OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO PAOLA MENGOZZIEGO przedstawiona w dniu 4 marca 2010 r.[1]

I — Wprowadzenie

1. Wielkim wyzwaniem dla sądu wspólnotowego w niezharmonizowanym sektorze gier losowych, w którym każde z państw członkowskich posiada odmienne uregulowania, których jedynym wspólnym elementem jest istnienie środków mających na celu kontrolowanie prowadzenia działalności, jest znalezienie wspólnego obszaru umożliwiającego przestrzeganie swobód ustanowionych w traktacie WE.

2. Wpływ nowych technologii sprawia, że ten problem prawny staje się dużo bardziej skomplikowany. Dzięki nowym środkom łączności gracze nie muszą już udawać się do kasyna lub domu gry; mogą grać, pozostając w domu, za pomocą Internetu, a nawet za pomocą telefonu komórkowego. Ponadto ten rodzaj gier on-line nie zna granic; gracze nie są już ograniczeni do oferty gier losowych dostępnej w ich własnym państwie członkowskim, ponieważ mają dostęp do podmiotów zagranicznych, mających siedzibę na terytorium Unii Europejskiej czy też poza nim. Problem gier transgranicznych znajduje się w centrum debaty, a podmioty, które oferują swe usługi za pomocą Internetu, nie mają pewności co do kwestii, czy państwo członkowskie przeznaczenia ma prawo zakazania im prowadzenia działalności.

3. Jednakże problemy nie ograniczają się do dziedziny gier on-line. Istnienie monopolu państwa na niektóre gry losowe i ograniczenia dotyczące uzyskania licencji także mogą naruszać swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług. W konsekwencji Trybunał ponownie musi rozważyć kwestię ewentualnego uzasadnienia podobnych ograniczających reżimów.

4. Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht (sąd administracyjny kraju związkowego Szlezwiku-Holsztyna) przedkłada Trybunałowi niektóre z tych pytań, nawiązując bezpośrednio do nowych przepisów przyjętych przez kraje związkowe w odniesieniu do loterii i zakładów sportowych w związku z wydaniem przez Bundesverfassungsgericht

1 — Język oryginału: francuski.

(niemiecki federalny sąd konstytucyjny) wyroku z dnia 28 marca 2006 r. [2].

5. Niniejszy przypadek jest bezsprzecznie związany ze sprawami połączonymi Stoß i in. [3], chociaż sprawy te odnosiły się do ustawodawstwa niemieckiego obowiązującego przed wydaniem wspomnianego powyżej wyroku. Podobieństwo pytań podniesionych w tych sprawach i cel ekonomii procesowej, którym zawsze należy się kierować, skłania mnie do odesłania w przypadku wielu kwestii niniejszej sprawy do bardziej szczegółowego uzasadnienia przedstawionego w mojej opinii w sprawach połączonych Stoß i in.

II — Ramy prawne

A — *Uregulowania wspólnotowe*

6. Obecnie sektor gier losowych nie jest zharmonizowany na poziomie prawa Unii. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/123/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym [4] wyraźnie wyklucza go ze swego zakresu stosowania. Zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. h) tej dyrektywy:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do następujących rodzajów działalności:

[…]

h) działalności hazardowej ze stawkami pieniężnymi w grach losowych, włącznie z loterią, grami hazardowymi w kasynach i zakładami wzajemnymi".

7. Ten brak regulacji w zakresie prawa wtórnego zobowiązuje do odwołania się do prawa pierwotnego, a zwłaszcza w odniesieniu do niniejszego przypadku do art. 49 WE, którego akapit pierwszy zakazuje „ogranicze[ń] w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty […] w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia".

2 — BVerfG, 1 BvR 1054/01.

3 — Sprawy połączone C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07, C-410/07, zawisłe przed Trybunałem, w których przedstawiłem opinię również w dniu dzisiejszym.

4 — Dz.U. L 376, s. 36, zwana dalej „dyrektywą usługową".

B — *Uregulowania niemieckie*

8. W Niemczech kompetencje w zakresie gier losowych są podzielone między federację związkową a kraje związkowe (Länder). W większości krajów związkowych istnieje regionalny monopol na organizację zakładów sportowych i loterii, podczas gdy eksploatacja automatów do gier i prowadzenie kasyn są powierzone podmiotom prywatnym posiadającym stosowne zezwolenia.

1. Prawo federalne

9. Artykuł 284 Strafgesetzbuch (niemieckiego kodeksu karnego, zwanego dalej „StGB") stanowi:

„(1) Kto organizuje lub prowadzi publicznie gry losowe bez zezwolenia administracyjnego lub dostarcza instalacje konieczne do organizowania gier losowych podlega karze pozbawienia wolności do lat dwóch lub karze grzywny.

[…

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

1. w sposób zawodowy […]

[...] podlega karze pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat.

[…]".

10. Określenie warunków wydawania zezwoleń, o których mowa w art. 284 StGB, należy do kompetencji krajów związkowych, z wyjątkiem zezwoleń na organizację zakładów dotyczących oficjalnych wyścigów konnych i automatów do gry. Na organizowanie wyścigów konnych można uzyskać zezwolenie na podstawie Rennwett- und Lotteriegesetz (ustawy w sprawie zakładów dotyczących wyścigów i w sprawie loterii, zwanej dalej „RWLG"), a na zainstalowanie i eksploatowanie automatów do gry na podstawie Gewerbeordnung (kodeksu handlowego i przemysłowego, zwanego dalej „GewO").

11. W odniesieniu do zezwolenia na przyjmowanie zakładów dotyczących wyścigów konnych art. 1 RWLG stanowi, że:

„1. Stowarzyszenie, które chce eksploatować przedsiębiorstwo zakładów wzajemnych organizowanych w związku z publicznymi wyścigami konnymi lub innymi publicznymi konkursami konkurencji konnych, powinno uzyskać zezwolenie wydane przez właściwe władze zgodnie z prawem kraju związkowego.

[…]

3. Zezwolenie może być wydane tylko tym stowarzyszeniom, które gwarantują, że wszystkie ich dochody przeznaczą na rozwój hodowli konnej w kraju związkowym".

12. Artykuł 2 ust. 1 RWLG stanowi:

„Kto w ramach działalności handlowej chce przyjmować zakłady w zakresie publicznych konkursów konkurencji konnych lub świadczyć usługi pośrednika w zakresie takich zakładów (bookmakers), powinien uzyskać zezwolenie wydane przez właściwe władze zgodnie z prawem kraju związkowego".

2. Wyrok Bundesverfassungsgericht z dnia 28 marca 2006 r.

13. W dniu 28 marca 2006 r. Bundesverfassungsgericht wydał wyrok [5], w którym uznał za niezgodny z podstawowym prawem swobody przedsiębiorczości, chronionym na mocy art. 12 ustawy zasadniczej, monopol na zakłady sportowe, które były przyjmowane w kraju związkowym Bawarii, ponieważ jego struktura prawna, zasady dystrybucji i prezentacja nie miały na celu przyczynienia się w sposób konsekwentny i aktywny do ograniczenia skłonności do gry i zwalczania uzależnienia.

14. Wyrok, który dotyczył kraju związkowego Bawarii, można jednak rozszerzyć na monopole na zakłady sportowe, które istnieją w innych krajach związkowych i charakteryzują się takimi samymi cechami. Trybunał konstytucyjny przyznał właściwym organom ustawodawczym okres przejściowy, który upłynął w dniu 31 grudnia 2007 r., na przeprowadzenie restrukturyzacji rozpatrywanego monopolu w celu wprowadzenia minimalnej spójności z celem zwalczania uzależnienia [6].

3. Prawo krajów związkowych

a) GlüStV

15. W Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (umowie państwowej w sprawie gier losowych w Niemczech, zwanej dalej „GlüStV"), która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2008 r., kraje związkowe utworzyły

5 — Wyżej wymieniony.

6 — BVerfG, 1 BvR 1054/01, pkt 148 i nast., w którym sąd ten wyjaśnia wymogi dostosowania – z punktu widzenia normatywnego i organizacyjnego – monopolu na zakłady do ustawy zasadniczej.

jednolite ramy regulacyjne dla tego sektora w związku z ww. wyrokiem wydanym przez Bundesverfassungsgericht [7].

16. Artykuł 1 GlüStV określa cele tego porozumienia zawartego pomiędzy krajami związkowymi:

„1. zapobieganie uzależnieniu od gier losowych i zakładów i stworzenie odpowiednich warunków dla skutecznej walki z uzależnieniem,

2. ograniczenie oferty gier losowych i ukierunkowanie w sposób uporządkowany i kontrolowany naturalnej skłonności społeczeństwa do gry poprzez zapobieganie w szczególności uczestnictwu w grach losowych, na które nie uzyskano zezwolenia,

3. zagwarantowanie ochrony małoletnich i graczy,

4. zapewnienie prawidłowego przebiegu gier losowych, ochrona graczy przed oszustwami i zapobieganie przestępczości związanej z grami losowymi i z nich wynikającej".

17. Zgodnie z art. 10 GlüStV, aby osiągnąć te cele, „kraje związkowe posiadają prawny obowiązek zapewnienia wystarczającej oferty gier losowych" (ust. 1) i mogą wykonywać to zadanie „same lub za pośrednictwem osób prawnych prawa publicznego lub spółek prawa prywatnego, w których osoby prawne prawa publicznego posiadają bezpośrednio lub pośrednio rozstrzygające udziały" (ust. 2).

18. Artykuł 4 GlüStV przewiduje, że organizowanie publicznych gier losowych i pośrednictwo w nich jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku uzyskania zezwolenia wydanego przez właściwą władzę danego kraju związkowego (ust. 1). Wydania zezwolenia odmawia się w przypadku, gdy organizowanie gier losowych lub pośrednictwo w nich jest sprzeczne z celami ustanowionymi w ust. 1, a w każdym razie nie istnieje prawo do uzyskania zezwolenia (ust. 2).

19. Ten sam artykuł zakazuje organizowania publicznych gier losowych lub pośrednictwa w nich za pomocą Internetu (ust. 4). Jednakże art. 25 GlüStV, zawierający szereg przepisów przejściowych, przewiduje, że kraje związkowe mogą zezwolić w okresie co najwyżej jednego roku od dnia wejścia w życie GlüStV na organizację loterii lub pośrednictwo w nich za pomocą Internetu w przypadku, gdy nie istnieją podstawy do odmowy lub gdy spełnione są określone wymogi dodatkowe (między innymi: gwarancja wykluczenia małoletnich i graczy, którym zakazano udziału

7 — GlüStV zastępuje Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (umowę państwową w sprawie loterii w Niemczech, zwaną dalej „LottStV"), która weszła w życie w dniu 1 lipca 2004 r.

w grze, ograniczenie stawek do 1 000 EUR miesięcznie, zakaz kredytowania i udziału interaktywnego z publikacją wyników w czasie rzeczywistym).

b) Uregulowania kraju związkowego Szlezwiku-Holsztyna

20. Obowiązująca w Szlezwiku-Holsztynie Gesetz des Landes Schleswig-Holstein zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (ustawa wprowadzająca w życie GlüStV, zwana dalej „GlüStV AG") z dnia 13 grudnia 2007 r. ma zastosowanie do organizowania i eksploatowania loterii i zakładów sportowych lub pośrednictwa w nich, lecz nie do eksploatowania lub pośrednictwa w zakładach przyjmowanych podczas publicznych wyścigów konnych (art. 3). Zgodnie z art. 4 ust. 2 GlüStV AG kraj związkowy spełnia to zadanie za pośrednictwem NordwestLotto Schleswig Holstein GmbH & Co. KG.

III — Spór przed sądem krajowy i pytania prejudycjalne

21. Carmen Media Group Ltd (zwana dalej „Carmen Media") uzyskała od rządu gibraltarskiego, w którym ma siedzibę, eksterytorialną licencję na organizowanie gier, ograniczoną do „remote gambling/fixed-odds bets for offshore bookmaking", która w związku z tym zezwalała jej na organizowanie zakładów wyłącznie poza terytorium Gibraltaru.

22. Carmen Media zamierzała oferować za pomocą Internetu zakłady sportowe w Republice Federalnej Niemiec i w związku z tym w dniu 10 lutego 2006 r. złożyła wniosek do władz kraju związkowego Szlezwiku-Holsztyna, aby uznał tę działalność za zgodną z prawem w świetle licencji, jaką posiada w Gibraltarze, lub tytułem żądania ewentualnego, aby wydały jej zezwolenie zgodnie z przepisami prawa krajowego.

23. W związku z odrzuceniem wniosku Carmen Media w dniu 30 czerwca 2006 r. wniosła zażalenie do Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, podnosząc, że monopol państwa na zakłady sportowe jest sprzeczny z prawem Unii, ponieważ jest niezgodny ze swobodą świadczenia usług przewidzianą w art. 49 WE.

24. Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht w postanowieniu odsyłającym przytacza poważne wątpliwości, jakie żywi w odniesieniu do zgodności uregulowań niemieckich w zakresie gier z prawem wspólnotowym, i kieruje do Trybunału, na

podstawie art. 234 WE, następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy wykładni art. 49 WE należy dokonywać w ten sposób, że powołanie się na zasadę swobodnego świadczenia usług jest możliwe w sytuacji, gdy usługodawca może, zgodnie z przepisami państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę, świadczyć swe usługi na jego terytorium – niniejszy przypadek dotyczy ograniczenia zezwolenia udzielonego przez Gibraltar do »offshore bookmaking«?

2) Czy wykładni art. 49 WE należy dokonywać w ten sposób, że w sprzeczności z nim stoi istnienie państwowego monopolu na organizację zakładów sportowych i loterii (za wyjątkiem tych o ograniczonym potencjale uzależniającym) – którego celem jest, co do zasady, zwalczanie zagrożenia uzależnieniem od gier – w sytuacji gdy w tym państwie członkowskim prywatni usługodawcy mogą oferować inne gry losowe o znacznym potencjale uzależniającym, a odrębne uregulowania prawne, dotyczące z jednej strony zakładów sportowych i loterii oraz z drugiej strony innych gier losowych, należą do odrębnych kompetencji ustawodawczych krajów związkowych oraz federacji związkowej?

W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na drugie pytanie prejudycjalne:

3) Czy wykładni art. 49 WE należy dokonywać w ten sposób, że stoi z nim w sprzeczności przepis krajowy, który pozostawia udzielenie zezwolenia na organizację gier losowych i pośrednictwo w nich swobodnemu uznaniu władzy udzielającej zezwoleń – także w sytuacji, gdy zostały spełnione określone ustawowo warunki udzielenia zezwolenia?

4) Czy wykładni art. 49 WE należy dokonywać w ten sposób, że stoi z nim w sprzeczności przepis krajowy, który zakazuje organizacji publicznych gier losowych oraz pośrednictwa w nich za pomocą Internetu, w sytuacji gdy jednocześnie – choć tylko przez przejściowy okres jednego roku – ta organizacja i pośrednictwo za pomocą Internetu są dozwolone, z zastrzeżeniem przepisów o ochronie małoletnich i graczy, aby – mając na celu wyrównanie na zasadzie słuszności szans dwóch zajmujących się zawodowo pośrednictwem w grach podmiotów, które dotychczas prowadziły swą działalność wyłącznie w Internecie – umożliwić im dokonanie zmian stosownie do dopuszczalnych, zgodnie z zawartą między krajami związkowymi umową, metod dystrybucji?”.

IV — Postępowanie przez Trybunałem

25. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do sekretariatu Trybunału w dniu 8 lutego 2008 r.

26. Strona skarżąca (Carmen Media) i strona pozwana (kraj związkowy Szlezwiku-Holsztyna) w sporze przed sądem krajowym oraz rządy niemiecki, austriacki, belgijski, hiszpański, grecki, niderlandzki i norweski oraz Komisja Wspólnot Europejskich przedstawiły uwagi na piśmie.

27. Podczas rozprawy w dniu 8 grudnia 2009 r. przedstawiciele Carmen Media, kraju związkowego Szlezwiku-Holsztyna i Innen minister des Landes Schleswig-Holstein, rządów niemieckiego, belgijskiego, greckiego, włoskiego, portugalskiego i norweskiego, a także Komisja przedstawili swe uwagi ustne.

V — Analiza pierwszego pytania prejudycjalnego

28. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd krajowy zwraca się do Trybunału o ustalenie, czy art. 49 WE wymaga, by aby móc powołać się na zasadę swobodnego świadczenia usług, usługodawca musi także być w stanie prowadzić działalność w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę, zgodnie z przepisami tego państwa.

29. Wątpliwość wynika z faktu, że przedsiębiorstwo Carmen Media uzyskało od władz Gibraltaru, w którym ma siedzibę, licencję na organizowanie gier losowych ograniczoną do „offshore bookmaking", czyli eksterytorialną, która nie zezwala mu na organizowanie zakładów na terytorium Gibraltaru, ale wyłącznie – przynajmniej teoretycznie – za granicą.

30. Przedstawiciel Carmen Media, któremu podczas rozprawy zadano pytanie w tej kwestii, zaprzeczył, jakoby spółka podlegała w czasie właściwym dla rozpatrywanych okoliczności faktycznych zakazowi organizowania gier losowych w Gibraltarze. Tymczasem z jego uwag interwenienta wyraźnie wynika, że takie ograniczenie istniało, jeśli nie w formie zakazu w ścisłym tego słowa znaczeniu, to w formie ograniczenia zakresu działania [8].

31. W tym samym piśmie Carmen Media wyjaśnia, że ograniczenie to [9] zostało nałożone wyłącznie ze względów podatkowych, a w szczególności z uwagi na fakt, że wybrała szczególnie korzystny reżim podatkowy (tzw. „status spółki zwolnionej"), podlegający wymogowi „nienawiązywania żadnych stosunków handlowych z podmiotami mającymi siedzibę w Gibraltarze" [10]. Twierdzi także, że celem tego ograniczenia nie była ochrona obywateli Gibraltaru przez ofertą podmiotów działających w sektorze gier losowych i że jego zniesienie byłoby możliwe bez konieczności przeprowadzenia nowej procedury wydania zezwolenia, nawet jeśli w celu

8 — „Licencja wydania w Gibraltarze na organizację zakładów sportowych za pomocą Internetu była początkowo ograniczona [...] do ofert proponowanych poza Gibraltarem" (uwagi interwenienta Carmen Media, pkt 11).

9 — Reżim ten w każdym razie nie istnieje od 2006 r.

10 — Artykuł 3 lit. c) Companies (Tax and Concessions) Act z 1983 r.

jego uzyskania Carmen Media musiałaby zrezygnować ze swego szczególnego statusu podatkowego.

32. Sąd krajowy dąży do ustalenia, czy na mocy art. 49 WE tego rodzaju zezwolenie upoważniało Carmen Media do prowadzenia działalności na terytorium niemieckim bez potrzeby uzyskania nowego zezwolenia od władz odpowiedniego kraju związkowego lub czy brak możliwości organizowania gier losowych w miejscu pochodzenia stanowił przeszkodę dla zastosowania zasady wzajemnego uznania.

33. Wzajemne uznanie jest instrumentem mającym na celu zagwarantowanie podmiotom gospodarczym dostępu do rynku we wszystkich państwach członkowskich, nawet w sektorach, w których istnieją istotne różnice w zakresie uregulowań [11]. Zgodnie z orzecznictwem, aby osiągnąć ten cel, konieczne jest znalezienie równowagi pomiędzy wymogami poszczególnych państw członkowskich, których to dotyczy, tak aby państwo członkowskie, w którym usługa jest świadczona, nie powtarzało kontroli i warunków już narzuconych w państwie członkowskim pochodzenia usługodawcy.

34. Taka właśnie jest wymowa wyroku z dnia 17 grudnia 1981 r. w sprawie Webb [12], w którym Trybunał orzekł w pkt 17, że „swobodne świadczenie usług jako podstawowa zasada traktatu może być ograniczone wyłącznie nadrzędnymi względami interesu ogólnego […] w zakresie, w jakim ten interes nie jest chroniony przez przepisy, jakim podlega usługodawca w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę” [13].

35. W ramach wzajemnego uznania twierdzenie to zakłada, że państwo członkowskie przeznaczenia może nakładać, z uwzględnieniem danego interesu ogólnego [14], obowiązek uzyskania zezwolenia na świadczenie usług, ale musi uznać za właściwą licencję wydaną przez władze innego państwa członkowskiego, w przypadku gdy gwarantuje ona spełnienie wymogów obiektywnie koniecznych do osiągnięcia tegoż celu wyznaczonego w interesie ogólnym. Wreszcie, o ile wymóg uzyskania uprzedniego zezwolenia jest uzasadniony w świetle prawa wspólnotowego (ponieważ zgodnie z orzecznictwem może być uzasadniony względami interesu ogólnego), jest on uzasadniony również wobec przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, o ile przedsiębiorstwo to nie poddało się już wspomnianym wymogom

11 — K.A. Amstrong, Mutual Recognition, w: *The Law of the single European Market: Unpacking premises*, (ed.) C. Barnard, J. Scott, Hart Publishing 2002, s. 230.

12 — 279/80, Rec. s. 3305.

13 — Zobacz podobnie wyroki z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-76/90 Säger, Rec. s. I-4221, pkt 15; z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawie C-43/93 Vander Elst, Rec. s. I-3803, pkt 16; z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-272/94 Guiot, Rec. s. I-1905, pkt 11; z dnia 23 listopada 1999 r. w sprawach połączonych C-369/96 i C-376/96 Arblade i in., Rec. s. I-8453, pkt 34; z dnia 15 marca 2001 r. w sprawie C-165/98 Mazzoleni i ISA, Rec. s. I-2189, pkt 25.

14 — Na przykład ochrona konsumentów lub zwalczanie przestępczości w danym sektorze.

ustanowionym z myślą o realizacji tego samego celu w tym państwie członkowskim, w którym ma ono siedzibę.

36. Licencja eksterytorialna, taka jak ta rozpatrywana w postępowaniu przez sądem krajowym, z trudem może spełnić takie wymogi. Ponieważ władze państwa członkowskiego pochodzenia same nie pozwalają na wykonywanie tej działalności na terytorium tego państwa, idea, zgodnie z którą poprzez ich interwencję interes ogólny, który pragnie chronić inne państwo członkowskie, jest wystarczająco chroniony, upada. Wzajemne uznanie jest możliwe wyłącznie w przypadku, gdy państwo członkowskie pochodzenia przeprowadziło podobne kontrole do tych, jakie są wymagane w państwie członkowskim przeznaczenia.

37. Z powyższego wynika, że na swobodne świadczenie usług można się powoływać tylko w przypadku, gdy rozpatrywana działalność może być prowadzona zgodnie z prawem w państwie członkowskim, w którym przedsiębiorstwo ma siedzibę.

38. Idea ta została wyraźnie uwzględniona w orzecznictwie Trybunału dotyczącym swobodnego świadczenia usług, w którym wyjaśniono, że ograniczenia art. 49 WE stanowią nie tylko te ograniczenia, które obejmują dyskryminację ze względu na przynależność państwową, ale także te, które nawet nie posiadając dyskryminacyjnego charakteru, mogą „zakazać, ograniczyć lub uczynić mniej atrakcyjną działalność usługodawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, w *którym świadczy on zgodnie z prawem podobne usługi*" [15].

39. Sprzeciwiając się tej tezie, Komisja powołuje się na wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie Inspire Art [16], w którym Trybunał orzekł, że fakt, iż spółka nie prowadzi żadnej działalności w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę, i wykonuje wyłącznie lub głównie swą działalność w państwie członkowskim, w którym mieści się jej oddział, nie wystarcza, by odmówić tej spółce możliwości zastosowania przepisów wspólnotowych dotyczących prawa przedsiębiorczości [17].

40. Moim zdaniem powoływanie się na ten wyrok jest nieadekwatne, ponieważ kryteria są odmienne, gdy w grę wchodzi swobodne świadczenie usług. Skądinąd Trybunał dokonuje wyraźnego rozróżnienia w tym względzie pomiędzy obydwoma swobodami i zajmuje bardziej rygorystyczne stanowisko w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości. I tak w ww. wyroku w sprawie Säger orzekł, że „państwo członkowskie nie może uzależniać świadczenia usług na swym terytorium od spełnienia wszystkich wymogów wymaganych do założenia przedsiębiorstwa" (pkt 13), podczas gdy ograniczenie swobodnego świadczenia usług polegające na wymogu uzyskania krajowego zezwolenia administracyjnego może być uzasadnione względami interesu ogólnego (pkt 14 i 15).

15 — Podkreślenie autora. Zobacz podobnie ww. wyroki: w sprawie Säger, pkt 12; w sprawie Guiot, pkt 10; wyrok z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie C-3/95 Reisebüro Broede, Rec. s. I-6511, pkt 25.

16 — C-167/01, Rec. s. I-10155.

17 — Punkt 139.

41. W konsekwencji przedsiębiorstwo może zostać założone w państwie członkowskim A, w którym obowiązują przepisy prawne mniej restrykcyjne, i prowadzić całą swą działalność w innym państwie członkowskim B na podstawie prawa przedsiębiorczości ustanowionego w traktacie (art. 43 WE). W kontekście swobodnego świadczenia usług sytuacja jest jednak odmienna i w żadnym przypadku nie można wywodzić z ww. wyroku w sprawie Inspire Art, że dane przedsiębiorstwo może bez zezwolenia prowadzić działalność na rynku państwa członkowskiego B jedynie z tego powodu, że posiada siedzibę w państwie członkowskim A, mimo faktu, że władze państwa A nie zezwalają mu na świadczenie tej samej usług na swym terytorium.

42. Wniosku tego moim zdaniem nie można także odeprzeć, powołując się na wyrok z dnia 5 czerwca 1997 r. w sprawie VT4 [18], w którym Trybunał orzekł w pkt 22, że „traktat nie zakazuje przedsiębiorstwu korzystania ze swobody świadczenia usług, w przypadku gdy nie oferuje ono usług w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę" [19]. W niniejszym przypadku istotnym czynnikiem nie jest fakt, że Carmen Media nie oferowała usługi organizowania zakładów na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę (co samo w sobie nie stanowi przeszkody w powoływaniu się na swobodę świadczenia usług zgodnie z ww. orzecznictwem), ale fakt, że nie mogła tego czynić, ponieważ posiadała licencję o charakterze jedynie eksterytorialnym lub off-shore.

18 — C-56/96, Rec. s. I-3143.

19 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 Centros, Rec. s. I-1459, pkt 27.

43. Fakt, że ograniczenie to wynikało z dobrowolnego wyboru, jakiego dokonała Carmen Media w celu skorzystania z korzystniejszego reżimu podatkowego, w żaden sposób nie zmienia okoliczności, że w momencie gdy zwróciła się o uznanie za ustanowiony zgodnie z prawem podmiot działający w sektorze gier losowych w Niemczech, posiadała wyłącznie zezwolenie, które nie umożliwiało jej świadczenia tej samej usługi w miejscu jej siedziby. Poza tym chociaż przedsiębiorstwo mogło uzyskać to zezwolenie w celu prowadzenia działalności w Gibraltarze, rezygnując z korzyści podatkowych, postanowiło ono jednak zachować te korzyści i w konsekwencji poddać się ograniczeniom, z jakimi ten wybór się wiązał.

44. Niezależnie od powodów – podatkowych lub o innym charakterze – które skłoniły państwo członkowskie do działania w ten sposób, z jakiej przyczyny to państwo członkowskie, które wydaje licencje eksterytorialne, przyjmowałoby na siebie obowiązek wystarczającego kontrolowania świadczenia rozpatrywanej usługi? Dlaczego państwa członkowskie miałyby zaakceptować zezwolenie, które nie jest ważne w odniesieniu do tych, którzy je wydali?

45. W świetle powyższych okoliczności wydaje się słuszne twierdzenie, że władze Gibraltaru być może nie zagwarantowały kontroli i warunków, które mogły uczynić zbędną interwencję władz niemieckich. Zasada wzajemnego uznania wiąże się w wymogiem zaufania kontroli, jaką wykonuje państwo siedziby wobec przedsiębiorstwa mającego siedzibę na jego terytorium. Niemniej jeśli

państwo członkowskie wydało jedynie licencję „off-shore", można się zastanawiać, czy należy mieć zaufanie do jego kontroli. Kontrola prowadzona przez władze niemieckie nie jest zatem zbędna, a wzajemne uznanie w celu uniknięcia podwójnej kontroli nie ma racji bytu.

46. Inne rozwiązanie mogłoby, przynajmniej teoretycznie, sprzyjać niepożądanemu nadużywaniu rynku wewnętrznego, co słusznie podnosi rząd belgijski w uwagach interwenienta. Bezsprzecznie Trybunał ocenia ten rodzaj nadużycia w rygorystyczny sposób [20], ale trudno jest stwierdzić, czy tego rodzaju zezwolenia eksterytorialne stanowią zachowanie, które wywołuje wzajemne zaufanie pomiędzy państwami członkowskimi.

47. Z powyżej przedstawionych względów uważam, że aby móc powoływać się na prawo do swobodnego świadczenia usług, niezbędne jest, aby licencja przyznawana przez państwo członkowskie siedziby zezwalała usługodawcy na świadczenie danej usługi państwie członkowskim, w którym ma on siedzibę.

48. Jednakże tego rodzaju problem nie pojawia się w sektorze gier losowych, ponieważ jak już obszernie wyjaśniłem w opinii, którą przedstawiłem w sprawach połączonych Stoß i in. [21], okazuje się, że na obecnym etapie rozwoju prawa Unii nie ma możliwości zastosowania wzajemnego uznania licencji w zakresie gier losowych. Do sformułowania tego wniosku skłoniły mnie trzy okoliczności.

49. Po pierwsze, jednolite funkcjonowanie systemu wzajemnego uznania licencji w zakresie gier losowych okazuje się nie do pogodzenia z orzecznictwem Trybunału, które wyraźnie i stanowczo dopuszcza monopole i inne ograniczenia liczby podmiotów działających w sektorze gier losowych, o ile spełnione są określone wymogi [22]. Jeśli państwo członkowskie, w którym istnieje monopol w zakresie gier losowych spełniający wymogi traktatu, miałoby mieć obowiązek uwzględniania zezwoleń wydanych przez inne państwa członkowskie, ww. orzecznictwo okazałoby się niemożliwe do zastosowania i pozbawione sensu.

50. Po drugie, wzajemne uznanie wydaje się niemożliwe do zastosowania ze względu na brak harmonizacji sektora gier losowych, której nie można oczekiwać w bliskiej przyszłości. Bez harmonizacji zastosowanie swobody przepływu nadal byłoby ograniczone, a zadanie sędziego polega właśnie na określeniu

20 — Na przykład ww. wyrok w sprawie Inspire Art, dotyczący swobody przedsiębiorczości, pkt 139.

21 — Punkty 90–105.

22 — Wyroki: z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-124/97 Läärä i in., Rec. s. I-6067; z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-6/01 Anomar i in., Rec. s. I-8621; z dnia 8 września 2009 r. w sprawie C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, Zb.Orz. s. I-7633, zwany dalej „wyrokiem w sprawie Liga Portuguesa".

ograniczeń, które w tej niezharmonizowanej dziedzinie byłyby zgodne z postanowieniami traktatu.

51. Po trzecie, brak wystarczająco zorganizowanej współpracy administracyjnej utrudnia wprowadzenie w tym sektorze systemu wzajemnego uznania.

52. W konsekwencji pierwsze pytanie postawione przez sąd administracyjny Szlezwiku-Holsztyna opiera się na błędnej przesłance i należy na nie odpowiedzieć, odrzucając główne założenie, biorąc pod uwagę, że władze niemieckie nie są zobowiązane w okolicznościach niniejszej sprawy do uznania licencji na organizowanie gier losowych wydanej przez władze państwa członkowskiego, niezależnie od wymogów, jakie są z tym związane.

VI — Analiza drugiego pytania prejudycjalnego

A — *Zindywidualizowana analiza ograniczeń w dziedzinie gier: odesłanie do opinii wydanej w sprawach połączonych Stoß i in.*

53. W drugim pytaniu prejudycjalnym sąd krajowy zwraca się do Trybunału o ustalenie, czy art. 49 WE stoi na przeszkodzie monopolowi państwa na organizację zakładów sportowych i loterii, którego celem jest co do zasady zwalczanie zagrożenia uzależnieniem od gier – w sytuacji, gdy w tym państwie członkowskim prywatni usługodawcy mogą oferować inne gry losowe o znacznym potencjale uzależniającym.

54. Pytanie to ma takie samo brzmienie jak pytanie postawione w ww. sprawach połączonych Stoß i in. W trosce o ekonomię procesową odsyłam zatem, co do istoty, do analizy wspomnianych spraw, jaką przeprowadziłem w sporządzonej przeze mnie opinii [23]. W opinii tej stwierdzam, że w świetle obszernego orzecznictwa istniejącego w tym zakresie badania systemów prawnych regulujących gry w państwach członkowskich należy dokonywać z punktu widzenia sektorowego, analizując osobno każde ograniczenie i każdą grę. W konsekwencji zgodność z prawem Unii monopolistycznego wyboru dokonanego w odniesieniu do określonych gier będzie określana na podstawie jego spójności w świetle zamierzonego celu, a także na podstawie jego dyskryminacyjnego lub niedyskryminacyjnego charakteru oraz proporcjonalności, ale w żadnym wypadku nie należy go oceniać poprzez odniesienie do wyboru regulacyjnego dokonanego wobec innych gier losowych w tymże państwie członkowskim.

23 — Punkt 61–76.

55. W każdym razie i niezależnie od tej debaty uważam, że rozwiązanie legislacyjne polegające na ustanowieniu monopolu na niektóre gry i pozostawienie innych gier w rękach podmiotów prywatnych nie jest a priori niespójne z celem zwalczania oszustw ani z celem ograniczenia okazji do gry w państwie członkowskim, o ile władze publiczne zagwarantują pewną kontrolę podmiotów, a oferta gier objętych monopolem jest węższa od tej, jaka mogłaby istnieć w przypadku usługodawcy prywatnego [24]. Jeśli wymogi te są spełnione, przytoczone okoliczności nie stanowią przeszkody do prowadzenia spójnej i systematycznej polityki w zakresie gier losowych w rozumieniu orzecznictwa. Zadaniem sądu krajowego jest zbadanie, czy wymogi te są spełnione.

B — *Struktura terytorialna państwa nie ma żadnego wpływu na tę ocenę*

56. Pytanie prejudycjalne postawione przez Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht różni się jednak od pytania postawionego przez Verwaltungsgericht Giessen i Verwaltungsgerich Stuttgart, ponieważ pierwszy z wymienionych sądów powołuje się także na wpływ, jaki może mieć na ww. wniosek fakt, że odmienne uregulowana w zakresie zakładów sportowych i loterii z jednej strony i w zakresie gier losowych z drugiej strony wynikają z różnych kompetencji ustawodawczych krajów związkowych i federacji związkowej.

57. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że państwa członkowskie nie mogą powoływać się na przepisy, praktyki lub sytuacje występujące w ich wewnętrznym porządku prawnym w celu uzasadnienia w ramach postępowania w przedmiocie skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego naruszenia prawa Unii [25] ani w przypadku szkód wyrządzonych jednostkom poprzez nieprzestrzeganie prawa Unii zwolnić się od odpowiedzialności, powołując się na podział kompetencji i uprawnień pomiędzy jednostkami podziału terytorialnego istniejącymi w ich wewnętrznym porządku prawnym [26]. Państwo, jako jednostka jednolita, jest odpowiedzialne, niezależnie od organu, który spowodował uchybienie, nawet w przypadku „instytucji konstytucyjnie niezależnej” [27].

58. Moim zdaniem orzecznictwo to także można zastosować do przypadku będącego przedmiotem postępowania przed sądem

24 — Punkt 74 przedstawionej przeze mnie ww. opinii w sprawach połączonych Stoß i in.

25 — Wyroki: z dnia 15 grudnia 1982 r. w sprawie 160/82 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. s. 4637, pkt 4; z dnia 5 czerwca 1984 r. w sprawie 280/83 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 2361, pkt 4; z dnia 28 marca 1985 r. w sprawie 215/83 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. 1039, pkt 25; z dnia 15 października 1998 r. w sprawie C-326/97 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-6107, pkt 7; z dnia 28 maja 1998 r. w sprawie C-298/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-3301, pkt 14.

26 — Wyrok z dnia 1 czerwca 1999 r. w sprawie C-302/97 Konle, Rec. s. I-3099, pkt 62.

27 — Wyrok z dnia 5 maja 1970 r. w sprawie 77/69 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. 237, pkt 15.

krajowym, w którym badana jest kwestia, czy polityka krajowa i odpowiadające jej ustawodawstwo naruszają postanowienia traktatu w zakresie swobód. W konsekwencji uważam, że terytorialny podział kompetencji w obrębie państwa nie powinien mieć żadnego wpływu na ocenę zgodności przepisów krajowych z prawem Unii.

59. Złożona wewnętrzna struktura terytorialna państwa członkowskiego, a zwłaszcza podział kompetencji w jednej dziedzinie pomiędzy dwie różne jednostki terytorialne (w niniejszym przypadku federację związkową i kraje związkowe) nie zagrażają same z siebie spójności polityki krajowej będącej przedmiotem analizy (którą należy badać na szczeblu krajowym), ale z drugiej strony nie mogą służyć jako uzasadnienie ewentualnych niespójności lub dyskryminacji [28].

VII — Analiza trzeciego pytania prejudycjalnego

60. W trzecim pytaniu sąd krajowy zwraca się do Trybunału o ustalenie, czy art. 49 WE stoi w sprzeczności z przepisem krajowym, który pozostawia udzielenie zezwolenia na organizację gier losowych i pośrednictwo w nich swobodnemu uznaniu władzy udzielającej zezwoleń ? także w sytuacji, gdy zostały spełnione określone ustawowo warunki udzielenia zezwolenia.

61. Sąd krajowy twierdzi, że pytanie to byłoby istotne tylko w przypadku, gdyby niemiecki system monopolu został uznany za sprzeczny z traktatem. Moim zdaniem pytanie jest jednak istotne, nawet jeśli sąd krajowy, zgodnie z kryteriami ustanowionymi w wyroku Trybunału stwierdził, że współistnienie monopolu na określone gry i eksploatowanie przez podmioty prywatne innych gier nie jest sprzeczne z traktatem. W takim przypadku procedura udzielania zezwolenia miałaby zastosowanie do tych ostatnich.

62. System uprzedniego zezwolenia administracyjnego stanowi także ograniczenie swobód przepływu, które może być uzasadnione, o ile nie posiada dyskryminacyjnego charakteru, zmierza do realizacji celu wyznaczonego w interesie ogólnym i jest właściwe do realizacji tego celu oraz nie wykracza poza to, co niezbędne do jego osiągnięcia [29].

28 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie C-428/07 Horvath, Zb.Orz. s. I-6355, pkt 47–58.

29 — Zobacz wyroki: z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. s. I-13031, pkt 65; z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie C-42/02 Lindman, Rec. s. I-13519, pkt 29; 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 49; ww. wyrok w sprawie Liga Portuguesa, pkt 60.

63. Niemniej zgodnie z utrwalonym orzecznictwem należy dodać do tych kryteriów inne, których celem jest zapewnienie, aby to zezwolenie, w zakresie w jakim może ono prowadzić do objęcia rozpatrywanej swobody uznaniem administracji, nie uczyniło tej swobody iluzoryczną [30].

64. Podobnie Trybunał orzekł, że aby system wymagający uprzedniego zezwolenia administracyjnego, wprowadzający odstępstwa od podstawowych swobód był uzasadniony, nawet gdy odstępuje od podstawowej swobody tego rodzaju, powinien, po pierwsze, być oparty na obiektywnych, niedyskryminacyjnych i znanych wcześniej kryteriach pozwalających na zakreślenie ram korzystania przez władze krajowe z ich uprawnień dyskrecjonalnych, aby nie przerodziło się ono w dowolność, a po drugie – opierać się na łatwo dostępnym systemie proceduralnym, gwarantującym zainteresowanym, że ich wniosek będzie rozpatrzony obiektywnie i bezstronnie w rozsądnym terminie, a ewentualna odmowa udzielenia zezwolenia będzie ponadto mogła zostać zaskarżona do sądu [31].

65. Uprawnienia administracji muszą zatem podlegać pewnym granicom, aby zapobiec ich nadużywaniu, ale sąd wspólnotowy nie wymaga, aby uprawnienie do wydawania zezwoleń w pełni podlegało regulacji. W przeciwnym wypadku ograniczenie liczby podmiotów, dopuszczane w niektórych orzeczeniach [32], nie miałoby miejsca, a realizacja celów wyznaczonych w interesie ogólnym, uzasadniających to ograniczenie swobodnego przepływu usług, mogłaby zostać zakłócona [33].

66. W konsekwencji, o ile ustanowiona procedura jest obiektywna, przejrzysta i nie ma charakteru dyskryminacyjnego, a wydana decyzja może być zaskarżona, administracja może zastrzec dla siebie określony margines uznania w celu znalezienia rozwiązania najbardziej odpowiedniego do każdej sytuacji. Dlatego też art. 4 ust. 2 GlüStV wyjaśnia, że nie istnieje nabyte prawo do uzyskania zezwolenia.

30 — Zobacz wyroki: z dnia 31 stycznia 1984 r. w sprawach połączonych 286/82 i 26/83 Luisi i Carbone, Rec. s. 377, pkt 34; z dnia 23 lutego 1995 r. w sprawach połączonych C-358/93 i C-416/93 Bordessa i in., Rec. s. I-361, pkt 25; z dnia 14 grudnia 1995 r. w sprawach połączonych C-163/94, C-165/94 i C-250/94 Sanz de Lera i in., Rec. s. I-4821, pkt 23–28; z dnia 20 lutego 2001 r. w sprawie C-205/99 Analir i in., Rec. s. I-1271, pkt 37; z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie C-385/99 Müller-Fauré i van Riet, Rec. s. I-4509, pkt 84.

31 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Müller-Fauré i van Riet, pkt 85; w sprawie Analir i in., pkt 38; wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-157/99 Smits i Peerbooms, Rec. s. I-5473, pkt 90.

32 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Placanica, pkt 53–58.

33 — W orzecznictwie dotyczącym gier losowych występują często odwołania do konieczności posiadania przez władze krajowe „uprawnień dyskrecjonalnych wystarczających", aby określić wymogi związane z celem wyznaczonym w interesie ogólnym, na który się powołują (wyroki: z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92 Schindler, Rec. s. I-1039, pkt 61; z dnia 21 października 1999 r. w sprawie C-67/98 Zenatti, Rec. s. I-7289, pkt 15; ww. wyroki: w sprawie Läärä i in., pkt 14; w sprawie Gambelli i in., pkt 63; w sprawie Placanica i in., pkt 47; wyrok w sprawie Liga Portuguesa, pkt 57).

VIII — Analiza czwartego pytania prejudycjalnego

67. W czwartym i ostatnim pytaniu prejudycjalnym sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy bezwzględny zakaz organizowania publicznych gier losowych oraz pośrednictwa w nich za pomocą Internetu jest zgodny z art. 49 WE w sytuacji, gdy jednocześnie – przez przejściowy okres jednego roku – ta organizacja i pośrednictwo za pomocą Internetu są dozwolone przez krajowe przepisy dla określonych podmiotów.

68. Stawiając to pytanie, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht pragnie się dowiedzieć, czy art. 4 ust. 4 GlüStV, który wprowadza bezwzględny zakaz organizowania publicznych gier losowych oraz pośrednictwa w nich za pomocą Internetu, jest zgodny z traktatem [34].

69. Trybunał orzekł, że zgodne z traktatem są inne zakazy ogólne, takie jak zakazy dotyczące danej zasady gry [35]. Z powyższego wynika, że nic nie stoi na przeszkodzie ewentualnej słuszności zakazu dotyczącego szczególnego nośnika gry, takiego jak Internet. Środek nie jest dyskryminacyjny, ponieważ odnosi się zarówno do podmiotów niemieckich, jak i zagranicznych [36] i jest właściwy do zapewnienia ochrony graczy i ograniczenia patologii w świetle szczególnych właściwości gry za pomocą Internetu (szczególne niebezpieczeństwo uzależnienia ze względu na to, że gra odbywa się w środowisku prywatnym, jej oferta jest praktycznie nieograniczona – można jednocześnie otworzyć kilka „okien" gry – i jest dostępna 24 godziny na dobę i 365 dni w roku).

70. W konsekwencji tego rodzaju zakaz może, podobnie jak inne zakazy mające mniej istotny wpływ na swobodne świadczenie usług, być uzasadniony względami interesu ogólnego i okazać się zgodny z traktatem, o ile nie jest dyskryminacyjny i spełnia kryteria spójności i proporcjonalności. Bezsprzecznie niektóre czynniki mogą budzić wątpliwości co do jego proporcjonalności, ponieważ obok innych mniej ograniczających środków (jak sam monopol), całkowity zakaz mógłby prowadzić do ukierunkowania popytu na gry na prowadzone niezgodnie z prawem strony internetowe. Podobnie decyzja mogłaby się okazać sprzeczna z jednoczesnym utrzymaniem monopolu na te same gry (nawet jeśli nie są one oferowane za pomocą Internetu),

34 — Rząd niemiecki podczas rozprawy wyjaśnił, że zakaz prowadzenia gier przez Internet ma zastosowanie zarówno do zakładów sportowych i loterii, jak i kasyn i automatów do gry. Tego rodzaju strony internetowe, jakie mogłyby istnieć w Niemczech (niektóre z nich zostały wskazane w aktach sprawy), są w związku z tym nielegalne.

35 — Na przykład ww. wyrok w sprawie Schindler dotyczący przewidzianego w ustawodawstwie brytyjskim zakazu organizowania loterii.

36 — Z zastrzeżeniem wyjaśnienia zamieszczonego w pkt 31 niniejszej opinii. Ponadto nie wydaje się, by jak podnosi Carmen Media, istniała „ukryta dyskryminacja" wynikająca z faktu, że zagraniczne podmioty gospodarcze są „zależne" od Internetu, biorąc pod uwagę, że posiadają takie samo prawo prowadzenia działalności w Niemczech jak przedsiębiorstwa niemieckie.

opartym na konieczności ukierunkowania potrzeb gry. Jednakże do sądu krajowego należy ocena wszystkich tych kwestii.

71. Niemniej sąd kierujący odesłanie prejudycjalne nie kwestionuje zakazu gier za pomocą Internetu w sposób abstrakcyjny i ogólny, ale w odniesieniu do przejściowego przepisu, który zezwala krajom związkowym na organizowanie loterii lub pośredniczenie w nich za pomocą Internetu w okresie roku od dnia wejścia w życie GlüStV, o ile nie istnieją obiektywne podstawy do odmowy i gdy spełnione są określone wymogi dodatkowe.

72. Zgodnie z uzasadnieniem zawartym w GlüStV, celem tego przejściowego środka było umożliwienie podmiotom zajmującym się organizacją gier losowych, które prowadzą działalność niemalże wyłącznie za pomocą Internetu, dostosowanie się do nowych przepisów poprzez zwrócenie się w stronę nowych, dopuszczalnych przez te przepisy kanałów dystrybucji [37]. W konsekwencji chodzi o decyzję, której celem jest ochrona pewności prawa podmiotów, które do dnia wprowadzenia zakazu prowadziły działalność w ramach nieograniczającego reżimu.

73. Trybunał wielokrotnie przypominał wagę zasady pewności prawa, która stanowi część wspólnotowego porządku prawnego i powinna być przestrzegana zarówno przez instytucje wspólnotowe, jak i państwa członkowskie w ramach wykonywania uprawnień powierzonych im przez prawo Unii [38].

74. W świetle wymogów wynikających z tej zasady dyrektywy wspólnotowe przewidują zwykle rozsądny termin, licząc od dnia ich wejścia w życie, na ich transpozycję i wprowadzenie w życie, a w orzecznictwie stwierdzono, że uzasadnione może być tymczasowe odroczenie przez państwa członkowskie dostosowania poszczególnych sytuacji – fatycznych i prawnych – do prawa Unii.

75. Na przykład w wyroku z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie ASM Brescia [39] Trybunał zezwolił ze względu na zasadę pewności prawa na przedłużenie okresu ważności koncesji

37 — Zdaniem sądu krajowego chodzi o „rekompensatę na zasadzie słuszności w odniesieniu do dwóch podmiotów organizujących gry w ramach działalności handlowej", które zostały wymienione z nazwy w uzasadnieniu do GlüStV. Jednakże rząd niemiecki odrzuca tę tezę w uwagach interwenienta, twierdząc, że zastosowanie art. 25 ust. 6 GlüStV nie jest ograniczone do tych dwóch podmiotów, ale przepis ten ma zastosowanie także „do zagranicznych podmiotów zajmujących się organizowaniem loterii dopuszczonych zgodnie z wymogami przewidzianymi przepisami krajowymi". Zadaniem sądu krajowego jest zbadanie prawdziwości tego twierdzenia, ponieważ gdyby chodziło o przepis ad nominem, czyli mający zastosowanie wyłącznie do niektórych przedsiębiorstw, istniałaby dyskryminacja sprzeczna z postanowieniami traktatu.

38 — Wyroki z dnia 3 grudnia 1998 r. w sprawie C-381/97 Belgocodex, Rec. s. I-8153, pkt 26; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawach połączonych C-487/01 i C-7/02 Gemeente Leusden i Holin Groep, Rec. s. I-5337, pkt 57; z dnia 26 kwietnia 2005 r. w sprawie C-376/02 Goed Wonen, Zb.Orz. s. I-3445, pkt 32.

39 — C-347/06, Zb.Orz. s. I-5641.

na dystrybucję gazu sprzeczną z art. 49 WE i 86 WE. Wiele jest wyroków, w których Trybunał, powołując się na zasadę pewności prawa, korzysta z uprawnienia powierzonego mu na podstawie art. 231 akapit drugi WE, wskazując skutki uznanego za nieważne rozporządzenia, które należy uważać za ostateczne [40].

76. Tymczasem, ponieważ uznaje się, że zasada pewności prawa jest jednym z nadrzędnych względów interesu ogólnego, na które państwa członkowskie mogą się powołać w celu tymczasowego utrzymania przepisu lub sytuacji sprzecznej ze swobodami ustanowionymi w traktacie, tym bardziej należy uznać za słuszną decyzję, która odracza ograniczenie jednej ze wspomnianych swobód, przyznając zainteresowanym termin w celu dostosowania się do nowych wymogów ustawodawstwa krajowego.

77. Podobnie uważam, że decyzja o odroczeniu wejścia w życie zakazu prowadzenia gier losowych za pomocą Internetu nie pozbawia spójności tego ograniczającego środka ani nie zagraża realizacji celów wyznaczonych przez ten zakaz w interesie ogólnym.

78. Przede wszystkim nawet jeśli zakaz prowadzenia gier losowych za pomocą Internetu może być uzasadniony wysokim ryzykiem uzależnienia, jaki się z nimi wiąże, nie wydaje się, by konieczność ich wyeliminowania była tak pilna, by przyznać jej pierwszeństwo przed wymogami wynikającymi z zasady pewności prawa.

79. Następnie należy wziąć pod uwagę, że wprowadzeniu przejściowego okresu wyznaczonego w art. 25 ust. 6 GlüStV towarzyszy ustanowienie istotnych warunków i wymogów. Po pierwsze, ma on zastosowanie wyłącznie do loterii, ale nie do zakładów sportowych, których organizacja i pośrednictwo w nich za pomocą Internetu są zakazane od dnia wejścia w życie GlüStV ze względu na szczególne niebezpieczeństwo z nimi związane. Po drugie, tymczasowe zezwolenie na organizowanie loterii za pomocą Internetu podlega licznym wymogom i ograniczeniom, których celem jest uniknięcie ryzyka, jakie może się łączyć z tego typu ograniczeniem. A zatem przepis ten nakłada obowiązek zagwarantowania wykluczenia małoletnich i graczy, którym zakazano udziału w grze, ogranicza kwotę stawek do 1 000 EUR miesięcznie i zakazuje kredytowania i udziału interaktywnego z publikacją wyników w czasie rzeczywistym.

80. Wreszcie, jak wyjaśniono w postanowieniu odsyłającym, tymczasowy przepis wprowadzony przez GlüStV stanowi wyrównanie

40 — Wyrok z dnia 3 września 2008 r. w sprawach połączonych C-402/05 P i C-415/05 P Kadi i Al Barakaat International Foundation przeciwko Radze i Komisji, Zb.Orz. s. I-6351, pkt 373 i nast. Trybunał stosuje to postanowienie poprzez analogię w ramach odesłań prejudycjalnych i do wszystkich aktów prawa wtórnego. Tak jest w wyrokach z dnia 15 października 1980 r. w sprawie 4/79 Providence agricole de Champagne, Rec. s. 2823, pkt 45, 46; z dnia 5 lipca 1995 r. w sprawie C-21/94 Parlament przeciwko Radzie, Rec. s. I-1827, pkt 29–32. Pozostaje do rozstrzygnięcia kwestia, czy możliwość ta może mieć także zastosowanie do przepisów prawa wewnętrznego sprzecznych z normą prawa Unii mającą bezpośrednie zastosowanie, którą Trybunał zajmował się w sprawie C-409/06 Winner Wetten, w której nie został jeszcze wydany wyrok. Rzecznik generalny Y. Bot w swej opinii z dnia 26 stycznia 2010 r. udzielił już negatywnej odpowiedzi na to pytanie.

na zasadzie słuszności szans, które jest zgodne z przepisami o ochronie małoletnich i graczy. Dlatego też uważam, że ustanowienie takiego przepisu nie jest niespójne z zakazem prowadzenia gier za pomocą Internetu, biorąc pod uwagę, że celem tego przepisu jest ułatwienie przejścia do nowych ram prawnych w sposób, który umożliwi w maksymalnym stopniu przestrzeganie celów wyznaczonych w interesie ogólnym i zasady pewności prawa.

IX — Wnioski

81. Zgodnie z wyżej przedstawionymi rozważaniami proponuję Trybunałowi, aby odpowiedział na pytanie skierowane przez Schleswig Holsteinisches Verwaltungsgericht, orzekając, że:

1) Artykuł 49 WE należy interpretować w ten sposób, że powołanie się na zasadę swobodnego świadczenia usług jest możliwe w sytuacji, gdy licencja przyznana przez państwo członkowskie siedziby zezwala usługodawcy na świadczenie danej usługi w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę. Jednakże na obecnym etapie rozwoju prawa Unii wzajemne uznanie zezwoleń w zakresie gier losowych jest niemożliwe do przeprowadzenia.

2) Artykuł 49 WE jest zgodny z państwowym monopolem na organizację zakładów sportowych i loterii, którego celem jest, co do zasady, zwalczanie zagrożenia uzależnieniem od gier, nawet w sytuacji, gdy w tym państwie członkowskim prywatni usługodawcy mogą oferować inne gry losowe o znacznym potencjale uzależniającym, o ile władze publiczne zapewniają określoną kontrolę podmiotów prywatnych, a oferta gier objętych monopolem jest węższa od oferty, jaka mogłaby istnieć w przypadku usługodawcy prywatnego. Jeśli wymogi te są spełnione, przytoczone okoliczności nie stanowią przeszkody dla prowadzenia spójnej

i systematycznej polityki w zakresie gier losowych w rozumieniu orzecznictwa. Zadaniem sądu krajowego jest zbadanie, czy wymogi te są spełnione.

Podział kompetencji ustawodawczych w dziedzinie gier losowych pomiędzy federację związkową i kraje związkowe nie zagraża sam z siebie spójności polityki krajowej będącej przedmiotem analizy (którą należy badać w całości na szczeblu krajowym), ale z drugiej strony nie może służyć jako uzasadnienie ewentualnych niespójności.

3) Artykuł 49 WE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi z nim w sprzeczności przepis krajowy, który pozostawia udzielenie zezwolenia na organizację gier losowych i pośrednictwo w nich swobodnemu uznaniu władzy udzielającej zezwoleń, o ile ustanowiona procedura jest obiektywna, przejrzysta i nie ma charakteru dyskryminacyjnego, a wydana decyzja może być zaskarżona.

4) Artykuł 49 WE nie stoi w sprzeczności z przepisem krajowym, który zakazuje organizacji publicznych gier losowych oraz pośrednictwa w nich za pomocą Internetu, o ile środek jest spójny z wyznaczonym w interesie ogólnym celem powołanym tytułem uzasadnienia i proporcjonalny do wspomnianego celu, mimo faktu że jednocześnie organizowanie i pośredniczenie za pomocą Internetu jest, z poszanowaniem przepisów dotyczących ochrony małoletnich i graczy, dopuszczalne ze względu na konieczność wyrównania na zasadzie słuszności szans w szczególności w odniesieniu do podmiotów, które do tego dnia prowadziły działalność wyłącznie za pośrednictwem Internetu.