust. 1, § 10 ust. 2 i 5 Staatsvertrag zum Glücksspielwesen (umowy państwowej w sprawie gier losowych) nie stanowią „przepisów technicznych” w rozumieniu art. 1 ust. 11 dyrektywy 98/34.
- 3) Artykuł 56 TFUE sprzeciwia się karaniu pośredniczenia w przyjmowaniu zakładów sportowych bez krajowego zezwolenia na rzecz organizatora zakładów posiadającego zezwolenie w innym państwie członkowskim, w przypadku gdy sąd krajowy ustalił, że procedura udzielania koncesji przewidująca możliwość udzielenia maksymalnie 20 koncesji organizatorom zakładów stoi w sprzeczności z zasadami ogólnymi, takimi jak zasada równości, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz zasada przejrzystości.