

Sprawa C-64/08

Postępowanie karne

przeciwko

Ernstowi Engelmannowi

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Landesgericht Linz (Austria)]

Swoboda świadczenia usług – Swoboda przedsiębiorczości – Uregulowanie krajowe ustanawiające system koncesji na prowadzenie gier losowych w kasynach – Otrzymanie koncesji zastrzeżone jedynie dla spółek akcyjnych z siedzibą na terytorium krajowym – Udzielenie wszystkich koncesji przy całkowitym braku postępowania przetargowego

Streszczenie wyroku

1. *Swoboda przedsiębiorczości – Ograniczenia*

(art. 43 WE, 46 WE)

2. *Swoboda świadczenia usług – Swoboda przedsiębiorczości – Uregulowanie krajowe ustanawiające system koncesji na prowadzenie gier*

(art. 43 WE, 49 WE)

1. Artykuł 43 WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on uregulowaniu państwa członkowskiego, które zastrzega prowadzenie gier losowych w grach gier wyłącznie dla podmiotów z siedzibą na terytorium tego państwa członkowskiego. Obowiązek posiadaczy koncesji na prowadzenie gier dotyczący posiadania siedziby na terytorium krajowym stanowi bowiem ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu owego przepisu, ponieważ wprowadza dyskryminację spółek z siedzibą w innym państwie członkowskim i uniemożliwia im prowadzenie gier za pośrednictwem agencji lub oddziału lub filii na terytorium danego państwa członkowskiego.

W tym względzie bez konieczności ustalania, czy cel polegający na umożliwieniu skutecznej kontroli podmiotów działających w sektorze gier losowych w celu zapobiegania prowadzeniu tej działalności w celach przestępczych lub w celu dokonywania oszustw, może być objęty pojęciem porządku publicznego, tak by dane ograniczenie stało się zgodne z prawem Unii, wystarczy stwierdzić, że bezwzględne wykluczenie podmiotów mających siedzibę w innym państwie członkowskim jest nieproporcjonalne, gdy wykracza poza to, co niezbędne do zwalczania przestępczości. Istnieją bowiem różne rodzaje skutków kontroli działalności i księgowości tych podmiotów, takie jak możliwość wymagania prowadzenia dla każdego rodzaju gier tego samego podmiotu oddzielnej księgowości sprawdzanej przez zewnętrzny organ księgowy, możliwość wymagania, aby organy posiadaczy koncesji systematycznie powiadamiały o swoich decyzjach oraz możliwość zbierania informacji dotyczących członków jego zarządu lub głównych akcjonariuszy. Ponadto można dokonywać kontroli każdego przedsiębiorstwa z siedzibą w innym państwie członkowskim i można na nie nakładać kary niezależnie od miejsca zamieszkania członków jego zarządu.

(por. pkt 32, 34-38, 40, sentencja 1)

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

W istocie z jednej strony chociaż według obecnego stanu prawa Unii umowy koncesyjne na usługi nie podlegają żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca Unii uregulował materię zamówień publicznych, niemniej jednak organy administracji publicznej zawierające takie umowy zobowiązane są do przestrzegania podstawowych zasad traktatów, zwłaszcza postanowień art. 43 WE i art. 49 WE oraz obowiązku przejrzystości. Nie oznaczają one konieczności przygotowania zaproszenia do składania ofert, ów ciągły na instytucji udzielającej koncesji obowiązek przejrzystości, który stosuje się, gdy koncesja na usługi może zainteresować przedsiębiorstwo w innym państwie członkowskim niż państwo członkowskie, w którym jest ona udzielana, wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym koncesjonariuszom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie koncesji na świadczenie usług na konkurencyjną oraz kontrolę bezstronności procedur jej udzielania.

Z drugiej strony okoliczności, że udzielenie zezwolenia na prowadzenie rodzajów gier nie jest równoważne z umowami koncesji na usługi nie może, sama w sobie, uzasadniać naruszenia wymogów wynikających z art. 49 WE, w szczególności zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości. Obowiązek przejrzystości jawi się bowiem jako wstępny i bezwzględny warunek prawa państwa członkowskiego do udzielenia zezwolenia na prowadzenie rodzajów gier niezależnie od trybu wyboru tych podmiotów, bowiem skutki takiego udzielenia względem przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich, które byby potencjalnie zainteresowane wykonywaniem tej działalności, są takie same jak skutki umowy koncesyjnej na usługi.

(por. pkt 49-50, 52-53, 58, sentencja 2)

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 9 września 2010 r. (*)

Swoboda świadczenia usług – Swoboda przedsiębiorczości – Uregulowanie krajowe ustanawiające system koncesji na prowadzenie gier losowych w kasynach – Otrzymanie koncesji zastrzeżone jedynie dla spółek akcyjnych z siedzibą na terytorium krajowym – Udzielenie wszystkich koncesji przy całkowitym braku postępowania przetargowego

W sprawie C-64/08

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

Ernstowi Engelmannowi,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

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

rzecznik generalny: J. Mazák,

sekretarz: K. Malacek, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 14 stycznia 2010 r., rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu E. Engelmanna przez P. Rutha oraz T. Talosa, Rechtsanwälte, oraz przez A. Stadlera,
- w imieniu rządu austriackiego przez C. Pesendorfer, działając w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu belgijskiego przez L. Van den Broeck, działając w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez P. Vlaemincka oraz A. Huberta, advocaten,
- w imieniu rządu greckiego przez A. Samonirantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou oraz E.M. Mamouni, działające w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu hiszpańskiego przez F. Díeza Moren, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu portugalskiego przez L. Ineza Fernandes oraz P. Mateusa Calad, oraz przez A. Barros, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez P. Dejmek, a następnie przez E. Traversi oraz H. Krämera, działających w charakterze pełnomocników,

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

wydaje następujący

Wyrok

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

Ramy prawne

- 3 Gry losowe uregulowane są w Austrii przez Glücksspielgesetz (federalny ustaw o grach losowych zwanym dalej „GSpG”) w brzmieniu opublikowanym w Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 620/1989.
- 4 Zgodnie z pracami przygotowawczymi GSpG, ustawa ma na celu po pierwsze uregulowanie gier losowych, a po drugie dążyć do celu o charakterze podatkowym.
- 5 Jeżeli chodzi o cel polegający na regulacji gier losowych, chociaż ogólna uwaga wyjaśniających do GSpG wskazuje, że w idealnej sytuacji całkowity zakaz gier losowych byłby najbardziej rozsądnym uregulowaniem, lecz biorąc pod uwagę okoliczności, że skłonność do gier jest naturalnym cechem człowieka, dużo rozsądniej jest skanalizować je w interesie jednostki i społeczeństwa. Wskazuje się tam, że w ten sposób osiągnięte zostają dwa cele, a mianowicie zapobieganie się ucieczce gier losowych w sferę nielegalną, jak to się dzieje w państwach całkowicie zabraniających gier losowych, a jednocześnie umożliwia się państwu zachowanie możliwości nadzorowania legalnie prowadzonych gier losowych, przy czym głównym celem tego nadzoru musi być ochrona gracza.
- 6 Z podatkowego punktu widzenia w tych samych uwagach wyjaśniających zaznacza się interes państwa federalnego w czerpaniu jak największych dochodów z monopolu na gry losowe, czego konsekwencją jest, że rząd federalny przyjmując ustawodawstwo dotyczące gier losowych, musi czuwać szanując i chroniąc cel regulacyjny, by gry losowe były prowadzone w sposób taki, by monopol ten przynosił mu jak najwięcej dochodów.
- 7 Artykuł 3 GSpG ustanawia „monopol państwowy” w dziedzinie gier losowych, przewidując, że prawo urządzania i prowadzenia gier losowych jest zasadniczo zastrzeżone dla państwa, chyba że przepis tej ustawy stanowi inaczej.
- 8 Na mocy art. 21 ust. 1 GSpG federalny minister finansów przyznaje prawo urządzania i prowadzenia gier losowych udzielając koncesji na prowadzenie urządzeń gier. Liczba koncesji jakich można udzielić jest w sumie ograniczona do dwunastu, przy czym możliwe jest udzielenie tylko jednej koncesji na obszarze gminy.
- 9 Warunki udzielania koncesji na prowadzenie urządzeń gier określa art. 21 ust. 2 GSpG. Przepis ten precyzuje w szczególności, że koncesjonariusz musi być spółką akcyjną z siedzibą na terytorium Austrii, posiadającą kapitał w wysokości co najmniej 22 mln EUR oraz, w zależności od okoliczności, oferując jak najlepsze perspektywy dochodów podatkowych dla lokalnych władz publicznych z poszanowaniem zasad ustanowionych w GSpG dotyczących ochrony graczy.
- 10 Na mocy art. 22 ustawy o grach losowych okres ważności koncesji na gry losowe nie może

przekracza? pi?tnastu lat.

11 Zgodnie z art. 31 ust. 1 GSpG federalne ministerstwo finansów ma prawo ogólnego nadzoru nad koncesjonariuszem. Mo?e ono w tym celu bada? rachunki koncesjonariusza, a w celu wykonywania prawa nadzoru jego funkcjonariusze mog? mie? wst?p do pomieszcze? handlowych koncesjonariusza. Na mocy art. 31 ust. 2 ministerstwo deleguje komisarza pa?stwowego do spó?ki b?d?cej koncesjonariuszem. Zgodnie z rzeczonym art. 31 ust. 3 sprawdzone roczne sprawozdanie finansowe musi by? ponadto przedstawione federalnemu ministrowi finansów w terminie sze?ciu miesi?cy od zamkni?cia roku obrachunkowego.

12 Urz?dzanie gier losowych przez osob? nieposiadaj?c? koncesji na ich prowadzenie a tak?e udzia? na zasadach komercyjnych w grachurz?dzanych na takich warunkach podlegaj? ?ciganiu w trybie karnym. Sankcj? karn? obj?ty jest, zgodnie z art. 168 Strafgesetzbuch (austriackiego kodeksu karnego zwanego dalej „StGB”), „ka?dy, kto urz?dza gr? formalnie zakazan? lub której korzystny lub niekorzystny wynik zale?y wy?cznie lub gównie od przypadku lub ka?dy, kto u?atwia spotkanie w celu urz?dzenia takiej gry w celu czerpania korzy?ci pieni??nej z jej urz?dzenia lub z tego spotkania lub z zapewnienia takiej korzy?ci osobie trzeciej”.

Post?powanie przed s?dem krajowym i pytania prejudycjalne

13 Dwana?cie przewidzianych w art. 21 GSpG koncesji na prowadzenie o?rodków gier znajduje si? w posiadaniu spó?ki Casinos Austria AG.

14 Koncesji tych udzielono tej spó?ce na mocy decyzji administracyjnej z dnia 18 grudnia 1991 r. na okres maksymalnie pi?tnastu lat.

15 Koncesje na prowadzenie sze?ciu o?rodków gier w Bregenzu, Grazu, Innsbrucku, Linzu, Salzburgu i Wiedniu zosta?y nast?pnie odnowione zawczasu na pi?tna?cie lat ze skutkiem od dnia 1 stycznia 1998 r., w efekcie czego wygasn? one w dniu 31 grudnia 2012 r. Podobnie koncesje dotycz?ce sze?ciu o?rodków gier w Baden, Bad Gastein, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Seefeld i Velden zosta?y odnowione na pi?tna?cie lat ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2001 r. i w konsekwencji wygasn? w dniu 31 grudnia 2015 r.

16 W odpowiedzi na zadane przez Trybuna? pytanie rz?d austriacki potwierdzi?, ?e wszystkich koncesji udzielono bez uprzedniego przetargu.

17 Obywatel niemiecki E. Engelmann prowadzi? o?rodki gier w Austrii w okresie od pocz?tku 2004 r. do dnia 19 lipca 2006 r. w Linz oraz od kwietnia 2004 r. do dnia 14 kwietnia 2005 r. w Sch?rding. W o?rodkach tych oferowa? on swym klientom ró?ne gry w tym w szczegóлно?ci gr? zwan? ruletk? obserwacyjn? oraz gry karciane: pokera i „Two Aces”. Ernst Engelmann nie wyst?pi? o udzielenie koncesji na urz?dzanie gier losowych, nie by? te? posiadaczem zezwolenia udzielonego w innym pa?stwie cz?onkowskim.

18 W orzeczeniu z dnia 5 marca 2007 r. Bezirksgericht Linz uzna? E. Engelmanna za winnego nielegalnego urz?dzenia gier losowych na terytorium austriackim w celu czerpania korzy?ci pieni??nych. W orzeczeniu uznano go za winnego przest?pstwa nielegalnego urz?dzenia gier losowych przewidzianego w art. 168 ust. 1 StGB. W zwi?zku z tym skazany on zosta? na zap?acenie grzywny w wysoko?ci 2000 EUR.

19 Ernst Engelmann wniós? odwo?anie od tego orzeczenia do Landsgericht Linz. Ów s?d ma w?tpliwo?ci w kwestii zgodno?ci przepisów StGB w zwi?zku z austriackimi przepisami o grach losowych z prawem Unii, a w szczegóлно?ci z art. 43 WE i 49 WE.

20 Wątpliwość ci te opierają się, po pierwsze, na okolicznościach, że zgodnie z wiedzą sądu krajowego przyjęcia mających zastosowanie przepisów GSpG nie poprzedziła analiza zagrożenia, jakie przedstawia skłonność do gier oraz prawnych lub faktycznych możliwości działania przewencyjnych. Zdaniem Landesgericht Linz przepisy te są sprzeczne z orzecznictwem Trybunału zgodnie z którym względem, na które może się powołać państwo członkowskie, aby uzasadnić ograniczenie swobody świadczenia usług, musi towarzyszyć analiza właściwego i proporcjonalnego charakteru środka ograniczającego, przyjętego przez to państwo.

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

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

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

24 Zdaniem sądu krajowego, gdyby przepisy prawa Unii pozwalały na udzielenie E. Engelmannowi zezwolenia na prowadzenie ośrodka gier losowych bez zobowiązania go, by w tym celu utworzył lub nabył spółkę akcyjną z siedzibą na terytorium Austrii, zainteresowany mógłby zasadniczo wystąpić jako kandydat do otrzymania koncesji. Jeżeli takie zezwolenie zostałoby mu udzielone, znamiona przestępstwa nielegalnego urządzania gier losowych w rozumieniu art. 168 StGB nie byłyby już spełnione.

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

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

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

TOI – uwierz w szcz??cie«)?

3) Czy art. 43 [WE] i art. 49 WE nale?y interpretowa? w ten sposób, ?e stoj? one na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego, zgodnie z którym wszystkie przewidziane w krajowym prawie dotycz?cym gier losowych koncesje na prowadzenie gier losowych i o?rodków gier na okres pi?tnastu lat s? udzielane na podstawie przepisu, który wy?acza z przetargu (nieb?d?cych obywatelami tego pa?stwa cz?onkowskiego) kandydatów z obszaru Wspólnoty”.

W przedmiocie pyta? prejudycjalnych

26 Ernst Engelmann nie kwestionuje, i? nie wyst?pi? o udzielenie mu koncesji na prowadzenie o?rodka gier w Austrii; nie móg? on jednak w ka?dym razie otrzyma? takiej koncesji, poniewa?, po pierwsze, nie spe?nia? wymaganych przez omawiane ustawodawstwo krajowe warunków dotycz?cych utworzenia spółki akcyjnej maj?cej siedzib? w tym pa?stwie cz?onkowskim oraz, po drugie, poniewa? wszystkich przewidzianych przez ustawodawstwo krajowe koncesji udzielono ju? spółce austriackiej. Wed?ug s?du krajowego wyst?pienie znamion przest?pstwa zarzucanego E. Engelmannowi wi??e si? z kwesti? zgodno?ci z prawem tego wykluczenia. W konsekwencji nale?y w pierwszej kolejno?ci zbada? pytania pierwsze i trzecie.

W przedmiocie pytania pierwszego

27 W pierwszym pytaniu s?d krajowy zmierza w istocie do ustalenia czy art. 43 sprzeciwia si? dwóm warunkom na?o?onym w ustawodawstwie krajowym na posiadaczy koncesji na prowadzenie o?rodków gier, a mianowicie obowi?zkowi przybrania formy prawnej spółki akcyjnej oraz obowi?zkowi posiadania siedziby na terytorium krajowym.

W przedmiocie obowi?zku przybrania przez koncesjonariuszy formy prawnej spółki akcyjnej

28 Warunek, zgodnie z którym podmioty pragn?ce prowadzi? o?rodki gier musz? przybra? form? prawn? spółki akcyjnej, stanowi ograniczenie swobody przedsi?biorczo?ci w rozumieniu art. 43 WE. Warunek ten uniemo?liwia w szczególno?ci podmiotom b?d?cym osobami fizycznymi a tak?e przedsi?biorstwom, które wybra?y w pa?stwie ich siedziby inn? form? spółki, utworzenie oddzia?u w Austrii (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 lipca 1984 r. W sprawie 107/83 Klopp, Rec. s. 2971, pkt 19; z dnia 7 lipca 1988 r. w sprawie 143/87 Stanton i L'Étoile 1905, Rec. s. 3877, pkt 11; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C?171/02 Komisja przeciwko Portugalii Rec. s. I?5645, pkt 42).

29 Nale?y zbada?, w jakim stopniu ograniczenie to mo?e zosta? dopuszczone na zasadzie odst?pstw wyra?nie przewidzianych w traktacie WE, lub uzasadnione zgodnie z orzecnictwem Trybuna?u nadrz?dnymi wzgl?dami interesu ogólnego. Artyku? 46 ust. 1 WE dopuszcza ograniczenia uzasadnione wzgl?dami porz?dku publicznego, bezpiecze?stwa publicznego lub zdrowia publicznego. Orzecznictwo Trybuna?u ponadto dopu?ci?o szereg nadrz?dných wzgl?dów interesu ogólnego, równie? mog?cych uzasadni? rzeczne ograniczenia, takich jak w szczególno?ci cele ochrony konsumentów, przeciwdzia?ania oszustwom i nak?anianiu obywateli do nadmiernych wydatków zwi?zanych z gr?, jak te? ogólne cele zapobiegania zak?óceniom porz?dku publicznego.

30 Jak zaznaczyła Komisja Europejska w jej uwagach oraz rzecznik generalny w pkt 68 opinii, pewne cele mogą ewentualnie uzasadniać nałożenie na podmiot obowiązku przybrania szczególnej formy prawnej. Obowiązki, jakimi związane są spółki akcyjne w szczególności w odniesieniu do ich wewnętrznej organizacji, prowadzenia księgowości, kontroli jakości mogą być one przedmiotem oraz stosunków z osobami trzecimi mogą być bowiem, biorąc pod uwagę szczególne cechy sektora gier i niebezpieczeństwa z nim związane, uzasadnić taki obowiązek.

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

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

32 Jak zauważył rzecznik generalny w pkt 51 i 52 opinii, obowiązek posiadaczy koncesji na prowadzenie ośrodków gier dotyczący posiadania siedziby na terytorium krajowym stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 43 WE, ponieważ wprowadza dyskryminację spółek z siedzibą w innym państwie członkowskim i uniemożliwia im prowadzenie ośrodków gier w Austrii za pośrednictwem agencji lub oddziału lub filii.

33 Twierdzenia tego nie podważa okoliczność przywołana przez rząd austriacki, iż obowiązek ten ciąży na podmiotach dopiero od chwili w której zostały wybrane i tylko przez okres wałności koncesji. Jak bowiem zaznaczył rzecznik generalny w pkt 62 opinii, obowiązek taki może zniechęcać spółki z siedzibą w innych państwach członkowskich do występowania jako kandydaci ze względu na koszty rozpoczęcia działalności i ustanowienia miejsca jej wykonywania w Austrii, jakie musiałyby ponieść w przypadku przyjęcia ich kandydatury. Co więcej, system ten nie pozwala na uniknięcie uniemożliwienia spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim prowadzenia ośrodków gier na terytorium Austrii za pośrednictwem agencji, oddziału lub filii.

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

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

36 Rząd austriacki podnosi, że celem obowiązku posiadaczy koncesji na prowadzenie ośrodków gier dotyczącego posiadania siedziby na terytorium krajowym jest umożliwienie skutecznej kontroli podmiotów działających w sektorze gier losowych w celu zapobiegania prowadzeniu tej działalności w celach przestępczych lub w celu dokonywania oszustw. Obowiązek ten umożliwia w szczególności wykonywanie pewnej kontroli decyzji przyjmowanych

przez organy spółki ze względu na obecność przedstawicieli państwa w organach takich jak rada nadzorcza.

37 Bez konieczności ustalania, czy cel ten może być objęty pojęciem porządku publicznego, wystarczy stwierdzić w tym zakresie, iż bezwzględne wykluczenie podmiotów mających siedzibę w innym państwie członkowskim jest nieproporcjonalne, gdy wykracza poza to, co niezbędne do zwalczania przestępczości. Istnieje bowiem różne środki służące kontroli działalności i księgowości tych podmiotów (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. s. I-13031, pkt 74; z dnia 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 Placanica i in., Rec. s. I-1891, pkt 62 a także ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 39).

38 Można przytoczyć tu w szczególności możliwości wymagania prowadzenia dla każdego ośrodka gier tego samego podmiotu oddzielnej księgowości sprawdzanej przez zewnętrznego księgowego, możliwości wymagania, aby organy posiadaczy koncesji systematycznie powiadamiały o swych decyzjach oraz możliwości zbierania informacji dotyczących czynów jego zarządu lub głównych akcjonariuszy. Jak ponadto zaznaczył rzecznik generalny w pkt 60 opinii można dokonywać kontroli każdego przedsiębiorstwa z siedzibą w innym państwie członkowskim i można na nie nakładać kary niezależnie od miejsca zamieszkania czynów jego zarządu.

39 Ponadto nic nie sprzeciwia się temu, by w odniesieniu do omawianej działalności, a mianowicie prowadzenia ośrodków gier położonych na terytorium Austrii, w pomieszczeniach tych ośrodków przeprowadzane były kontrole w szczególności w celu uniknięcia popełniania przez podmioty oszustw na niekorzyść konsumentów.

40 Na pierwsze pytanie należy w konsekwencji odpowiedzieć, że art. 43 WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on uregulowaniu państwa członkowskiego, które zastrzega prowadzenie gier losowych w ośrodkach gier wyłącznie dla podmiotów z siedzibą na terytorium tego państwa członkowskiego.

W przedmiocie pytania trzeciego

41 Chociaż trzecie pytanie dotyczy zgodnie z samym jego brzmieniem dyskryminujących warunków stosowanych na mocy ustawodawstwa krajowego do przetargów w sprawie udzielenia koncesji na prowadzenie ośrodków gier w Austrii, w świetle dostarczonych przez rząd austriacki informacji bezsporne jest, iż w celu udzielenia spółce Casinos Austria AG dwunastu koncesji ze skutkiem odpowiednio od dnia 1 stycznia 1998 r. i 1 stycznia 2001 r. nie zorganizowano żadnego przetargu oraz nie zapewniono przejrzystości. Tych dwanaście koncesji stanowi co więcej całość koncesji jakie przewiduje ustawodawstwo krajowe.

42 W konsekwencji należy rozumieć, że pytanie trzecie zmierza do rozstrzygnięcia kwestii, czy art. 43 WE i 49 WE sprzeciwiają się udzieleniu wszystkich koncesji na prowadzenie ośrodków gier na terytorium państwa członkowskiego na okres piętnastu lat, przy całkowitym braku postępowania przetargowego.

43 W tym kontekście wyróżnił można trzy odrębne ograniczenia, a mianowicie po pierwsze, ograniczenie liczby koncesji na prowadzenie ośrodków gier, po drugie, udzielenie koncesji o piętnastoletnim okresie ważności i po trzecie, okoliczność, że udzielenie miało miejsce przy całkowitym braku przejrzystości. Dla każdego z tych ograniczeń oddzielnie należy dokonać oceny w szczególności tego, czy jest ono właściwe dla realizacji celu lub celów wskazanych przez państwo członkowskie w danym przypadku, oraz czy nie wykracza poza to co niezbędne dla ich osiągnięcia (ww. wyrok w sprawie Placanica i in., pkt 49; wyrok z dnia 8 września 2010 r. w

sprawie C-46/08 Carmen Media Group, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 60).

44 Po pierwsze, jeżeli chodzi o okoliczności, czy liczba koncesji na prowadzenie ośrodków gier jest ograniczona, bezsporne jest, że takie ograniczenie wywołuje przeszkodę swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług (ww. wyrok w sprawie Placanica i in., pkt 50 i 51).

45 Niemniej jednak wydaje się, że w omawianym sektorze ograniczenia liczby koncesji a zatem i ośrodków gier do dwunastu, co zgodnie z informacjami dostarczonymi przez rząd austriacki odpowiada jednemu ośrodkowi na 750 000 mieszkańców, pozwala ze swej natury na ograniczenie okazji do gry i osiągnięcia w ten sposób uznanego w prawie Unii celu wyznaczonego w interesie ogólnym, z zastrzeżeniem sprawdzenia powyższego przez sąd krajowy (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Gambelli i in., pkt 62 i 67; w sprawie Placanica i in., pkt 53; w sprawie Carmen Media Group, pkt 84). W przypadku gdy konsumenci muszą się przemieszczać aby udać się do pomieszczeń ośrodków gier, aby móc brać udział w omawianych grach losowych, konsekwencją ograniczenia liczby tych ośrodków jest zwiększenie przeszkód w braniu udziału w takich grach.

46 Po drugie, jeżeli chodzi o okres ważności koncesji, z orzecznictwa Trybunału wynika, czy udzielenie koncesji o okresie ważności nawet do piętnastu lat może przeszkodzić, a wręcz uniemożliwić, wykonywanie przez podmioty znajdujące się w innych państwach członkowskich swobód zagwarantowanych przez art. 43 WE i 49 WE i stanowi tym samym ograniczenie w wykonywaniu tych swobód (zob. podobnie wyrok z dnia 9 marca 2006 r. w sprawie C-323/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-2161, pkt 44).

47 Jeżeli chodzi o ocenę zgodności tego ograniczenia z prawem Unii, należy przypomnieć, że swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług, jako podstawowe zasady traktatu, mogą być ograniczane jedynie na mocy uregulowań uzasadnionych nadrzędnymi względami interesu ogólnego, znajdujących zastosowanie do każdej osoby lub każdego przedsiębiorstwa prowadzących działalność na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego. Ponadto aby to krajowe uregulowanie było uzasadnione, musi być odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonego celu i nie może wykraczać ponad to, co jest konieczne do jego osiągnięcia (ww. wyrok z dnia 9 marca 2006 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

48 Jest tak w niniejszym przypadku, ponieważ udzielenie koncesji o okresie ważności nawet do piętnastu lat wydaje się być uzasadnione w szczególności ze względu na konieczność, aby koncesjonariusz dysponować wystarczającą długim okresem na zamortyzowanie inwestycji, jakich wymaga utworzenie ośrodków gier, z zastrzeżeniem sprawdzenia powyższego przez sąd krajowy.

49 Po trzecie, jeżeli chodzi o procedurę udzielania koncesji, których dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, należy na wstępie przypomnieć, że według obecnego stanu prawa Unii umowy koncesyjne na usługi nie podlegają żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca Unii uregulował materię zamówień publicznych, niemniej jednak organy administracji publicznej zawierające takie umowy zobowiązane są do przestrzegania podstawowych zasad traktatów, zwłaszcza postanowień art. 43 WE i art. 49 WE oraz obowiązku przejrzystości (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60 i 61; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Rec. s. I-7287, pkt 16-19; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 46-48; z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 33; z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-203/08 Sporting Exchange, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 39).

50 Nie oznaczaj?c konieczno?ci przygotowania zaproszenia do sk?adania ofert, ów ci???cy na instytucji udzielaj?cej koncesji obowi?zek przejrzysto?ci, który stosuje si? gdy koncesja na us?ugi mo?e zainteresowa? przedsi?biorstwo w innym pa?stwie cz?onkowskim ni? pa?stwo cz?onkowskie w którym jest ona udzielana, wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym koncesjonariuszom odpowiedniego poziomu jawno?ci umo?liwiaj?cego otwarcie koncesji na ?wiadczenie us?ug na konkurencj? oraz kontrol? bezstronno?ci procedur jej udzielania (ww. wyrok w sprawie Sporting Exchange, pkt 40 i 41 i przytoczone tam orzecznictwo).

51 Udzielenie koncesji przy ca?kowitym braku przejrzysto?ci podmiotowi znajdu?cemu si? w pa?stwie cz?onkowskim instytucji zamawiaj?cej stanowi bowiem przejaw odmiennego traktowania na niekorzy?? podmiotów z siedzib? w innych pa?stwach cz?onkowskich, które nie maj? ?adnej rzeczywistej mo?liwo?ci wyra?enia zainteresowania otrzymaniem omawianej koncesji. Takie odmierne traktowanie jest sprzeczne z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji ze wzgl?du na przynale?no?? pa?stwow? i stanowi dyskryminacj? po?redni? ze wzgl?du na przynale?no?? pa?stwow?, której zabraniaj? art. 43 WE i 49 WE, chyba ?e jest uzasadniona przez obiektywne okoliczno?ci (zob. podobnie ww. wyroki w sprawach Coname, pkt 19; Parking Brixen, pkt 50 oraz wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C?347/06 ASM Brescia, Zb.Orz. s. I?5641, pkt 59 i 60).

52 Okoliczno??, ?e udzielenie zezwole? na prowadzenie o?rodków gier nie jest równowa?ne z umowami koncesji na us?ugi nie mo?e, sama w sobie, uzasadnia? naruszenia wymogów wynikaj?cych z art. 49 WE, w szczególno?ci zasady równego traktowania i obowi?zku przejrzysto?ci (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Sporting Exchange, pkt 46)

53 Obowi?zek przejrzysto?ci jawi si? bowiem jako wst?pny i bezwzgl?dny warunek prawa pa?stwa cz?onkowskiego do udzielenia zezwole? na prowadzenie o?rodków gier niezale?nie od trybu wyboru tych podmiotów, bowiem skutki takiego udzielenia wzgl?dem przedsi?biorstw maj?cych siedzib? w innych pa?stwach cz?onkowskich, które by?yby potencjalnie zainteresowane wykonywaniem tej dzia?alno?ci, s? takie same jak skutki umowy koncesyjnej na us?ugi.

54 Nale?y ponadto przypomnie?, ?e je?eli w pa?stwie cz?onkowskim zosta? ustanowiony system zezwole?, maj?c zgodny z prawem, uznany w orzecznictwie cel, taki system zezwole? nie mo?e legitymizowa? dyskrecjonalnych decyzji w?adz krajowych, pozbawiaj?cych skuteczno?ci przepisów prawa Unii, w szczególno?ci dotycz?cych swobód podstawowych takich jak swobody b?d?ce przedmiotem post?powania przed s?dem krajowym (zob. w szczególno?ci ww. wyroki: w sprawie Sporting Exchange, pkt 49; i w sprawie Caren Media Group, pkt 86).

55 Z utrwalonego orzecznictwa wynika bowiem, ?e aby system uprzednich zezwole? administracyjnych by? uzasadniony, nawet gdy stanowi odst?pstwo od podstawowych swobód, powinien opiera? si? na obiektywnych, niedyskryminacyjnych i znanych wcze?niej kryteriach, zakre?laj?cych ramy uznania w?adz krajowych tak, by nie móg? by? stosowany w sposób arbitralny. Ponadto ka?dej osobie, której dotyczy restrykcyjny przepis oparty na takim odst?pstwie musi przys?ugiwa? mo?liwo?? skorzystania ze skutecznej s?dowej drogi odwo?awczej (zob. w szczególno?ci ww. wyroki: w sprawie Sporting Exchange, pkt 50; i w sprawie Carmen Media Group, pkt 87).

56 W post?powaniu przed s?dem krajowym nale?y stwierdzi?, ?e ca?kowity brak przejrzysto?ci przy udzielaniu koncesji na prowadzenie o?rodków gier ze skutkiem odpowiednio od dnia 1 stycznia 1998 r. i 1 stycznia 2001 r. nie jest zgodny z art. 43 WE i art. 49 WE.

57 Rz?d austriacki ogranicza si? do zaznaczenia w tym zakresie, i? procedura udzielania koncesji by?a zgodna z obowi?zuj?cym wówczas prawem krajowym i do podniesienia, i? z

orzecznictwa Trybunału nie można było wywieść w tamtym okresie żadnego wymogu przejrzystości. Rzecz ten podnosi również, że podmioty spełniające warunki przewidziane w mającym zastosowanie ustawodawstwie mogły złożyć spontaniczne kandydatury do udzielenia koncesji. Żadna z tych okoliczności nie stanowi jednak uzasadnienia na zasadzie odstąpienia wyrażnie przewidzianego przez traktat lub jako nadrzędny wzgląd interesu ogólnego uznany w orzecznictwie Trybunału i mogący uzasadnić udzielenie koncesji, których dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, przy całkowitym braku przejrzystości.

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

W przedmiocie pytania drugiego

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

W przedmiocie kosztów

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

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

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

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

Podpisy

*Język postępowania: niemiecki.