

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

YVES BOT

apresentadas em 31 de Março de 2011¹

1. A questão da conformidade de um monopólio em matéria de jogos de fortuna ou azar com as liberdades de circulação previstas pelo direito da União deu lugar, a partir de Setembro de 2009, a diversas decisões prejudiciais que permitiram ao Tribunal de Justiça precisar a sua jurisprudência anterior².

2. Decorre, porém, destes acórdãos, antes de mais, que um monopólio como este pode ser compatível com essas liberdades se tiver por objectivo assegurar um elevado nível de protecção da ordem pública e de defesa dos consumidores, e se for organizado e exercido de forma a atingir efectivamente esses objectivos.

3. Resulta também desses acórdãos que o titular desse monopólio tanto pode ser uma entidade pública como um operador privado³. Neste segundo caso, a atribuição do monopólio deve ser efectuada respeitando o princípio

da igualdade de tratamento e o princípio do dever de transparência, salvo se a concessão do referido monopólio a esse operador privado constituir uma atribuição «in house»⁴.

4. No domínio particular dos jogos a dinheiro pela Internet, a concessão de monopólios justifica-se ainda pelos riscos específicos que estes jogos representam⁵.

5. O Tribunal de Justiça também referiu que um Estado-Membro não era obrigado a reconhecer a licença para explorar jogos pela Internet concedida a um prestador de jogos em suporte electrónico por outro Estado-Membro, em cujo território esse prestador estivesse estabelecido⁶.

6. O objecto do presente pedido de decisão prejudicial do Bezirksgericht Linz (Áustria), que foi submetido ao Tribunal de Justiça em

1 — Língua original: francês.

2 — Acórdãos de 8 de Setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (C-42/07, Colect., p. I-7633); de 3 de Junho de 2010, Sporting Exchange (C-203/08, Colect., p. I-4695); Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International (C-258/08, Colect., p. I-4757); de 8 de Setembro de 2010, Winner Wetten (C-409/06, Colect., p. I-8015); Stoß e o. (C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 e C-410/07, Colect., p. I-8069); Carmen Media Group (C-46/08, Colect., p. I-8149); e de 9 de Setembro de 2010, Engelmann (C-64/08, Colect., p. I-8219).

3 — Acórdãos, já referidos, Sporting Exchange (n.º 48), e Stoß e o. (n.º 81).

4 — Acórdão Sporting Exchange, já referido (n.º 59).

5 — Acórdãos, já referidos, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (n.ºs 69 a 72), e Carmen Media Group (n.ºs 102 e 103).

6 — Acórdãos, já referidos, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (n.º 69); Sporting Exchange (n.º 33), e Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International (n.º 54).

fins de Agosto de 2009 e, portanto, antes da prolação dos acórdãos já referidos, é obter a apreciação da conformidade com a livre prestação de serviços da legislação austríaca aplicável às lotarias electrónicas.

7. Nos termos desta legislação, o fornecimento desses jogos às pessoas residentes na Áustria é objecto de um monopólio de exploração reservado, com uma duração máxima de quinze anos, a um operador privado que deve preencher determinados requisitos. Deve tratar-se, nomeadamente, de uma sociedade de capitais com sede social na Áustria e que não pode constituir sucursais no estrangeiro.

8. O órgão jurisdicional de reenvio submete diversas questões prejudiciais para lhe permitir apurar se esse monopólio e os requisitos impostos pelo seu direito interno para a concessão do mesmo são conformes ao direito comunitário.

9. A maioria destas questões encontra resposta na jurisprudência e, em especial, nos acórdãos proferidos posteriormente à recepção da decisão de reenvio.

10. No entanto, com o presente processo, o Tribunal de Justiça tem a oportunidade de introduzir esclarecimentos complementares à sua jurisprudência quanto ao requisito de que a sociedade titular do monopólio

tenha a sua sede social no território desse Estado-Membro.

11. No acórdão Engelmann, já referido, este requisito, na medida em que era imposto a concessionários de casas de jogos tradicionais como os casinos, foi considerado desproporcionado em relação aos objectivos de controlo e de protecção da ordem pública invocados pelo Governo austríaco.

12. Nas presentes conclusões, proporei ao Tribunal de Justiça que declare que este mesmo requisito se pode justificar em situação bem específica de um monopólio de exploração de jogos pela Internet.

13. Recordarei que um regime de monopólio, porque é muito restritivo das liberdades de circulação, apenas pode ser justificado se tiver por objectivo assegurar um nível elevado de protecção da ordem pública e de defesa dos consumidores.

14. Também recordarei que os jogos a dinheiro pela Internet comportam riscos mais importantes para a ordem pública e para os consumidores do que os jogos tradicionais e que podem ser fornecidos à distância, sem infra-estrutura no Estado-Membro de destino, onde este Estado poderia, ele mesmo, efectuar controlos apertados. Indicarei que, no estado do direito comunitário, não existem instrumentos de cooperação que permitam

a um Estado-Membro obter de outro Estado-Membro, em cujo território esteja estabelecido um prestador de jogos em suporte electrónico, a assistência necessária a esses controlos.

15. Daí, deduzirei que um Estado-Membro pode impor legitimamente ao operador titular do monopólio de exploração dos jogos pela Internet no território nacional que tenha a sua sede social nesse território para poder controlar eficazmente a actividade deste operador.

16. Por último, indicarei que um Estado-Membro não pode impedir que o titular do monopólio de exploração dos jogos pela Internet no seu território crie uma sucursal no estrangeiro sem demonstrar que esta medida é justificada por razões imperiosas de interesse geral e que é proporcionada a esses objectivos.

I — Quadro jurídico

A — *Direito da União*

17. A exploração de jogos a dinheiro ainda não foi objecto de uma regulamentação ou de uma harmonização a nível do direito comunitário. Esta actividade foi excluída do

âmbito de aplicação da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno⁷.

18. Os jogos a dinheiro que constituem uma actividade económica são abrangidos pelo âmbito de aplicação das liberdades de circulação, em particular, pelo artigo 49.º CE que proíbe as restrições à livre prestação de serviços no interior da Comunidade Europeia em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação.

19. Por força dos artigos 55.º CE e 48.º CE, o artigo 49.º CE é aplicável aos serviços oferecidos por uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenha a sua sede social, administração central ou o seu estabelecimento principal na Comunidade.

B — *O direito austríaco*

20. Na Áustria, os jogos de fortuna ou azar são regulamentados pela Lei federal relativa aos jogos de fortuna ou azar (Glücksspielgesetz)⁸.

7 — JO L 376, p. 36.

8 — BGBl. 620/1989, lei, na versão alterada no BGBl. I, 145/2006 (a seguir «GSpG»).

21. Nos termos do § 3 da GSpG, o direito de organizar jogos de fortuna ou azar é, em princípio, reservada ao Governo federal. Todavia, o Ministro das Finanças federal está autorizado a outorgar concessões a privados para a organização de lotarias e de lotarias electrónicas.

22. As lotarias electrónicas são, nos termos do § 12-A da GSpG, definidas neste contexto como as «lotarias para as quais o contrato de jogo é celebrado por meios electrónicos, a decisão sobre ganhos e perdas é dada ou colocada à disposição de maneira central e o participante pode tomar conhecimento do resultado imediatamente após a participação no jogo».

23. Nos termos do § 14 da GSpG, o Ministro das Finanças federal pode atribuir uma concessão para a organização das lotarias e das lotarias electrónicas. O § 14, n.º 2, da GSpG dispõe que a concessão apenas pode ser atribuída a um único candidato que:

- Seja uma sociedade de capitais com sede no território nacional;
- Não tenha proprietários (sócios) que disponham de uma influência dominante, e que não permita garantir a fiabilidade do ponto de vista regulamentar;

- Disponha de um conselho geral e de supervisão e de um capital social realizado de, pelo menos, 109 000 000 euros, devendo a proveniência lícita dos dinheiros ser demonstrada de forma adequada;

- Nomeie directores que, devido à sua formação, sejam profissionalmente competentes, disponham das características e da experiência necessárias para a exploração correcta da actividade e contra os quais não exista nenhum motivo de exclusão nos termos do § 13 do Código das Profissões artesanais, comerciais e industriais;

- Tendo em conta as circunstâncias (em especial, as experiências, os conhecimentos e os meios próprios) permita a expectativa de que conseguirá, para o Governo federal as melhores receitas (taxa de concessão e tributos sobre as apostas), e

- Em relação ao qual a estrutura eventual do grupo a que pertençam o ou os titulares de participação qualificada na empresa não dificulte um controlo eficaz do concessionário.

24. A concessão pode, nos termos do § 14, n.º 3, primeira frase, da GSpG, ser atribuída por um período máximo de quinze anos. O

§ 14, n.º 5, primeira frase, da GSpG dispõe que enquanto uma concessão de lotaria estiver em vigor nenhuma outra poderá ser atribuída.

25. Nos termos do § 15, n.º 1, da GSpG, o concessionário não tem o direito de constituir sucursais no estrangeiro. Além disso, a aquisição pelo concessionário de participações qualificadas noutras sociedades requer uma autorização do Ministro das Finanças federal. Nos termos do § 15-A da GSpG, esta autorização é igualmente exigida para uma extensão da actividade comercial do concessionário e apenas deve ser atribuída se não for de recear uma descida de receitas do Governo federal provenientes da taxa de concessão ou das deduções sobre as apostas.

26. Além disso, nos termos do § 18, n.º 1, da GSpG, o concessionário deve comunicar anualmente ao Ministro das Finanças federal a identificação das pessoas que participam no seu capital social.

27. A organização de jogos de fortuna ou azar com fins lucrativos por um não titular de uma concessão de exploração está sujeita às sanções penais previstas no § 168 do Código Penal austríaco (Strafgesetzbuch).

II — Factos no processo principal e questões prejudiciais

28. J. Dickinger e F. Ömer, nacionais austríacos, são fundadores do grupo multinacional de jogos em suporte electrónico bet-at-home.com. A sociedade-mãe deste grupo é a bet-at-home.com AG, uma sociedade de direito alemão com sede em Düsseldorf (Alemanha), que detém, entre as suas filiais, a bet-at-home.com Entertainment GmbH, uma sociedade de direito austríaco. Esta tem a sua sede em Linz (Áustria) e exerce actividades no domínio dos serviços de tratamento automático de dados e das técnicas da informação. Para além disso, dispõe de uma licença válida para apostas desportivas em conformidade com o direito austríaco. Por outro lado, constituiu uma filial, bet-at-home.com Holding Ltd, uma sociedade de direito maltês. Esta, por sua vez, constituiu três filiais, –bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd e bet-at-home.com Internacional Ltd que são sociedades de direito maltês, todas com sede em território maltês.

29. Duas destas sociedades maltesas, bet-at-home.com Entertainment Ltd e bet-at-home.com Internacional Ltd, propõem jogos de fortuna ou azar e apostas desportivas pela Internet. A primeira sociedade dispõe, para o efeito, de uma licença maltesa («Class One Remote Gaming License»), válida para os jogos de fortuna ou azar em suporte electrónico, e a segunda dispõe de uma licença maltesa («Class Two Remote Gaming License») válida para as apostas desportivas em suporte

electrónico. A oferta de jogos de fortuna ou azar e de apostas desportivas é posta à disposição pelas duas sociedades maltesas na plataforma Internet bet-at-home.com. O sítio Internet é acessível nas línguas espanhola, alemã, grega, inglesa, italiana, húngara, neerlandesa, polaca, eslovaca, turca e russa, mas não na língua maltesa. Neste endereço Internet são propostos, designadamente, jogos de fortuna ou azar como o poker, o black jack, o baccarat, a roleta e jogos em máquinas de moedas virtuais. É possível jogar todos estes jogos sem limites de apostas.

30. A exploração da plataforma Internet www.bet-at-home.com é assegurada exclusivamente por bet-at-home.com Internet Ltd e bet-at-home.com Entertainment Ltd. Estas sociedades maltesas são responsáveis pela organização dos jogos. Os participantes nos jogos celebram os contratos correspondentes exclusivamente com as referidas sociedades, que são também proprietárias das licenças de utilização de software necessárias à exploração da plataforma de jogo.

31. A bet-at-home.com Entertainment Ltd e bet-at-home.com Internacional Ltd utilizaram um servidor instalado na Áustria, em Linz, posto à sua disposição pela bet-at-home.com Entertainment GmbH, que assegurava igualmente a manutenção do sítio Internet e do software necessário para os jogos. Até Dezembro de 2007, o apoio telefónico aos utilizadores estava situado em Linz para todos os jogadores. O fornecimento de todos estes

serviços de apoio era facturado às sociedades maltesas.

32. Além disso, era utilizado um banco austríaco com sede em Linz para a transferência das apostas. O titular dessa conta era bet-at-home.com Internacional Ltd, sociedade maltesa.

33. Com fundamento nestes factos, foi intentada uma acção penal contra J. Dickinger e F. Ömer por violação do artigo 168.º do Código Penal austríaco, tendo o órgão jurisdicional de reenvio sido chamado a pronunciar-se em primeira instância.

34. Em resposta a uma questão colocada pelo Tribunal de Justiça, o Governo austríaco explicitou que J. Dickinger e F. Ömer são acusados no processo principal por actuações no âmbito das respectivas funções na bet-at-home.com Entertainment GmbH, sociedade austríaca. Segundo este governo, a acusação está assim redigida:

«Jochen Dickinger e Franz Ömer, na qualidade de responsáveis de [...] bet-at-home.com Entertainment GmbH, de 1 de Janeiro de 2006 e até ao presente cometeram a infracção de organizar jogos de fortuna ou azar em violação do artigo 168.º, n.º 1, do Código Penal em proveito da sociedade mediante oferta pela Internet de jogos cujas perdas e ganhos dependem exclusivamente ou principalmente do acaso, ou que são expressamente proibidos [...]»

35. J. Dickinger e F. Ömer arguíram, no Bezirksgericht Linz, a ilegalidade da legislação nacional aplicável aos jogos de fortuna ou azar à luz dos artigos 43.º CE e 49.º CE.

circunstâncias do caso concreto, existir a expectativa de o Estado Federal [austríaco] poder auferir receitas fiscais optimizadas;

36. O Bezirksgericht Linz duvida seriamente que as disposições do Código Penal austríaco, conjugadas com as normas austríacas relativas aos jogos de fortuna ou azar a aplicar no presente processo, sejam compatíveis com o direito da União. Por conseguinte, suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. a) Os artigos 43.º CE e 49.º CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem, por princípio, a uma disposição nacional como o § 3, em conjugação com os §§ 14 e seguintes e § 21, da Glückspielgesetz (lei austríaca relativa aos jogos de fortuna ou azar), nos termos da qual

- uma concessão para sorteios (por exemplo, lotarias, lotarias electrónicas, etc.) apenas pode ser atribuída a um único candidato à concessão, por um período máximo de quinze anos, devendo este, entre outras condições, ser uma sociedade de capitais com sede em território nacional, não constituir quaisquer [sucursais] no estrangeiro e dispor de um capital social realizado de, no mínimo, 109000000 euros, e devendo ainda, de acordo com as

- uma concessão para casas de jogo apenas pode ser atribuída a um máximo de doze candidatos à concessão por um período máximo de quinze anos, devendo estes, entre outras condições, ser uma sociedade anónima com sede em território nacional, não constituir quaisquer [sucursais] no estrangeiro e dispor de um capital social realizado de 22000000 euros, e devendo ainda, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, existir a expectativa de as administrações locais poderem auferir receitas fiscais optimizadas?

Estas questões colocam-se sobretudo tendo em conta que [...] Casinos Austria AG é detentora do conjunto das doze concessões para casas de jogo atribuídas em 18 de Dezembro de 1991 pelo período máximo de quinze anos e que, entretanto, foram prorrogadas sem ter sido realizado um concurso público ou dado conhecimento público do mesmo.

- b) Em caso de resposta afirmativa, uma regulamentação desse tipo pode também ser justificada por razões de

interesse geral numa limitação da actividade de apostas quando os concessionários prosseguem, por via de campanhas publicitárias de grande alcance, uma política expansionista no domínio dos jogos de fortuna ou azar com base numa estrutura tendencialmente monopolista?

- c) Em caso de resposta afirmativa, ao analisar a proporcionalidade de uma regulamentação desse tipo, que prossegue o objectivo de dissuadir actividades ilícitas ao sujeitar os operadores económicos que exercem a sua actividade neste sector a um controlo e canalizando as actividades de jogos de fortuna ou azar para circuitos desse modo controlados, o órgão jurisdicional de reenvio deve ter em consideração o facto de essa regulamentação abranger assim também prestadores de serviços transfronteiriços, os quais, estão, em qualquer caso, sujeitos no Estado-Membro da sua sede a obrigações e controlos muito rígidos relacionados com a sua concessão?

2. As liberdades fundamentais do Tratado CE, em particular a livre prestação de serviços consagrada no artigo 49.º CE, devem ser interpretadas no sentido de que, independentemente da manutenção da competência que por princípio pertence aos Estados-Membros para aprovarem o seu direito penal, uma disposição penal nacional também deve ser avaliada à luz do direito comunitário quando é susceptível

de impedir ou restringir o exercício de uma das liberdades fundamentais?

3. a) O artigo 49.º CE, em conjugação com o artigo 10.º CE, deve ser interpretado no sentido de que os controlos realizados no Estado de estabelecimento de um prestador de serviços e as garantias aí prestadas devem ser tidas em consideração no Estado da prestação de serviços, em conformidade com o princípio da confiança mútua?
- b) Em caso de resposta afirmativa, o artigo 49.º CE deve ainda ser interpretado no sentido de que, no caso de uma restrição à livre prestação de serviços justificada por motivos de interesse geral, deve ser tido em atenção se o referido interesse geral não foi já suficientemente tido em consideração através da legislação, dos controlos e das verificações aos quais o prestador de serviços está sujeito no Estado em que esteja estabelecido?
- c) Em caso de resposta afirmativa, na apreciação da proporcionalidade de uma disposição nacional que prescreve sanções penais para a oferta transfronteiriça de prestações de serviços no domínio dos jogos de fortuna ou azar sem uma licença nacional, deve ser tido em consideração que os interesses de ordem pública invocados pelo Estado da prestação de serviços para justificar a restrição da liberdade fundamental já foram suficientemente acautelados no Estado de estabelecimento através de

um procedimento de autorização e de supervisão muito rigoroso?

- d) Em caso de resposta afirmativa, o órgão jurisdicional de reenvio deve, no âmbito da apreciação da proporcionalidade de uma restrição desse tipo, ter em consideração o facto de as disposições em causa serem até mais rigorosas, no que diz respeito ao nível do controlo exercido, no Estado em que o prestador de serviços está estabelecido do que no Estado da prestação de serviços?
- e) No caso de uma proibição – sob pena de sanções penais – dos jogos de fortuna ou azar imposta por motivos de ordem pública, designadamente a protecção dos jogadores e o combate à criminalidade, o princípio da proporcionalidade exige, para além disso, que o órgão jurisdicional de reenvio proceda a uma diferenciação entre os operadores que disponibilizam os jogos de fortuna ou azar sem qualquer licença, por um lado, e aqueles que estão estabelecidos e detêm uma concessão noutros Estados-Membros da UE, exercendo a sua actividade ao abrigo da sua liberdade de prestação de serviços, por outro?
- f) Por fim, no âmbito da apreciação da proporcionalidade de uma disposição nacional que proíbe a prestação transfronteiriça de serviços no domínio dos jogos de fortuna ou azar sem uma concessão ou licença nacional, prescrevendo sanções penais em caso de violação desta proibição, deve ser tido em consideração o facto de não ter sido possível a um prestador de serviços no domínio dos jogos de fortuna ou azar, devidamente licenciado noutro Estado-Membro, obter uma licença nacional, em virtude de limitações ao acesso objectivas e indirectamente discriminatórias, e de os procedimentos de licenciamento e de controlo no Estado de estabelecimento apresentarem um nível de protecção pelo menos equiparável ao nacional?
4. a) O artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que o carácter temporário dos serviços prestados exclui a possibilidade de o prestador de serviços criar uma determinada infra-estrutura (como, por exemplo, um servidor) no Estado-Membro de acolhimento sem que seja considerado como estando estabelecido no referido Estado-Membro?
- b) O artigo 49.º CE deve, para além disso, ser interpretado no sentido de que uma proibição, imposta a prestadores de serviços de apoio nacionais, de facilitar a um prestador com sede noutro Estado-Membro a prestação do seu serviço também representa uma limitação à livre prestação de serviços deste prestador quando os prestadores de serviços de apoio têm sede no mesmo Estado-Membro que uma parte dos destinatários do serviço?»

III — Análise

37. A título preliminar, assinale-se que as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio excedem parcialmente o âmbito do litígio no processo principal e compreendem interrogações manifestamente inúteis para a sua solução. Este é, particularmente, o caso da primeira questão, alínea a), segundo travessão, a respeito do regime de concessão previsto pela legislação austríaca no que respeita à exploração de casinos.

38. Como resulta da decisão de reenvio e como confirmam tanto os elementos do processo como a resposta do Governo austríaco aos pedidos de esclarecimento formulados pelo Tribunal de Justiça, as duas pessoas acusadas no órgão jurisdicional de reenvio foram-no por terem proposto jogos a dinheiro pela Internet, em violação da legislação austríaca. O litígio no processo principal não afecta de forma alguma a exploração de casinos na Áustria.

39. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que apenas examine as questões colocadas na parte em que se refiram à disponibilização de jogos pela Internet.

40. As numerosas questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio abrangem, em minha opinião, quatro interrogações que examinarei na seguinte ordem.

41. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se as disposições da legislação de um Estado-Membro que sancionam penalmente qualquer infracção a um monopólio de exploração de jogos a dinheiro pela Internet devem ser conformes às liberdades de circulação e, em particular, ao artigo 49.º CE, na medida em que o direito penal é da competência dos Estados-Membros (segunda questão).

42. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 49.º CE é relevante para o presente processo na medida em que, por um lado, as sociedades maltesas utilizam meios materiais, como um servidor, instalados na Áustria e, por outro, a sociedade que fornece estes meios está estabelecida no território austríaco [quarta questão, alíneas a) e b)].

43. Em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se o monopólio de exploração previsto pelo seu direito interno e os requisitos a que a concessão deste monopólio está subordinado são conformes ao artigo 49.º CE, em particular, à luz das obrigações e controlos a que as sociedades maltesas estão sujeitas no seu Estado [primeira questão, alínea a), primeiro travessão, e alínea c), e terceira questão, alíneas a) a f)].

44. Em quarto lugar, pergunta se a legislação em causa pode ser justificada, na medida em que o titular do monopólio prossegue uma política expansionista graças a uma publicidade intensiva [primeira questão, alínea b)].

A — Enquadramento da competência dos Estados-Membros em matéria penal

liberdades unicamente por estar abrangida pelo direito penal deste Estado¹⁰.

45. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se uma regulamentação de um Estado-Membro que sanciona penalmente qualquer infracção a um monopólio de exploração de jogos a dinheiro, como o monopólio de exploração das lotarias electrónicas previsto pelo direito austríaco, deve ser conforme às liberdades de circulação e, em particular, ao artigo 49.º CE, na medida em que o direito penal é da competência dos Estados-Membros.

48. Esta exigência de conformidade, no que respeita às disposições penais, que, como no presente processo, se destinam a garantir o respeito de um monopólio de exploração em matéria de jogos a dinheiro instituído por motivos de interesse geral, traduz-se do seguinte modo. Se este monopólio for considerado conforme ao direito comunitário, as sanções penais que visam garantir o seu respeito sê-lo-ão também, em princípio, salvo na parte em que violem, elas próprias, outras normas como os direitos fundamentais.

46. Certamente que, na altura dos factos do processo principal, a matéria penal era uma competência reservada dos Estados-Membros, como continua a ser, em larga medida, apesar das reformas derivadas do Tratado de Lisboa. Todavia, de acordo com jurisprudência assente, os diversos Estados, ao exercerem as suas competências reservadas, devem respeitar os compromissos que assumiram no âmbito do Tratado CE e, designadamente, as liberdades de circulação⁹.

49. Ao invés, se o referido monopólio for contrário a uma liberdade de circulação, as disposições penais que visem garantir o respeito desse monopólio não podem ser aplicadas. Com efeito, segundo jurisprudência assente, um Estado-Membro não pode aplicar uma sanção penal pela desobediência a uma formalidade administrativa quando o cumprimento desta formalidade é recusado ou tornado impossível pelo Estado-Membro em questão em violação do direito comunitário¹¹.

47. Por conseguinte, uma disposição de um Estado-Membro não pode escapar ao âmbito de aplicação das liberdades de circulação e, consequentemente, deixar de estar sujeita à exigência de conformidade com estas

50. Por conseguinte, sugiro que o Tribunal de Justiça responda à questão examinada que uma regulamentação de um Estado-Membro

9 — V., por exemplo, no domínio da fiscalidade directa, acórdão de 18 de Dezembro de 2007, A (C-101/05, Colect., p. I-11531, n.º 19 e jurisprudência referida); no que diz respeito à competência dos Estados-Membros para organizarem os seus sistemas de segurança social, acórdão de 28 de Abril de 1998, Kohll (C-158/96, Colect., p. I-1931, n.º 15, 16 e 21), e, no domínio da saúde, acórdão de 16 de Maio de 2006, Watts (C-372/04, Colect., p. I-4325, n.º 92).

10 — V., designadamente, acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Cowan (186/87, Colect., p. 195, n.º 19).

11 — Acórdão de 6 de Março de 2007, Placanica e o. (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Colect., p. I-1891, n.º 69).

que sanciona penalmente quem viole um monopólio de exploração de jogos a dinheiro, tal como o monopólio de exploração das lotarias electrónicas previsto pelo direito austríaco, deve respeitar as liberdades de circulação, designadamente o artigo 49.º CE, embora o direito penal seja da competência dos Estados-Membros.

regulamentação de um Estado-Membro, que proíba aos prestadores estabelecidos no território nacional de fornecerem às sociedades estabelecidas noutro Estado-Membro os meios para propor jogos a dinheiro pela Internet aos residentes no seu território, constitui uma restrição à livre prestação de serviços.

B — *A relevância do artigo 49.º CE no presente processo*

1. A incidência da utilização de meios materiais de comunicação situados no Estado-Membro de destino

51. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas sobre se o litígio que lhe foi submetido está abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 49.º CE.

54. De acordo com jurisprudência assente, o fornecimento, por um operador estabelecido num Estado-Membro, de jogos através da Internet a consumidores residentes noutro Estado-Membro constitui uma prestação de serviços na acepção do artigo 49.º CE¹². Esta jurisprudência decorre da que entende que o fornecimento de uma prestação por intermédio de meios de comunicação a destinatários situados noutro Estado-Membro que não o do prestador, sem que este último se desloque para outro Estado-Membro, constitui uma prestação de serviços¹³.

52. Assim, com a sua quarta questão, alínea a), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que a exploração de jogos pela Internet, por um operador estabelecido num Estado-Membro diferente do de destino, pode ser considerada como tendo um carácter temporário e é, deste modo, abrangida por este artigo, quando esse operador utiliza meios materiais de comunicação, tais como um servidor e uma central telefónica, situados no Estado-Membro de destino, e que lhe são fornecidos por uma terceira empresa.

55. O órgão jurisdicional de reenvio procura saber se o facto de as empresas maltesas, que fornecem jogos pela Internet aos consumidores residentes na Áustria, utilizam meios

53. Seguidamente, com a sua quarta questão, alínea b), pergunta se o artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que uma

12 — Acórdãos de 6 de Novembro de 2003, Gambelli e o. (C-243/01, Colect., p. I-13031, n.º 54), e Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido (n.º 46).

13 — V., designadamente, acórdão de 10 de Maio de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Colect., p. I-1141, n.º 22).

materiais, tais como um servidor e um serviço de atendimento telefónico, que lhes são fornecidos por uma sociedade estabelecida no território austríaco, implica que estejam instaladas de forma estável e duradoura neste território, de modo que também não sejam abrangidos pelo artigo 49.º CE, mas pelas disposições do Tratado aplicáveis à liberdade de estabelecimento.

56. O órgão jurisdicional de reenvio não indica o significado que atribui a esta questão. Considero que na realidade não existe. Com efeito, se se admitisse que as sociedades maltesas dispõem de um estabelecimento estável na Áustria e que, por conseguinte, se encontram aí estabelecidas, na acepção das disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento, o exame da conformidade da regulamentação austríaca em causa à luz destas disposições e não à luz da livre prestação de serviços não conduz a um resultado diferente¹⁴. Nos dois casos, esta regulamentação seria analisada como constituindo uma restrição ao exercício da liberdade de circulação aplicável e a apreciação da sua conformidade com o direito comunitário de acordo com as justificações adiantadas pelo Governo austríaco leva à mesma conclusão.

57. Porém, se for necessário responder à questão examinada, com base nas

informações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, considero que à mesma deve responder-se negativamente. Com efeito, o simples facto de um prestador de jogos em suporte electrónico recorrer a meios materiais de comunicação fornecidos por uma terceira empresa estabelecida no Estado-Membro de destino não me parece, em si mesmo, susceptível de demonstrar que esse prestador disponha nesse Estado de um estabelecimento estável comparável a uma agência.

58. Considero que esta situação é diferente daquela sobre a qual o Tribunal de Justiça se pronunciou no acórdão Gambelli e o., já referido. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça admitiu que a Stanley International Betting Ltd, uma sociedade de direito britânico, tinha exercido o seu direito à liberdade de estabelecimento na Itália, porque esta sociedade tinha celebrado acordos comerciais com operadores ou intermediários italianos nos termos dos quais estes reuniam e registavam as apostas dos consumidores italianos para as transmitirem à referida sociedade.

59. O Tribunal de Justiça deduziu daí que a Stanley International Betting Ltd prosseguia a actividade de recolha de apostas em Itália por intermédio de uma organização de agências¹⁵.

60. No presente processo, não resulta dos elementos dos autos que as sociedades maltesas tenham celebrado com a sociedade austríaca que lhes fornece meios materiais acordos

14 — V., neste sentido, acórdão Gambelli e o., já referido (n.º 59). V., igualmente, acórdão Stoß e o., já referido.

15 — N.º 46 do referido acórdão.

comerciais com o efeito de mandar esta para agir permanentemente por essas empresas, como se fosse uma agência, de acordo com os critérios enunciados pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha¹⁶, e admitidos novamente nos acórdãos já referidos Winner Wetten¹⁷ e Stoß e o.¹⁸

61. Por outro lado, o recurso por um operador económico a um servidor situado materialmente num Estado-Membro não implica que este operador exerça neste Estado a sua actividade económica. A este respeito, e apesar de a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico»)¹⁹ excluir os jogos em suporte electrónico do seu âmbito de aplicação²⁰, há que sublinhar que, de acordo com o seu décimo nono considerando, o local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio Internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua actividade económica.

62. À luz destas considerações, entendo que há que responder à questão em análise que o artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que a circunstância de um prestador de jogos pela Internet utilizar meios materiais de comunicação tais como um servidor e uma central telefónica situados no Estado-Membro de destino e que lhe são fornecidos por uma terceira empresa não exclui, em si mesma, a aplicação das disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços.

63. Contudo, o contexto fáctico especial subjacente ao caso dos autos torna necessário, em minha opinião complementar esta resposta. Com efeito, sabe-se que as duas sociedades maltesas que propõem jogos a dinheiro pela Internet a consumidores austríacos, utilizando um servidor e um serviço de apoio telefónico fornecidos pela sociedade de direito austríaco, a saber, bet-at-home.com Entertainment GmbH, são as filiais indirectas ou as «pequenas filiais» desta sociedade. Com efeito, são as filiais da bet-at-home.com Holding Ltd, sociedade de direito maltês que é, ela própria, a filial da sociedade austríaca.

64. Como o Governo austríaco e a Comissão Europeia indicam, correctamente, o artigo 49.º CE não pode ser aplicável no presente processo caso se verificasse que estas filiais maltesas têm um carácter puramente artificial, provando assim que só foram constituídas com a finalidade de permitirem à sua sociedade-mãe austríaca contornar a proibição

16 — 205/84, Colect., p. 3755, n.º 21.

17 — N.º 46.

18 — N.º 59.

19 — JO L 178, p. 1.

20 — Artigo 1.º, n.º 5, alínea d), último travessão, da directiva sobre o comércio electrónico

de explorar jogos em suporte electrónico, na Áustria²¹.

65. Esse seria o caso, se as referidas filiais se encontrassem desprovidas de realidade económica. Como o Tribunal de Justiça recordou no acórdão de 12 Setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas²², o conceito de «estabelecimento», na acepção das disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento, implica a prossecução efectiva de uma actividade económica, através de um estabelecimento fixo no Estado-Membro de acolhimento por um período indefinido. Por conseguinte, pressupõe uma implantação real da sociedade em causa no Estado-Membro de acolhimento e o exercício de uma actividade económica efectiva neste²³.

66. Esta implantação real deve poder ser verificada a partir de elementos objectivos, como o grau de existência física da sociedade em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos²⁴.

67. Por isso, sugiro ao Tribunal de Justiça que complete a resposta precedente com a menção de que o artigo 49.º CE não pode ser invocado caso se verificasse que, nas

circunstâncias do presente processo, as filiais maltesas têm carácter puramente artificial destinado a permitir à sua sociedade-mãe austríaca contornar a proibição de explorar jogos em suporte electrónico na Áustria.

2. Relevância do estabelecimento na Áustria em relação aos acusados

68. Com a sua quarta questão, alínea b), o órgão jurisdicional de reenvio procura saber se o artigo 49.º CE é aplicável no presente processo enquanto o texto nacional que fundamenta o exercício da acção penal se pode opor aos responsáveis de uma sociedade que esteja, ela própria, estabelecida no Estado-Membro de destino.

69. A resposta a esta questão não deveria suscitar dificuldades. O artigo 49.º CE, nas circunstâncias do presente processo, é, de qualquer modo, «duplamente aplicável».

70. Por um lado, com efeito, uma legislação nacional, que, como a regulamentação austríaca controvertida, tem o efeito de impedir uma sociedade estabelecida na Áustria de fornecer a prestadores de jogos em suporte electrónico estabelecidos noutro Estado-Membro os meios de propor os seus jogos a consumidores austríacos, limita o direito desta sociedade austríaca de fornecer os seus próprios serviços de apoio a estes prestadores.

21 — Acórdão de 12 de Maio de 1998, Kefalas e o. (C-367/96, Colect., p. I-2843, n.º 20 e jurisprudência referida).

22 — C-196/04, Colect., p. I-7995.

23 — N.º 54.

24 — N.º 67.

Constitui, assim, uma restrição à liberdade da sociedade intermediária de fornecer os seus serviços²⁵.

71. Por outro, a proibição, imposta por um Estado-Membro aos seus residentes, sob pena de sanção penal, de servir como intermediários de um operador estabelecido noutra Estado-Membro para impedir este operador de fornecer os seus serviços no território do Estado-Membro da proibição constitui igualmente uma restrição na acepção do artigo 49.º CE. De facto, tem o efeito de limitar a possibilidade de esse operador propor os seus serviços num Estado-Membro diferente daquele onde esteja estabelecido e a possibilidade de os consumidores residentes neste Estado de terem acesso aos referidos serviços²⁶.

72. Por conseguinte, sugiro que o Tribunal de Justiça responda à questão examinada que o artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que uma regulamentação de um Estado-Membro que proíba prestadores estabelecidos no território nacional de fornecerem a sociedades estabelecidas noutra Estado-Membro os meios materiais de proporem jogos pela Internet às pessoas residentes no seu território, constitui uma restrição à livre prestação de serviços na acepção deste artigo.

C — A justificação do monopólio e das condições impostas ao respectivo titular

73. A conformidade com o direito comunitário das acções penais em causa no processo principal depende, como referi, da conformidade do monopólio cujo respeito visam garantir. O órgão jurisdicional de reenvio colocou diversas questões destinadas a permitir-lhe apreciar a conformidade deste monopólio.

74. Com a sua primeira questão, alínea a), procura saber se o artigo 49.º CE se opõe a um monopólio de exploração das lotarias pela Internet e às condições a que a concessão deste monopólio está sujeita na sua regulamentação. Com a sua primeira questão, alínea c), e com a terceira questão, alíneas a) a f), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se, e se for o caso, em que medida, o facto de prestadores de jogos em suporte electrónico estabelecidos noutra Estado-Membro estarem nele sujeitos a obrigações e a controlos deve ser tomado em consideração no âmbito da apreciação da proporcionalidade desta regulamentação.

75. Sugiro que o Tribunal de Justiça examine estas questões em conjunto. Com efeito, as interrogações do órgão jurisdicional de reenvio quanto à existência e, eventualmente, o alcance de uma obrigação de reconhecimento mútuo das obrigações e dos controlos a que as sociedades maltesas estejam sujeitas em Malta questionam a validade da instituição

25 — Acórdão Gambelli e o., já referido (n.º 58).

26 — V., designadamente, acórdãos de 21 de Outubro de 1999, Zenatti (C-67/98, Colect., p. I-7289, n.º 24), e Stoß e o., já referido (n.º 57).

do monopólio controvertido e, em certa medida, a validade da condição segundo a qual a sociedade titular deste monopólio deva ter a sua sede na Áustria.

76. Estas interrogações do órgão jurisdicional de reenvio podem ser, pois, compreendidas no sentido de que este pergunta, em substância, se o artigo 49.º CE se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro nos termos da qual a exploração de lotarias pela Internet seja reservada a um concessionário único, cuja concessão não possa exceder quinze anos, que deva ser uma sociedade de capitais com um capital social ou nominal realizado de, no mínimo, 109 000 000 euros, que tenha a sua sede neste Estado e que não possa constituir sucursais no estrangeiro.

77. A resposta a esta questão implica que se examinem sucessivamente as diferentes restrições que resultam da regulamentação austríaca, ou seja, a existência de um monopólio, a duração deste, a forma jurídica da sociedade titular deste monopólio e o montante do seu capital, a exigência da presença da sede social no território nacional e, por último, a proibição de constituir sucursais no estrangeiro.

78. Previamente a este exame, há que recordar os princípios desenvolvidos pela jurisprudência no âmbito dos quais este deve ser efectuado.

79. Segundo jurisprudência assente, os Estados-Membros podem introduzir restrições à exploração dos jogos a dinheiro no seu território. Os jogos a dinheiro constituem, com efeito, uma actividade económica que pode acarretar consequências objectivas muito danosas tanto na sociedade devido ao risco de empobrecimento dos jogadores a que pode conduzir a sua prática excessiva, como para a ordem pública em geral, tendo em conta designadamente os rendimentos avultosos que geram.

80. A livre prestação de serviços no domínio dos jogos a dinheiro pode ser, pois, objecto de restrições por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública, em conformidade com o disposto no artigo 46.º, n.º 1, CE, ou ainda por razões imperiosas de interesse geral, tais como a prevenção da fraude e a protecção dos consumidores contra a incitação a despesas excessivas ligadas ao jogo²⁷.

81. Na falta de harmonização comunitária e na medida em que neste domínio há divergências consideráveis de ordem moral, religiosa e cultural entre os Estados-Membros, compete a cada Estado-Membro apreciar, segundo a sua própria escala de valores, o que é exigido para assegurar a protecção dos interesses em questão²⁸.

27 — Acórdão Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido (n.º 56).

28 — *Ibidem* (n.º 57 e jurisprudência referida).

82. Todavia, importa que a restrição às liberdades de circulação imposta para a defesa destes interesses responda a um teste de adequação e de proporcionalidade. Portanto, esta restrição deve ser adequada para garantir a realização do objectivo ou objectivos que prossegue, o que implica que seja coerente e sistemática e que também seja proporcionada²⁹.

83. No âmbito da apreciação da necessidade e da proporcionalidade das disposições adoptadas por um Estado-Membro, é um dado adquirido que a mera circunstância de este Estado ter escolhido um sistema de protecção diferente do adoptado por outro Estado-Membro não pode ter nenhuma incidência, tendo em conta a falta de harmonização da matéria em causa e da margem de apreciação dos Estados-Membros acima referida. Estas disposições devem ser apreciadas apenas à luz dos objectivos prosseguidos pelas autoridades competentes do Estado-Membro interessado e do nível de protecção que as mesmas pretendem garantir³⁰.

84. No presente processo, resulta dos elementos dos autos que a regulamentação austríaca controvertida foi instituída para lutar contra a criminalidade e para proteger os consumidores. Segundo o Governo austríaco, visa prevenir a lavagem de dinheiro e a fraude, bem como lutar contra a criminalidade.

Também tem como finalidade garantir uma segurança bastante em relação ao pagamento dos prémios e proteger os jogadores contra as despesas excessivas associadas ao jogo.

85. Em conformidade com os princípios acima mencionados, é à luz destes objectivos que se deve examinar se as restrições constantes da regulamentação austríaca e que são visadas pelo órgão jurisdicional de reenvio podem ser consideradas justificadas. Vou examiná-las sucessivamente.

1. A concessão de um monopólio de exploração das lotarias pela Internet

86. Como referi na introdução das presentes conclusões, decorre de jurisprudência assente que um monopólio de exploração dos jogos a dinheiro pode ser conforme ao direito comunitário se este monopólio tiver por objectivo garantir um elevado nível de protecção da ordem pública e de defesa dos consumidores.

87. Assim, o Tribunal de Justiça admitiu que as autoridades públicas de um Estado-Membro podem considerar que a concessão de direitos exclusivos a um organismo público cuja gestão esteja sujeita à vigilância directa do Estado ou a um operador privado sobre cujas actividades as autoridades públicas consigam exercer um controlo estreito pode permitir

29 — *Ibidem* (n.ºs 60 e 61).

30 — *Ibidem* (n.º 58 e jurisprudência referida).

assegurar melhores garantias de eficácia na execução da sua política de defesa da ordem pública e de protecção dos consumidores do que nos casos de exercício dessas actividades por operadores privados em situação de concorrência, mesmo estando estes sujeitos a um regime de autorização, bem como a um regime de controlo e de sanções³¹.

88. A concessão de um monopólio deste tipo pode permitir, em particular, garantir uma prevenção melhor contra a incitação a despesas excessivas ligadas ao jogo e contra o risco de dependência do que um regime que abra este mercado a vários prestadores³².

89. Por outras palavras, a concessão de um monopólio permite evitar os efeitos prejudiciais da instauração da concorrência entre vários operadores, que poderia incitá-los a rivalizar em inventividade para tornar a sua oferta mais atractiva e, de certo modo, aumentar as despesas dos consumidores ligadas ao jogo³³.

90. Esta jurisprudência aplica-se, *a fortiori*, no domínio dos jogos pela Internet devido aos riscos adicionais que estes jogos comportam para a ordem pública e consumidores³⁴. Estes

riscos foram descritos no acórdão Carmen Media Group, já referido, do seguinte modo:

«102 [...] [D]evido à falta de contacto directo entre o consumidor e o operador, os jogos de fortuna e azar acessíveis pela Internet comportam riscos de natureza diferente e de importância acrescida face aos mercados tradicionais desses jogos no que respeita a eventuais fraudes cometidas pelos operadores contra os consumidores (acórdão Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido, n.º 70).

103 Refira-se que as características próprias da oferta de jogos de fortuna e azar pela Internet podem, da mesma forma, revelar-se uma fonte de riscos de natureza diferente e com uma importância acrescida em matéria de protecção dos consumidores, e em particular dos jovens e das pessoas com particular propensão para o jogo ou susceptíveis de a desenvolver, face aos mercados tradicionais desses jogos. Além da falta de contacto directo entre o consumidor e o operador, acima referida, a particular facilidade e a permanência do acesso aos jogos propostos na Internet, bem como o volume e a frequência potencialmente elevados dessa oferta de carácter internacional, num ambiente que é além disso, caracterizado por um isolamento do jogador, um anonimato e uma ausência de controlo social, constituem igualmente factores susceptíveis de favorecer um desenvolvimento da dependência

31 — Acórdão Stoß e o., já referido (n.º 81 e 82).

32 — *Ibidem* (n.º 81 e jurisprudência referida).

33 — Acórdão Sporting Exchange, já referido (n.º 58).

34 — Acórdão Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido (n.º 67 a 70).

do jogo e das despesas excessivas a ele ligadas e, portanto, de aumentar as consequências sociais e morais negativas a ela associadas, tal como têm sido manifestadas por jurisprudência constante.»

monopólio leva a excluir, mesmo por hipótese, qualquer obrigação de reconhecimento das autorizações concedidas a operadores privados estabelecidos noutros Estados-Membros. Só no caso de os monopólios em causa serem considerados incompatíveis com o direito comunitário é que poderá ser pertinente a questão da eventual existência dessa obrigação de reconhecimento mútuo das autorizações concedidas noutros Estados-Membros³⁵.

91. Um Estado-Membro tem, pois, o direito de reservar para um operador privado único o direito de explorar os jogos a dinheiro pela Internet no seu território.

92. Chegando-se a esta conclusão, as interrogações do órgão jurisdicional de reenvio quanto à existência e ao alcance eventual de uma obrigação para esse Estado-Membro de tomar em consideração as obrigações e controlos a que estão sujeitos os prestadores de jogos pela Internet no Estado-Membro onde estiverem estabelecidos são irrelevantes.

94. Esta conclusão é mais evidente no domínio dos jogos pela Internet. Com efeito, como referi na introdução, resulta de uma jurisprudência assente que, à luz das prováveis dificuldades que podem ser encontradas por um Estado-Membro para avaliar as qualidades e a integridade dos prestadores de jogos em suporte electrónico estabelecidos no seu território, os outros Estados-Membros podem considerar que os controlos e as obrigações a que estão sujeitos estes prestadores no respectivo Estado-Membro de estabelecimento não constituem garantias de protecção suficientes dos próprios consumidores contra os riscos de fraude e de criminalidade³⁶.

93. Como ficou bem claro no acórdão Stoß e o., já referido, quando tenha sido instituído num Estado-Membro um monopólio público em matéria de jogos de fortuna ou azar e essa medida preencha os diversos requisitos que permitam justificá-la à luz de objectivos legítimos de interesse geral admitidos pela jurisprudência, a simples existência desse

95. O Governo maltês que, salvo erro da minha parte, não interveio nos anteriores processos submetidos ao Tribunal de Justiça

35 — Acórdão Stoß e o., já referido (n.º 109 e 110).

36 — Acórdãos, já referidos, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (n.º 69); Sporting Exchange (n.º 33), e Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International (n.º 54).

em matéria de jogos a dinheiro, contestou, nas suas observações escritas, a justeza desta jurisprudência. Invocou a qualidade dos controlos previstos pela sua regulamentação.

96. Não considero que a argumentação do Governo maltês justifique o afastamento da referida jurisprudência. Com efeito, a partir do momento em que é admitido por jurisprudência assente que um elevado nível de protecção dos consumidores contra o incentivo à realização de despesas excessivas associadas ao jogo pode justificar a concessão de um monopólio, não parece pertinente o debate que o Governo maltês procura reabrir.

97. Todavia, na medida em que um monopólio constitui uma medida restritiva, a jurisprudência exige que o mesmo vise garantir um nível particularmente elevado de protecção dos consumidores. Por conseguinte, deve ser acompanhada pela criação de um quadro normativo adequado a garantir que o titular desse monopólio poderá prosseguir, de maneira coerente e sistemática, os objectivos assim fixados, designadamente o de proteger os consumidores contra uma incitação a despesas excessivas ligadas ao jogo, bem como o exercício de um controlo rigoroso das autoridades públicas³⁷.

98. A verificação destas condições é da competência do julgador nacional³⁸.

37 — Acórdão Stoß e o., já referido (n.º 83).

38 — Acórdãos já referidos Zenatti (n.º 37); Gambelli e o. (n.º 66), e Stoß e o. (n.º 78).

99. O Governo austríaco sustenta, a este respeito, que, nos termos dessa regulamentação, o titular do monopólio é obrigado a prever um elevado grau de protecção dos jogadores, como seja a fixação de um limite de 800 euros por semana bem como a definição de limites temporais e de apostas pessoais. Resulta igualmente dos elementos dos autos que este titular exerce as suas actividades sob a vigilância do Ministério das Finanças austríaco por intermédio de comissários de Estado e de um membro do conselho geral e de supervisão, que dispõem de um poder de coordenação aprofundado sobre a gestão da empresa, sem, todavia, poderem influenciá-la directamente.

100. Compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar se a regulamentação austríaca, tal como foi concebida e de acordo com a maneira como é aplicada, preenche os requisitos acima referidos.

101. A este respeito, tendo em conta que o órgão jurisdicional de reenvio, com as suas questões, fez menção da regulamentação prevista no seu direito nacional no que respeita às casas de jogos, como os casinos, pode ser útil introduzir as precisões seguintes.

102. Parece-me que a conformidade do monopólio em causa com o direito comunitário não pode ser afectada pela circunstância de a exploração dos casinos, em direito austríaco, ser objecto não de um monopólio, mas de um sistema de concessões menos restritivo, uma

vez que está aberto a doze operadores. Com efeito, as ofertas de jogos pela Internet e no âmbito de casinos apresentam diferenças importantes, particularmente quanto às condições em que os jogadores podem participar, que possam justificar que as primeiras sejam sujeitas a um enquadramento muito mais rigoroso³⁹.

103. Esta é também a razão por que considero que a circunstância, evocada na audiência, de o limite de 800 euros por semana apenas se aplicar às lotarias pela Internet, de maneira que se um jogador tiver atingido esse limite não seja impedido de se dedicar a outros tipos de jogos tradicionais na Áustria, não é susceptível de pôr em causa a coerência da regulamentação austríaca relativamente aos jogos em suporte electrónico.

2. A duração do monopólio

104. A duração de um monopólio pode constituir, em si mesmo, uma restrição às liberdades de circulação, distinta da que resulta da concessão de direitos exclusivos, porque essa duração vai determinar o período durante o qual o mercado em causa está fechado aos outros operadores.

105. No acórdão Engelmann, já referido, o Tribunal de Justiça referiu que uma duração que possa ir até aos quinze anos para concessões de exploração de casas de jogos constitui, em si mesmo, uma restrição à livre prestação de serviços⁴⁰. Esta análise impõe-se, *a fortiori*, quando esta duração de, no máximo, quinze anos está prevista para a concessão de um monopólio atribuído a um operador privado.

106. Neste mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça considerou, todavia, que as concessões com uma duração como essa podiam ser justificadas tendo em conta, nomeadamente, a necessidade de o concessionário dispor de um prazo suficientemente longo para amortizar os investimentos exigidos pela criação de uma casa de jogos⁴¹.

107. Esta jurisprudência parece-me transponível no âmbito da concessão de um monopólio de exploração de jogos pela Internet, mesmo que os investimentos necessários ao exercício desta actividade me pareçam ser, *a priori*, inferiores aos necessários à exploração de casinos.

108. Além disso, conceder um monopólio de exploração durante um período demasiado curto poderia incitar o operador titular deste direito exclusivo a querer maximizar os seus lucros. Nesta óptica, a concessão de um monopólio de exploração por um período suficientemente longo pode contribuir para a realização do objectivo relativo

39 — V. acórdão Stoß e o., já referido (n.ºs 95 e 96).

40 — N.º 46.

41 — N.º 48.

à protecção dos consumidores contra o incentivo à realização de despesas excessivas associadas ao jogo.

3. A forma jurídica e o montante do capital social

109. A regulamentação austríaca em causa dispõe que o titular do monopólio de exploração das lotarias pela Internet deve, por um lado, ser uma sociedade anónima e, por outro, dispor de um capital social nominal ou realizado de, no mínimo, 109 000 000 euros.

110. A primeira destas exigências priva as pessoas singulares e as empresas estabelecidas noutro Estado-Membro da possibilidade de exercer a actividade controvertida na Áustria sob outra forma de sociedade. A segunda tem o efeito de tornar mais difícil a constituição de uma sociedade anónima para poder invocar a concessão do monopólio em causa. Por conseguinte, cada uma destas exigências constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento⁴². Podem, no entanto, ser justificadas pelas razões prosseguidas pela regulamentação austríaca se forem consideradas proporcionadas às mesmas.

42 — V., neste sentido, acórdão Engelmann, já referido (n.º 28).

111. O Governo austríaco expõe, a este respeito, que a condição relativa à forma jurídica responde à vontade de impor ao titular do monopólio uma estrutura de empresa transparente para prevenir a lavagem de dinheiro e a fraude. Sublinha que o direito comunitário prescreve a mesma exigência de forma jurídica no que respeita ao domínio dos seguros⁴³. No que diz respeito ao montante do capital social, alega que é proporcionada face ao montante dos ganhos que o titular do monopólio pode ser levado a pagar no âmbito dos diferentes jogos que está autorizado a propor pela Internet, podendo estes compreender um jackpot de vários milhões.

112. À luz destas explicações e da jurisprudência, as duas condições examinadas, sem prejuízo da apreciação do juiz nacional, podem parecer justificadas e proporcionadas.

113. No que diz respeito à forma jurídica, refira-se, por um lado, que, contrariamente à

43 — O Governo austríaco cita o artigo 6.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida (JO L 345, p. 1), o artigo 8.º, n.º 1, alínea a), da Primeira Directiva 73/239/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1973, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo não vida e ao seu exercício (JO L 228, p. 3; EÉ 06 F1 p. 143), e o artigo 5.º da Directiva 2005/68/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2005, relativa ao resseguro e que altera as Directivas 73/239/CEE e 92/49/CEE do Conselho, assim como as Directivas 98/78/CE e 2002/83/CE (JO L 323, p. 1), em conjugação com o anexo 1 da Directiva 2005/68/CE.

legislação em causa nos processos nos quais foram proferidos os acórdãos já referidos Gambelli e o. e Placanica e o., a regulamentação austríaca abre a possibilidade de exercer o monopólio em causa a todas as sociedades de capitais sem distinção⁴⁴.

114. Por outro, no acórdão Engelmann, já referido, o Tribunal de Justiça indicou que os controlos que podem ser impostos por um Estado-Membro a um operador económico que queira explorar jogos a dinheiro no seu território podem justificar que este operador seja obrigado a revestir-se de uma forma jurídica particular. O Tribunal de Justiça precisou que a regulamentação austríaca que reserva a exploração de casinos às sociedades anónimas podia ser justificada à luz das obrigações a que está sujeita esta forma de sociedade, nomeadamente no que diz respeito às suas contas, aos controlos de que elas podem ser objecto e às relações com terceiros⁴⁵.

115. Esta análise deveria poder ser transposta na parte em que se refere à condição de revestir a forma de uma sociedade anónima, à luz das obrigações que a legislação comunitária impõe às sociedades anónimas no que diz

respeito às suas contas e aos controlos de que elas podem ser objecto⁴⁶.

116. Por conseguinte, pode-se concluir que as condições impostas pela legislação austríaca segundo as quais o titular do monopólio deve revestir a forma de uma sociedade anónima e dispor de um capital social nominal ou realizado de, no mínimo, 109 000 000 euros podem ser conformes ao direito comunitário, sem prejuízo da verificação que o órgão jurisdicional nacional deve efectuar a respeito da proporcionalidade.

4. O local da sede social

117. A regulamentação austríaca em causa dispõe que o titular do monopólio de exploração das lotarias pela Internet deve ter a sua sede social no território nacional.

118. Esta condição – que constitui, sem qualquer dúvida, uma restrição à liberdade de estabelecimento – foi analisada, no acórdão Engelmann, já referido, como medida discriminatória, porquanto cria uma diferença de

44 — A legislação italiana em causa nesses acórdãos excluía as sociedades de capitais cotadas nos mercados regulamentados de outros Estados-Membros obterem concessões para a gestão dos jogos. O Tribunal de Justiça decidiu que esta exclusão, que se baseava na transparência das empresas, era desproporcionada porque existiam outros meios para controlar as suas contas e as suas actividades (acórdão Gambelli e o., já referido, n.º 74).

45 — Acórdão Engelmann, já referido (n.º 30).

46 — V. Primeira Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO L 65, p. 8; EE 17 F1 p. 3), e Quarta Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, baseada no artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades (JO L 222, p. 11; EE 17 F1 p. 55) e os respectivos actos modificativos.

tratamento entre as sociedades que têm a sua sede social no território nacional e aquelas cuja sede se situa noutro Estado-Membro. Esta condição também impede estas últimas de explorarem jogos pela Internet, na Áustria, por intermédio de um estabelecimento secundário, tal como uma agência ou uma sucursal.

119. No acórdão Engelmann, o Tribunal de Justiça indicou, no âmbito das disposições da regulamentação austríaca relativa às casas de jogos, que a condição de que os concessionários deviam ter a sua sede social na Áustria também tinha o efeito de impedir uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro de exercer a sua actividade na Áustria por intermédio de uma filial. Na audiência, o Governo austríaco expôs que, no que diz respeito ao monopólio de exploração das lotarias pela Internet, podia ser concedida a uma filial de uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro.

120. Há que examinar se a condição analisada pode ser justificada. Como o Tribunal de Justiça explicou no referido acórdão, apenas pode ser justificada por um dos motivos enunciados no artigo 46.º CE, ou seja, a protecção da ordem pública, da segurança pública ou da saúde pública, em razão do seu carácter discriminatório⁴⁷.

121. O Governo austríaco sustenta que a presença da sede social no território nacional é necessária para permitir um controlo eficaz dos jogos em suporte electrónico. Expõe que esta presença permite às autoridades nacionais competentes fiscalizar efectivamente as decisões e a gestão do titular do monopólio. Estas autoridades teriam assim possibilidade de conhecer as decisões deste titular antes da sua aplicação, podendo opor-se às mesmas caso violassem os objectivos da política nacional em matéria de jogos. Sublinha que não disporia das mesmas possibilidades em relação a um operador estabelecido noutro Estado-Membro.

122. Como a Comissão, considero que a argumentação do Governo austríaco pode ser seguida.

123. É certo que, no acórdão Engelmann, já referido, o Tribunal de Justiça chegou à conclusão oposta, no que diz respeito à mesma condição de estabelecimento imposta pela regulamentação austríaca aos titulares de uma concessão de exploração de uma casa de jogos.

124. O Tribunal de Justiça considerou que meios menos restritivos podiam permitir controlar as actividades e as contas dos concessionários e combater, assim, a criminalidade, tais como, nomeadamente, a possibilidade de exigir a manutenção de contas separadas para cada casa de jogos, verificadas por um técnico de contas externo, a comunicação sistemática das decisões dos órgãos titulares de concessões e a possibilidade de

47 — N.º 34.

recolher informações relativamente aos seus dirigentes⁴⁸.

125. O Tribunal de Justiça acrescentou que podiam ser efectuados controlos sobre qualquer empresa estabelecida num Estado-Membro e podem ser-lhe aplicadas sanções, qualquer que seja o lugar de residência dos seus dirigentes. Por último, indicou que, tendo em conta a actividade em causa, a saber, a exploração de casas de jogos situadas no território austríaco, podiam ser efectuadas verificações nas instalações dessas casas⁴⁹.

126. Considero que este raciocínio e a conclusão a que o Tribunal de Justiça chegou não são transponíveis ao âmbito de um monopólio de exploração de jogos pela Internet. Fundamento a minha posição nas considerações seguintes, que estão ligadas à defesa da ordem pública, segundo a definição desta noção na jurisprudência, uma vez que se referem a uma ameaça real e suficientemente grave que afec-te um interesse fundamental da sociedade⁵⁰.

127. É pacífico que os jogos a dinheiro pela Internet apresentam riscos mais importantes que os criados por casas de jogos tradicionais tais como os casinos. Recorde-se que a perigosidade mais importante destes jogos, decorre da inexistência de contactos directos entre o jogador e o operador, o que é susceptível de favorecer as fraudes tanto da parte do consumidor no que diz respeito à sua idade ou identificação como da parte do operador ou do seu pessoal no que respeita às condições em que se desenvolve o jogo.

128. Esta perigosidade resulta igualmente da grande facilidade com que qualquer pessoa pode aceder aos jogos através de um computador ou de um telefone portátil, da permanência do seu acesso, do seu volume potencialmente muito elevado e da circunstância de o ambiente do jogador, quando se dedica aos jogos, ser, em geral, caracterizado pelo isolamento, pelo anonimato e por uma inexistência de controlo social.

129. Por isso, admite-se que estes jogos possam favorecer um desenvolvimento da dependência ao jogo e às despesas excessivas, muito especialmente no caso dos jovens e de pessoas com uma propensão especial para o jogo.

130. Estas características particulares justificam, por consequência, que um Estado-Membro se dote de meios para assegurar um controlo efectivo das condições em que

48 — N.º 37 e 38.

49 — N.º 38 e 39.

50 — Acórdão de 22 de Dezembro de 2010, Sayn-Wittgenstein (C-208/09, Colect., p. I-13693, n.º 86 e jurisprudência referida).

o operador económico, autorizado a explorar esses jogos no seu território, exerce realmente as suas actividades. Como o Governo austríaco expôs, um Estado-Membro tem o direito de poder verificar se a sua regulamentação é respeitada e, se for o caso, de poder opor-se a uma decisão deste operador que seja contrária às suas obrigações antes que essa decisão se concretize e provoque consequências sociais danosas.

131. Por outras palavras, um Estado-Membro tem o direito de considerar que não é suficiente enquadrar a acção do titular do monopólio por normas muito precisas. Pode igualmente exercer um controlo apertado da observância destas normas e pode dotar-se de meios de acção que lhe permitam opor-se preventivamente a qualquer violação dessas normas.

132. Contudo, a particularidade dos jogos pela Internet prende-se igualmente com o facto de que podem ser totalmente fornecidos à distância. O seu fornecimento, contrariamente à dos jogos a dinheiro tradicionais, tais como os jogos dos casinos, não necessita, de um ponto de vista material, de nenhuma infra-estrutura no território do Estado-Membro de destino que as próprias autoridades do referido Estado possam controlar.

133. No caso de jogos em suporte electrónico fornecidos a partir de outro Estado-Membro, as autoridades competentes do

Estado-Membro de destino não estão em condições de procederem, elas próprias, aos controlos e às verificações que lhes pareça necessário efectuar nas instalações onde o prestador de serviços exerce as suas actividades. A este respeito, importa sublinhar que, no âmbito do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, a Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo⁵¹, que se aplica aos casinos que fornecem jogos pela Internet, previu que os Estados-Membros deviam prever a possibilidade de efectuar controlos *in loco*. Um Estado-Membro pode, em minha opinião, considerar que a protecção dos seus consumidores contra os riscos de fraude e de incentivo à realização de despesas excessivas associadas ao jogo também justifica este tipo de controlos.

134. Ora, como vários Estados-Membros sublinharam na audiência, não existe, até à data, nenhum instrumento de cooperação comunitária em virtude da qual o Estado-Membro de estabelecimento de um prestador de jogos em suporte electrónico fosse obrigado a prestar às autoridades competentes, do Estado-Membro de destino toda a assistência técnica de que pudessem necessitar para efectuar

51 — JO L 309, p. 15.

os controlos da observância da sua própria legislação⁵².

135. Além disso, não considero que seja razoável pensar que as autoridades do Estado-Membro em cujo território um tal prestador de jogos esteja estabelecido possam verificar de modo estrito e aprofundado se esse prestador respeita escrupulosamente e em permanência as obrigações a que se encontra sujeito em cada um dos Estados onde estiver autorizado a explorar jogos a dinheiro. Isso é tanto mais assim, quanto é certo que, na falta de harmonização, estas obrigações diferem de um Estado-Membro para o outro e são susceptíveis de evoluir, a todo o tempo, em cada um deles.

136. Uma análise como esta impõe-se, *a fortiori*, quando a actividade de um prestador destes se dirige para diversos Estados, como parece ser o caso de bet-at-home.com Entertainment Ltd e de bet-at-home.com International Ltd, cujo sítio Internet é acessível em línguas espanhola, alemã, grega, inglesa, italiana, húngara, neerlandesa, polaca, eslovena, turca e russa.

52 — As medidas que os Estados-Membros devem tomar, em relação aos casinos estabelecidos no seu território, nos termos da Directiva 2005/60 têm apenas por objectivo o combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Não têm a finalidade de prevenir todas as fraudes que possam ser cometidas em detrimento dos consumidores no exercício deste tipo de actividade. Também não são destinadas a garantir a protecção dos jogadores. Não visam além disso permitir a um Estado-Membro controlar o respeito da sua regulamentação em matéria de jogo por um outro Estado-Membro.

137. Por outro lado, o princípio de reconhecimento mútuo, que normalmente é de aplicar, na falta de harmonização, para permitir o exercício das liberdades de circulação, não é oponível no domínio particular dos jogos pela Internet. Como se viu, é, com efeito, jurisprudência assente que, pelas dificuldades práticas que coloca o exercício de um controlo efectivo e aprofundado da actividade de um prestador de jogos em suporte electrónico, os controlos efectuados no Estado onde está estabelecido podem ser considerados insuficientes pelos outros Estados-Membros⁵³.

138. Na audiência, foi colocada a questão de saber se não seria suficiente impor ao prestador de jogos pela Internet que instalasse no Estado-Membro de destino o servidor que permite fornecer estes jogos no seu território. O Governo belga respondeu que uma exigência dessas podia revelar-se insuficiente quando o servidor fosse utilizado a partir de outro Estado-Membro e todas as decisões relativas a essa utilização fossem tomadas nesse outro Estado.

139. À luz dos diferentes elementos de apreciação que foram desenvolvidos no âmbito do presente processo, não me parece que a condição analisada seja desproporcionada. Creio que um Estado-Membro tem o direito de considerar que está em melhores condições

53 — Acórdãos, já referidos, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (n.º 69); Sporting Exchange (n.º 33), e Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International (n.º 54).

de exercer um controlo rigoroso e eficaz de um prestador de jogos pela Internet, sendo-lhe permitido, se for o caso, opor-se à concretização de uma decisão contrária à sua regulamentação, se esse prestador tiver a sua sede no seu território.

140. Creio existir um último argumento que merece ser tomado em consideração, no âmbito do exame da proporcionalidade desta condição.

141. Já se viu que a conformidade de um monopólio com o direito comunitário está subordinada à condição de que este monopólio tenha como objectivo assegurar um grau de protecção elevado da ordem pública e dos consumidores e ser acompanhado de um enquadramento normativo que garanta a realização desses objectivos e de um controlo aprofundado por parte desse Estado-Membro. Estas exigências impõem-se, logicamente, a respeito das liberdades de circulação, porque um monopólio de exploração constitui uma medida muito restritiva das mesmas.

142. Por isso, parece-me coerente com esta exigência que se permita a um Estado-Membro, no domínio específico dos jogos pela Internet, que imponha ao titular desse monopólio ter a sua sede social no seu território porque esta medida permite-lhe exercer um controlo muito mais eficaz do respeito por este operador da sua política de protecção

dos consumidores contra a fraude e a dependência ao jogo do que se esse operador exercesse a sua actividade a partir de outro Estado-Membro.

143. Na audiência, aliás, os próprios demandados, J. Dickinger e F. Ömer, não deixaram de invocar o facto de as sociedades que fornecem os jogos em causa estarem estabelecidas no território maltês e de serem compostas por pessoas todas residentes em Malta como uma prova, entre outras, da realidade e da efectividade da seriedade do controlo que exercem. De qualquer modo, não se vê, assim, por que razão as mesmas condições instituídas para os mesmos fins são condenáveis pelo facto de o serem pela República Austríaca.

144. Por conseguinte, sugiro ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 49.º CE não se opõe a que um Estado-Membro imponha à sociedade de capitais a que concedeu o monopólio de exploração de jogos pela Internet no seu território que tenha nele a sua sede social.

5. A proibição de constituir sucursais noutro Estado-Membro

145. A proibição de constituir sucursais no estrangeiro, na medida em que proíbe essa

constituição noutro Estado-Membro, resulta na negação explícita de um dos direitos conferidos expressamente a uma sociedade com sede no território de um Estado-Membro pelos artigos 43.º CE e 48.º CE. Assim, esta proibição é susceptível de tornar menos atractivo o exercício do monopólio de exploração dos jogos pela Internet na Áustria e de dissuadir por isso uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro de se candidatar à concessão deste monopólio.

146. O Governo austríaco, nas suas observações escritas, limitou-se a indicar que a proibição examinada apenas transpõe a ideia segundo a qual cabe a cada Estado-Membro regulamentar a exploração dos jogos a dinheiro no seu território.

147. Considero que esta explicação não pode ser acolhida como um motivo válido de restrição.

148. É certo que o direito de explorar jogos a dinheiro num Estado-Membro depende do poder de apreciação deste Estado. Contudo, incumbe a cada Estado-Membro decidir e, se for o caso, tomar as medidas destinadas a garantir o respeito da sua legislação. Se um Estado-Membro decidir abrir o seu mercado de jogos a dinheiro aos operadores privados, qualquer sociedade legalmente estabelecida

num Estado-Membro tem o direito de querer entrar nesse mercado e de se submeter, se for o caso, ao procedimento de autorização disponibilizado pelo referido Estado.

149. Por conseguinte, o Governo austríaco não podia validamente proibir um operador económico, ao qual tivesse concedido o monopólio de exploração dos jogos pela Internet no seu território, de exercer a mesma actividade por intermédio de uma sucursal noutro Estado-Membro sem explicar de que modo uma proibição dessas seria necessária à realização de um objectivo legítimo tal como a protecção da ordem pública e dos consumidores que a sua própria legislação prossegue.

150. É igualmente necessário que uma proibição como esta prossiga estes objectivos de maneira coerente e sistemática. No presente processo, seria possível questionar-se a coerência de uma medida destas se essa medida proibisse apenas a criação de uma sucursal e não a de uma filial. Por último, a proibição de constituir sucursais no estrangeiro deve revelar-se proporcionada aos objectivos prosseguidos.

151. Na medida em que os debates, no presente processo, se centram na validade de um

monopólio de exploração em matéria de jogos pela Internet e na condição relativa à presença da sede social no território austríaco, não se pode excluir que o Governo austríaco possa invocar no órgão jurisdicional nacional elementos de justificação da condição examinada.

152. É por isso que proponho ao Tribunal de Justiça que deixe ao órgão jurisdicional nacional o cuidado de apreciar a validade desta condição e que responda que o artigo 43.º CE se opõe à regulamentação de um Estado-Membro nos termos da qual a empresa titular do monopólio de exploração de jogos pela Internet no seu território seja proibida de constituir uma sucursal noutra Estado-Membro, sem excluir que esta condição seja justificada, de modo adequado e por uma razão imperiosa de interesse geral e que seja proporcionada a este objectivo.

D — O comportamento do titular do monopólio

153. Com a sua primeira questão, alínea b), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se um monopólio de exploração de jogos pela Internet pode ser justificado quando o titular desse monopólio prossegue uma política expansionista graças a uma publicidade intensiva.

154. O Tribunal de Justiça respondeu a uma questão idêntica, designadamente nos acórdãos, já referidos, Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International e Stoß e o.

155. Resulta destes acórdãos que a circunstância de o titular de um monopólio de exploração prosseguir uma política de expansão e de fazer publicidade aos seus jogos não é necessariamente incompatível com a existência desse monopólio e com o objectivo de protecção dos consumidores face a uma excessiva incitação ao jogo.

156. Resulta da jurisprudência que um Estado-Membro tem o direito de autorizar o titular de um monopólio de exploração de jogos pela Internet a prosseguir uma política de expansão e a fazer uma certa publicidade para o efeito se ficou provado que os jogos em suporte electrónico ilegais apresentam uma dimensão suficientemente importante, de maneira que essa expansão e essa publicidade sejam necessárias para canalizar os jogadores para o circuito legal⁵⁴.

157. Um Estado-Membro, que se encontre confrontado com um grande número de sítios Internet não autorizados que proponham

⁵⁴ — Acórdão Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International, já referido (n.º 30).

jogos a dinheiro, pode, assim, legitimamente permitir ao titular do monopólio de exploração de jogos em suporte electrónico no seu território fazer uma publicidade de uma certa amplitude e que seja suficientemente atractiva para levar os consumidores para os jogos autorizados.

force por encontrar um justo equilíbrio entre a prossecução de todos esses objectivos.

158. Quando um Estado-Membro visa em simultâneo proteger os consumidores face a uma excessiva incitação ao jogo e lutar contra a fraude e o jogo clandestino, a questão de saber se a sua regulamentação prossegue estes objectivos de maneira coerente e sistemática deve, portanto, ser apreciada relativamente a estes diferentes objectivos considerados no seu conjunto⁵⁵.

160. Por conseguinte, incumbe à jurisdição nacional examinar se a política de expansão prosseguida pelo titular do monopólio e a sua publicidade, na sua amplitude e natureza, permanecem nos limites necessários à canalização dos jogadores para o circuito legal e são compatíveis com o objectivo relativo à protecção dos consumidores face a uma excessiva incitação ao jogo⁵⁷.

159. Uma política de expansão controlada, sustentada por uma publicidade de uma certa envergadura destinada a atrair os jogadores para o circuito legal, não deve pois ser considerada como sendo, por princípio, incompatível com o objectivo de proteger os consumidores face a uma excessiva incitação ao jogo, embora possam parecer opostas⁵⁶. Importa que a acção do titular do monopólio, tal como é enquadrada por esse Estado-Membro, se es-

161. Assim, sugiro que se responda à questão examinada que um monopólio de exploração de jogos pela Internet pode ser justificado embora o titular deste monopólio prossiga uma política expansionista graças a uma publicidade intensiva quando essa expansão e essa publicidade são necessárias para canalizar os jogadores para os jogos em suporte electrónico autorizados e não sejam de uma amplitude e de uma natureza inconciliáveis com a protecção dos consumidores contra o incentivo à realização de despesas excessivas associadas ao jogo.

55 — *Ibidem* (n.º 26 e jurisprudência referida).

56 — Acórdão Stoß e o., já referido (n.º 101 e jurisprudência referida).

57 — Acórdãos, já referidos, Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International (n.º 37), e Stoß e o. (n.º 103).

IV — Conclusão

162. Tendo em conta as conclusões precedentes, sugiro que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Bezirksgericht Linz a título prejudicial do seguinte modo:

- «1) Uma regulamentação de um Estado-Membro que sancione penalmente quem viole um monopólio de exploração de jogos a dinheiro, como o monopólio de exploração das lotarias electrónicas previsto pelo direito austríaco, deve ser conforme às liberdades de circulação, designadamente ao artigo 49.º CE, apesar de o direito penal ser da competência dos Estados-Membros.

- 2) O artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que a circunstância segundo a qual um prestador de jogos pela Internet utiliza meios materiais de comunicação tais como um servidor e uma central telefónica situados no Estado-Membro de destino e que lhe são fornecidos por uma terceira empresa não exclui, em si, a aplicação das disposições do Tratado CE relativas à liberdade de estabelecimento.

O artigo 49.º CE não pode, todavia, ser invocado caso se verifique que, nas circunstâncias do presente processo, as filiais maltesas têm um carácter puramente artificial destinado a permitir à sua sociedade-mãe austríaca contornar a proibição de explorar jogos em suporte electrónico na Áustria.

O artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que uma regulamentação de um Estado-Membro, que proíba aos prestadores estabelecidos no território austríaco fornecer às sociedades estabelecidas noutro Estado-Membro os meios

materiais de propor jogos pela Internet às pessoas residentes no seu território, constitui uma restrição à livre prestação de serviços na acepção deste artigo.

- 3) O artigo 49.º CE não se opõe a que um Estado-Membro imponha à sociedade anónima à qual tenha concedido o monopólio de exploração de jogos pela Internet no seu território de ter neste a sua sede social.

O artigo 43.º CE opõe-se à regulamentação de um Estado-Membro nos termos da qual a sociedade titular deste monopólio seja proibida de constituir uma sucursal noutro Estado-Membro, salvo se esta condição for validamente justificada por uma razão imperiosa de interesse geral e que seja proporcionada a este objectivo.

- 4) Um monopólio de exploração de jogos pela Internet pode ser justificado mesmo que o titular deste monopólio prossiga uma política expansionista graças a uma publicidade intensiva quando esta expansão e esta publicidade são necessárias para canalizar os jogadores para os jogos em suporte electrónico autorizados e que não são de uma amplitude e de uma natureza inconciliáveis com a protecção dos consumidores face a uma excessiva incitação ao jogo.»