ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-Н P. MENGOZZI

представено на 3 март 2010 година[1]

I – Въведение

1. В нехармонизиран сектор като игрите, в който всяка държава членка поддържа различна правна уредба и съществуването на мерки за контрол върху развитието на тази дейност са единственият общ елемент в нея, голямото предизвикателство пред общностния съд е да открие някои общи аспекти, които да позволят закрепените в Договора за ЕО свободи да бъдат до известна степен зачетени.

2. Въздействието на новите технологии значително усложнява този правен проблем. Благодарение на новите средства за комуникация вече не се налага почитателите на игри да ходят в казино или в игрален дом, тъй като имат възможност да играят от собствения си дом по интернет или дори от мобилния си телефон. Освен това този вид онлайн игри не познават граници. Участниците в игрите вече не са принудени да се ограничават с предлаганите в собствената им държава членка хазартни игри, тъй като имат достъп до чуждестранни оператори, някои от които са установени в Европейския съюз, а други извън него. Проблемът с трансграничните игри е особено актуален и операторите, които предлагат услугите си чрез интернет, изпитват съмнения по въпроса дали държавата членка по местоназначение има право да забранява дейността им или не.

3. Проблемите обаче не се изчерпват в областта на онлайн игрите. Наличието на държавен монопол върху определени хазартни игри или ограниченията при получаването на лицензи също могат да засегнат свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги. Следователно пред Съда отново се поставя въпросът за евентуалното обосноваване на подобни ограничителни режими.

4. Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht (административен съд на провинция Schleswig-Holstein) (Германия) отправя до Съда някои от тези въпроси, произтичащи пряко от новата правна уредба, приета от провинциите във връзка с лотариите и спортните залагания вследствие на решението на

1 — Език на оригиналния текст: френски.

Bundesverfassungsgericht (Федерален конституционен съд) от 28 март 2006 г. [2]

5. Очевидна е връзката между настоящото дело и съединени дела Stoß и др. [3], макар последните да се вписват в рамките на националното законодателство, предхождащо посоченото по-горе решение. Ето защо близостта на повдигнатите по тези дела въпроси и стремежът към процесуална икономия, който винаги трябва да ни ръководи, са причината да препращам във връзка с редица аспекти по настоящото дело към по-подробното изложение в моето заключение, изготвено по съединени дела Stoß и др.

II – Правна уредба

A – *Правна уредба на Съюза*

6. До момента секторът на хазартните игри не е бил предмет на хармонизация в правото на Съюза. Директива 2006/123/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2006 година относно услугите на вътрешния пазар [4] изрично го изключва от приложното си поле. Съгласно член 2, параграф 2, буква з) от нея:

„Настоящата директива не се прилага спрямо следните дейности:

[…]

з) хазартни дейности, които включват правенето на залози с материална стойност в [хазартни игри], включително лотарии, хазарт в казина и транзакции по залагането“.

7. Отсъствието на вторично право поражда необходимостта да се прибегне до първичното право и — що се отнася по-специално до настоящия случай — до член 49 ЕО, първа алинея от който гласи, че се забраняват „ограниченията на свободното предоставяне на услуги в рамките на Общността по отношение на гражданите на държавите членки, които са се установили в държава от Общността, различна от тази, в която се намира лицето, за което са предназначени услугите“.

2 — BVerfG, 1 BvR 1054/01.

3 — Дела C-316/07, C-358/07—C-360/07, C-409/07 и C-410/07, висящи пред Съда, по които също представих моето заключение днес.

4 — ОВ L 376, стр. 36; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 58, стр. 50.

Б – *Германската правна уредба*

8. В Германия правомощията в областта на игрите са разпределени между федералната държава и провинциите. В повечето провинции съществува регионален монопол върху организирането на спортни залагания и лотарии, докато експлоатацията на монетни игрални автомати и казина е поверена на притежаващи надлежно разрешение частни оператори.

1. Федералното право

9. Член 284 от германския Наказателен кодекс (Strafgesetzbuch, наричан по-нататък „StGB“) гласи:

„(1) Който организира или провежда публично хазартна игра без административно разрешение или осигурява необходимото за тази цел оборудване, се наказва с лишаване от свобода до две години или глоба.

[…]

(3) Който извършва деянията, посочени в параграф 1

1. по занятие […]

[…] се наказва с лишаване от свобода от три месеца до пет години.

[…]“

10. Компетентни да определят условията за издаване на разрешенията по член 284 от StGB са провинциите, освен във връзка със залаганията в официални конни надбягвания и монетните игрални автомати. Разрешения за организацията на първия вид залагания могат да бъдат издавани на основание на Закона за залаганията върху резултатите от състезания и за лотариите (Rennwett- und Lotteriegesetz, наричан по-нататък „RWLG“), а за инсталирането на автоматите и тяхната експлоатация — на основание на Кодекса за упражняването на професионална дейност в областта на занаятите, търговията и промишлеността (Gewerbeordnung, наричан по-нататък „GewO“).

11. Във връзка с разрешението за залагания в конни състезания член 1 от RWLG гласи:

„1. Сдружение, което желае да експлоатира предприятие за залагания с разпределяне на печалбата между участниците в тях във връзка с публични конни надбягвания или други публични състезания за оценяване на уменията на коне, трябва да притежава разрешение от компетентните органи съгласно правото на съответната провинция.

[…]

3. Разрешение се издава само на сдруженията, които гарантират, че приходите им ще бъдат предназначени изключително за развитие на развъдната дейност на коне в съответната провинция“.

12. Член 2, параграф 1 от RWLG постановява:

„Лице, което желае по търговски начин да приема залагания в публични състезания за оценяване на уменията на коне или да действа като посредник в тези залагания (букмейкър), трябва да притежава разрешение от компетентните органи съгласно правото на съответната провинция“.

2. Решението на Bundesverfassungsgericht от 28 март 2006 г.

13. На 28 март 2006 г. Bundesverfassungsgericht постановява решение [5], с което установява несъвместимост с основното право на свобода на предприемачеството, закрепено в член 12 от Основния закон, на монопола върху спортните залагания в провинция Бавария, доколкото юридическата структура, правилата за търговската дейност и присъствието на този монопол нямат за цел да осигурят съществен и действен принос за постигането на целта да се ограничи увлечението към игрите и да се води борба с пристрастяването към тях.

14. Споменатото решение, засягащо провинция Бавария, може обаче да се отнесе и към монополите върху спортните залагания със същите характеристики в други провинции. Конституционният съд предоставя на компетентните законодателни органи преходен период, изтичащ на 31 декември 2007 г., за преустройството на разглеждания монопол с цел въвеждане на минимално съответствие с целта за противодействие на пристрастяването [6].

3. Правото на провинциите

a) GlüStV

15. Общодържавният договор за хазартните игри в Германия (Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland, наричан по-нататък „GlüStV“), приложим от 1 януари 2008 г., представлява новата единна рамка, създадена от провинциите за уредба на

5 — Посочено по-горе.

6 — BVerfG, 1 BvR 1054/01, точка 148 и сл., в които посоченият съд уточнява изискванията за привеждане в съответствие от нормативна и организационна гледна точка на монопола върху залаганията с Основния закон.

сектора в резултат от посоченото по-горе решение на Bundesverfassungsgericht [7].

16. Член 1 от GlüStV посочва целите на това сключено от провинциите споразумение:

„1. да се предотврати пристрастяването към хазартните игри и залаганията и да се създадат условия за ефикасна борба с пристрастяването;

2. да се ограничи предлагането на хазартни игри, а увлечението по игрите у населението да се насочи по организиран и контролиран начин, като по-специално се предотвратят заниманията с неразрешени хазартни игри;

3. да се гарантира защитата на непълнолетните и на участниците в игрите;

4. да се осигури доброто провеждане на хазартните игри, защитата на участниците в игрите срещу измамни действия и да се предотврати престъпността, свързана с хазартните игри и произтичаща от тях“.

17. В съответствие с член 10 от GlüStV, за да постигнат тези цели, „провинциите имат законово задължение да гарантират достатъчно предлагане на хазартни игри“ (параграф 1) и могат да поемат изпълнението на тази задача „било самостоятелно, било с посредничеството на юридически лица на публичното право или дружества на частното право, в които юридическите лица на публичното право имат решаващо пряко или непряко участие“ (параграф 2).

18. Член 4 от GlüStV постановява, че организирането или посредничеството при публичните хазартни игри може да се осъществява единствено с разрешение на компетентния орган на съответната провинция (параграф 1). Разрешение се отказва, ако организацията или посредничеството противоречат на целите по параграф 1 и във всички случаи, когато не съществува право за получаването му (параграф 2).

19. Същият член забранява изцяло организирането или посредничеството при публични хазартни игри по интернет (параграф 4). Същевременно член 25 от GlüStV, в който се съдържат поредица преходни разпоредби, предвижда, че провинциите могат да разрешават за срок не по-дълъг от една година, считано от влизането в сила на GlüStV, организирането или посредничеството при лотарии по интернет, ако няма основания за същите да бъде постановен отказ и ако са изпълнени определени допълнителни условия (гарантирано изключване на непълнолетните и на участниците в игрите, за

7 — GlüStV заменя Общодържавния договор за лотариите в Германия (Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, наричан по-нататък „LottStV“), влязъл в сила на 1 юли 2004 г.

които е налице забрана, ограничаване на залозите до 1 000 EUR месечно, забрана за кредитиране и интерактивно участие, по-специално с публикуване на резултатите в реално време).

б) Правна уредба на провинция Schleswig-Holstein

20. Законът на провинция Schleswig-Holstein за прилагането на GlüStV (Gesetz des Landes Schleswig-Holstein zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland, наричан по-нататък „GlüStV AG“) от 13 декември 2007 г. се прилага за организирането, експлоатацията или посредничеството при лотарии и спортни залагания, но не и за експлоатацията или посредничеството при залагания в публични конни надбягвания (член 3). В съответствие с член 4, параграф 2 от GlüStV AG провинцията изпълнява тази задача с посредничеството на NordwestLotto Schleswig Holstein GmbH & Co. KG.

III – Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

21. Carmen Media Group Ltd (наричано по-нататък „Carmen Media“) получава от правителството на Гибралтар, където е установено това дружество, екстериториален лиценз за игри, ограничаващ се до „remote gambling/fixed-odds bets for offshore bookmaking“, с който следователно му се разрешава да организира залагания единствено извън територията на Гибралтар.

22. Carmen Media възнамерява да предлага по интернет спортни залагания в Германия, поради което на 10 февруари 2006 г. отправя искане до провинция Schleswig-Holstein, която да установи законосъобразния характер на тази дейност с оглед на притежавания от него лиценз в Гибралтар или при условията на евентуалност за издаването на разрешение в съответствие с националното право.

23. Тъй като искането му е отхвърлено, на 30 юни 2006 г. Carmen Media подава жалба до Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, като изтъква, че държавният монопол в областта на спортните залагания е в противоречие с правото на Съюза и не е съвместим със свободното предоставяне на услуги, предвидено в член 49 ЕО.

24. В акта за преюдициално запитване Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht споделя значителните съмнения, които изпитва във връзка със съвместимостта на германската правна уредба в областта на игрите с общностното право и на

основание член 234 ЕО отправя до Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Следва ли член 49 ЕО да се тълкува в смисъл, че позоваването на свободата на предоставяне на услуги предполага съгласно разпоредбите на държавата членка, в която се е установил, изпълнителят да може да предоставя услуги и там — в настоящия случай, ограничение на лиценза за хазартни игри от Гибралтар до „offshore bookmaking“?

2) Следва ли член 49 ЕО да се тълкува в смисъл, че той не допуска национален държавен монопол при организирането на спортни залагания и лотарии (разкриващи повече от незначителен потенциален риск), мотивиран основно със съображения за борба срещу риска от пристрастяване към игрите, когато в тази държава членка други хазартни игри със съществен потенциален риск от пристрастяване могат да се организират от частни доставчици на услуги и когато различната правна уредба за спортните залагания и лотариите, от една страна, и за други хазартни игри, от друга страна, се основава на различните нормотворчески правомощия на провинциите и на федерацията?

При утвърдителен отговор на втория въпрос:

3) Следва ли член 49 ЕО да се тълкува в смисъл, че той не допуска национална правна уредба, която оставя правото на получаване на разрешение за организирането на и посредничеството при хазартни игри на преценката на органа по издаване на разрешение, дори и когато са налице предвидените в закона предпоставки?

4) Следва ли член 49 ЕО да се тълкува в смисъл, че той не допуска национална правна уредба, която забранява организирането на и посредничеството при публични хазартни игри по интернет, по-специално когато едновременно с това — било то и само за преходен период от една година — организирането и посредничеството по интернет се допускат при спазването на разпоредбите за защита на непълнолетните и на играещите с оглед компенсиране по съображения за справедливост, за да могат двама организатори на хазартни игри по търговски начин, които до този момент са извършвали дейност единствено по интернет, да се адаптират към начините за предлагане на пазара, допустими според общодържавния договор?“.

IV – Производството пред Съда

25. Преюдициалното запитване е регистрирано в секретариата на Съда на 8 февруари 2008 г.

26. Жалбоподателят (Carmen Media) и ответникът (провинция Schleswig-Holstein) по главното производство, както и германското, австрийското, белгийското, испанското, гръцкото, нидерландското, норвежкото правителство и Комисията на Европейските общности представят писмени становища.

27. По време на съдебното заседание, проведено на 8 декември 2009 г., представителите на Carmen Media, на провинция Schleswig-Holstein и на Innenminister des Landes Schleswig-Holstein, както и германското, белгийското, гръцкото, италианското, португалското, норвежкото правителство и Комисията излагат становищата си устно.

V – Анализ на първия преюдициален въпрос

28. С първия въпрос запитващата юрисдикция иска от Съда да се установи дали за да може да се направи позоваване на правото на свободно предоставяне на услуги, член 49 ЕО изисква доставчикът да е в състояние да упражнява дейност и в държавата членка по неговото установяване в съответствие с нейното законодателство.

29. Съмнението възниква, поради това че предприятието Carmen Media получава от органите в Гибралтар, където е неговото седалище, лиценз за хазартни игри, ограничен до „offshore bookmakings“, тоест екстратериториален лиценз, който му позволява да организира залагания не на територията на Гибралтар, а единствено — поне на теория — в чужбина.

30. В отговор на отправен по време на съдебното заседание въпрос в това отношение представителят на Carmen Media отрича, че към момента на възникване на разглежданите обстоятелства на дружеството е било забранено да организира хазартни игри в Гибралтар. От писмените му изявления обаче личи ясно, че подобно ограничение действително е съществувало, ако не под формата на забрана в тесен смисъл, то поне под формата на ограничение в полето на действие на дружеството [8].

31. В същото писмено становище Carmen Media уточнява, че това ограничение [9] се дължи изключително на данъчни съображения, и по-специално на обстоятелството, че дружеството е избрало особено благоприятен данъчен режим (наречен „статут на освободено дружество“), основаващ се на условието да „не поддържа никакви търговски отношения с установени в Гибралтар лица“ [10]. То твърди също, че ограничението не цели да осигури защита на гражданите на Гибралтар срещу предлаганите от операторите хазартни игри и че премахването му било възможно, без да се налага провеждането на ново

8 — „Издаденият в Гибралтар лиценз за организирането на спортни залагания по интернет първоначално е бил ограничен […] до предлагането им извън Гибралтар“ (писмено становище при встъпването на Carmen Media, точка 11).

9 — Режим, който във всички случаи през 2006 г. вече не е съществувал.

10 — Раздел 3, буква в) от Постановлението за предприятията от 1983 г. (данъчно облагане и отстъпки).

производство за получаване на разрешение, макар че за целта Carmen Media трябвало да се откаже от особения си данъчен статут.

32. Запитващата юрисдикция желае да разбере дали по силата на член 49 ЕО подобно разрешение дава възможност на Carmen Media да развива дейност на германска територия, без да се налага да получи нов лиценз от органите на съответната провинция, или обстоятелството, че не може да организира игри на своето място по произход, възпрепятства прилагането на принципа за взаимно признаване.

33. Взаимното признаване е инструмент, който цели да гарантира на операторите достъп до пазара във всички държави членки, дори в секторите, в които съществуват значителни различия в правната уредба [11]. Съгласно съдебната практика, за да се осъществи тази цел, е необходимо постигането на равновесие между изискванията на различните засегнати държави членки, така че държавата членка, в която се предоставя услугата, да не може да дублира мерките за контрол и условията, вече наложени в държавата членка по произход на доставчика.

34. Това е видно от Решение от 17 декември 1981 г. по дело Webb [12], в точка 17 от което Съдът постановява, че „свободното предоставяне на услуги като основен принцип от Договора може да бъде ограничавано само с правна уредба, която е обоснована с императивни съображения от обществен интерес […], доколкото този интерес не е защитен с правилата, които се прилагат за доставчика в държавата членка по установяване“ [13].

35. В рамките на взаимното признаване това положение предполага държавата членка по местоназначение да има възможността да наложи получаването на разрешение за предоставяне на услугите с оглед на определен обществен интерес [14], но лицензът, издаден от органите на друга държава членка, трябва да счита за подходящ, когато гарантира удовлетворяването на обективно необходимите условия за постигането на същата цел от обществен интерес. В крайна сметка, ако изискването за предварително разрешение е легитимно от общностна гледна точка (доколкото може да се обоснове в съответствие със съдебната практика поради съображение от обществен интерес), то е такова и по отношение на установено в друга държава членка предприятие, ако същото все още

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

12 — 279/80, Recueil, стр. 3305.

13 — Вж. в този смисъл Решение от 25 юли 1991 г. по дело Säger (C-76/90, Recueil, стр. I-4221, точка 15), Решение от 9 август 1994 г. по дело Vander Elst (C-43/93, Recueil, стр. I-3803, точка 16), Решение от 28 март 1996 г. по дело Guiot (C-272/94, Recueil, стр. I-1905, точка 11), Решение от 23 ноември 1999 г. по дело Arblade и др. (C-369/96 и C-376/96, Recueil, стр. I-8453, точка 34), както и Решение от 15 март 2001 г. по дело André Mazzoleni и ISA (C-165/98, Recueil, стр. I-2189, точка 25).

14 — Например защитата на потребителите или борбата с престъпността в определен сектор.

не е изпълнило споменатите условия, насочени към постигането на същата цел в държавата членка по установяване.

36. Екстериториален лиценз като разглеждания в главното производство трудно може да изпълни подобни условия. Доколкото самите органи в държавата членка по произход не позволяват упражняването на тази дейност на нейна територия, отпада от само себе си идеята, че чрез техните действия общественият интерес, който е повод за загриженост в друга държава членка, е достатъчно защитен. Взаимното признаване е възможно само ако държавата членка по произход прилага мерки за контрол, аналогични на изискваните в държавата членка по местоназначение.

37. От това следва, че позоваване на свободното предоставяне на услуги е възможно единствено когато разглежданата дейност може да се предоставя законосъобразно в държавата членка по установяване.

38. Тази идея се възприема изрично в практиката на Съда относно свободното предоставяне на услуги, която уточнява, че ограничения по член 49 ЕО представляват не само ограниченията, свързани с основана на гражданството дискриминация, но и ограниченията, които — макар и да не дискриминират — могат да доведат „до забрана, затрудняване или по-слаба привлекателност на дейността на доставчик, установен в друга държава членка, *в която той законно предлага аналогични услуги*“ [15].

39. В противоположен на изложената теза смисъл Комисията се позовава на Решение от 30 септември 2003 г. по дело Inspire Art [16], в което Съдът постановява, че липсата на всякаква дейност, упражнявана от дружество в държавата по неговото седалище, и упражняването единствено или преимуществено на дейност от негова страна в държавата членка по установяването на негов клон не са достатъчни, за да се откаже прилагането на общностните разпоредби във връзка с правото на установяване [17].

40. Според мен позоваването на това решение не е релевантно, тъй като във връзка със свободното предоставяне на услуги критериите са различни. Съдът впрочем провежда ясна разлика в този смисъл между двете свободи и по отношение на свободата на установяване е по-стриктен. В този смисъл в Решение по дело Säger, посочено по-горе, той постановява, че „държава членка не може да обуславя предоставянето на услуги на нейна територия със спазването на всички условия за установяване“ (точка 13), докато ограничаването на свободното предоставяне на услуги под формата на национално административно разрешение може да се обоснове по съображения от обществен интерес (точки 14 и 15).

15 — Курсивът е мой. Вж. в този смисъл Решение по дело Säger, посочено по-горе (точка 12), Решение по дело Guiot, посочено по-горе (точка 10) и Решение от 12 декември 1996 г. по дело Reisebüro Broede (C-3/95, Recueil, стр. I-6511, точка 25).

16 — C-167/01, Recueil, стр. I-10155.

17 — Точка 139.

41. Следователно дадено предприятие може да се установи в държава членка А, в която разпоредбите на дружественото право не са толкова строги, и на основание на закрепеното в Договора (член 43 ЕО) право на установяване да развива цялата си дейност в друга държава членка Б. От гледна точка на свободното предоставяне на услуги положението обаче е различно и в никакъв случай въз основа на Решение по дело Inspire Art, посочено по-горе, не би могло да се направи извод, че разглежданото предприятие може да действа без разрешение на пазара на държава членка Б единствено поради това че е установено в държава членка А, и въпреки че органите на последната държава не му позволяват да предоставя същата услуга на нейна територия.

42. По мое мнение този извод не би могъл да се обори и чрез позоваване на Решение от 5 юни 1997 г. по дело VT4 [18], в точка 22 от което Съдът постановява, че „Договорът не забранява дадено предприятие да упражнява свободно предоставяне на услуги, когато не предлага услуги в държавата членка, в която е установено“ [19]. В случая от значение е не фактът, че Carmen Media не предлага услугата по организиране на залагания на територията на своята държава по установяване (което само по себе си не е пречка за позоваване на свободното предоставяне на услуги в съответствие с цитираната по-горе съдебна практика), а това, че не може да го прави, тъй като притежава единствено екстериториален или „off-shore“ лиценз.

43. Фактът, че това ограничение се дължи на направения от Carmen Media съзнателен избор да се ползва от по-благоприятен данъчен режим, изобщо не променя обстоятелството, че когато иска признаване като законен оператор на игри в Германия, то разполага единствено с разрешение, което не му позволява предоставянето на същата услуга на неговото място по произход. Освен това, макар че за да действа в Гибралтар предприятието е можело да получи това разрешение просто като се откаже от данъчните предимства, с които се ползва, това не променя факта, че то избира да запази споменатите предимства и следователно да търпи ограниченията, свързани с тях.

44. Независимо от съображенията — фискални или от друго естество — които карат дадена държава членка да действа по посочения начин, поради какви мотиви тази държава членка, която издава екстериториални лицензи, би поела задължението да контролира в достатъчна степен предоставянето на разглежданите услуги? Защо държавите членки би трябвало да приемат разрешение, което не поражда действие спрямо лицата, които са го издали?

45. С оглед на тези обстоятелства според мен има основания да се приеме, че органите на Гибралтар може би не са гарантирали контрол и условия, които биха могли да направят безполезна намесата на германските органи. Принципът на взаимното признаване е свързан с доверие в контрола, който държавата по установяване упражнява върху установено на нейна територия предприятие. Ако обаче държава

18 — C-56/96, Recueil, стр. I-3143.

19 — Вж. в този смисъл Решение от 9 март 1999 г. по дело Centros (C-212/97, Recueil, стр. I-1459, точка 27).

членка предоставя само „off-shore“ лиценз, може възникне въпросът дали би трябвало да се оказва доверие на нейния контрол. Поради това контролът от страна на германските органи не е излишен и няма основание за взаимно признаване, предназначено да избегне двоен контрол.

46. Друго разрешение би могло, поне теоретично, да благоприятства нежелателна злоупотреба с вътрешния пазар, както основателно отбелязва белгийското правителство в писменото си становище при встъпване. Несъмнено Съдът преценява стриктно [20] този вид злоупотреби, но е трудно да се приеме, че подобни екстериториални разрешения представляват поведение, пораждащо взаимно доверие между държавите членки.

47. Поради изложените мотиви считам, че за да може да се прави позоваване на правото на свободно предоставяне на услуги, абсолютно необходимо е предоставеният от държавата членка по установяване лиценз да разрешава на доставчика предоставянето на въпросната услуга в тази държава членка, в която той е установен.

48. Проблемът обаче не стои по същия начин в сектора на хазартните игри, тъй като, както подробно съм изложил в представеното от мен заключение по съединени дела Stoß и др. [21], при настоящото състояние на правото на Съюза се оказва невъзможно да се приложи взаимното признаване на лицензите в областта на игрите. Три обстоятелства ме навеждат на този извод.

49. Първо, хомогенното функциониране на система за взаимно признаване на лицензите в областта на игрите се оказва несъвместимо с практиката на Съда, в която явно и категорично се допускат монополи и други ограничения в броя на операторите в сектора на хазартните игри, при положение че са изпълнени определени условия [22]. Ако държава членка, в която е въведен монопол в областта на игрите, който отговаря на изискванията на Договора, би трябвало да бъде задължена да взема под внимание разрешенията, издадени от останалите държави членки, то посочената по-горе съдебна практика би се оказала неприложима и лишена от смисъл.

50. Второ, взаимното признаване изглежда невъзможно в отсъствието на хармонизация в сектора на игрите, която не се очертава в непосредствена перспектива. Без хармонизация прилагането на свободното движение би продължило да бъде ограничено, а задача на съда е именно да открои

20 — Например Решение по дело Inspire Art, посочено по-горе, относно свободата на установяване (точка 139).

21 — Точки 90—105.

22 — Решение от 21 септември 1999 г. по дело Läärä и др. (C-124/97, Recueil, стр. I-6067), Решение от 11 септември 2003 г. по дело Anomar и др. (C-6/01, Recueil, стр. I-8621), както и Решение от 8 септември 2009 г. по дело Liga Portuguesa de Futebol Profissional и Bwin International (C-42/07, Сборник, стр. I-7633).

кои ограничения в тази нехармонизирана област са в съответствие с разпоредбите на Договора.

51. Трето, липсата на достатъчно добре организирано административно сътрудничество затруднява въвеждането на система за взаимно признаване в този сектор.

52. Следователно първият отправен от запитващата юрисдикция въпрос се основава на погрешна предпоставка и би следвало да му се отговори, като главната предпоставка се отхвърли, при положение че германските органи не са длъжни при обстоятелствата по главното производство да признаят лиценз за игри, издаден от органите на друга държава членка, независимо от условията, с които е обвързан този лиценз.

VI – Анализ на втория преюдициален въпрос

A – *Индивидуализиран анализ на ограниченията в областта на игрите: препращане към заключение по съединени дела Stoß и др.*

53. С втория си въпрос запитващата юрисдикция иска от Съда да се установи дали член 49 ЕО не допуска държавен монопол в областта на организирането на спортни залагания и лотарии, въведен най-вече с цел борба с риска от пристрастяване към игрите, когато в същата държава членка съществуват други хазартни игри със съществен потенциален риск от пристрастяване, които могат да се организират от частни доставчици на услуги.

54. Този въпрос е поставен по идентичен начин в съединени дела Stoß и др., посочени по-горе. Ето защо с оглед на процесуална икономия препращам най-вече към анализа, направен в моето заключение [23] по тези дела. В него приемам, че в светлината на богатата съдебна практика в тази област разглеждането на правните системи, които уреждат игрите в държавите членки, трябва да се прави от секторна гледна точка, като поотделно се анализират всяко ограничение и всяка игра. Следователно легитимната или нелигитимна от гледна точка на правото на Съюза природа на монополистичния избор, направен по отношение на определени игри, ще зависи от съгласуваността му или не с преследваната цел, както и от това дали се отличава с дискриминационен характер или не, а също и от неговата пропорционалност, но в никакъв случай той не следва да се преценява в рамките на съпоставка с избора, направен в правната уредба по отношение на други хазартни игри в същата държава членка.

23 — Точки 61—76.

55. При всички положения и независимо от този дебат аз считам, че законодателното решение, изразяващо се в установяване на монопол върху определени игри, като останалите се оставят в частния сектор, не се оказва a priori в несъответствие нито с целта за борба с измамите, нито пък с целта да се намалят възможностите за игра в определена държава членка, при положение че публичните органи гарантират известен контрол над операторите и предлагането на игри, които са обект на монопола, е по-слабо, отколкото би могло да бъде при частен доставчик на услуга [24]. Ако тези условия са изпълнени, описаните обстоятелства не представляват препятствие пред последователна и систематична политика относно игрите по смисъла на съдебната практика. Изпълнението на споменатите условия трябва да се провери от националния съд.

Б – *Териториалното устройство на държавата няма никакво значение за тази преценка*

56. Преюдициалният въпрос на Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht обаче се различава в едно отношение от въпроса, отправен от Verwaltungsgericht Gießen и от Verwaltungsgericht Stuttgart, тъй като първата от посочените юрисдикции упоменава и значението, което може да има за посочения по-горе извод обстоятелството, че различните правни уредби относно спортните залагания и лотариите, от една страна, и относно други хазартни игри, от друга страна, се дължат на различните нормотворчески правомощия на провинциите и федералната държава.

57. От постоянната съдебна практика е видно, че държава членка не може да се позове на разпоредби, практики или ситуации от своя вътрешен правов ред, за да оправдае в рамките на производство за установяване на неизпълнение на задължения от държава членка нарушение на правото на Съюза [25], нито може в случая на вреди, причинени на частноправни субекти поради неспазване на правото на Съюза, да се освободи от отговорност, позовавайки се на разпределението на компетенциите и отговорностите между административно-териториалните единици, които съществуват в нейния вътрешен правов ред [26]. Държавата като единно образувание носи отговорност независимо от органа, който е в основата на неизпълнението на задължения, дори да става дума за „конституционно независима институция“ [27].

58. Според мен тази съдебна практика се оказва приложима и в случай като този по главното производство, в който

24 — Точка 74 от моето заключение по съединени дела Stoß и др., посочено по-горе.

25 — Вж. Решение от 15 декември 1982 г. по дело Комисия/Нидерландия (106/82, Recueil, стр. 4637, точка 4), Решение от 5 юни 1984 г. по дело Комисия/Италия (280/83, Recueil, стр. 2361, точка 4), Решение от 28 март 1985 г. по дело Комисия/Белгия (215/83, Recueil, стр. 1039, точка 25), Решение от 15 октомври 1998 г. по дело Комисия/Белгия (C-326/97, Recueil, стр. 6107, точка 7) и Решение от 28 май 1998 г. по дело Комисия/Испания (C-298/97, Recueil, стр. I-3301, точка 14).

26 — Решение от 1 юни 1999 г. по дело Konle (C-302/97, Recueil, стр. I-3099, точка 62).

27 — Решение от 5 май 1970 г. по дело Комисия/Белгия (77/69, Recueil, стр. 237, точка 15).

се разглежда въпросът дали дадена национална политика и съответното законодателство във връзка с нея нарушават разпоредбите на Договора относно свободите. Следователно считам, че териториалното разпределение на компетенциите в рамките на държавата не трябва да има никакво значение при преценката на съвместимостта на национална правна уредба с правото на Съюза.

59. Сложното вътрешно териториално устройство на държава членка, и по-специално разпределянето на правомощията по един и същ въпрос между две отделни териториални образувания (в случая федералната държава и провинциите), само по себе си не застрашава последователността в националната политика, представляваща предмет на анализ (която трябва да се разглежда на национално равнище), но в замяна на това не може да бъде и извинение за евентуална непоследователност или дискриминация [28].

VII – Анализ на третия преюдициален въпрос

60. С третия си въпрос авторът на запитването иска от Съда да се установи дали член 49 ЕО не допуска национална правна уредба, която оставя правото на получаване на разрешение за организирането на и посредничеството при хазартни игри на свободната преценка на органа по издаване на разрешение, дори когато предвидените в закона предпоставки са налице.

61. Запитващата юрисдикция счита, че този въпрос би се оказал релевантен само в хипотезата, при която се приеме, че германската монополна система е в противоречие с Договора. По мое мнение обаче въпросът е релевантен дори ако националният съд заяви съгласно критериите, отбелязани в Решението на Съда, че едновременното наличие на монопол за някои игри и експлоатацията на други от частни оператори не е в противоречие с Договора. В такъв случай за последните би била приложима процедурата за получаване на разрешение.

62. Режимът на предварително административно разрешение също представлява ограничение на свободите на движение, което може да бъде обосновано, при положение че не е дискриминационно, цели да гарантира осъществяването на цел от обществен интерес, в състояние е да я постигне и е пропорционално в това отношение [29].

28 — Вж. в този смисъл Решение от 16 юли 2009 г. по дело Horvath (C-428/07, Сборник, стр. I-6355, точки 47—58).

29 — Вж. Решение от 6 ноември 2003 г. по дело Gambelli и др. (C-243/01, Recueil, стр. I-13031, точка 65), Решение от 13 ноември 2003 г. по дело Lindman (C-42/02, Recueil, стр. I-13519, точка 29), Решение от 6 март 2007 г. по дело Placanica и др. (C-338/04, C-359/04 и C-360/04, Сборник, стр. I-1891, точка 49), както и Решение по дело Liga Portuguesa de Futebol Profissional и Bwin International, посочено по-горе (точка 60).

63. Все пак в съответствие с постоянната съдебна практика към тези критерии следва да се добавят и други, чието предназначение е, доколкото от разрешението може да произтече зависимост на съответната свобода от преценката на администрацията, тази свобода да не стане илюзорна [30].

64. В този смисъл Съдът постановява, че за да бъде обоснован режимът на предварително административно разрешение, който дерогира основните свободи, той трябва, от една страна, да се основава на обективни, недискриминационни и предварително известни критерии, така че да се очертаят границите при упражняването на правото на преценка на националните органи, за да не бъде същият упражняван по произволен начин, и от друга страна, да се основава на леснодостъпна система от процедури, която да е в състояние на гарантира на заинтересованите лица, че техните искания ще бъдат разглеждани в разумен срок, обективно и безпристрастно, като освен това евентуалните откази за издаване на разрешение трябва да подлежат на обжалване по съдебен ред [31].

65. Следователно правомощията на администрацията трябва да бъдат подложени на някои ограничения, които да избегнат злоупотребата с тях, но общностният съд не изисква възможността за издаване на разрешение да бъде напълно регламентирана. В противен случай ограничаването на броя на операторите, което понякога се допуска от съдебната практика [32], би било безпредметно, а постигането на целите от обществен интерес, които обосновават това ограничаване на свободното предоставяне на услуги, би могло дори да бъде възпрепятствано [33].

66. Следователно, при положение че установената процедура е обективна, прозрачна и недискриминационна, а приетото решение може да бъде обжалвано, администрацията може да си запази определена свобода на преценка, за да намери най-подходящото разрешение за конкретното положение. По тази причина член 4, параграф 2 от GlüStV уточнява, че поначало не съществува право да се получи разрешение.

30 — Вж. Решение от 31 януари 1984 г. по дело Luisi и Carbone (286/82 и 26/83, Recueil, стр. 377, точка 34), Решение от 23 февруари 1995 г. по дело Bordessa и др. (C-358/93 и C-416/93, Recueil, стр. I-361, точка 25), Решение от 14 декември 1995 г. по дело Sanz de Lera и др. (C-163/94, C-165/94 и C-250/94, Recueil, стр. I-4821, точки 23—28), Решение от 20 февруари 2001 г. по дело Analir и др. (C-205/99, Recueil, стр. I-1271, точка 37), както и Решение 13 май 2003 г. по дело Müller-Fauré и van Riet (C-385/99, Recueil, стр. I-4509, точка 84).

31 — Решение по дело Müller-Fauré и van Riet, посочено по-горе (точка 85), Решение по дело Analir и др., посочено по-горе (точка 38), както и Решение от 12 юли 2001 г. по дело Smits и Peerbooms (C-157/99, Recueil, стр. I-5473, точка 90).

32 — Решение по дело Placanica, посочено по-горе (точки 53—58).

33 — Съдебната практика в областта на игрите често се позовава на необходимостта националните органи да разполагат с „достатъчно право на преценка“ при определяне на изискванията, свързани с целта от обществен интерес, на която се позовават (Решение от 24 март 1994 г. по дело Schindler, C-275/92, Recueil, стр. I-1039, точка 61 и Решение от 21 октомври 1999 г. по дело Zenatti, C-67/98, Recueil, стр. I-7289, точка 15, както и Решение по дело Läärä и др., посочено по-горе, точка 14, Решение по дело Gambelli и др., точка 63, Решение по дело Placanica и др., посочено по-горе, точка 47 и Решение по дело Liga Portuguesa de Futebol Profissional и Bwin International, точка 57).

VIII – Анализ на четвъртия преюдициален въпрос

67. С четвъртия си и последен въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали абсолютна забрана за организиране и посредничество при хазартни игри по интернет е в съответствие с член 49 ЕО, когато националната правна уредба едновременно с това позволява на някои оператори да продължат да предлагат тези игри по интернет в рамките на едногодишен преходен период.

68. С този въпрос Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht желае да се установи дали член 4, параграф 4 от GlüStV, който забранява напълно организирането или посредничеството при публични хазартни игри по интернет, е съвместим с Договора [34].

69. Съдът приема, че други общи ограничения са съвместими с Договора например тези, които се отнасят до определен начин на провеждане на игри [35]. Оттук следва, че няма никаква пречка за евентуалната законосъобразност на забрана, отнасяща се по-специално до определено средство, посредством което се провеждат игри, например интернет. Мярката не е дискриминационна, тъй като се отнася както за германските, така и за чуждестранните оператори [36], и тъй като би могла да защити играещите и да намали пристрастяването, като се имат предвид специфичните особености на игрите по интернет (специфична опасност от гледна точка на пристрастяването, тъй като играта се провежда, без да присъстват други хора, при практически неограничено предлагане — могат едновременно да се отворят няколко игрални „прозореца“ — и денонощно през цялата година).

70. Следователно забрана от този вид, подобно на други забрани, засягащи не толкова отчетливо свободното предоставяне на услуги, би могла да се обоснове поради съображения от обществен интерес и да се окаже в съответствие с Договора, стига да не е дискриминационна и да отговаря на критериите за последователност и пропорционалност. Действително определени елементи будят съмнение относно нейната пропорционалност, тъй като наред с други, не толкова ограничителни мерки (каквато е самият монопол), пълната забрана би могла да пренасочи търсенето на игри към незаконни страници в интернет. Решението би могло да се окаже и в противоречие с едновременното поддържане на монопол за същите игри (дори да не се предлагат по интернет), основаващ се

34 — По време на съдебното заседание германското правителство уточнява, че забраната на игри по интернет се прилага както за спортните залагания и лотариите, така и за казината и монетните игрални автомати. Поради това уебстраниците от този вид, които биха могли да съществуват в Германия (някои от които са упоменати в материалите по делото), са незаконни.

35 — Например Решение по дело Schindler, посочено по-горе, което се отнася до забраната за лотарии, предвидена в британското законодателство.

36 — С уточнението, посочено в точка 31 от настоящото заключение. Освен това не изглежда — както твърди Carmen Media — да съществува „дискриминация в зародиш“, произтичаща от това, че чуждестранните оператори били „зависими“ от интернет, при положение че се ползват от същото право като германските предприятия да развиват дейността си в Германия.

върху необходимостта от канализиране на желанието за игра. Оценка по всички тези въпроси трябва обаче да направи националният съд.

71. Все пак отправилата преюдициалното запитване юрисдикция не поставя под съмнение забраната за игри по интернет по общ и абстрактен начин, а с оглед на преходната разпоредба, която дава възможност на провинциите да запазят организацията и посредничеството при лотарии по интернет в рамките на една година, считано от влизането в сила на GlüStV, при положение че няма обективни причини да се постанови отказ във връзка с тях и са изпълнени други допълнителни условия.

72. Съгласно мотивите към GlüStV посочената преходна мярка е имала за цел да позволи на операторите на хазартни игри, които са развивали своята дейност почти изключително посредством интернет, да се приспособят към новата правна уредба, като се насочат към новите разрешени от нея канали за предлагане на пазара [37]. Следователно става дума за решение, което цели да защити правната сигурност на операторите, които до датата на забраната са действали в условията на нерестриктивен режим.

73. Съдът многократно е напомнял значението на принципа на правна сигурност, който е част от общностния правов ред и трябва да се спазва както от институциите на Общността, така и от държавите членки при упражняването на правомощията, които са им предоставени от правото на Съюза [38].

74. Предвид изискванията, произтичащи от този принцип, обикновено общностните директиви предвиждат разумен срок, считано от влизането им в сила, за тяхното транспониране и прилагане, а съдебната практика приема, че временното отлагане от държавите членки на приспособяването на определени фактически и правни положения към правото на Съюза може да бъде обосновано.

75. Например в Решение от 17 юли 2008 г. по дело ASM Brescia [39] на основание на принципа на правна сигурност Съдът позволява продължаването на срока на

37 — Запитващата юрисдикция счита, че става дума за „компенсиране по съображения за справедливост на двама организатори на хазартни игри по занятие“, поименно посочени в мотивите към GlüStV. В писменото си становище при встъпване германското правителство обаче отхвърля посочената теза, като твърди, че прилагането на член 25, параграф 6 от GlüStV не се ограничава до тези двама оператора, а се отнася и за „чуждестранни оператори на игри, които организират разрешени лотарии при спазване на предвидените в правото на тяхната страна условия“. Националният съд следва да провери дали това твърдение отговаря на истината, тъй като в случай на разпоредба ad nominem, тоест приложима изключително към определени предприятия, налице би била дискриминация в противоречие с Договора.

38 — Решение от 3 декември 1998 г. по дело Belgocodex (C-381/97, Recueil, стр. I-8153, точка 26), Решение от 29 април 2004 г. по дело Gemeente Leusden и Holin Groep (C-487/01 и C-7/02, Recueil, стр. I-5337, точка 57), както и Решение от 26 април 2005 г. по дело „Goed Wonen“ (C-376/02, Recueil, стр. I-445, точка 32).

39 — C-347/06, Сборник, стр. I-5641.

валидност на концесия за газоснабдяване, която е в противоречие с членове 49 ЕО и 86 ЕО. Многобройни са и решенията, в които Съдът упражнява правомощието, предоставено му от член 231, втора алинея ЕО, да определи последиците от отменен регламент, които трябва да се считат за окончателни [40], позовавайки се на принципа на правна сигурност.

76. Доколкото се приема обаче, че принципът на правна сигурност е сред императивните съображения от обществен интерес, на който държавите членки могат да се позовават, за да запазят временно правило или положение, които са в противоречие със свободите по Договора, на още по-силно основание трябва да се утвърди законосъобразността на решение, с което се отлага ограничаването на някоя от споменатите свободи, като на заинтересованите лица се предоставя срок, за да се приспособят към новите изисквания на националното законодателство.

77. Считам също, че решението да се отложи влизането в сила на забраната за игрите по интернет не би накърнило последователността на тази ограничителна мярка, нито пък би поставило в опасност осъществяването на целите от обществен интерес, които се преследват с нея.

78. Най-напред, дори забраната на хазартните игри по интернет да може да се обоснове поради високия риск от пристрастяване, свързан с тях, няма основание да се счита, че необходимостта от премахването им е толкова спешна, че да вземе превес над изискванията, произтичащи от принципа на правна сигурност.

79. На следващо място следва да се вземе под внимание, че преходният период, определен в член 25, параграф 5 от GlüStV, се съпътства от важни условия и изисквания. Първо, той се прилага само за лотариите, но не и за спортните залагания, организирането и посредничеството по интернет, във връзка с които поради специфичната им опасност са забранени, считано от влизането в сила на GlüStV. Второ, преходното разрешаване на лотарии по интернет зависи от някои изисквания и ограничения, предназначени да избегнат евентуалните рискове, свързани с този вид игра. В този смисъл посочената разпоредба налага да се гарантира изключването на непълнолетни и на участници в игрите, за които е налице забрана, тя ограничава размера на залозите до 1 000 EUR месечно и забранява кредитирането, както и интерактивното участие, например с публикуване на резултатите в реално време.

80. В крайна сметка, както се уточнява в акта, с който са отправени преюдициалните въпроси, въведената от GlüStV преходна

40 — Решение от 3 септември 2008 г. по дело Kadi и Al Barakaat International Foundation/Съвет и Комисия (C-402/05 P и C-415/05 P, Сборник, стр. I-6351, точка 373 и сл.). Съдът прилага тази разпоредба по аналогия в рамките на преюдициалните запитвания и по отношение на всички актове на вторичното право: например в Решение от 15 октомври 1980 г. по дело Providence agricole de Champagne (4/79, Recueil, стр. 2823, точки 45 и 46), както и в Решение от 5 юли 1995 г. по дело Парламент/Съвет (C-21/94, Recueil, стр. I-1827, точки 29—32). Остава да се разреши въпросът дали тази възможност може да се приложи и за нормите на вътрешното право, които са в противоречие с пряко приложима норма от правото на Съюза, отправен до Съда по дело Winner Wetten (C-409/06), което е все още висящо. В своето заключение от 26 януари 2010 г. генералният адвокат Bot вече даде отрицателен отговор на този въпрос.

разпоредба представлява компенсиране по съображения за справедливост, която е в съответствие с разпоредбите за закрила на младежта и на участниците в игрите. Ето защо считам, че наличието на подобна разпоредба не е в разрез със забраната на игрите по интернет, като се има предвид, че тя цели да улесни прехода към новата правна уредба, като във възможно най-голяма степен зачита преследваните цели от обществен интерес и принципа на правна сигурност.

IX – Заключение

81. В съответствие с изложените по-горе разсъждения предлагам на Съда да отговори на поставените от Schleswig Holsteinisches Verwaltungsgericht преюдициални въпроси, като постанови:

„1) Член 49 ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че позоваването на свободата на предоставяне на услуги предполага предоставеният от държавата членка по установяване лиценз да разрешава на доставчика предоставянето на въпросната услуга в държавата членка, в която той е установен. При настоящото състояние на правото на Съюза обаче е невъзможно да се приложи взаимното признаване на разрешенията в областта на игрите.

2) Член 49 ЕО е съвместим с национален държавен монопол при организирането на спортни залагания и лотарии, мотивиран основно със съображения за борба срещу риска от пристрастяване към игрите, дори когато в същата държава членка други хазартни игри със съществен потенциален риск от пристрастяване могат да се организират от частни доставчици на услуги, при положение че публичните органи гарантират известен контрол над частните оператори и предлагането на игри, които са обект на монопола, е по-слабо, отколкото би могло да бъде при частен доставчик на услуга. Ако тези условия са изпълнени, описаните обстоятелства не представляват препятствие пред последователна и систематична политика относно

игрите по смисъла на съдебната практика. Изпълнението на споменатите условия трябва да се провери от националния съд.

Разпределението на нормотворческите компетенции в областта на игрите между федералната държава и провинциите само по себе си не застрашава последователността в националната политика, предмет на анализ (която трябва да се разглежда глобално на национално равнище), но не може да бъде и извинение за евентуална непоследователност.

3) Член 49 ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че той допуска национална правна уредба, която оставя правото на получаване на разрешение за организирането на и посредничеството при хазартни игри на преценката на органа по издаване на разрешение, при положение че установената процедура е обективна, прозрачна и недискриминационна, а приетото решение може да бъде обжалвано.

4) Член 49 ЕО допуска национална правна уредба, която забранява организирането на и посредничеството при публични хазартни игри по интернет, при положение че мярката е в съответствие и е пропорционална на целта от обществен интерес, посочена като нейна обосновка, и въпреки обстоятелството, че същевременно организирането и посредничеството по интернет — при спазване на разпоредбите за защита на младежта и на участниците в игрите — са разрешени по съображения за справедливост, насочени по-специално към субектите, които до тази дата са действали изключително посредством интернет“.