OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO YVES'A BOTA przedstawiona w dniu 17 grudnia 2009 r.[1]

1. Zakres ograniczeń kompetencji państw członkowskich w dziedzinie gier hazardowych wynikających ze swobód przepływu był już przedmiotem stosunkowo bogatego orzecznictwa i rodzi nadal liczne wątpilwości[2].

2. Przedmiotem niniejszych dwóch spraw wniesionych w trybie prejudycjalnym jest umożliwienie oceny zgodności ustawodawstwa niderlandzkiego w tej dziedzinie z zasadami traktatu WE dotyczącymi swobody świadczenia usług. Ponieważ dotyczą one tych samych przepisów krajowych, a pytania skierowane przez dwa sądy krajowe są zbieżne, postanowiłem rozpatrzyć je łącznie.

3. Ustawodawstwo niderlandzkie ma na celu ochronę konsumentów przed uzależnieniem od gier i zwalczanie przestępczości. Przewiduje ono, po pierwsze, że zakazane jest urządzanie i promowanie gier hazardowych bez zezwolenia uzyskanego w tym celu oraz, po drugie, że dla każdego rodzaju gier tylko jeden usługodawca może uzyskać takie zezwolenie.

4. Zezwolenie na urządzanie zakładów sportowych, gry liczbowej w lotto oraz hazardowych gier liczbowych zostało udzielone fundacji Stichting de National Sporttotalisator[3]. Zostało ono przedłużone na okres pięciu lat w grudniu 2004 r. Zezwolenie na urządzanie zakładów w zakresie wyścigów konnych, udzielone spółce z ograniczoną odpowiedzialnością Scientific Games Racing BV[4], zostało przedłużone w czerwcu 2005 r.

5. Sprawa C-203/08 wynika ze sporu między spółką The Sporting Exchange Ltd, działającą pod nazwą Betfair[5], z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie oraz Minister van Justitie (niderlandzkim ministrem sprawiedliwości), w przedmiocie oddalenia jej wniosków o udzielenie zezwolenia na organizowanie gier hazardowych w Niderlandach oraz odwołań, które wniosła ona od decyzji o przedłużeniu zezwoleń udzielonych De Lotto i SGR.

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Zobacz sprawy zawisłe przed Trybunałem: C-409/06 Winner Wetten; C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07 Markus Stoß i in.; C-46/08 Carmen Media Group; C-55/08 Santa Casa da Misericórdia de Lisboa; C-212/08 Zeturf; C-447/08 i C-448/08 Sjöberg i Gerdin.

3 — Fundacja krajowy totalizator sportowy, zwana dalej „De Lotto".

4 — Zwanej dalej „SGR". SGR jest filią zależną spółki Scientific Games Corporation Inc. z siedzibą w Nowym Jorku (Stany Zjednoczone).

5 — Zwaną dalej „Betfair".

6. Podstawą sprawy C-258/08 jest zakwestionowanie przez spółki Ladbrokes Betting & Gaming Ltd oraz Ladbrokes International Ltd [6], z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie, postępowań wszczętych przeciwko nim przez De Lotto w celu doprowadzenia do zakazania im oferowania na ich stronie internetowej na rzecz osób zamieszkałych w Niderlandach gier hazardowych, na które nie posiadają one zezwolenia.

7. W tych dwóch sprawach wniesionych w trybie prejudycjalnym pojawiają się w sumie cztery następujące zagadnienia.

8. Po pierwsze, czy przepisy państwa członkowskiego, które limitują możliwość urządzania gier hazardowych w celu ograniczania uzależnienia od gier hazardowych i przeciwdziałania oszustwom i które rzeczywiście osiągają te cele, można uznać za realizujące te cele w sposób spójny i systematyczny, chociaż posiadacz lub posiadacze wyłącznych praw mają prawo uatrakcyjniać swoją ofertę poprzez wprowadzanie nowych gier hazardowych oraz korzystanie z reklamy? (pytanie pierwsze w sprawie C-258/08).

9. Po drugie, czy sąd krajowy, stwierdziwszy że ustawodawstwo w dziedzinie gier hazardowych jest zgodne z prawem wspólnotowym, jest zobowiązany zbadać, czy środek wykonawczy mający zapewnić przestrzeganie tego ustawodawstwa jest zgodny z zasadą proporcjonalności? (pytanie drugie lit. a) i b) w sprawie C-258/08).

10. Po trzecie, czy okoliczność, że podmiot gospodarczy posiada zezwolenie na urządzanie gier on-line na terytorium innego państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę, sprzeciwia się temu, by inne państwo członkowskie, w którym gry hazardowe podlegają systemowi praw wyłącznych, zakazało temu podmiotowi oferowania tych samych gier osobom zamieszkującym na jego terytorium? (pytanie pierwsze w sprawie C-203/08 i pytanie trzecie w sprawie C-258/08).

11. Po czwarte, czy zgodnie z art. 49 WE zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości mają zastosowanie w dziedzinie gier hazardowych w ramach systemu zezwolenia udzielanego tylko jednemu podmiotowi? A w przypadku odpowiedzi twierdzącej, w jakim zakresie można dokonać przedłużenia zezwolenia na rzecz tego jednego podmiotu bez zastosowania procedury przetargowej? (pytanie drugie i pytanie trzecie lit. a) i b) w sprawie C-203/08).

12. Pytania te opierają się na założeniu, że przyznanie przez państwo członkowskie wyłącznego prawa do urządzania gier hazardowych wyłącznie jednemu podmiotowi może być zgodne z prawem wspólnotowym. W niniejszej opinii proponuję, aby Trybunał potwierdził to założenie.

13. W przedmiocie zagadnienia pierwszego proponuję następnie wydanie orzeczenia, że jeśli tylko zgodnie z oceną sądu krajowego przepisy państwa członkowskiego, limitujące

6 — Zwane dalej „Ladbrokes".

urządzanie gier hazardowych celem ograniczania uzależnienia od gier i przeciwdziałania oszustwom, osiągają rzeczywiście te dwa cele, to należy je uznać za realizujące te cele w sposób spójny i systematyczny, nawet jeśli podmiot lub podmioty, którym przysługuje wyłączne prawo urządzania tych gier, mają prawo uatrakcyjnić swą ofertę, wprowadzając nowe rodzaje gier i korzystając z reklamy.

14. W przedmiocie zagadnienia drugiego uznaję, że jeśli sąd krajowy stwierdził, iż ograniczenia przewidziane w ustawodawstwie krajowym są zgodne ze wspólnotową zasadą proporcjonalności, nie jest on zobowiązany do sprawdzenia i wykazania w każdym konkretnym przypadku, że zwyczajny środek wykonawczy odnoszący się do tego ustawodawstwa jest również zgodny z tą zasadą, jeśli środek ten ogranicza się ściśle do zapewnienia stosowania tego ustawodawstwa, nie wprowadzając dodatkowego ograniczenia. Uważam również, że okoliczność, iż o zastosowanie tego środka wniósł podmiot gospodarczy w ramach sporu między podmiotami prawa prywatnego, a nie organ władzy publicznej, jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tego zagadnienia.

15. Rozstrzygnięcie zagadnienia trzeciego wynika, po pierwsze, z wyroku z dnia 8 września 2009 r. w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Baw International [7], zgodnie z którym zasada wzajemnego uznawania nie ma zastosowania do zezwolenia na urządzanie gier on-line, oraz po drugie, z orzecznictwa, zgodnie z którym system praw wyłącznych może być zgodny z prawem wspólnotowym.

16. Jeśli chodzi wreszcie o zakres zasady równego traktowania oraz obowiązku przejrzystości proponuję, aby Trybunał orzekł, iż mają one zastosowanie do systemu zezwolenia ograniczonego do jednego tylko podmiotu w dziedzinie gier hazardowych. Twierdzę również, że sprzeciwiają się one przedłużeniu zezwolenia bez zastosowania procedury przetargowej, chyba że niezastosowanie takiej procedury jest uzasadnione jednym ze względów wymienionych w traktacie lub uznanych w orzecznictwie, co ustalić powinien sąd krajowy.

I — Prawo niderlandzkie

17. Zgodnie z art. 1 Wet op de kanspelen (ustawy o grach hazardowych) [8] i z

7 — Sprawa C-42/07, Zb.Orz. s. I-7633.

8 — Zwana dalej „ustawą niderlandzką".

zastrzeżeniem przepisów tytułu Va zakazane są:

„a) urządzanie gier z nagrodami, jeżeli określenie zwycięzcy następuje w drodze przypadku, na który uczestnicy co do zasady nie mogą wywierać przeważającego wpływu, i jeżeli na taką działalność nie udzielono zezwolenia zgodnie z niniejszą ustawą;

b) promocja udziału w grze, w rozumieniu lit. a), urządzanej bez zezwolenia udzielonego zgodnie z niniejszą ustawą lub promocja udziału w grze, na podstawie umowy, w innych krajach europejskich lub przechowywanie dokumentów przeznaczonych do rozpowszechniania lub dystrybucji takich gier;

[…]".

18. Ustawa niderlandzka przewiduje następnie, że zezwolenia można udzielić na różne rodzaje gier hazardowych, w szczególności zakłady sportowe i zakłady wzajemne, które są uregulowane odpowiednio w tytułach III i IV tej ustawy.

19. Zakłady sportowe oznaczają konkursy, których celem jest umożliwienie uczestnikom odgadywania lub typowania wyników zapowiedzianych turniejów sportowych, z wyjątkiem wyścigów konnych.

20. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy niderlandzkiej właściwe władze krajowe mogą udzielić jednej osobie prawnej posiadającej pełną zdolność prawną na określony przez nie okres zezwolenia na urządzanie zakładów sportowych. Zgodnie z art. 16 ust. 2 tej ustawy przychody uzyskiwane z zakładów, po odliczeniu kosztów i wypłaconych wygranych, są przeznaczane na cele, jakim osoba prawna chce służyć przez organizację zakładów sportowych.

21. Osobom, które nie ukończyły 18 lat, nie wolno uczestniczyć w zakładach. Ponadto, zgodnie z art. 21 ustawy niderlandzkiej, zezwolenie jest opatrzone warunkami, które dotyczą w szczególności liczby zakładów, które można organizować, sposobu określenia wyników podstawiania oraz listy wygranych, zarządzania oraz pokrywania kosztów związanych z organizacją, przeznaczenia dochodów, statutu i regulaminu osoby prawnej, kontroli stosowania, którą mają wykonywać władze, oraz przedstawienia sprawozdania, które ma być sporządzane corocznie przez osobę prawną z jej działalności i jej wyników finansowych, jak również sposobu publikacji tego sprawozdania.

22. Zakłady wzajemne są uregulowane w tytule IV ustawy niderlandzkiej. Obejmują one każdą oferowaną możliwość obstawiania wyników wyścigów konnych. Łączna kwota wpłaconych stawek dzielona jest wśród osób, które obstawiły zwycięzcę lub jednego ze zwycięzców, z zastrzeżeniem odliczeń przewidzianych tą ustawą.

23. Zgodnie z art. 24 ustawy niderlandzkiej właściwe władze krajowe mogą udzielić zezwolenia na organizowanie zakładów wzajemnych jednej osobie prawnej posiadającej pełną zdolność prawną na określony przez nie okres.

24. Zezwolenie na urządzanie zakładów wzajemnych może być opatrzone warunkami dotyczącymi w szczególności liczby wyścigów konnych, maksymalnej stawki na osobę, części podlegającej odliczeniu przed podziałem między zwycięzców zakładów, jak również przeznaczenia tej części, kontroli stosowania, która ma być wykonywana przez władze, obowiązku zapobiegania i zapewnienia zapobiegania, w miarę możliwości, niedozwolonym zakładom lub pośrednictwu w zakładach na terenach, na których odbywają się wyścigi konne.

25. Z informacji zawartych w aktach postępowania, a w szczególności z wyjaśnień rządu niderlandzkiego wynika, że zezwolenia są udzielane co do zasady na okres pięciu lat.

26. Zezwolenia zawierają szczegółowe postanowienia dotyczące trybu urządzania gier, których dotyczą. Mogą one zostać odebrane przed upływem terminu, jeśli posiadacz zezwolenia narusza jego warunki.

27. Zezwolenie na urządzanie zakładów sportowych zostało udzielone De Lotto w 1961 r. De Lotto posiada również zezwolenie na urządzanie loterii z natychmiastowym rezultatem, gry liczbowej w lotto oraz hazardowych gier liczbowych.

28. De Lotto jest fundacją. Nie ma ona zatem celu zarobkowego. Zyski netto są w całości przekazywane beneficjentom na cele związane ze sportem, wychowaniem fizycznym, opieką społeczną i zdrowiem publicznym oraz kulturą.

29. Zezwolenie De Lotto na urządzanie zakładów sportowych, gry liczbowej w lotto oraz hazardowych gier liczbowych zostało przedłużone decyzją z dnia 10 grudnia 2004 r. na okres pięciu lat, od dnia 12 grudnia 2004 r. do dnia 11 grudnia 2009 r.

30. Zezwolenie dotyczące zakładów wzajemnych przysługuje od 1998 r. SGR. SGR, w przeciwieństwie do De Lotto, prowadzi działalność zarobkową [9].

9 — Komisja Wspólnot Europejskich wskazuje, że zgodnie z rocznym sprawozdaniem komisji nadzoru gier, obrót z zakładów wzajemnych w 2007 r. wyniósł 34,3 milionów EUR, co po odliczeniu 25 milionów EUR wypłaconych wygranych oraz 6,2 milionów EUR kosztów, dało zysk z gier w wysokości 3,1 milionów EUR oraz zysk netto w wysokości 3,4 milionów EUR. Zgodnie z ustawą niderlandzką oraz zezwoleniem, z kwoty tej 3,2 milionów EUR przypada instytucjom i organizacjom charytatywnym działającym w dziedzinie sportów konnych oraz federacji sportów konnych. Zysk SGR wyniósł 200 000 EUR.

31. Zezwolenie to zostało przedłużone decyzją z dnia 21 czerwca 2005 r. na okres trzech lat.

zgodnie z którym Ladbrokes uniemożliwi obywatelom niderlandzkim uczestniczenie w grach hazardowych, które oferuje ona przez internet, przez telefon lub w jakikolwiek inny sposób, bezpośrednio bądź przez pośrednika. De Lotto zażądała również, aby sąd zakazał Ladbrokes oferowania gier hazardowych na jej stronie internetowej o niderlandzkim adresie, a mianowicie www.ladbrokes.nl.

II — Stan faktyczny i pytania prejudycjalne

A — *Sprawa C-258/08*

35. Orzeczeniem z dnia 31 sierpnia 2005 r. sąd ten uwzględnił pozew De Lotto i nakazał Ladbrokes pod rygorem grzywny wprowadzenie środków blokujących dostęp do jej gier hazardowych oferowanych przez internet oraz pod darmowym numerem telefonu.

32. Ladbrokes urządza zakłady sportowe, a w szczególności zakłady ze stałymi kursami. Na swojej stronie internetowej (www.ladbrokes.com) oferuje ona liczne gry hazardowe, przeważnie związane ze sportem. Oferuje ona ponadto możliwość uczestnictwa przez telefon w organizowanych przez nią zakładach.

36. Ladbrokes wniosła apelację do Gerechtshof te Arnhem (Niderlandy). Wyrokiem z dnia 17 października 2006 r. sąd odwoławczy utrzymał w mocy orzeczenie wydane w pierwszej instancji.

33. Ladbrokes oferuje też te gry w systemie on-line osobom zamieszkałym w Niderlandach.

37. Sąd ten stwierdził, że Ladbrokes naruszyła przepisy art. 1 ustawy niderlandzkiej. Oddalił on jako bezzasadną argumentację Ladbrokes, zgodnie z którą sąd krajowy powinien konkretnie zbadać, czy ograniczenia nałożone na nią pod rygorem grzywny są niezbędne i proporcjonalne względem celów ustawy niderlandzkiej. Uznał on również, że ustawa niderlandzka, mając na względzie jej treść i warunki jej wykonania, przyczynia się rzeczywiście do realizacji tych celów, jakimi są ograniczanie uzależnienia od gier i przeciwdziałanie oszustwom. Oddalił on jako

34. Uznając, że działanie to jest sprzeczne z ustawą niderlandzką i wyrządza jej szkodę, De Lotto pozwała Ladbrokes przed Rechtbank Arnhem (Niderlandy). Zażądała ona w szczególności, by sąd ten wydał nakaz,

niemający znaczenia dla sprawy argument Ladbrokes, że jest ona uprawniona do urządzania gier hazardowych w Zjednoczonym Królestwie. Sąd ten podkreślił wreszcie, że ustawa niderlandzka nie jest dyskryminująca, jako że, po pierwsze, zakaz zawarty w art. 1 ma zastosowanie bez rozróżnienia do wszystkich przedsiębiorstw niderlandzkich i zagranicznych oraz, po drugie, osoby prawne z siedzibą w innych państwach członkowskich mogą uzyskać zezwolenie.

38. Ladbrokes wniosła skargę kasacyjną od tego wyroku do Hoge Raad der Nederlanden (Niderlandy).

39. Mając na względzie zarzuty podniesione w tej skardze Hoge Raad der Nederlanden postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy restrykcyjna krajowa polityka w zakresie gier losowych nastawiona na ukierunkowanie skłonności do hazardu, która aktywnie przyczynia się do osiągnięcia celów zamierzonych przez krajowe przepisy, a mianowicie ograniczenia uzależnienia od gier losowych i przeciwdziałania oszustwom, ponieważ dzięki regulowanej ofercie gier losowych udział w grach odbywa się na (dużo) mniejszą skalę niż miałoby to miejsce w przypadku braku krajowego systemu regulacji, spełnia sformułowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, a zwłaszcza w wyroku z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. s. I-13031, warunek, by działalność w zakresie zakładów była ograniczona w sposób spójny i systematyczny, nawet jeżeli posiadacze zezwoleń mogą urozmaicać swoją ofertę poprzez wprowadzanie nowych gier hazardowych, przyciągać uwagę odbiorców poprzez reklamę swej oferty i w ten sposób utrzymywać (potencjalnych) uczestników gier z dala od nielegalnej oferty gier losowych (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 6 marca 2007 r. r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 Placanica i in, Zb.Orz. s. I-1891, końcowa część pkt 55)?

2) a) Przyjmując, że krajowe przepisy dotyczące polityki w zakresie gier losowych są zgodne z art. 49 WE, czy sąd krajowy za każdym razem, gdy przepisy te są stosowane w konkretnym przypadku, musi określić, czy środek, który ma zostać orzeczony, jak na przykład nakazanie uniemożliwienia dostępu do określonej strony internetowej rezydentom danego państwa członkowskiego przy użyciu stworzonego do tego oprogramowania w celu zapobieżenia braniu przez nich udziału w oferowanych na niej grach losowych, spełnia w kontekście danej sprawy warunek, że powinien on służyć celom, które mogą

uzasadniać takie krajowe przepisy, oraz czy wynikające z tych przepisów i ich praktycznego zastosowania ograniczenie swobody świadczenia usług jest w świetle tych celów nieproporcjonalne?

b) Czy na odpowiedź udzieloną na pytanie 2a wpływa to, że środek, który ma zostać orzeczony, nie jest zarządzony i nałożony w kontekście stosowania przepisów prawnych przez organy krajowe, ale w ramach postępowania cywilnego, w którym działający w oparciu o wymagane zezwolenie organizator gier losowych wnosi o zasądzenie tego środka z uwagi na dopuszczenie się względem niego czynu niedozwolonego, polegającego na tym, że druga strona nie dostosowała się do rozpatrywanych przepisów krajowych i w ten sposób uzyskała nienależną przewagę nad stroną, która działa w oparciu o wymagane zezwolenie?

3) Czy art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że zastosowanie tego postanowienia prowadzi do tego, że właściwe organy państwa członkowskiego nie mogą na podstawie obowiązującego zamkniętego systemu zezwoleń na oferowanie usług związanych z grami losowymi zakazać usługodawcy, któremu zostało już udzielone zezwolenie na świadczenie tych usług przez internet w innym państwie członkowskim, ich świadczenia przez internet również w pierwszym państwie członkowskim?".

B — *Sprawa C-203/08*

40. Betfair ułatwia wzajemne zawieranie i negocjowanie, bezpośrednio lub pośrednio za pośrednictwem internetu, zakładów na wydarzenia sportowe, w szczególności wyścigi konne. Stwierdziła ona, że posiada w Zjednoczonym Królestwie oraz w wielu innych państwach zezwolenia na świadczenie tych usług.

41. Batfair chciała mieć możliwość oferowania tych usług na rynku niderlandzkim.

42. W tym celu zwróciła się ona do Minister van Justitie o udzielenie zezwolenia na urządzanie przez internet bądź w inny sposób zakładów sportowych oraz zakładów wzajemnych na wyniki wyścigów konnych. Minister ten oddalił te wnioski oraz odwołanie wniesione przez Betfair od decyzji odmownej. Betfair wniosła skargę do Rechtbank's-Gravenhage (Niderlandy).

43. Betfair wniosła również odwołanie, po pierwsze, od decyzji z dnia 10 grudnia 2004 r. przedłużającej zezwolenie dla De Lotto w zakresie urządzania zakładów sportowych, gry liczbowej w lotto oraz hazardowych gier liczbowych, a po drugie, od decyzji z dnia 21 czerwca 2005 r. przedłużającej zezwolenie dla SGR w zakresie zakładów wzajemnych na wyniki wyścigów konnych.

44. Minister van Justitie oddalił te odwołania jako bezzasadne. Betfair również wniosła skargę na owe decyzje odmowne do Rechtbank's-Gravenhage.

45. Orzeczeniem z dnia 8 grudnia 2006 r. Rechtbank's-Gravenhage oddalił skargi wniesione przez Betfair jako bezzasadne. Betfair wniosła apelację do Raad van State (Niderlandy).

46. Mając na względzie zarzuty podniesione przez Betfair, Raad van State postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że stosowanie tego przepisu prowadzi do tego, iż właściwy organ administracji danego państwa członkowskiego, ze względu na obowiązujący w tym państwie system zamkniętego katalogu zezwoleń na świadczenie usług w zakresie gier losowych, nie może zakazać usługodawcy, któremu w innym państwie członkowskim udzielono już zezwolenia na świadczenie takich usług za pośrednictwem internetu, świadczenia takich usług za pośrednictwem internetu również w tym państwie członkowskim?

2) Czy wykładnię art. 49 WE, a w szczególności zasady równego traktowania i wynikającej z niej zasady przejrzystości, której Trybunał dokonał w odniesieniu do spraw, które dotyczyły koncesji, można odpowiednio zastosować do procedury udzielenia zezwolenia na świadczenie usług w zakresie gier hazardowych w ramach ustawowo określonego systemu pojedynczego zezwolenia?

3) a) Czy w ramach ustawowo przewidzianego systemu pojedynczego zezwolenia przedłużenie zezwolenia udzielonego obecnemu posiadaczowi zezwolenia bez umożliwienia innym ewentualnym osobom zainteresowanym ubiegania się o udzielenie takiego zezwolenia, może stanowić środek właściwy i proporcjonalny dla realizacji nadrzędnych względów interesu ogólnego, które Trybunał przyjął jako uzasadnienie ograniczenia swobody świadczenia usług w zakresie gier losowych? W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej, pod jakimi warunkami istnieje taka możliwość?

b) Czy udzielenie odpowiedzi twierdzącej lub przeczącej na pytanie 2 ma znaczenie dla odpowiedzi na pytanie 3a)?".

III — Analiza

47. Przed zbadaniem poszczególnych pytań zadanych w niniejszych sprawach wydaje mi się niezbędne przedstawienie następujących uwag w przedmiocie założeń, na których opierają się pytania prejudycjalne przedstawione przez sądy niderlandzkie.

48. Po pierwsze, zgodność przepisów niderlandzkich należy zbadać rzeczywiście pod kątem art. 49 WE.

49. W istocie przede wszystkim gry hazardowe stanowią działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 WE [10] i są uznawane za świadczenie usług. Podmioty gospodarcze, które je urządzają, mogą zatem powoływać się na art. 43 WE i 49 WE [11]. Ustawodawstwo państwa członkowskiego ograniczające możliwość świadczenia usług w zakresie gier hazardowych na terytorium tego państwa może zatem stanowić ograniczenie wykonywania swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, które jest zakazane przez te postanowienia [12]. Co więcej, na dzień dzisiejszy gry hazardowe nie są przedmiotem żadnych przepisów regulujących bądź harmonizujących tę kwestię na szczeblu wspólnotowym.

50. Ponadto, jak wynika ze stanu faktycznego obu badanych spraw, Betfair w sprawie C-203/08 oraz Ladbrokes w sprawie C-258/08 pragną świadczyć usługi w zakresie gier hazardowych na rzecz osób zamieszkałych na terytorium niderlandzkim bez zakładania w Niderlandach przedsiębiorstwa, lecz z terytorium Zjednoczonego Królestwa przez internet lub telefon. Zatem spółki te mogą powoływać się wyłącznie na postanowienia traktatu dotyczące swobody świadczenia usług.

51. Po drugie, sądy krajowe słusznie uznały również, że ich przepisy krajowe – przewidujące, że prawo do oferowania gier hazardowych osobom zamieszkującym na terytorium niderlandzkim przysługuje tylko jednemu podmiotowi gospodarczemu, posiadaczowi wyłącznego prawa – mogą być zgodne z prawem wspólnotowym.

10 — Wyrok z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-6/01 Anomar i in., Rec. s. I-8621, pkt 46 i 47.

11 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 59.

12 — Tamże.

52. Zatem bezsporne jest przede wszystkim, że przepisy niderlandzkie – których celem oraz skutkiem jest uniemożliwienie usługodawcom, takim jak Betfair i Ladbrokes, mającym siedzibę w Zjednoczonym Królestwie, oferowania ich gier hazardowych osobom zamieszkującym na terytorium niderlandzkim i w związku z tym uniemożliwienie tym ostatnim dostępu do nich – stanowią ograniczenie swobody świadczenia usług w rozumieniu art. 49 WE.

53. Ponadto z ustalonego orzecznictwa wynika, że państwa członkowskie mogą ograniczyć organizowanie i urządzanie gier hazardowych na ich terytorium celem ochrony konsumentów przed nadmiernymi wydatkami związanymi z grą oraz celem ochrony porządku publicznego z uwagi na ryzyko oszustw z racji znacznych sum pieniędzy, które gry hazardowe pozwalają zebrać [13].

54. Jednak żeby ustawodawstwo państwa członkowskiego przyjęte w tym celu było zgodne z prawem wspólnotowym, istotne jest, aby było ono stosowane w sposób niedyskryminujący, aby było właściwe dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służy, i wreszcie, aby było proporcjonalne, to znaczy, aby nie wykraczało poza to, co niezbędne do osiągnięcia tego celu [14].

55. W ramach kontroli przestrzegania tych warunków Trybunał uznał, że państwo członkowskie może w uprawniony sposób przyznać prawo do urządzania gier hazardowych jednemu tylko podmiotowi [15]. Zdaniem Trybunału przyznanie prawa wyłącznego jednemu podmiotowi, jeśli ów podmiot gospodarczy wykonuje tę działalność pod kontrolą państwa i zgodnie z jego celami, ma rzeczywiście tę zaletę, że utrzymuje żądzę gry i urządzanie gier w kontrolowanym obiegu, zapobiega ryzyku urządzania gier w celach oszukańczych i przestępczych oraz wykorzystuje otrzymywane z nich zyski na cele użyteczności publicznej [16].

56. Decyzja o skorzystaniu z reżimu prawa wyłącznego przyznawanego jednemu podmiotowi, a nie wielu podmiotom gospodarczym, których działalność byłaby ściśle reglamentowana, należy do zakresu swobodnego uznania państw członkowskich [17]. W tym względzie okoliczność, iż dane państwo członkowskie wybrało odmienny system ochrony niż przyjęty przez inne państwo członkowskie, nie może mieć wpływu na ocenę niezbędnego i proporcjonalnego charakteru przepisów przyjętych w tej dziedzinie. Przepisy te powinny być oceniane jedynie z uwzględnieniem celów zakładanych przez właściwe organy zainteresowanego państwa członkowskiego oraz zakresu ochrony, jaki organe te pragną zapewnić [18].

13 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Placanica i in., pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo.

14 — Wyrok z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-10341, pkt 49.

15 — Wyrok z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-124/97 Läärä i in., Rec. s. I-6067, pkt 37. Zobacz również wyrok z dnia 21 października 1999 r. w sprawie C-67/98 Zenatti, Rec. s. I-7289, pkt 35; ww. wyrok w sprawie Anomar i in., pkt 74.

16 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Läärä i in., pkt 37.

17 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Läärä i in., pkt 35 i 39; w sprawie Zenatti, pkt 33; w sprawie Anomar i in., pkt 87.

18 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Läärä i in., pkt 36; w sprawie Zenatti, pkt 34.

57. Orzecznictwo to zasługuje, moim zdaniem, na pełną akceptację. Jak słusznie wskazał sąd krajowy w sprawie C-203/08, zezwolenie dla jednego tylko usługodawcy, po pierwsze, upraszcza sprawowaną nad nim kontrolę oraz badanie przestrzegania przepisów wiążących się z zezwoleniem i, po drugie, zapobiega powstaniu konkurencji między posiadaczami zezwoleń na tę samą kategorię gier, która mogłaby prowadzić do nadmiernego zwiększenia oferty i reklamy.

58. Prawo wyboru przez państwa członkowskie systemu prawa wyłącznego zastrzeżonego dla jednego podmiotu również jest, moim zdaniem, warte utrzymania, bowiem konkurencja we wspólnotowym porządku prawnym nie stanowi celu samego w sobie. Jest to narzędzie umożliwiające osiągnięcie celów założonych przez Wspólnotę Europejską, wymienionych w art. 2 WE. Wolna konkurencja wspiera harmonijny rozwój działalności gospodarczej i zatrudnienia, a w konsekwencji podwyższa poziom i jakość życia obywateli Unii Europejskiej, jako że, jeśli jest uczciwa, zapewnia postęp technologiczny i poprawia jakość usługi lub produktu, gwarantując jednocześnie obniżenie kosztów. Przynosi ona zatem korzyść dla konsumentów, ponieważ mogą oni dzięki temu cieszyć się produktami lub usługami wyższej jakości po lepszej cenie.

59. Jednakże korzyści te nie sprawdzają się w dziedzinie gier hazardowych. W istocie gry te mogą funkcjonować i trwać jedynie wtedy, gdy uczestnicy gier w swej ogromnej większości przegrywają więcej niż wygrywają. Sama zasada tej działalności, której zarobkowy cel opiera się na atrakcyjności marzenia, prowadzi – poprzez mamienie iluzją ewentualnego wzbogacenia – do zubożenia tych, którzy się jej oddają. Wprowadzenie konkurencji między usługodawcami w tej samej kategorii gier, które skłoniłoby ich w nieunikniony sposób do oferowania konsumentom coraz bardziej atrakcyjnych gier celem osiągania z nich jak największych zysków, grozi skłonieniem gospodarstw domowych do wydawania środków większych niż te, którymi dysponują one na rozrywkę, a nawet spowodowaniem realnego uzależnienia od gry. Można nawet twierdzić, że logika czysto ekonomiczna prowadziłaby ze swej natury do takiego właśnie podejścia. Byłoby to dalekie od celów wskazanych w art. 2 WE.

60. Dokonana przez Trybunał wykładnia zakresu swobód przepływu w dziedzinie gier hazardowych nie powinna zatem prowadzić do narzucania państwom członkowskim otwarcia rynku w tej dziedzinie, jako że nie stanowi to źródła postępu i rozwoju, lecz powinna umożliwić im przyjęcie ciążącej na nich odpowiedzialność.

61. Twierdzenie to nie ma na celu podważania orzecznictwa, zgodnie z którym organizowanie i urządzanie gier hazardowych stanowi działalność gospodarczą, ani prawa podmiotów gospodarczych, które ją wykonują, do powoływania się na swobody przepływu. Orzecznictwo to ma tutaj zastosowanie

po to, by wykonywanie przez państwa członkowskie ich kompetencji zarówno w tej dziedzinie, jak i w innych obszarach kompetencji zastrzeżonej, mogło podlegać kontroli zgodności z ich zobowiązaniami wspólnotowymi.

62. Pragnę po prostu stwierdzić, że ze względu na szczególny charakter gier hazardowych państwo członkowskie powinno być zobowiązane do otwarcia działalności związanej z daną grą na swobodną konkurencję tylko wtedy, gdy zdecydowało traktować tę grę jako normalną lub zwykłą działalność gospodarczą, w której ramach podstawowym celem jest osiąganie maksymalnego zysku.

63. Pytania prejudycjalne zadane w niniejszych sprawach dotyczą czterech zagadnień, które mam zamiar kolejno zbadać. Dotyczą one, po pierwsze, spójności ustawodawstwa krajowego służącego ochronie konsumentów przed uzależnieniem od gry i przeciwdziałaniu oszustwom w sytuacji, gdy podmiot, któremu przysługuje prawo wyłączne, jest uprawniony do wprowadzania nowych gier i korzystania z reklamy (pierwsze pytanie w sprawie C-258/08), po drugie, zakresu kontroli proporcjonalności, jaką sąd krajowy zobowiązany jest dokonać przy ocenie zgodności jego prawa krajowego z prawem wspólnotowym (drugie pytanie lit. a) i b) w sprawie C-258/08), po trzecie, stosowania zasady wzajemnego uznawania do zezwolenia na oferowanie gier przez internet (pierwsze pytanie w sprawie C-203/08 i trzecie pytanie w sprawie C-258/08), oraz po czwarte, stosowania zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości w przypadku zezwolenia na rzecz jednego tylko podmiotu i w przypadku przedłużenia tego zezwolenia [pytanie drugie i pytanie trzecie lit. a) i b) w sprawie C-203/08].

A — *W przedmiocie spójności ustawodawstwa krajowego służącego ochronie konsumentów i przeciwdziałaniu oszustwom, które jednak umożliwia wprowadzanie nowych gier i korzystanie z reklamy (sprawa C-258/08)*

64. Poprzez pierwsze pytanie prejudycjalne sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy przepisy państwa członkowskiego, które limitują świadczenie usług w zakresie gier hazardowych celem ograniczania uzależnienia od gry i przeciwdziałania oszustwom i które przyczyniają się rzeczywiście do osiągnięcia tych dwóch zamierzonych celów, mogą być uznane za realizujące te cele w sposób spójny i systematyczny, mimo że osoba lub osoby, którym przysługuje prawo wyłączne, mają prawo uatrakcyjnić swą ofertę, wprowadzając nowe gry i korzystając z reklamy.

65. Sąd ten zadaje sobie to pytanie ze względu na stanowisko zajęte przez Trybunał w ww. wyrokach w sprawie Gambelli i in. i w sprawie Placanica i in. W ww. wyroku

w sprawie Gambelli i in. Trybunał ocenił bowiem, że ustawodawstwo państwa członkowskiego, które ogranicza organizowanie i urządzanie zakładów sportowych celem ochrony konsumentów przeciwko nadmiernej pokusie gry, podczas gdy w rzeczywistości władze tego państwa członkowskiego nakłaniają i zachęcają konsumentów do udziału w tych grach w celu czerpania z nich korzyści finansowych przez skarb państwa, nie realizuje tego celu w sposób spójny i systematyczny, a w związku z tym jest ono sprzeczne z prawem wspólnotowym [19].

66. W ww. wyroku w sprawie Placanica i in. Trybunał wskazał, że jeśli przepisy państwa członkowskiego w dziedzinie gier hazardowych służą utrzymywaniu tej działalności w kontrolowanym obiegu, tak by zapobiegać prowadzeniu tej działalności w celach przestępczych, to uprawnione podmioty powinny stanowić wiarygodną, lecz jednocześnie atrakcyjną alternatywę w stosunku do działalności zabronionej, co może samo w sobie wymagać szerokiej gamy oferowanych gier, reklamy w pewnym zakresie oraz zastosowania nowoczesnych technik dystrybucji [20].

67. Sąd krajowy pragnie ustalić, w jaki sposób należy pogodzić te dwa wyroki w kontekście przepisów krajowych, które – przypomnijmy – służą jednocześnie ochronie konsumentów przed nadmierną pokusą gry i przeciwdziałaniu oszustwom.

68. Uważam, że ocena sądu krajowego widniejąca w postanowieniu odsyłającym i powtórzona w treści badanego tu pytania prejudycjalnego, zgodnie z którą omawiane ustawodawstwo przyczynia się rzeczywiście do osiągnięcia tych dwóch celów, pozwala jednoznacznie odpowiedzieć na to pytanie w sposób twierdzący. Opieram swe stanowisko na następujących argumentach.

69. Jak już wcześniej przypomniałem, zgodność z prawem wspólnotowym przepisów państwa członkowskiego, które ograniczają wykonywanie swobody przepływu, wymaga w szczególności, aby były one właściwe do osiągnięcia zamierzonych przez nie celów. Zgodnie z orzecznictwem istotne jest w tym zakresie, aby realizowały one ten cel w sposób spójny i systematyczny [21].

70. Wymóg ten wynika ze zdrowego rozsądku. Otóż przepis ograniczający swobodę przepływu, który nie realizuje w sposób spójny i systematyczny celu, który leży u jego podstaw, nie może z tego względu osiągnąć tego celu. Zatem cel powołany na poparcie tych przepisów nie może uzasadniać ograniczenia swobody podstawowej przewidzianej prawem wspólnotowym, bowiem cel ten nie może być w każdym razie osiągnięty. Innymi słowy w takiej sytuacji powołane uzasadnienie jest w istocie tylko pretekstem.

19 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 69.
20 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Placanica i in., pkt 55.
21 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 67.

71. Trybunał uznał bowiem ostatnio za niespójne ustawodawstwo państwa członkowskiego zakazujące reklamy w stacjach telewizyjnych o zasięgu ogólnokrajowym zabiegów leczniczych i chirurgicznych wykonywanych w prywatnych placówkach medycznych, przy równoczesnym dopuszczeniu, pod pewnymi warunkami, możliwości nadawania takiej reklamy w lokalnych stacjach telewizyjnych [22]. Odnosiło się to również do przepisów państwa członkowskiego, zgodnie z którymi otwarcie ambulatorium dentystycznego było uzależnione od otrzymania zezwolenia warunkowanego istnieniem zapotrzebowania na opiekę medyczną, podczas gdy otwarcie praktyki grupowej świadczącej takie same usługi nie podlegało temu warunkowi [23].

72. Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Gambelli i in. wpisuje się doskonale w to orzecznictwo, nawet jeśli niespójność stwierdzona przez Trybunał w tym wyroku nie dotyczy samej treści tego ustawodawstwa, lecz jego konkretnego stosowania przez władze krajowe. Z wyroku tego wynika bowiem, że państwo członkowskie nie może zgodnie z prawem wprowadzić przepisu ograniczającego w dziedzinie gier hazardowych w wyłącznym celu ochrony konsumentów przed ryzykiem nadmiernych wydatków, podczas gdy w rzeczywistości prowadzi politykę silnego nakłaniania tych samych konsumentów do udziału w grach.

73. We wszystkich tych przypadkach ustawodawstwo krajowe okazuje się zatem niezdatne do osiągnięcia zamierzonego przez nie celu, bowiem albo jego założenia obarczone są błędem, albo jego konkretne stosowanie jest sprzeczne z tym celem.

74. Nie ma to miejsca w niniejszych sprawach. W istocie, w przeciwieństwie do sytuacji, o której mowa w ww. wyroku w sprawie Gambelli i in., ustawa niderlandzka nie ma na celu jedynie ochrony konsumentów przed uzależnieniem od gry, lecz również służy przeciwdziałaniu oszustwom. Zgodnie z orzecznictwem możliwość osiągnięcia przez te przepisy tych dwóch celów powinna być oceniona z uwzględnieniem obu tych celów łącznie [24].

75. Wynika stąd, że w ramach badania zgodności ustawy niderlandzkiej z prawem wspólnotowym, zachowania podmiotów posiadających wyłączne prawa do urządzania gier hazardowych nie należy oceniać jedynie pod kątem celu ochrony konsumentów przed uzależnieniem od gry, lecz również mając na względzie cel jakim jest przeciwdziałanie oszustwom.

76. Jak już wskazałem, w ww. wyroku w sprawie Placanica i in. Trybunał przyznał, iż ten ostatni cel może wymagać ze strony uprawnionych podmiotów gospodarczych oferowania szerokiej gamy gier, reklamy w pewnym

22 — Wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-500/06 Corporación Dermoestética, Zb.Orz. s. I-5785, pkt 40.

23 — Wyrok z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie C-169/07 Hartlauer, Zb.Orz. s. I-1721, pkt 63.

24 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Läärä i in., pkt 33; w sprawie Zenatti, pkt 31.

zakresie oraz wprowadzenia nowych gier, aby stanowić atrakcyjną alternatywę w stosunku do gier nielegalnych i zabronionych. Należy podzielić to stanowisko. Ukierunkowanie graczy na pozostanie w legalnym obiegu wymaga, aby był on wystarczająco atrakcyjny dla zaspokojenia chęci gry jak największej ilości osób, tak by zapobiec kierowaniu się konsumentów do obiegów niedozwolonych lub sprzyjaniu przez nich ich rozwojowi.

77. Zatem fakt, że podmioty posiadające wyłączne prawa do urządzania gier hazardowych w Niderlandach mają prawo uatrakcyjnić swą ofertę, wprowadzając nowe gry i korzystając z reklamy, nie jest sam w sobie niespójny z celami realizowanymi przez przepisy niderlandzkie rozważanymi łącznie, bowiem podejście to przyczynia się w pełni do przeciwdziałania oszustwom.

78. Jednak w zakresie, w jakim przepisy niderlandzkie służą również ochronie konsumentów przed uzależnieniem od gry, ważne jest, aby wprowadzanie nowych gier i reklama były ściśle kontrolowane przez państwo członkowskie i ograniczone tak, by były one również zgodne z realizacją tego celu. Pogodzenie dwóch celów założonych przez przepisy niderlandzkie wymaga zatem, by oferta podmiotów, którym przysługuje wyłączne prawo, i reklama gier objętych zezwoleniem były wystarczające, aby skłonić konsumentów do pozostania w legalnym obiegu, nie stanowiąc jednak jednocześnie zachęty do nadmiernego oddawania się grze, które prowadziłoby konsumentów, bądź przynajmniej najwrażliwszych z nich, do wydawania kwot przewyższających część ich dochodów, którą mogą wydać na swe rozrywki.

79. Oczywiste jest, że punkt równowagi między tymi dwoma celami jest w konkretnym przypadku trudny do ustalenia. Wynika on ze złożonej oceny przewidywalnego ryzyka i konsekwencji gier oferowanych w danym państwie członkowskim, jak również ich reklamy. Dlatego właśnie ocena kwestii, czy ustawodawstwo państwa członkowskiego, takie jak ustawa niderlandzka, respektuje ten punkt równowagi, a w konsekwencji można je uznać za realizujące te cele w sposób spójny i systematyczny, powinna przebiegać zgodnie z następującymi zasadami.

80. Po pierwsze, jak wskazuje sąd krajowy, z powodu poważnych trudności, z jakimi wiążą się te oceny, niezbędne jest przyznanie państwom członkowskim znacznego zakresu swobodnego uznania. Wpisuje się to zresztą w orzecznictwo z dziedziny gier hazardowych, zgodnie z którym państwom członkowskim powinien przysługiwać zakres swobodnego uznania wystarczający do tego, aby mogły one określić wymagania dotyczące ochrony uczestników gier oraz, bardziej ogólnie, przy uwzględnieniu specyfiki społeczno-kulturowej poszczególnych państw członkowskich, wymagania dotyczące ochrony porządku społecznego [25].

25 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 63.

81. Po drugie, ocenę możliwości osiągnięcia przez omawiane ustawodawstwo krajowe założonych przez nie celów należy pozostawić sądom krajowym, które znajdują się w najdogodniejszej pozycji, aby poddać konkretnej ocenie warunki stosowania takiego ustawodawstwa i jego konkretnych skutków [26].

82. Wynika stąd, że należy uznać, iż rozpatrywane ustawodawstwo krajowe może osiągnąć założone przez nie cele, jeśli sąd krajowy, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, stwierdzi, że ustawodawstwo to rzeczywiście przyczynia się do osiągnięcia wszystkich tych celów. Z takiej oceny sądu wynika w istocie, że stwierdził on, iż dozwolona oferta gier i reklama nie stanowią dla konsumentów zachęty do grania, która byłaby nadmierna i która w rzeczywistości powodowałaby zadłużenie lub uzależnienie.

83. Komisja w swych uwagach na piśmie nie podziela w całości tego stanowiska. W szczególności poddała ona w wątpliwość możliwość uzasadnienia rozpatrywanych przepisów niderlandzkich celem, jakim jest przeciwdziałanie oszustwom. Komisja przypomniała orzecznictwo dotyczące ciężaru dowodu, który spoczywa na państwie członkowskim, którego przepisy ograniczają swobodę przepływu [27]. Jej zdaniem orzecznictwo to daje się z powodzeniem przenieść na grunt gier hazardowych, jak to wynika z wyroku w sprawie Lindman [28].

84. Komisja wskazała, że postanowienie odsyłające nie zawiera żadnego elementu, który pozwalałby wywnioskować, że nielegalne gry stanowią w Niderlandach poważny problem. Przypomniała ona, że w sprawie zakończonej ww. wyrokiem Placanica i in. rząd włoski zacytował dane wykazujące, iż działalność w zakresie nielegalnych gier i zakładów stanowiła we Włoszech poważny problem.

85. Nie podzielam wątpliwości Komisji w odniesieniu do możliwości uzasadnienia przez rząd niderlandzki przepisów krajowych celem, jakim jest przeciwdziałanie oszustwom.

86. Prawdą jest, że zgodnie z orzecznictwem to do państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo ogranicza swobodę przepływu, należy wykazanie niezbędności i proporcjonalności tego ograniczenia. Jednak zakres

26 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Zenatti, pkt 37: w sprawie Gambelli i in., pkt 66.

27 — Komisja cytuje wyrok z dnia 7 lipca 2005 r. w sprawie C-147/03 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-5969, zgodnie z którym „na władzach krajowych, które powołują się na odstępstwo od podstawowej zasady swobodnego przepływu osób, spoczywa obowiązek wykazania w każdym konkretnym przypadku, iż ich przepisy są niezbędne i proporcjonalne do zamierzonego celu. Względom uzasadniającym, które mogą zostać powołane przez państwo członkowskie, musi towarzyszyć analiza trafności i proporcjonalności przyjętego przez to państwo środka restrykcyjnego oraz dane potwierdzające argumentację tego państwa" (pkt 63).

28 — Wyrok z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie C-42/02, Rec. s. I-13519.

tego obowiązku należy oceniać z uwzględnieniem interesu, którego ochronie dane ustawodawstwo służy.

87. I tak, jeśli chodzi o ochronę zdrowia ludzi, stwierdzone zostało, że państwo członkowskie może przyjąć ustawodawstwo ograniczające swobodę przepływu, bez potrzeby pełnego wykazania rzeczywistego charakteru tego ryzyka [29]. Wystarczy, by ryzyko dla zdrowia istniało potencjalnie. Taka sama wykładnia powinna, moim zdaniem, mieć zastosowanie w odniesieniu do ochrony społeczeństwa przed ryzykiem poważnego zaburzenia porządku publicznego.

88. W odniesieniu do gier hazardowych państwo członkowskie ma prawo uznać, że wśród jego obywateli istnieje skłonność do tych gier, która – jeśli nie zostanie zaspokojona w legalnym obiegu – będzie poszukiwała zaspokojenia poza legalnymi ramami. Ponadto znaczenie sum pieniężnych, jakie działalność ta pozwala zgromadzić, może powodować uprawnione obawy, że rozwiną się nielegalne sieci i że spowodują one poważne zaburzenia porządku publicznego.

89. W tym względzie Trybunał przyznał, iż loterie organizowane na dużą skalę [30], automaty do gry [31], zakłady sportowe [32] oraz gry uprawiane w kasynach [33] z racji znacznych sum pieniędzy, które pozwalają zebrać, mogą stwarzać podwyższone ryzyko przestępstw i oszustw.

90. Państwo członkowskie ma również prawo ocenić, że skłonność części ludności do gier hazardowych i ryzyko spowodowane brakiem uregulowania tej działalności w obiegu kontrolowanym rosną z powodu nowoczesnych środków komunikacji, a w szczególności internetu. Ten środek komunikacji umożliwił bowiem wszystkim tym osobom, które go posiadają, dostęp do znacznej liczby gier on-line. Potencjalnie niebezpieczny charakter tych ostatnich został w jasny sposób potwierdzony przez Trybunał w ww. wyroku w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Baw International, w którym uznał on, że ze względu na brak bezpośredniego kontaktu pomiędzy konsumentem a podmiotem urządzającym gry, gry hazardowe dostępne przez internet wiążą się z odmiennym, podwyższonym ryzykiem w porównaniu do tradycyjnego rynku takich gier, jeżeli chodzi o ewentualne oszustwa popełnione przez podmioty urządzające te gry wobec konsumentów [34].

91. Ponadto, jak już zauważyłem, państwom członkowskim przysługuje swoboda uznania wystarczająca do określenia wymogów niezbędnych dla ochrony uczestników gier oraz porządku społecznego, przy uwzględnieniu ich specyfiki społeczno-kulturowej.

29 — Wyroki: z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-531/06 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-4103, pkt 54; w sprawach połączonych C-171/07 i C-172/07 Apothekerkammer des Saarlandes i in., Zb.Orz. s. I-4171, pkt 30.

30 — Wyrok z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92 Schindler, Rec. s. I-1039.

31 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Läärä i in.

32 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Zenatti.

33 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Anomar i in.

34 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Baw International, pkt 70.

92. W świetle tych rozważań i powołanego orzecznictwa obrona podstawowych swobód przepływu nie oznacza zatem, moim zdaniem, nałożenia na państwa członkowskie obowiązku oczekiwania, aż na ich terytorium rozwiną się rzeczywiście sieci nielegalnych gier, aby móc podjąć działania mające na celu uregulowanie prowadzenia tej działalności i zwalczania takich praktyk. Państwo członkowskie ma prawo powołać się na ryzyko oszustw związanych z grą jako podstawę ustawodawstwa ograniczającego tę działalność, przy czym nie musi być ono w stanie wykazać, że oszustwa są rzeczywiście popełniane na jego terytorium.

93. Innymi słowy, państwo członkowskie ma prawo zapobiegawczo wprowadzić ograniczenia w celu przeciwdziałania oszustwom w dziedzinie gier hazardowych.

94. Mając na względzie powyższe uwagi proponuję, aby Trybunał udzielił odpowiedzi, iż ustawodawstwo państwa członkowskiego ograniczające świadczenie usług w zakresie gier hazardowych celem ograniczania uzależnienia od gry i przeciwdziałania oszustwom – zgodnie z którym osoby, którym przysługuje prawo wyłączne do urządzania tych gier, mają prawo uatrakcyjnić swą ofertę, wprowadzając nowe gry i korzystając z reklamy – należy uznać za realizujące te cele w sposób spójny i systematyczny, jeśli w ocenie sądu krajowego ustawodawstwo to – uwzględniając jego treść i jego wykonanie – przyczynia się rzeczywiście do osiągnięcia tych dwóch zamierzonych celów.

B — *W przedmiocie zakresu kontroli zgodności ustawodawstwa krajowego z prawem wspólnotowym (sprawa C-258/08)*

95. W pkt 75 ww. wyroku w sprawie Gambelli i in. Trybunał stwierdził, że do sądu krajowego należy zbadanie, czy dane ustawodawstwo krajowe, biorąc pod uwagę jego konkretne zastosowanie, odpowiada rzeczywiście celom, które mogą je uzasadniać i czy nakładane przez nie ograniczenia nie wydają się nieproporcjonalne do tych celów. Hoge Raad der Nederlanden zadaje sobie pytanie o zakres tego obowiązku.

96. W pytaniu drugim lit. a) zmierza on zatem do ustalenia, czy sąd krajowy, stwierdziwszy że jego ustawodawstwo jest zgodne z art. 49 WE, powinien jeszcze zbadać w każdym konkretnym przypadku stosowania, czy środek służący zapewnieniu przestrzegania tego ustawodawstwa – taki jak nakaz uniemożliwienia przez podmiot gospodarczy osobom zamieszkującym na terytorium kraju dostępu do jego strony internetowej, na której oferowane są gry hazardowe – może osiągnąć cele założone przez to ustawodawstwo i czy jest proporcjonalny.

97. W pytaniu drugim lit. b) zmierza on również do ustalenia, czy odpowiedź na to pytanie powinna być inna, jeśli o zastosowanie danego środka wniósł w ramach postępowania cywilnego podmiot gospodarczy, któremu przysługuje wyłączne prawo do urządzania gier hazardowych, a nie organ władzy publicznej.

98. U podstaw tych pytań leży argumentacja, jakiej użyła Ladbrokes w ramach swojego odwołania wniesionego do sądu krajowego w sprawie C-258/08, a zgodnie z którą warunek wskazany w pkt 75 ww. wyroku w sprawie Gambelli i in. powinien być oceniony in concreto przez sąd orzekający co do istoty w odniesieniu do nakazu, o który wniosła De Lotto. Zdaniem Ladbrokes sąd krajowy w ramach tej oceny powinien był uwzględnić również okoliczność, że była ona uprawniona do oferowania gier hazardowych przez internet w Zjednoczonym Królestwie.

99. Uważam, że sąd orzekający co do istoty w przedmiocie wniosku De Lotto nie był zobowiązany do zbadania i wykazania, że zwyczajny środek wykonawczy, taki jak nakaz wydany w stosunku do Ladbrokes, może osiągnąć cele założone przez ustawodawstwo niderlandzkie oraz że jest proporcjonalny. Twierdzę również, iż na odpowiedź tę nie ma wpływu fakt, że o wydanie tego nakazu zwrócono się w ramach sporu cywilnego i że został on wydany w ramach tego sporu, a nie w następstwie skargi władz państwowych.

100. Opieram to stanowisko na zakresie kontroli poszanowania zasady proporcjonalności, jakiej powinien dokonać sąd krajowy, który wynika z orzecznictwa, a w szczególności z pkt 75 ww. wyroku w sprawie Gambelli i in. oraz na treści i skutkach nakazu wydanego w stosunku do Ladbrokes.

101. Zgodnie z orzecznictwem jeśli państwo członkowskie w ramach wykonywania swych własnych kompetencji ogranicza wykonywanie swobody przepływu celem ochrony interesu wskazanego w traktacie lub uznawanego w orzecznictwie za uzasadniony, musi być ono w stanie wykazać, że nakładane przez nie ograniczenie jest odpowiednie do skutecznej ochrony tego uzasadnionego interesu i że jest ono proporcjonalne do tego celu.

102. Od warunku odpowiedniego charakteru zależy prawo tego państwa członkowskiego do powoływania się na uzasadniony interes wskazany jako podstawa ograniczenia. Warunek proporcjonalności w ścisłym znaczeniu służy zawężeniu tego ograniczenia do tego, co jest niezbędne do ochrony tego interesu. Te dwa warunki mają zastosowanie, bowiem państwa członkowskie powinny wykonywać swe kompetencje z poszanowaniem zobowiązań, które powzięły w ramach traktatu, a w szczególności podstawowych swobód przepływu. Jeśli państwo członkowskie ogranicza te swobody, wymienione warunki umożliwiają znalezienie właściwej równowagi między tym, czego wymaga ochrona danego interesu, a swobodą podstawową.

103. Można z tego zatem wywnioskować na tym etapie niniejszej analizy, że istnienie ograniczenia swobody przepływu skutkuje poddaniem działania państwa członkowskiego w ramach jego własnych kompetencji obowiązkowi poszanowania dwóch wskazanych warunków, to znaczy wspólnotowej zasady

proporcjonalności sensu largo [35]. W braku takiego ograniczenia zasada ta nie ma zastosowania i działanie państwa członkowskiego można kontrolować jedynie w świetle ogólnych zasad jego prawa krajowego [36].

104. Orzecznictwo wyjaśniło ponadto zakres kontroli proporcjonalności, jakiej powinien dokonać sąd krajowy. Po pierwsze, powinien on zbadać odrębnie każde z ograniczeń przewidzianych w jego prawie krajowym [37]. I tak w odniesieniu do ustawodawstwa włoskiego będącego przedmiotem ww. wyroku w sprawie Placanica i in. obowiązek ten oznaczał, że sąd krajowy musiał poddać kolejno ocenie, czy uzasadniony bądź nie jest obowiązek uzyskania przez podmioty gospodarcze koncesji, tryb przyznawania koncesji, a w szczególności wyłączenie spółek, których indywidualnych akcjonariuszy nie można było w każdej chwili zidentyfikować, obowiązek uzyskania zezwolenia policji i wreszcie, czy uzasadnione są sankcje karne służące zwalczaniu naruszeń tego ustawodawstwa.

105. Po drugie, sąd krajowy powinien dokonać dwojakiego badania. Po pierwsze, powinien on zbadać treść ustawodawstwa, tak jak jest ono sformułowane na piśmie. Ustawodawstwo stanowiące ograniczenie swobody przepływu nie może być zgodne z prawem wspólnotowym, jeśli – w takim kształcie, w jakim zostało ono ustalone przez ustawodawcę – jest ono dyskryminujące lub nieodpowiednie do osiągnięcia zamierzonych przez nie celów bądź też jest nieproporcjonalne.

106. Jednakże to teoretyczne badanie nie jest wystarczające. Sąd krajowy powinien, po drugie, poddać również ocenie warunki, w których jego ustawodawstwo krajowe jest konkretnie stosowane. Powinien on zatem zbadać, czy w ramach jego wykonywania przez właściwe władze lub ewentualnie przez podmioty gospodarcze, badane ustawodawstwo jest stosowane w sposób niedyskryminujący, zgodnie z jego celami i w sposób proporcjonalny [38].

107. Ta kontrola wykonywania danego ustawodawstwa jest konieczna po to, by ograniczenie swobody przepływu rzeczywiście wynikało z ochrony uzasadnionego interesu powołanego na poparcie tego ograniczenia. Mianowicie zgodnie z pkt 69 ww. wyroku w sprawie Gambelli i in., jeśli w rzeczywistości władze państwa członkowskiego nakłaniają i zachęcają konsumentów do udziału w grach hazardowych po to, by skarb państwa osiągał z tego zyski, to państwo to nie może uzasadniać ograniczeń przewidzianych w jego ustawodawstwie krajowym ochroną społecznego porządku publicznego zmierzającą do ograniczenia okazji do gry.

35 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Placanica i in., pkt 49.

36 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 14 kwietnia 2005 r. w sprawie C-6/03 Deponiezweckverband Eiterköpfe, Zb.Orz. s. I-2753, pkt 63.

37 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Placanica i in., pkt 49.

38 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Zenatti, pkt 37; w sprawie Gambelli i in., pkt 75.

108. Sąd krajowy w zawisłej przed nim sprawie stwierdził, że kontrola ta została dokonana i że w jej wyniku sąd orzekający co do istoty ocenił, że przepisy niderlandzkie były zgodne z art. 49 WE. Jak już wcześniej zauważyłem, ocena ta należy do kompetencji sądu krajowego.

109. W dalszej części analizy badanego tu pytania należy zatem wyjść z założenia, że ocena ta jest uzasadniona, nie przesądzając na tym etapie konsekwencji, jakie powinny zostać wyciągnięte z rozstrzygnięcia przez Trybunał zagadnienia czwartego dotyczącego zakresu, jaki ma w tym sporze zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości wynikające z art. 49 WE.

110. Powstaje zatem pytanie, czy stwierdziwszy zgodnie z orzecznictwem Trybunału, że ustawa niderlandzka jest zgodna z art. 49 WE, sąd krajowy powinien również zbadać i wykazać, że wydany wobec Ladbrokes nakaz uniemożliwienia dostępu do strony internetowej osobom zamieszkałym w Niderlandach jest właściwy do osiągnięcia celów realizowanych przez tę ustawę i jest proporcjonalny do nich.

111. Uważam, że sąd krajowy nie jest zobowiązany dokonywać takiego badania, bowiem nakaz ten ogranicza się ściśle do zapewnienia stosowania art. 1 lit. a) ustawy niderlandzkiej, który zakazuje wszelkim podmiotom nieuprawnionym do tego oferowania jakichkolwiek gier hazardowych w Niderlandach. Nie tworzy on sam żadnego ograniczenia swobody świadczenia usług, które nie byłoby już przewidziane w tym przepisie. Jego wyłącznym celem i skutkiem jest zapewnienie jego stosowania.

112. Zatem nie jest niezbędne, by sąd krajowy zbadał i wykazał, że rozpatrywany środek wykonawczy jest zgodny ze wspólnotową zasadą proporcjonalności w konkretnych okolicznościach zawisłego przed nim sporu, a w szczególności ze względu na podmiot gospodarczy, do którego ma on być stosowany. Ocena sądu krajowego, zgodnie z którą jego ustawa niderlandzka jest zgodna z art. 49 WE, powinna w logiczny sposób rozciągać się na wszystkie środki, które ograniczają się ściśle do zapewnienia jej poszanowania, niezależnie od podmiotu, którego dotyczą, i od rodzaju sporu, w którym wniesiono o jej wykonanie.

113. Aby przekonać się o bezużyteczności takiego badania, wystarczy stwierdzić, że pójście za tezą Ladbrokes mogłoby prowadzić do sytuacji, w której nakaz musiałby zostać uchylony, co oznaczałoby pozbawienie ustawodawstwa niderlandzkiego wszelkiej skuteczności w odniesieniu do tego podmiotu gospodarczego, chociaż zostało stwierdzone, iż ograniczenie przewidziane w tym ustawodawstwie jest zgodne z prawem wspólnotowym. Innymi słowy teza Ladbrokes sprowadza się w rzeczywistości do kwestionowania tej zgodności.

114. Rozważania te pozwalają również na wysnucie wniosku, że analiza ta nie może zależeć od tego, czy o zastosowanie danego środka wykonawczego wniosły organy władzy publicznej, czy też – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie – podmiot gospodarczy posiadający zezwolenie na urządzanie gier hazardowych w danym państwie członkowskim, w ramach sporu między podmiotami prawa prywatnego.

115. Znaczenie ma tu zgodność z prawem wspólnotowym ustawodawstwa krajowego ograniczającego swobodę przepływu, którego rozpatrywany środek ma zapewnić jedynie wykonanie. Jako że warunek ten został zbadany zgodnie z orzecznictwem Trybunału, wybór przez dane państwo członkowskie środków ograniczających się ściśle do zapewnienia stosowania tego ustawodawstwa należy do jego własnej kompetencji. Powinno ono zatem swobodnie zdecydować, czy środki te mogą być stosowane jedynie na wniosek organu władzy publicznej, czy też – jak w niniejszej sprawie – na wniosek podmiotu prawa prywatnego w ramach sporu między podmiotami prawa prywatnego.

116. Proponuję zatem, aby Trybunał na pytanie drugie lit. a) i b) przedstawione przez Hoge Raad der Nederlanden udzielił następującej odpowiedzi. Po pierwsze, stwierdziwszy że jego ustawodawstwo jest zgodne z art. 49 WE, sąd krajowy nie jest zobowiązany do zbadania, w każdym przypadku jego stosowania, czy środek mający zapewnić poszanowanie tego ustawodawstwa – taki jak nakaz, zgodnie z którym podmiot gospodarczy ma uniemożliwić dostęp do swojej strony internetowej oferującej gry hazardowe osobom zamieszkującym na terytorium kraju – jest właściwy do osiągnięcia celów zamierzonych przez to ustawodawstwo i jest proporcjonalny, jeśli ten środek wykonawczy ogranicza się ściśle do zapewnienia przestrzegania tego ustawodawstwa. Po drugie, odpowiedź na to pytanie nie może różnić się w zależności od tego, czy o zastosowanie tego środka wniósł organ władzy publicznej, czy też podmiot prawa prywatnego w ramach sporu między podmiotami prawa prywatnego.

C — *W przedmiocie stosowania zasady wzajemnego uznawania w odniesieniu do zezwolenia na oferowanie gier przez internet udzielonego podmiotowi gospodarczemu przez państwo członkowskie, w którym ma on siedzibę (sprawy C-203/08 i C-258/08)*

117. Raad van State, poprzez swoje pierwsze pytanie prejudycjalne w sprawie C-203/08, oraz Hoge Raad der Nederlanden poprzez swoje trzecie pytanie prejudycjalne w sprawie C-258/08, zmierzają w istocie do wyjaśnienia przez Trybunał, czy art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że okoliczność, iż usługodawca oferujący gry on-line jest uprawniony do wykonywania tej działalności przez państwo członkowskie, na którego terytorium ma on siedzibę, sprzeciwia się temu, by właściwe władze innego państwa członkowskiego, w którym gry hazardowe podlegają systemowi zezwolenia ograniczonego do jednego tylko podmiotu gospodarczego, zakazały temu usługodawcy oferowania gier przez internet osobom zamieszkującym na terytorium tego innego państwa członkowskiego.

118. Pytanie to zostało skierowane do Trybunału, bowiem Betfair twierdziła, że Królestwo Niderlandów, zgodnie z zasadą wzajemnego uznawania wyrażoną w wyroku w sprawie Rewe-Zentral zwanym „wyrokiem w sprawie Cassis de Dijon" [39], jest zobowiązane uznać zezwolenia, które zostały wydane na jej rzecz przez inne państwa członkowskie.

119. Uważam, że stanowiska tego nie można poprzeć i to z następujących dwóch powodów.

120. Po pierwsze, zgodnie ze stanowiskiem zajętym przez Trybunał w ww. wyroku w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Baw International, zasada wzajemnego uznawania nie ma zastosowania do zezwolenia na świadczenie usług w zakresie gier hazardowych przez internet.

121. W wyroku tym Trybunał stwierdził bowiem, że ponieważ sektor gier hazardowych oferowanych przez internet nie jest przedmiotem harmonizacji wspólnotowej, państwo członkowskie może zgodnie z prawem stwierdzić, że sama tylko okoliczność, iż podmiot gospodarczy oferuje zgodnie z prawem usługi z danego sektora przez internet w innym państwie członkowskim, gdzie ma siedzibę i gdzie zasadniczo podlega warunkom prawnym i kontroli za strony właściwych organów ostatniego z wymienionych państw członkowskich, nie może być uznana za wystarczającą gwarancję ochrony krajowych konsumentów przed niebezpieczeństwem oszustwa i przestępczości, z uwagi na trudności, jakie mogą napotkać w tym kontekście władze państwa członkowskiego siedziby przy ocenie solidności i profesjonalnych cech takiego podmiotu [40].

122. Wynika stąd, że okoliczność, iż Ladbrokes i Betfair są uprawnione przez Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, na którego terytorium mają one siedzibę, do oferowania gier on-line, nie może podważyć zgodności z prawem wspólnotowym przepisów, takich jak ustawa niderlandzka, poddających prawo do oferowania gier hazardowych na rzecz osób zamieszkujących w Niderlandach systemowi zezwolenia ograniczonego do jednego tylko podmiotu gospodarczego.

123. Po drugie, reżim praw wyłącznych służy właśnie temu, by zakazać wszelkim podmiotom innym niż ten lub te, którym te prawa przysługują, wykonywania działalności objętej tym reżimem. Jeśli reżim taki jest właściwie uzasadniony, a w związku z tym jest zgodny z prawem wspólnotowym, nie ma znaczenia, czy podmioty gospodarcze, które pragną urządzać gry hazardowe w państwie członkowskim, w którym tego rodzaju monopol istnieje, są uprawnione do wykonywania tej działalności w państwie członkowskim, w którym mają siedzibę.

39 — Wyrok z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78, Rec. s. 649.

40 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Baw International, pkt 69.

124. Proponuję zatem, aby Trybunał udzielił odpowiedzi, że art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że okoliczność, iż usługodawca oferujący gry on-line jest uprawniony do wykonywania tej działalności przez państwo członkowskie, na terytorium którego ma siedzibę, nie sprzeciwia się temu, aby właściwe władze innego państwa członkowskiego – w którym gry hazardowe poddane są systemowi zezwolenia ograniczonego do jednego tylko podmiotu gospodarczego – zakazały takiemu usługodawcy oferowania gier przez internet osobom zamieszkującym na terytorium tego innego państwa członkowskiego.

D — *W przedmiocie stosowania zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości (sprawa C-203/08)*

125. Raad van State zmierza do poddania ocenie zgodności z prawem wspólnotowym przedłużenia zezwoleń De Lotto i SGR decyzjami, odpowiednio, z dnia 10 grudnia 2004 r. i z dnia 21 czerwca 2005 r., biorąc pod uwagę, że decyzje te zostały wydane bez poprzedzenia ich procedurą przetargową.

126. Poprzez swe drugie pytanie zmierza on zatem do ustalenia, czy zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości, które zgodnie z orzecznictwem ciążą na państwach członkowskich przy przyznawaniu w dziedzinie gier hazardowych koncesji na usługi o charakterze publicznym, mają zastosowanie również w ramach systemu zezwolenia na rzecz jednego tylko podmiotu.

127. Poprzez swe pytanie trzecie lit. a) sąd krajowy zmierza do wyjaśnienia przez Trybunał kwestii, czy w systemie ograniczonym do jednego tylko podmiotu gospodarczego przedłużenie zezwolenia jego posiadaczowi bez żadnej procedury przetargowej z udziałem innych usługodawców może stanowić właściwy i proporcjonalny środek realizacji celów uznanych w orzecznictwie za uzasadnione względy ograniczające swobody przepływu w dziedzinie gier hazardowych i, jeśli tak, pod jakimi warunkami.

128. Poprzez swoje pytanie trzecie lit. b) sąd ten zmierza do ustalenia, czy odpowiedź na pytanie drugie ma znaczenie dla odpowiedzi na pytanie trzecie lit. a).

129. Proponuję, aby Trybunał rozumiał te trzy pytania w następujący sposób. Po pierwsze, Raad van State zwraca się z zasadniczym pytaniem, czy obowiązek przejrzystości ma zastosowanie w systemie zezwolenia na rzecz jednego tylko podmiotu w dziedzinie gier hazardowych. Po drugie, w przypadku odpowiedzi twierdzącej na to pytanie, zmierza do ustalenia, czy i, jeśli tak, pod jakimi warunkami przedłużenie zezwolenia na urządzenie gier hazardowych bez zastosowania procedury przetargowej może być usprawiedliwione uzasadnionymi względami, takimi jak ochrona konsumentów przed ryzykiem uzależnienia od gry i ochrona porządku publicznego.

130. Przed zbadaniem tych dwóch zagadnień wydaje się niezbędne przypomnieć główne linie orzecznictwa dotyczące obowiązku przejrzystości rozwinięte w ramach udzielania zamówień publicznych lub koncesji.

1. Główne linie orzecznictwa dotyczące obowiązku przejrzystości

131. Władze publiczne państwa członkowskiego, które zamierzają udzielić zamówienia publicznego lub przyznać koncesję, zobowiązane są do poszanowania traktatowych zasad podstawowych, a w szczególności swobód przepływu [41].

132. Zgodnie z orzecznictwem, o ile takie zamówienie bądź taka koncesja może interesować również przedsiębiorstwo z siedzibą w państwie członkowskim innym niż państwo instytucji zamawiającej, udzielenie tego zamówienia lub tej koncesji przy całkowitym braku przejrzystości przedsiębiorstwu znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej stanowi odmienne traktowanie na niekorzyść tego pierwszego przedsiębiorstwa [42].

133. W przypadku braku przejrzystości to ostatnie przedsiębiorstwo nie ma bowiem żadnej realnej możliwości wyrażenia zainteresowania otrzymaniem danego zamówienia publicznego lub koncesji.

134. Trybunał wywiódł z tego, że takie zróżnicowanie traktowania, które poprzez wykluczenie wszystkich przedsiębiorstw znajdujących się w innym państwie członkowskim, działa głównie na ich niekorzyść, stanowi przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej na mocy art. 43 WE i 49 WE, chyba że jest jest ona uzasadnione obiektywnymi okolicznościami [43].

135. Obowiązek przejrzystości ma zatem zastosowanie w celu umożliwienia wszystkim przedsiębiorstwom – które mają siedzibę w państwie członkowskim innym niż państwo instytucji zamawiającej i które byłyby potencjalnie zainteresowane planowanym zamówieniem publicznym lub koncesją – ich uzyskania. Stanowi on zatem konkretny i szczególny wyraz zasady równego traktowania, która służy temu, aby przedsiębiorstwa korzystały rzeczywiście z praw, które przyznają im art. 43 WE i 49 WE.

136. Jeśli planowane zamówienia publiczne lub koncesje są objęte jedną z dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, te akty koordynujące przewidują warunki i tryby,

41 — Wyroki: z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 26; z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea, Zb.Orz. s. I-8127, pkt 39.

42 — Wyroki: z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 17; z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 ASM Brescia, Zb.Orz. s. I-5641, pkt 59.

43 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie ASM Brescia, pkt 60 i przytoczone tam orzecznictwo.

w których ww. obowiązek przejrzystości należy wykonywać, ustanawiając szczegółowe zasady ich udzielania.

137. Jeśli planowane zamówienia publiczne lub koncesje nie są objęte żadnym z tych aktów koordynujących, państwa członkowskie są mimo to zobowiązane do przestrzegania obowiązku przejrzystości, w zakresie w jakim wynika on z zasad podstawowych traktatu oraz z zasady równego traktowania [44].

138. W wyroku z dnia 13 września 2007 r. Komisja przeciwko Włochom [45], cytowanym przez Raad van State, Trybunał stwierdził bowiem, że udzielenie koncesji na prowadzenie i zbieranie zakładów na wyścigi konne we Włoszech stanowiło koncesję na świadczenie usług publicznych i przypomniał, że koncesje na świadczenie usług publicznych są wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy Rady 92/50/EWG [46]. Następnie stwierdził, że organy władzy publicznej udzielające koncesji są niemniej zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatowych w ogólności, a zwłaszcza art. 43 WE i 49 WE, oraz w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, które są szczególnym wyrazem zasady równego traktowania, bowiem z tych dwóch zasad wynika obowiązek przejrzystości [47].

139. Zakres tego obowiązku, jeśli planowana umowa nie jest objęta zakresem stosowania dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych, został zdefiniowany przez Trybunał z uwzględnieniem celów realizowanych przez ten obowiązek. Służy on, po pierwsze, umożliwieniu wszystkim potencjalnie zainteresowanym przedsiębiorstwom uzyskania informacji i złożenia oferty. Po drugie, ma on zapewnić kontrolę bezstronności udzielenia zamówień.

140. Zatem zgodnie z orzecznictwem obowiązek przejrzystości niekoniecznie oznacza przeprowadzenie procedury przetargowej, lecz wymaga od instytucji zamawiającej, aby zagwarantowała ona każdemu potencjalnie zainteresowanemu przedsiębiorstwu odpowiedni stopień jawności umożliwiający otwarcie zamówienia publicznego lub koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur ich udzielania [48].

141. Przedsiębiorstwo z siedzibą na terytorium innego państwa członkowskiego powinno zatem mieć dostęp do odpowiednich informacji dotyczących zamówienia lub koncesji przed ich udzieleniem, tak aby, jeśli miało ono taki zamiar, mogło wyrazić zainteresowanie otrzymaniem tego zamówienia lub koncesji [49].

142. Ponadto kryteria, na których podstawie dane zamówienie lub koncesja są udzielane,

44 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb.Orz. s. I-8457, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo.

45 — Sprawa C-260/04, Zb.Orz. s. I-7083.

46 — Dyrektywa z dnia 18 czerwca 2002 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, Dz.U. L 209, s. 1.

47 — Wyżej wymieniony wyrok z dnia 13 września 2007 r., Komisja przeciwko Włochom, pkt 22–24.

48 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 25.

49 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Coname, pkt 21 i 28.

powinny być obiektywne, niedyskryminacyjne i znane z wyprzedzeniem w taki sposób, by określały one ramy wykonywania uprawnień dyskrecjonalnych instytucji zamawiającej, po to by nie posługiwała się ona nimi w sposób arbitralny [50].

143. Istnieją jednak wyjątki od obowiązku przejrzystości.

144. Po pierwsze, obowiązek ten, tak jak wynika z zasad traktatowych, nie ma zastosowania, jeśli dane zamówienie lub koncesja nie stanowią przedmiotu zainteresowania o charakterze transgranicznym [51]. Innymi słowy nie ma on zastosowania, jeśli dane zamówienie lub koncesja nie są tego rodzaju, by mogły stanowić przedmiot zainteresowania dla przedsiębiorstwa z siedzibą w innym państwie członkowskim [52], w szczególności ze względu na zbyt małe jego znaczenie gospodarcze [53].

145. Po drugie, obowiązek przejrzystości, nawet jeśli dane zamówienie lub koncesja są objęte dyrektywą, nie ma zastosowania, jeśli organ władzy publicznej będący instytucją zamawiającą sprawuje nad podmiotem uzyskującym zamówienie lub koncesję kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje on nad własnymi służbami, a jednocześnie podmiot ten wykonuje zasadniczą cześć swojej działalności wspólnie z organem władzy lub władzami, w których dyspozycji pozostaje [54].

146. U podstaw tego drugiego warunku leży fakt, że organ władzy publicznej ma możność wypełniania zadań ciążących na nim w interesie publicznym własnymi środkami o charakterze administracyjnym i technicznym, nie będąc zobowiązanym do zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb [55].

147. Należy teraz zbadać, czy orzecznictwo to ma zastosowanie w dziedzinie gier hazardowych w ramach reżimu prawa wyłącznego przyznanego jednemu tylko podmiotowi.

2. W przedmiocie stosowania zasady przejrzystości w dziedzinie gier hazardowych w ramach reżimu prawa wyłącznego przyznanego tylko jednemu podmiotowi

148. Poprzez swoje pytanie drugie Raad van State zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości mają również zastosowanie w reżimie zezwolenia w dziedzinie gier hazardowych, w którym zezwolenie to jest udzielane jedynie jednemu podmiotowi gospodarczemu.

50 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-389/05 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. s. I-5397, pkt 94 i przytoczone tam orzecznictwo.

51 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 33.

52 — Ibidem, pkt 32.

53 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Coname, pkt 20.

54 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, pkt 50; z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 49; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 62.

55 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 48.

149. Zdaniem rządu niderlandzkiego wspomniane zasada i obowiązek nie mają zastosowania w takim przypadku. Rząd ten twierdzi, że ich zakres ogranicza się do koncesji, których nie obejmują wspólnotowe akty koordynacyjne, ponieważ koncesje takie nie mogą nie być objęte zasadami traktatowymi. Jednakże rzeczony obowiązek nie może być rozciągnięty na reżim zezwolenia, który wynika z udzielenia zezwolenia przez policję, a nie z umowy. Wskazuje on ponadto, że wprowadzenie konkurencji przy udzialaniu zamówienia miałoby takie same szkodliwe skutki, co konkurencja na rynku. W szczególności gdyby zezwolenie przysługiwało jego posiadaczowi jedynie czasowo, skłaniałoby go to do maksymalizacji zysków w okresie obowiązywania zezwolenia.

150. Rząd niderlandzki i De Lotto twierdzą również, że obowiązek przejrzystości nie ma zastosowania, bowiem zgodnie z niderlandzkimi przepisami podmioty posiadające zezwolenie powinny przeznaczać przychody z ich wykorzystywania na określone cele. Podkreślają oni ponadto, że De Lotto nie może realizować zysków, a zatem żadne przedsiębiorstwo handlowe nie może być zainteresowane działalnością na takich warunkach.

151. Rządy duński, grecki, austriacki, fiński i norweski są również zdania, że obowiązek przejrzystości nie ma zastosowania w reżimie zezwolenia na rzecz jednego tylko podmiotu.

152. Nie podzielam tego stanowiska. Orzecznictwo dotyczące obowiązku przejrzystości ma, moim zdaniem, zastosowanie w reżimie zezwolenia ograniczonego do jednego tylko podmiotu gospodarczego w dziedzinie gier hazardowych, i to z następujących względów.

153. Po pierwsze, u podłoża tego orzecznictwa leżą konsekwencje zamówienia publicznego lub koncesji dla swobód przepływu, a nie fakt, że konsekwencje te wynikają z umowy. Zatem, jak już zauważyłem wcześniej, umowy takie powinna poprzedzać procedura przetargowa, bowiem ich celem oraz skutkiem jest powierzenie wykonywania danej działalności jednemu lub kilku konkretnym podmiotom gospodarczym. W przypadku braku odpowiedniego stopnia jawności zasada równego traktowania zostałaby naruszona, jako że przedsiębiorstwa mające siedzibę w innych państwach członkowskich, potencjalnie zainteresowane tą działalnością, nie byłyby w stanie wyrazić swojego zainteresowania, a w konsekwencji skorzystać z praw, które wywodzą one z art. 43 WE i 49 WE.

154. Obowiązek przejrzystości jawi się zatem jako wstępny i bezwzględny warunek prawa państwa członkowskiego do udzielenia jednemu lub kilku prywatnym podmiotom gospodarczym wyłącznego prawa do wykonywania działalności gospodarczej, niezależnie od trybu wyboru tych podmiotów.

155. Powinien on zatem, moim zdaniem, mieć zastosowanie również w ramach reżimu zezwolenia na rzecz jednego podmiotu, przyznawanego przez władze państwa członkowskiego w wykonaniu uprawnień policyjnych, bowiem skutki takiego zezwolenia względem przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich, które byłyby potencjalnie zainteresowane wykonywaniem tej działalności, są takie same jak skutki umowy koncesyjnej.

156. Ponadto okoliczność, że monopol na wykonywanie działalności wynika z zezwolenia udzielanego w ramach postępowania administracyjnego, a nie na podstawie umowy koncesyjnej, nie może usuwać ryzyka stronniczości, której między innymi obowiązek przejrzystości ma zapobiegać.

157. Po drugie, uważam, że szczególna natura gier hazardowych nie uzasadnia odstępienia przez państwo członkowskie od tego obowiązku.

158. Ryzyko wynikające z tej działalności oraz związane z nią względy obyczajowe powinny prowadzić, moim zdaniem, do przyznania państwu członkowskiemu prawa do samodzielnego wykonywania tej działalności za pośrednictwem jednostki, która do niego należy. Wydaje się bowiem bezsprzeczne, że państwo członkowskie może kierować i kontrolować działalność takiej jednostki jeszcze łatwiej niż może to czynić w stosunku do podmiotu prywatnego. Taki system może zatem umożliwić zapewnienie lepszej ochrony konsumentów przed ryzykiem uzależnienia od gry i ochrony porządku publicznego przed ryzykiem oszustwa i nielegalnych gier [56].

159. Szczególna natura gier hazardowych uzasadnia również, jak już zauważyłem wcześniej, zezwolenie państwu członkowskiemu na przyznanie podmiotowi prywatnemu monopolu na działalność.

160. Jednak od chwili, gdy państwo członkowskie zdecyduje powierzyć urządzanie danego rodzaju gier hazardowych sektorowi prywatnemu, powinno ono przestrzegać zasady równego traktowania względem wszystkich potencjalnie zainteresowanych podmiotów gospodarczych.

161. Nie sądzę bowiem, by wprowadzenie konkurencji przy udzielaniu zamówienia miało porównywalnie szkodliwe skutki jak wprowadzenie konkurencji na rynku. Szkodliwe następstwa wprowadzenia konkurencji na rynku, to znaczy między kilkoma podmiotami gospodarczymi, które byłyby uprawnione do urządzania tej samej gry hazardowej, wynika z faktu, że prowadziłoby to podmioty gospodarcze do rywalizacji w zakresie innowacyjności celem uczynienia ich oferty bardziej atrakcyjną i tym samym zwiększania wydatków związane z grą oraz ryzyka uzależnienia. Natomiast konsekwencji takich nie powinno się obawiać, moim zdaniem, w fazie udzielania zezwolenia.

56 — Wyrok Trybunału EFTA z dnia 14 marca 2007 r. w sprawie E-1/06 Urząd Nadzoru EFTA przeciwko Królestwu Norwegii, Report of EFTA Court, s. 7, pkt 51.

162. W ramach reżimu prawa wyłącznego przyznawanego jednemu tylko podmiotowi gospodarczemu ochrona konsumentów przed ryzykiem uzależnienia od gry i przeciwdziałanie oszustwom są zapewnione dzięki warunkom narzuconym przez państwo członkowskie na ten jeden podmiot celem ścisłej reglamentacji jego działalności. Ich realizacji służą również środki wprowadzone przez to państwo celem oceny konsekwencji tej działalności i badania przestrzegania warunków nałożonych na ten podmiot. Nie widzę, w czym procedura przetargowa w fazie wyboru tego jednego podmiotu miałaby w nieunikniony sposób zagrażać przestrzeganiu przez niego warunków reglamentujących jego działalność.

163. Wydaje mi się również, że można przyjąć, iż taka konkurencja mogłaby pozwolić właściwym władzom na udzielenie zezwolenia usługodawcy, co do którego uznają, że może jak najpełniej przestrzegać wszystkich tych warunków. Ponadto, biorąc pod uwagę znaczenie finansowe, jakie mają gry hazardowe, wydaje się bardzo pożądane, aby warunki, w jakich państwo członkowskie postanawia ustanowić monopol na rzecz podmiotu prywatnego, były przejrzyste i aby ich bezstronność mogła zostać poddana weryfikacji.

164. Wreszcie, jeśli chodzi o argumentację rządu niderlandzkiego i De Lotto, zgodnie z którą obowiązek przejrzystości powinien zostać uchylony ze względu na wymogi dotyczące przeznaczenia dochodów, nałożone w zezwoleniach na podmioty uprawnione do wykonywania monopolu, nie podważa ona, moim zdaniem, stosowania tego obowiązku w okolicznościach niniejszej sprawy.

165. Prawdą jest, że państwo członkowskie ma prawo postanowić, iż dochody uzyskiwane z urządzania gry hazardowej na jego terytorium mają być przeznaczane w całości lub w części na cele interesu ogólnego. Prawdą jest również, że zgodnie z orzecznictwem obowiązek przejrzystości nie ma zastosowania, jeśli dane zamówienie nie stanowi przedmiotu zainteresowania o charakterze transgranicznym, w szczególności ze względu na jego bardzo małe znaczenie gospodarcze.

166. Jednakże to pojęcie interesu gospodarczego o bardzo małym znaczeniu odnosi się, moim zdaniem, jedynie do wartości ekonomicznej danego zamówienia [57]. Odnosi się ono na przykład do wykonania niewielkiej budowli we względnie dużej odległości od granic państwa członkowskiego. Niewielki rozmiar obiektu do wykonania i odległość, którą należy pokonać, pozwalają przypuszczać, że żadne przedsiębiorstwo z siedzibą w innym państwie członkowskim nie będzie zainteresowane tą budowlą. Natomiast pojęcie bardzo małego interesu gospodarczego nie obejmuje sytuacji, w której niewielkie znaczenie interesu gospodarczego danego

57 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP i Santorso, Zb.Orz. s. I-3565, pkt 31.

zamówienia dla spółki z siedzibą w innym państwie członkowskim miałoby wynikać ze stosowania warunków, które reglamentują wykonywanie danej działalności, i kryteriów wyboru podmiotu.

167. Te warunki i kryteria, moim zdaniem, figurują właśnie pośród elementów, które zgodne z obowiązkiem przejrzystości powinny być podane do wiadomości usługodawcom, którzy byliby potencjalnie zainteresowani danym zamówieniem. Nawet jeśli w praktyce warunki nałożone przez państwo członkowskie mogą zniechęcić przedsiębiorstwa do zgłoszenia zainteresowania daną działalnością, warunki te muszą jeszcze zostać rzeczywiście podane do ich wiadomości, tak by mogły one podjąć taką decyzję.

168. Zatem w niniejszym sporze wydaje się bezsprzeczne, że zamówienia obejmujące urządzanie w Niderlandach gry liczbowej w lotto, zakładów sportowych i hazardowych gier liczbowych oraz ponadto zakładów na wyścigi konne, co więcej w sytuacji monopolu, mogą zainteresować podmioty świadczące usługi w zakresie gier mające siedzibę w innych państwach członkowskich, z uwagi na znaczące zyski, które generuje ta działalność [58].

58 — Komisja wskazuje, że zgodnie z rocznym sprawozdaniem komisji nadzoru gier, obrót z zakładów sportowych w 2007 r. wyniósł 22,3 milionów EUR, a łączny obrót De Lotto wyniósł 270 milionów EUR. Z kolei obrót SGR wyniósł w tym samym roku 34,3 milionów EUR.

169. Zatem uważam, że rząd niderlandzki nie może w uzasadniony sposóby podnieść zarzutu opartego na braku interesu transgranicznego.

170. Ta zawężająca wykładnia wskazanego zarzutu wydaje się również uzasadniona, moim zdaniem, w obliczu szerokiej swobody uznania, którą należy przyznać państwom członkowskim w dziedzinie gier hazardowych, zarówno w zakresie określania celów ich ustawodawstwa, jak i przy wyborze środków dla ich osiągnięcia. Przejrzystość, która odgrywa coraz większą rolę w życiu publicznym nowoczesnych społeczeństw, będąc niemal jedną z widocznych oznak demokracji, wydaje się tutaj odpowiednią przeciwwagą dla ograniczeń swobód przepływu, które państwa członkowskie w ramach wykonywania ich suwerennych kompetencji w tej dziedzinie działalności mają prawo nałożyć. Innymi słowy, obowiązek przejrzystości ma zastosowanie tym bardziej, że w dziedzinie gier hazardowych państwom członkowskim przysługuje szeroka swoboda uznania. Wyłączność nie jest równoznaczna z brakiem przejrzystości.

171. Wynika stąd, że właściwe władze niderlandzkie odpowiedzialne za wydanie zezwolenia na urządzanie gry hazardowej w Niderlandach powinny skorzystać z odpowiedniej procedury przetargowej, chyba że będą mogły wykazać, iż sprawują nad podmiotem wykonującym zamówienie kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują one nad własnymi służbami, a jednocześnie że podmiot ten wykonuje zasadniczą cześć swojej działalności wspólnie z tymi organam władzy.

172. W razie potrzeby to do sądu krajowego będzie należało zbadanie tej kwestii w odniesieniu do De Lotto.

173. Mając na względzie powyższe rozważania uważam, iż art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości mają również zastosowanie w dziedzinie gier hazardowych w ramach reżimu zezwolenia udzielanego jednemu tylko podmiotowi gospodarczemu.

3. W przedmiocie przedłużenia zezwolenia na urządzanie gry hazardowej bez zastosowania procedury przetargowej

174. Według prawa niderlandzkiego zezwolenia są udzielane, co do zasady, na okres pięciu lat. Betfair twierdzi, że zezwolenia De Lotto i SGR zostały przedłużone odpowiednio w grudniu 2004 r. i w czerwcu 2005 r., przy czym nie miała ona możliwości zgłoszenia swojej kandydatury, tak by zezwolenia te mogły zostać udzielone na jej rzecz.

175. Raad van State zmierza w istocie do ustalenia, czy, i ewentualnie pod jakimi warunkami, przedłużenie zezwolenia na urządzanie gry hazardowej bez zastosowania procedury przetargowej może być uzasadnione jednym z dopuszczalnych powodów ograniczania swobód przepływu w dziedzinie gier hazardowych.

176. Na wstępie należy zauważyć, iż właściwe władze krajowe twierdziły przed sądem orzekającym co do istoty, że ograniczenie zezwolenia do pięciu lat służy jedynie wskazaniu daty odniesienia dla właściwych władz publicznych celem adaptacji w razie potrzeby zasad z nim związanych, co oznacza w rzeczywistości, że zezwolenia mają niemal bezterminowy charakter.

177. Sąd krajowy, do którego należy dokonanie wykładni mającego zastosowanie prawa krajowego i poddanie ocenie stanu faktycznego w rozstrzyganym przez niego sporze, nie podzielił tego stanowiska. Zwracając się z pytaniem, czy i w jakim zakresie można dokonać odstępstwa od obowiązku przejrzystości, przyznaje on w sposób dorozumiany lecz niewątpliwy, że zezwolenia De Lotto i SGR były przedmiotem przedłużenia lub odnowienia.

178. W przeciwnym razie zwróciłby się on do Trybunału w kwestii zgodności z prawem wspólnotowym reżimu prawa wyłącznego o niemal bezterminowym charakterze.

179. Gdyby tak właśnie uczynił, dałbym wyraz moim wątpliwościom co do zgodności takiego reżimu ze swobodami przepływu.

180. Względy, które mogą być podstawą ograniczenia swobód przepływu w dziedzinie gier hazardowych, moim zdaniem mogą uzasadniać przyznanie praw wyłącznych na wystarczająco długi, wieloletni czas trwania. Państwo członkowskie może zatem uznać, że ochrona konsumentów przed ryzykiem

związanym z nielegalnymi grami, w szczególności z grami on-line, wymaga pewnej stabilności w wyborze podmiotu lub podmiotów posiadających wyłączne prawa.

181. Podobnie, jak już stwierdziłem, w ramach monopolu ewentualne zyski powinny podlegać ograniczeniu. Jeśli państwo członkowskie zdecyduje przyznać ten monopol niezależnemu podmiotowi prywatnemu, czas trwania zezwolenia może być użytecznym środkiem dla skompensowania nieznacznego rozmiaru interesu gospodarczego tego zamówienia celem wzbudzenia zainteresowania wielu podmiotów gospodarczych i uzyskania w ten sposób możliwości dokonania wyboru.

182. Jednak uważam, że przyznanie praw wyłącznych na czas nieoznaczony wydaje się być a priori trudne do uzasadnienia, bowiem zamyka bez żadnego ograniczenia w czasie rynek państwa członkowskiego dla wszystkich potencjalnie zainteresowanych podmiotów gospodarczych. Z chwilą gdy państwo członkowskie postanawia powierzyć urządzanie gry hazardowej niezależnemu podmiotowi prywatnemu, trudno mi wyobrazić sobie względy, dla których to prawo wyłączne powinno przysługiwać w nieskończoność temu samemu podmiotowi [59].

183. Jeśli z kolei chodzi o to, w jakim zakresie zezwolenie udzielone na czas oznaczony może zostać przedłużone lub odnowione bez zastosowania procedury przetargowej, orzecznictwo, w szczególności ww. wyrok z dnia 13 września 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, zawiera początek odpowiedzi na to pytanie.

184. Po pierwsze, nie jest wykluczone, by odnowienie pojedynczego zezwolenia na urządzanie gry hazardowej bez zastosowania procedury przetargowej mogło być uzasadnione ochroną podstawowego interesu wskazanego w art. 45 WE i 46 WE lub nadrzędnym względem interesu ogólnego uznanym w orzecznictwie, takim jak ochrona konsumentów przed ryzykiem nadmiernych wydatków i uzależnieniem od gry oraz przeciwdziałanie oszustwom [60].

185. Po drugie, do państwa członkowskiego należy wykazanie, że takie odstępstwo od zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości jest uzasadnione jednym z tych względów i jest zgodne z zasadą proporcjonalności [61].

186. W niniejszej sprawie rząd niderlandzki ogranicza się do odesłania do argumentacji, którą przedstawił w ramach poprzedniego pytania. Wskazałem już wcześniej powody, dla których argumentacja ta nie wydaje się być przekonywająca.

59 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur, Zb.Orz. s. I-4401, pkt 73.

60 — Wyżej wymieniony wyrok z dnia 13 września 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 26–32.

61 — Ibidem, pkt 33.

187. W istocie nie widzę, w czym dopuszczenie konkurencji przy udzielaniu zamówienia po wygaśnięciu zezwolenia na pięć lat miałoby zagrażać celom ustawodawstwa niderlandzkiego polegającym na ochronie konsumentów przed uzależnieniem od gry i przeciwdziałaniu przestępczości. Cele te, jak już stwierdziłem, realizowane są rzeczywiście poprzez przyznanie monopolu na działalność oraz ustalenie warunków reglamentujących działalność podmiotu uprawnionego oraz trybów oceny i kontroli ustanowionych przez państwo członkowskie. Rząd niderlandzki nie wykazuje, że skuteczność takiego systemu zostałaby narażona na szwank poprzez zastosowanie procedury przetargowej po wygaśnięciu zezwolenia.

188. Można również twierdzić, że przestrzeganie tych warunków byłoby lepiej zagwarantowane dzięki takiemu dopuszczeniu konkurencji, jeśliby zdolność do rygorystycznego przestrzegania tych warunków wchodziła w skład kryteriów, na podstawie których zezwolenie byłoby udzielane.

189. Okoliczność, że system pojedynczego zezwolenia wprowadzony przez państwo członkowskie w jego założeniach i wykonaniu umożliwia, jak to ma miejsce w niniejszych sprawach, osiągnięcie zamierzonych celów, nie powinna zatem, moim zdaniem, być wystarczająca, aby uzasadnić przedłużanie zezwoleń bez zastosowania procedury przetargowej. Do państwa członkowskiego należy wyjaśnienie, w jaki sposób względy realizowane przez ustawę krajową w dziedzinie gier hazardowych wykluczają możliwość zmiany podmiotu gospodarczego po jego wygaśnięciu.

190. Nie chcę zatem wykluczać, że w szczególnych okolicznościach uzasadnienie takie może być dopuszczalne. Pragnę po prostu stwierdzić, że uzasadnienie to można dopuścić tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, iż procedura przetargowa rzeczywiście mogłaby naruszyć jednen z interesów wskazanych w art. 45 WE i 46 WE lub uznanych w orzecznictwie za nadrzędne względy interesu ogólnego.

191. Proponuję, aby w odpowiedzi na zadane pytanie Trybunał przychylił się do propozycji Komisji i nawiązał do pkt 33 ww. wyroku z dnia 13 września 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, według którego art. 49 WE sprzeciwia się, aby zezwolenie udzielone jednemu tylko podmiotowi było przedłużone bez zastosowania procedury przetargowej, chyba że przedłużenie takie odpowiada podstawowemu interesowi w rozumieniu art. 45 WE i 46 WE bądź nadrzędnemu względowi interesu ogólnego w rozumieniu orzecznictwa i jest zgodne z zasadą proporcjonalności. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy ma to miejsce w danym przypadku.

IV — Wnioski

192. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał orzekł, że:

1) Ustawodawstwo państwa członkowskiego ograniczające świadczenie usług w zakresie gier hazardowych celem ograniczania uzależnienia od gry i przeciwdziałania oszustwom – zgodnie z którym osoby, którym przysługuje prawo wyłączne do urządzania tych gier, mają prawo uatrakcyjnić swą ofertę, wprowadzając nowe gry i korzystając z reklamy – należy uznać za realizujące te cele w sposób spójny i systematyczny, jeśli w ocenie sądu krajowego ustawodawstwo to – uwzględniając jego treść i jego wykonanie – przyczynia się rzeczywiście do osiągnięcia tych dwóch zamierzonych celów.

2) Stwierdziwszy, że jego ustawodawstwo jest zgodne z art. 49 WE, sąd krajowy nie jest zobowiązany do zbadania, w każdym przypadku jego stosowania, czy środek mający zapewnić poszanowanie tego ustawodawstwa – taki jak nakaz, zgodnie z którym podmiot gospodarczy ma uniemożliwić dostęp do swojej strony internetowej oferującej gry hazardowe osobom zamieszkującym na terytorium kraju – jest właściwy do osiągnięcia celów zamierzonych przez to ustawodawstwo i jest proporcjonalny, jeśli ten środek wykonawczy ogranicza się ściśle do zapewnienia przestrzegania tego ustawodawstwa.

   Odpowiedź na to pytanie nie może się różnić w zależności od tego, czy o przedmiotowy środek wniósł organ władzy publicznej, czy też podmiot prawa prywatnego w ramach sporu między podmiotami prawa prywatnego.

3) Artykuł 49 WE należy interpretować w ten sposób, że okoliczność, iż usługodawca oferujący gry on-line jest uprawniony do wykonywania tej działalności

przez państwo członkowskie, na terytorium którego ma siedzibę, nie sprzeciwia się temu, aby właściwe władze innego państwa członkowskiego – w którym gry hazardowe poddane są systemowi zezwolenia ograniczonego do jednego tylko podmiotu gospodarczego – zakazały takiemu usługodawcy oferowania gier przez internet osobom zamieszkującym na terytorium tego innego państwa członkowskiego.

4) Artykuł 49 WE należy interpretować w ten sposób, że zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości mają również zastosowanie w dziedzinie gier hazardowych w ramach reżimu zezwolenia udzielanego jednemu tylko podmiotowi gospodarczemu.

Artykuł 49 WE sprzeciwia się ustawodawstwu krajowemu, zgodnie z którym zezwolenie udzielone jednemu tylko podmiotowi jest przedłużane bez zastosowania procedury przetargowej, chyba że przedłużenie takie odpowiada podstawowemu interesowi w rozumieniu art. 45 WE i 46 WE bądź nadrzędnemu względowi interesu ogólnego w rozumieniu orzecznictwa i jest zgodne z zasadą proporcjonalności. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy ma to miejsce w danym przypadku.