ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

15 de Setembro de 2011 *

No processo C-347/09,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Bezirksgericht Linz (Áustria), por decisão de 10 de Abril de 2009, entrada no Tribunal de Justiça em 31 de Agosto de 2009, no processo penal contra

Jochen Dickinger,

Franz Ömer,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: J.-C. Bonichot, presidente de secção, K. Schiemann (relator), L. Bay Larsen, A. Prechal e E. Jarašiūnas, juízes,

advogado-geral: Y. Bot,
secretário: K. Malacek, administrador,

* Língua do processo: alemão.

vistos os autos e após a audiência de 27 de Janeiro de 2011,

vistas as observações apresentadas:

— em representação de J. Dickinger e F. Ömer, por W. Denkmair e O. Plöckinger, Rechtsanwälte,

— em representação do Governo austríaco, por C. Pesendorfer e J. Bauer, na qualidade de agentes,

— em representação do Governo belga, por L. Van den Broeck e M. Jacobs, na qualidade de agentes, assistidas por A. Hubert e P. Vlaemminck, avocats,

— em representação do Governo grego, por E.-M. Mamouna, M. Tassopoulou e G. Papadaki, na qualidade de agentes,

— em representação do Governo maltês, por A. Buhagiar e J. Borg, na qualidade de agentes,

— em representação do Governo português, por L. Inez Fernandes e A. Barros, na qualidade de agentes,

— em representação da Comissão Europeia, por E. Traversa e B.-R. Killmann, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 31 de Março de 2011,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação dos artigos 43.º CE e 49.º CE.

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de processos-crime desencadeados contra J. Dickinger e F. Ömer pela inobservância, pela sociedade de direito austríaco bet-at-home.com Entertainment GmbH (a seguir «bet-at-home.com Entertainment»), de que são gerentes, da legislação austríaca relativa à exploração de jogos de fortuna ou azar, mais precisamente no que respeita à oferta de jogos de casino pela Internet.

Quadro jurídico

3 A Lei Federal relativa aos jogos de fortuna ou azar (Glücksspielgesetz, BGBl. 620/1989), na versão aplicável ao processo principal (a seguir «GSpG»), estipula no seu artigo 3.º, sob a epígrafe «Monopólio dos jogos de fortuna ou azar», que o direito de organizar jogos de fortuna ou azar é reservado ao Estado federal. Os § 14 e 21 da GSpG

estipulam, em paralelo, que o Ministro Federal das Finanças pode atribuir concessões para, por um lado, a organização de lotarias, e, por outro, a exploração de casinos. As apostas desportivas, dado não serem consideradas jogos de fortuna ou azar *stricto sensu*, não estão sujeitas ao regime estabelecido pela GSpG, com excepção de um tipo de aposta mútua denominado «Toto».

4 Por força do § 12a da GSpG, os jogos de casino são equiparados às lotarias, pelo que estão sujeitos ao regime de concessão de lotarias e não ao regime de concessão de casinos. Esse § 12a, introduzido na GSpG em 1997 (BGBl. I, 69/1997), contém, a este respeito, a seguinte definição de «lotarias electrónicas»:

«lotarias para as quais o contrato de jogo é celebrado por meios electrónicas, a decisão sobre ganhos e perdas é dada ou colocada à disposição de maneira central e o participante pode tomar conhecimento do resultado imediatamente após a participação no jogo».

5 Por força do § 14, n.º 2, da GSpG, uma concessão de organização de lotarias só pode ser atribuída a um operador que:

«1. Seja uma sociedade de capitais com sede no território nacional;

2. Não tenha proprietários (sócios) que disponham de uma influência dominante e que não permita garantir a fiabilidade da sociedade do ponto de vista regulamentar;

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

4. Nomeie directores que, devido à sua formação, sejam profissionalmente competentes, disponham das características e da experiência necessárias para a exploração correcta da actividade e contra os quais não exista nenhum motivo de exclusão nos termos do § 13 do Código das Profissões artesanais, comerciais e industriais de 1973 (Gewebeordnung 1973) […]

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

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

6 Nos termos do § 14, n.º 3, da GSpG, a concessão pode ser atribuída por um período máximo de quinze anos.

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

8 Se vários candidatos que cumprem os requisitos estabelecidos no § 14, n.º 2, do GSpG requererem a atribuição de uma concessão, o Ministro Federal das Finanças é obrigado, por força do n.º 5, segundo período, do mesmo parágrafo, a tomar a sua decisão

com base no critério estabelecido no ponto 5 do referido n.º 2 e, portanto, a atribuir a concessão ao operador de que for de esperar que obtenha as melhores receitas para o governo federal.

9 Por força do § 15, n.º 1, da GSpG, o concessionário não tem o direito de constituir uma sucursal fora do território austríaco. Além disso, a aquisição, pelo concessionário, de participações qualificadas noutras sociedades requer uma autorização do Ministro Federal das Finanças. Nos termos do § 15 a da GSpG, esta autorização é igualmente exigida para a extensão da actividade comercial do concessionário e apenas deve ser atribuída se não for de recear uma descida de receitas do Governo federal provenientes da taxa de concessão ou dos tributos sobre as apostas.

10 O § 16 da GSpG obriga o concessionário a estabelecer as condições para os jogos de fortuna ou azar cuja organização lhe foi confiada. Estas condições, que têm de ser aprovadas pelo Ministro Federal das Finanças, são publicadas no *Amsblatt zur Wiener Zeitung* e afixadas, para consulta, nas instalações comerciais do concessionário e nos seus pontos de venda.

11 O concessionário deve, por força do § 18, n.º 1, do GSpG, comunicar todos os anos ao Ministro Federal das Finanças a identidade das pessoas que têm participações no capital social da empresa. Por outro lado, por força do § 19, n.º 1, da GSpG, o concessionário está sujeito a fiscalização pelo Ministro Federal das Finanças. Este está habilitado, para tanto, a consultar as contas e outros documentos do concessionário e pode efectuar inspecções nas instalações ou pedir a contabilistas ou outros peritos que efectuem inspecções. Os custos da fiscalização são da conta do concessionário e são-lhe facturados anualmente pelo Ministro Federal das Finanças.

12 O § 19, n.º 2, da GSpG prevê, além disso, a nomeação, pelo Ministro Federal das Finanças, de um comissário do Estado («Staatskommissär»), o qual, nos termos do § 26 da Lei do crédito (Kreditwesengesetz, BGBl. 63/1979), tem o direito de assistir às assembleias dos accionistas e às reuniões do conselho geral e de supervisão do concessionário. O comissário do Estado tem de ser um funcionário de uma autarquia local, ou advogado ou revisor oficial de contas, está sujeito à autoridade do Ministro Federal das Finanças e pode ser exonerado das suas funções a todo o tempo. O comissário do Estado tem, nomeadamente, a incumbência de se opor a qualquer decisão dos órgãos da sociedade que considere ilegal. Essa oposição tem como consequência a suspensão dos efeitos da decisão em causa até ser proferida decisão pelas autoridades competentes.

13 Nos termos do § 19, n.º 3, da GSpG, o Ministro Federal das Finanças e o organismo federal dos desportos têm o direito de nomear, cada um, um membro do conselho geral e de supervisão do concessionário.

14 O § 19, n.º 4, da GSpG obriga o concessionário a transmitir ao Ministro Federal das Finanças o balanço anual, o relatório de gestão e o balanço consolidado do grupo, assim como os relatórios dos revisores oficiais de contas sobre os referidos documentos, no prazo de seis meses contados do termo do exercício social em causa.

15 Os §§ 17 e 20 da GSpG tratam da afectação das receitas dos jogos de fortuna ou azar. O § 17, n.º 3, ponto 6, fixa a taxa de concessão para as lotarias electrónicas em 24 % dos rendimentos brutos anuais, após dedução dos lucros distribuídos. Por força do § 20, 3 % das receitas das lotarias, montante que em caso algum pode ser inferior a 40 milhões de euros, são afectados ao desenvolvimento do desporto.

16 Os artigos 21.º a 31.º da GSpG contêm disposições semelhantes que regulam a atribuição de doze concessões para a exploração de casinos, a fiscalização dos concessionários e o desenvolvimento dos jogos de casino.

17 A organização, com fins lucrativos, de jogos de fortuna ou azar por uma pessoa não titular de uma concessão de exploração é passível de acção penal na Áustria. É punível, nos termos do § 168 do Código Penal austríaco (Strafgesetzbuch, a seguir «StGB»), «quem organizar um jogo formalmente proibido ou cujo resultado favorável ou desfavorável dependa exclusiva ou principalmente da sorte, ou quem promover uma reunião com vista à organização desses jogos, a fim de obter uma vantagem pecuniária dessa organização ou dessa reunião ou proporcionar essa vantagem a um terceiro». As penas previstas são a prisão até seis meses ou multa até trezentos e sessenta dias.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

18 A Österreichische Lotterien GmbH (a seguir «Österreichische Lotterien») é uma sociedade por quotas de direito privado. Por força de uma decisão do Ministro Federal das finanças, obteve a concessão única da organização das lotarias na Áustria no período compreendido entre 1 de Dezembro de 1994 e 31 de Dezembro de 2004. Após a instituição das «lotarias electrónicas», mediante a introdução, em 2007, do § 12a na GSpG, a concessão da referida sociedade foi alargada a esse tipo de lotaria e prorrogada até 2012 por decisão do Ministro Federal das Finanças de 2 de Outubro de 1997. A duração da concessão foi fixada, atendendo à duração máxima de quinze anos permitida por lei, para o período compreendido entre 1 de Outubro de 1997 e 30 de Setembro de 2012.

19 O sócio maioritário da Österreichische Lotterien é a Casinos Austria AG (a seguir «Casinos Austria»), uma sociedade anónima de direito privado que detém as doze

concessões de exploração de casinos previstas na GSpG (v., a este respeito, acórdão de 9 de Setembro de 2010, Engelmann, C-64/08, Colect., p. I-8219, n.os 13 a 15). À data dos factos no processo principal, um terço das quotas que constituíam o capital social da Casinos Austria era detido indirectamente pelo Estado, encontrando-se as quotas restantes nas mãos de investidores privados.

20 J. Dickinger e F. Ömer, nacionais austríacos, são os fundadores do grupos de jogos multinacional em linha bet-at-home.com. A sociedade-mãe deste grupo é a sociedade de direito alemão bet-at-home.com AG, com sede em Düsseldorf (Alemanha).

21 A sociedade de direito austríaco bet-at-home.com Entertainment, que tem sede em Linz (Áustria) e exerce actividades no domínio dos «serviços de tratamento automático de dados e das técnicas da informação», é uma das filiais da bet-at-home.com AG. J. Dickinger e F. Ömer são os gerentes da bet-at-home Entertainment. Esta sociedade dispõe de uma licença austríaca que lhe permite propor apostas desportivas.

22 A Bet-at-home.com Entertainment, enquanto filial, detém a sociedade de direito maltês bet-at-home.com Holding Ltd, a qual, por seu turno, tem três filiais, a saber, as sociedades de direito maltês bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home Entertainment Ltd e bet-at-home.com Internationale Ltd (a seguir, conjuntamente, as «filiais maltesas»).

23 Duas das filiais maltesas propõem jogos de fortuna ou azar e apostas desportivas através da Internet, no sítio www.bet-at-home.com. Nesse sentido, dispõem de uma licença maltesa («Class One Remote Gaming License») válida para os jogos de fortuna ou azar em linha e de uma licença maltesa («Class Two Remote Gaming License») válida para as apostas desportivas em linha. O sítio Internet é acessível em espanhol,

alemão, grego, inglês, italiano, húngaro, neerlandês, polaco, esloveno, russo e turco, mas não em maltês. Nesse sítio são propostos, nomeadamente, jogos de casino, como o *poker*, o *black-jack*, o bacará, a roleta e jogos em máquinas de moedas virtuais. É possível jogar em todos estes jogos sem limite de apostas.

24 A exploração do sítio Internet www.bet-at-home.com é assegurada exclusivamente pelas filiais maltesas, que organizam os jogos em questão e são proprietárias das licenças de utilização de software necessárias à exploração da plataforma de jogo.

25 As filiais maltesas utilizaram, pelo menos até Dezembro de 2007, um servidor instalado em Linz, que lhes fora disponibilizado pela bet-at-home.com Entertainment, que assegurava igualmente a manutenção do sítio Internet e do software necessário para os jogos e o apoio aos utilizadores.

26 Foi iniciada uma acção penal contra J. Dickinger e F. Ömer, enquanto gerentes da sociedade bet-at-home.com Entertainment, devido a actos que constituíam uma infracção ao § 168, n.º 1, do StGB. O despacho de acusação tem a seguinte redacção:

«[J.] Dickinger e [F.] Ömer, na qualidade de responsáveis da [bet-at-home.com Entertainment], cometeram, de 1 de Janeiro de 2006 e até ao presente, a infracção de organizar jogos de fortuna ou azar em violação do § 168.º, n.º 1, do [StGB], em proveito da [bet-at-home.com Entertainment], mediante a oferta, pela Internet, de jogos cujas perdas e ganhos dependem exclusiva ou principalmente do acaso, ou que são expressamente proibidos, a saber, vários tipos de *poker* ("Texas Hold'em", "Seven Card Stud", etc.), *black-jack*, bacará, jogos de mesa como a roleta e máquinas de "jackpot" virtuais, com apostas de montante ilimitado, tudo com a finalidade de obter, ou proporcionar a terceiros, em especial a [bet-at-home.com Entertainment], um benefício financeiro.»

27 J. Dickinger e F. Ömer arguiram a ilegalidade da legislação nacional aplicável aos jogos de fortuna ou azar, à luz dos artigos 43.º CE e 49.º CE.

28 O órgão jurisdicional de reenvio duvida que as disposições do StGB, lidas em conjugação com as regras austríacas aplicáveis aos jogos de fortuna ou azar em causa no processo principal, sejam compatíveis com o direito da União, sobretudo no tocante ao que qualifica de «publicidade ofensiva» da Casinos Austria à sua oferta de jogos de fortuna ou azar.

29 Nestas circunstâncias, o Bezirksgericht Linz suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

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

— uma concessão para sorteios (por exemplo, lotarias, lotarias electrónicas, etc.) apenas pode ser atribuída a um único candidato à concessão, por um período máximo de 15 anos, devendo este, entre outras condições, ser uma sociedade de capitais com sede em território nacional, não constituir quaisquer [sucursais] no estrangeiro e dispor de um capital social realizado de, no mínimo, 109 000 000 euros, e devendo ainda, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, existir a expectativa de o Estado Federal [austríaco] poder auferir receitas fiscais optimizadas;

— uma concessão para casas de jogo apenas pode ser atribuída a um máximo de doze candidatos à concessão por um período máximo de 15 anos, devendo estes, entre outras condições, ser uma sociedade anónima com sede em território nacional, não constituir quaisquer sucursais no estrangeiro e dispor de um capital social realizado de 22 000 000 euros, e devendo ainda, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, existir a expectativa de as administrações locais poderem auferir receitas fiscais optimizadas;

Estas questões colocam se sobretudo tendo em conta que a sociedade [Casinos Austria] é detentora do conjunto das doze concessões para casas de jogo atribuídas em 18 de Dezembro de 1991 pelo período máximo de 15 anos e que, entretanto, foram prorrogadas sem ter sido realizado um concurso público ou dado conhecimento público do mesmo.

b) Em caso de resposta afirmativa, uma regulamentação desse tipo pode também ser justificada por razões de interesse geral numa limitação da actividade de apostas quando os concessionários prosseguem, por via de campanhas publicitárias de grande alcance, uma política expansionista no domínio dos jogos de fortuna ou azar com base numa estrutura tendencialmente monopolista?

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

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

3. a) O artigo 49.º CE, em conjugação com o artigo 10.º CE, deve ser interpretado no sentido de que os controlos realizados no Estado de estabelecimento de um prestador de serviços e as garantias aí prestadas devem ser tidas em consideração no Estado da prestação de serviços, em conformidade com o princípio da confiança mútua?

   b) Em caso de resposta afirmativa, o artigo 49.º CE deve ainda ser interpretado no sentido de que, no caso de uma restrição à livre prestação de serviços justificada por motivos de interesse geral, deve ser tido em atenção se o referido interesse geral não foi já suficientemente tido em consideração através da legislação, dos controlos e das verificações aos quais o prestador de serviços está sujeito no Estado em que esteja estabelecido?

   c) Em caso de resposta afirmativa, na apreciação da proporcionalidade de uma disposição nacional que prescreve sanções penais para a oferta transfronteiriça de prestações de serviços no domínio dos jogos de fortuna ou azar sem uma licença nacional, deve ser tido em consideração que os interesses de ordem pública invocados pelo Estado da prestação de serviços para justificar a restrição da liberdade fundamental já foram suficientemente acautelados no Estado de estabelecimento através de um procedimento de autorização e de supervisão muito rigoroso?

d) Em caso de resposta afirmativa, o órgão jurisdicional de reenvio deve, no âmbito da apreciação da proporcionalidade de uma restrição desse tipo, ter em consideração o facto de as disposições em causa serem até mais rigorosas, no que diz respeito ao nível do controlo exercido, no Estado em que o prestador de serviços está estabelecido do que no Estado da prestação de serviços?

e) No caso de uma proibição – sob pena de sanções penais – dos jogos de fortuna ou azar imposta por motivos de ordem pública, designadamente a protecção dos jogadores e o combate à criminalidade, o princípio da proporcionalidade exige, para além disso, que o órgão jurisdicional de reenvio proceda a uma diferenciação entre os operadores que disponibilizam os jogos de fortuna ou azar sem qualquer licença, por um lado, e aqueles que estão estabelecidos e detêm uma concessão noutros Estados-Membros da [União], exercendo a sua actividade ao abrigo da sua liberdade de prestação de serviços, por outro?

f) Por fim, no âmbito da apreciação da proporcionalidade de uma disposição nacional que proíbe a prestação transfronteiriça de serviços no domínio dos jogos de fortuna ou azar sem uma concessão ou licença nacional, prescrevendo sanções penais em caso de violação desta proibição, deve ser tido em consideração o facto de não ter sido possível a um prestador de serviços no domínio dos jogos de fortuna ou azar, devidamente licenciado noutro Estado-Membro, obter uma licença nacional, em virtude de limitações ao acesso objectivas e indirectamente discriminatórias, e de os procedimentos de licenciamento e de controlo no Estado de estabelecimento apresentarem um nível de protecção pelo menos equiparável ao nacional?

4. a) O artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que o carácter temporário dos serviços prestados exclui a possibilidade de o prestador de serviços criar uma determinada infra-estrutura (como, por exemplo, um servidor) no Estado-Membro de acolhimento sem que seja considerado como estando estabelecido no referido Estado-Membro?

b) O artigo 49.º CE deve, para além disso, ser interpretado no sentido de que uma proibição, imposta a prestadores de serviços de apoio nacionais, de facilitar a um prestador com sede noutro Estado-Membro a prestação do seu serviço também representa uma limitação à livre prestação de serviços deste prestador quando os prestadores de serviços de apoio têm sede no mesmo Estado-Membro que uma parte dos destinatários do serviço?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à segunda questão

30 Com a sua segunda questão, que importa apreciar em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se legislação do Estado-Membro que institui sanções penais contra quem infringe um monopólio de exploração de jogos de fortuna ou azar, como o previsto na legislação nacional em causa, tem de estar em consonância com as liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, em especial pelo artigo 49.º CE.

31 A este respeito, como o advogado-geral salientou nos n.ºs 45 a 50 das suas conclusões, resulta de jurisprudência assente que o direito da União impõe limites à competência dos Estados-Membros em matéria penal, não podendo a legislação nesse domínio restringir, nomeadamente, as liberdades fundamentais garantidas pelo direito da União (v., nesse sentido, acórdãos de 2 de Fevereiro de 1989, Cowan, 186/87, Colect., p. 195, n.º 19, e de 19 de Janeiro de 1999, Calfa, C-348/96, Colect., p. I-11, n.º 17).

32 Consequentemente, há que responder à segunda questão que o direito da União, em especial o artigo 49.º CE, opõe-se a que seja punida criminalmente a violação de um monopólio da exploração dos jogos de fortuna ou azar, como o monopólio da exploração dos jogos de casino comercializados através da Internet previsto na legislação em causa no processo principal, se essa legislação não estiver em consonância com as disposições do referido direito.

Quanto à quarta questão

33 Com a sua quarta questão, que importa apreciar em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio procura determinar quais são as liberdades fundamentais aplicáveis às restrições impostas às filiais maltesas pela legislação nacional em causa no processo principal. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que é aplicável aos serviços de jogos de fortuna ou azar comercializados através da Internet, no território do Estado-Membro de acolhimento, por um operador estabelecido noutro Estado-Membro, ainda que esse operador:

— Tenha instalado, no Estado-Membro de acolhimento, uma determinada infra-estrutura de apoio informático, como um servidor, o que pode levar à aplicação das disposições sobre a liberdade de estabelecimento, e

— Recorra a serviços de apoio de um prestador estabelecido no Estado-Membro de acolhimento, para prestar os seus serviços a consumidores nesse mesmo Estado-Membro, o que poderá ter como consequência a inaplicabilidade do artigo 49.º CE.

34 Como o advogado-geral observou nos n.os 57 a 62 das suas conclusões, o simples facto de um prestador de jogos de fortuna ou azar comercializados através da Internet

recorrer a meios materiais de comunicação fornecidos por uma terceira empresa estabelecida no Estado-Membro de acolhimento não é, em si mesmo, susceptível de demonstrar que esse prestador dispõe, nesse Estado, de um estabelecimento estável comparável a uma agência, o que tem como consequência a aplicação das disposições do Tratado sobre a liberdade de estabelecimento.

35 Com efeito, resulta da jurisprudência do Tribunal que, para gerar um estabelecimento na acepção do Tratado, uma relação comercial estabelecida entre um operador estabelecido num Estado-Membro e operadores estabelecidos no Estado-Membro de acolhimento tem de implicar a possibilidade de esse operador participar, de forma estável e contínua, na vida económica desse Estado-Membro de acolhimento, configurando-se, pois, de um modo que permite aos clientes beneficiar dos serviços propostos por meio de uma presença permanente nesse Estado-Membro de acolhimento, que pode ser exercida por meio de um simples escritório eventualmente gerido por uma pessoa independente, mas mandatada para agir permanentemente por conta do referido operador como se fosse uma agência (v., nesse sentido, acórdão de 8 de Setembro de 2010, Stoß e o., C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, Colect., p. I-8069, n.os 59 e 60).

36 Ora, é pacífico que, longe de estar mandatada para agir permanentemente pelas filiais maltesas no mercado dos jogos de fortuna ou azar na Áustria, a bet-at-home.com Entertainment não intervém na relação entre essas filiais e os respectivos clientes. A exploração da plataforma bet-at-home.com é assegurada exclusivamente pelas filiais maltesas, que são responsáveis pela organização dos jogos e com as quais os clientes celebram os contratos correspondentes. Nestas condições, os serviços de apoio informático prestados pela bet-at-home Entertainment poderiam ser confiados a um outro operador, estabelecido noutro Estado-Membro, sem que os consumidores austríacos sequer se dessem conta.

37 Por outro lado, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o artigo 49.º CE se aplica a um operador de jogos de fortuna ou azar, estabelecido num Estado-Membro,

que propõe os seus serviços noutro Estado-Membro, mesmo que recorra, para esse efeito, a intermediários estabelecidos no mesmo Estado-Membro que os destinatários dos referidos serviços (acórdão de 6 de Novembro de 2003, Gambelli e o., C-243/01, Colect., p. I-13031, n.º 58). Por maioria de razão, esse mesmo artigo aplica-se quando o operador de jogos de fortuna ou azar não recorre a intermediários, mas sim a um simples prestador de serviços de apoio informático no Estado-Membro de acolhimento.

38 Consequentemente, há que responder à quarta questão que o artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que é aplicável aos serviços de jogos de fortuna ou azar comercializados através da Internet, no território do Estado-Membro de acolhimento, por um operador estabelecido noutro Estado-Membro, ainda que esse operador:

— Tenha instalado, no Estado-Membro de acolhimento, uma determinada infra-estrutura de apoio informático, como um servidor, e

— Recorra a serviços de apoio informático de um prestador estabelecido no Estado-Membro de acolhimento, para prestar os seus serviços a consumidores igualmente estabelecidos nesse Estado-Membro.

Quanto à primeira e terceira questões

39 A primeira e terceira questões, que importa apreciar conjuntamente, dizem respeito às condições em que o artigo 49.º CE permite a instituição de um monopólio da organização de jogos de fortuna ou azar comercializados através da Internet, a favor de um operador único, como o do processo principal.

40 Para responder utilmente a estas questões, importa, em primeiro lugar, recordar as condições em que o artigo 49.º CE permite a instituição de um monopólio em matéria de jogos de fortuna ou azar como o em causa no processo principal. Em segundo lugar, é necessário verificar em que medida a prossecução de uma política comercial expansionista pela entidade dotada de um monopólio em matéria de jogos de fortuna ou azar pode ser coerente com os objectivos prosseguidos pelo regime de monopólio. Em terceiro lugar, importa dar ao órgão jurisdicional de reenvio indicações sobre a compatibilidade, com o artigo 49.º CE, de uma série de restrições específicas impostas ao titular do monopólio pela legislação nacional, relativamente à sua forma jurídica, à localização da sua sede e à possibilidade de constituir sucursais noutros Estados-Membros. Em último lugar, importa apreciar a relevância das fiscalizações aos operadores de jogos de fortuna ou azar efectuadas noutros Estados-Membros, e das garantias dadas nessas fiscalizações, para a apreciação da proporcionalidade de medidas restritivas impostas por um Estado-Membro que procura regular os jogos de fortuna ou azar, para prossecução de um ou mais objectivos reconhecidos pela jurisprudência do Tribunal.

41 É pacífico que uma legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que sujeita a organização e a promoção dos jogos de fortuna ou azar a um regime de exclusividade a favor de um único operador e que proíbe qualquer outro operador, inclusivamente um operador estabelecido noutro Estado-Membro, de propor, através da Internet, no território do primeiro Estado-Membro, serviços abrangidos pelo referido regime, constitui uma restrição à livre prestação de serviços garantida pelo artigo 49.º CE (v., nesse sentido, acórdão de 3 de Junho de 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Colect., p. I-4695, n.ºs 22 e 24, e jurisprudência aí referida).

42 Contudo, semelhante restrição à livre prestação de serviços pode ser admitida como derrogação expressamente prevista nos artigos 45.º CE e 46.º CE, aplicáveis nesta matéria nos termos do artigo 55.º CE, ou pode ser justificada, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, por razões imperiosas de interesse geral (acórdãos de 8 de Setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e

Bwin International, C-42/07, Colect., p. I-7633, n.os 55 e 56, e de 30 de Junho de 2011, Zeturf, C-212/08, Colect., p. I-5633, n.º 37).

43 Importa sublinhar desde já, no contexto do processo principal, que, se um regime de monopólio em matéria de jogos de fortuna ou azar for estabelecido por um Estado-Membro e esse regime for incompatível com o artigo 49.º CE, a violação desse regime por um operador económico não pode ser criminalmente punida (acórdão de 6 de Março de 2007, Placanica e o., C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Colect., p. I-1891, n.os 63 e 69).

Quanto às condições para a instituição de um monopólio em matéria de jogos de fortuna ou azar

44 No que respeita às justificações que podem ser admitidas, o Tribunal de Justiça observou que os objectivos prosseguidos pelas legislações nacionais adoptadas no domínio dos jogos de fortuna ou azar e das apostas, vistos no seu conjunto, estão mais frequentemente ligados à protecção dos destinatários dos serviços em causa e, mais em geral, dos consumidores, e à protecção da ordem social. Salientou igualmente que esses objectivos fazem parte das razões imperiosas de interesse geral que podem justificar restrições à livre prestação de serviços (acórdão de 8 de Setembro de 2010, Stoß e o., já referido, n.º 74 e jurisprudência aí referida).

45 Por outro lado, o Tribunal de Justiça tem repetidamente decidido que as particularidades de ordem moral, religiosa ou cultural e as consequências moral e financeiramente prejudiciais para o indivíduo e para a sociedade que envolvem os jogos de fortuna ou azar e as apostas podem ser susceptíveis de justificar a existência de um poder suficiente de apreciação das autoridades nacionais para determinarem, segundo a sua própria escala de valores, as exigências da protecção do consumidor e da ordem social (acórdão Stoß e o., já referido, n.º 76 e jurisprudência aí referida).

46 A mera circunstância de um Estado-Membro ter escolhido um sistema de protecção diferente do adoptado por outro Estado-Membro não pode ter incidência na apreciação da necessidade e da proporcionalidade das disposições tomadas nessa matéria. Estas devem ser apreciadas apenas à luz dos objectivos prosseguidos pelas autoridades competentes do Estado-Membro interessado e do nível de protecção que as mesmas pretendem garantir (acórdão Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido, n.º 58).

47 Por conseguinte, os Estados-Membros têm, em princípio, a faculdade de fixar os objectivos da sua política em matéria de jogos de fortuna e azar e, eventualmente, de definir com precisão o nível de protecção pretendido (v., neste sentido, acórdão Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido, n.º 59).

48 Um Estado-Membro que procure garantir um nível particularmente elevado de protecção pode, por conseguinte, como o Tribunal de Justiça admitiu na sua jurisprudência, ter razões para considerar que só a concessão de direitos exclusivos a um organismo único, sujeito a um controlo estreito por parte das autoridades públicas, é susceptível de lhes permitir controlar os riscos ligados ao sector dos jogos de fortuna e azar e prosseguir o objectivo legítimo de prevenção do incentivo a despesas excessivas ligadas aos jogos e de luta contra a dependência do jogo de uma forma suficientemente eficaz (v., neste sentido, acórdãos Stoß e o., já referido, n.ºs 81 e 83, e Zeturf, n.º 41).

49 Com efeito, as autoridades públicas de um Estado-Membro podem considerar que o facto de, na sua qualidade de fiscalizadoras do organismo titular do monopólio, disporem de meios adicionais que lhes permitem ter influência na conduta desse organismo, fora dos mecanismos legais de regulação e de vigilância, é susceptível de lhes garantir um melhor controlo da oferta de jogos de fortuna e azar e melhores garantias de eficácia na execução da sua política do que no caso de exercício dessas actividades por operadores privados em situação de concorrência, mesmo que estes estivessem sujeitos a um regime de autorização e a um regime de controlo e de sanções (acórdão Stoß e o., já referido, n.º 82).

50 As restrições impostas pelos Estados-Membros devem, no entanto, preencher as condições que resultam da jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto à sua proporcionalidade, o que cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais verificar (acórdãos já referidos Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, n.os 59 e 60, e Stoß e o., n.os 77 e 78).

51 Sublinhe-se que a questão de saber quais os objectivos efectivamente prosseguidos pela legislação nacional, no âmbito de um processo de que o Tribunal de Justiça é chamado a conhecer nos termos do artigo 267.º TFUE, é da competência do órgão jurisdicional de reenvio.

52 Segundo o Governo austríaco, a legislação em causa no processo principal prossegue, por um lado, um objectivo de combate à criminalidade, em especial através da protecção dos consumidores de jogos de fortuna ou azar contra a fraude e outros delitos, e, por outro, um objectivo de prevenção do incentivo das despesas excessivas associadas aos jogos, mediante o estabelecimento de medidas adequadas de protecção dos jogadores, como, nomeadamente, a fixação vinculativa de limites às apostas pessoais, participando assim na protecção da ordem social em geral.

53 J. Dickinger e F. Ömer, assim como o Governo maltês, alegam, ao invés, que decorre expressamente da letra da GSpG que o seu objectivo principal é aumentar as receitas tributárias geradas pelos jogos de fortuna ou azar. Observam, especificamente, que, por força do § 14, n.º 5, da GSpG, a concessão é atribuída sistematicamente ao operador do qual é de esperar que obtenha as melhores receitas para o governo federal. Além disso, qualquer extensão territorial ou material da actividade comercial do concessionário pressupõe a autorização do Ministro Federal das Finanças, a qual só é dada se não for de recear nenhuma diminuição das receitas do Governo Federal.

54 Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se as autoridades nacionais visavam verdadeiramente, à data dos factos no processo principal, assegurar um nível de protecção particularmente elevado e se, atendendo a esse nível de protecção pretendido, a instituição de um monopólio podia efectivamente ser considerada necessária (acórdão Zeturf, já referido, n.º 47). Neste contexto, é ao Estado-Membro que pretende invocar um objectivo adequado para legitimar o entrave à livre prestação de serviços que cabe apresentar ao tribunal que vai julgar essa questão todos os elementos susceptíveis de permitir que esse tribunal se assegure de que essa medida preenche efectivamente os requisitos resultantes do princípio da proporcionalidade (acórdão Stoß e o., já referido, n.º 71).

55 Nesse sentido, o mero objectivo de maximizar as receitas da Fazenda Pública não pode permitir semelhante restrição à livre prestação de serviços.

56 Neste contexto, recorde-se, em especial, que uma legislação nacional só é apta a garantir a realização do objectivo invocado se responder verdadeiramente à intenção de o alcançar de maneira coerente e sistemática. Consequentemente, incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais garantir, nomeadamente em face das modalidades concretas de aplicação da regulamentação restritiva em causa, que esta responde verdadeiramente à preocupação de reduzir as ocasiões de jogo e de limitar as actividades nesse domínio, de maneira coerente e sistemática (v., neste sentido, acórdão Stoβ, já referido, Zenatti, n.ºs 88, 97 e 98).

57 Consequentemente, o órgão jurisdicional de reenvio terá de verificar, nomeadamente à luz da evolução do mercado dos jogos de fortuna ou azar na Áustria, se as fiscalizações pelo Estado a que estão sujeitas as actividades do titular do monopólio são susceptíveis de garantir que este poderá efectivamente prosseguir, de maneira coerente e sistemática, os objectivos invocados, através de uma oferta quantitativamente

moderada e qualitativamente adequada em função dos referidos objectivos (v., nesse sentido, acórdãos de 3 de Junho de 2010, Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International, C-258/08, Colect., p. I-4757, n.º 37, e Stoß e o., já referido, n.º 83).

58 Por outro lado, a política comercial prosseguida pelo titular do monopólio tem uma certa relevância para a apreciação da forma como os referidos objectivos são prosseguidos.

Quanto à prossecução de uma política comercial expansionista pela entidade dotada de um monopólio em matéria de jogos de azar

59 O órgão jurisdicional de reenvio expressa dúvidas quanto à questão de saber se se pode considerar que o monopólio estabelecido pela legislação nacional em causa no processo principal é adequado à concretização do objectivo de prevenção do incentivo a despesas excessivas ligadas ao jogo e de luta contra a dependência do mesmo, devido à política expansionista levada a cabo pelo titular do monopólio por meio de actividades publicitárias intensas.

60 J. Dickinger e F. Ömer, assim como o Governo maltês, sustentam, a este respeito, que o sistema austríaco permitiu uma expansão constante da oferta de jogos de fortuna ou azar e um crescimento contínuo das despesas com publicidade constantemente destinada a alvos publicitários novos, antes de mais nada os jovens, em especial no âmbito da plataforma de jogo na Internet www.win2day.at, lançada pela Österreischichen Lotterien, cujos rendimentos largamente ultrapassaram os de todos os casinos tradicionais.

61 A este respeito, importa observar que o crescimento das actividades comerciais de um operador a que foram atribuídos direitos exclusivos no domínio dos jogos de fortuna ou azar e o aumento significativo das receitas que aquele aufere destes exigem uma atenção particular na apreciação da coerência e carácter sistemático da legislação em causa e, por conseguinte, da sua adequação à prossecução dos objectivos reconhecidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com efeito, resulta dessa jurisprudência que o financiamento de actividades de utilidade pública por meio de receitas provenientes dos jogos de fortuna ou azar não deve constituir o real objectivo de uma política restritiva estabelecida nesse sector, apenas podendo ser considerada uma consequência benéfica acessória (v., nomeadamente, acórdãos de 24 de Março de 1992, Schindler, C-275/92, Colect., p. I-1039, n.os 57 e 60; de 21 de Setembro de 1999, Läärä e o., C-124/97, Colect., p. I-6067, n.os 32 e 37; de 21 de Outubro de 1999, Zenatti, C-67/98, Colect., p. I-7289, n.os 35 e 36, e Gambelli e o., já referido, n.os 61 e 62).

62 Consequentemente, um Estado-Membro não pode invocar razões de ordem pública atinentes à necessidade de reduzir as ocasiões de jogo, na medida em que as autoridades públicas desse Estado-Membro incentivem e encorajem os consumidores a participar em jogos de fortuna ou azar para que a Fazenda Pública daí retire benefícios (acórdão Gambelli e o., já referido, n.º 69).

63 Todavia, o Tribunal de Justiça decidiu também que uma política de expansão controlada das actividades de jogos de fortuna e azar pode ser coerente com o objectivo de as canalizar para circuitos controlados, atraindo jogadores que levam a cabo actividades de jogos e de apostas clandestinas proibidas para actividades autorizadas e regulamentadas. Com efeito, essa política pode ser simultaneamente coerente tanto com o objectivo de evitar a exploração das actividades de jogos de fortuna e azar para fins criminosos ou fraudulentos, como com o objectivo de prevenção do incentivo a despesas excessivas ligadas ao jogo e de luta contra a dependência deste, orientando os consumidores para a oferta do titular do monopólio público, oferta essa que se presume simultaneamente desprovida de elementos criminosos e concebida para melhor defender os consumidores contra despesas excessivas e a dependência do jogo (acórdão Stoß e o., já referido, n.os 101 e 102).

64 Para atingir esse objectivo de canalização para circuitos controlados, os operadores autorizados devem constituir uma alternativa fiável, mas simultaneamente atractiva, a actividades não regulamentadas, o que pode em si mesmo implicar a oferta de uma vasta gama de jogos, uma publicidade de certa envergadura e o recurso a novas técnicas de distribuição.

65 Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, perante as circunstâncias do litígio que lhe foi submetido, se se pode considerar que a política comercial do titular do monopólio, quer ao nível da amplitude da publicidade efectuada quer da criação de novos jogos, se inscreve no âmbito dessa política de expansão controlada no sector dos jogos de fortuna e azar, que se destina efectivamente a canalizar a vontade de jogar para os circuitos controlados (v. acórdãos já referidos Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International, n.º 37, e Zeturf, n.º 69).

66 No âmbito dessa apreciação, cabe nomeadamente ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, por um lado, as actividades criminosas e fraudulentas ligadas ao jogo e, por outro, a dependência do jogo podiam, à data dos factos do processo principal, constituir um problema na Áustria e se uma expansão das actividades autorizadas e regulamentadas podia solucionar esse problema (acórdão Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International, já referido, n.º 29).

67 Uma vez que o objectivo de proteger os consumidores contra a dependência do jogo é, em princípio, dificilmente compatível com uma política de expansão dos jogos de fortuna ou azar, que se caracteriza nomeadamente pela criação de novos jogos e pela publicidade que deles é feita, essa política só pode ser considerada coerente se as actividades ilegais revestirem uma dimensão considerável e se as medidas adoptadas se destinarem a canalizar a vontade de jogar dos consumidores para os circuitos legais (acórdão Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International, já referido, n.º 30).

68 Em todo o caso, a publicidade eventualmente feita pelo titular de um monopólio público deve ser moderada e estritamente limitada ao necessário para canalizar dessa forma os consumidores para as redes de jogo controladas. Em contrapartida, essa publicidade não pode, nomeadamente, ter por fim encorajar a propensão natural dos consumidores para o jogo, estimulando-os a participar activamente neste, nomeadamente banalizando o jogo ou dando deste uma imagem positiva ligada ao facto de as receitas recolhidas serem afectadas a actividades de interesse geral ou ainda aumentando o poder de atracção do jogo por meio de mensagens publicitárias cativantes anunciando ganhos significativos (acórdão Stoß e o., n.º 103).

69 Importa, em especial, efectuar uma distinção entre as estratégias do beneficiário de um monopólio que apenas têm o finalidade de informar os potenciais clientes da existência de produtos e servem para garantir um acesso regular aos jogos de fortuna ou azar mediante a canalização dos jogadores para os circuitos controlados e as que convidam a uma participação activa nesses jogos e a estimulam. Há, pois, que efectuar uma distinção entre uma política comercial restrita, que procura somente captar ou fidelizar o mercado existente em proveito do organismo que beneficia de um monopólio, e uma política comercial expansionista, cujo objectivo é a ampliação do mercado global das actividades de jogos.

Quanto à compatibilidade das restrições específicas impostas ao titular do monopólio com o artigo 49.º CE

70 O órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal sobre a compatibilidade com o artigo 49.º CE de uma série de restrições específicas impostas ao titular do monopólio pela legislação nacional em causa no processo principal, no tocante à sua forma jurídica, à localização da sua sede social e à possibilidade de constituir sucursais em Estados-Membros diferentes daquele em que esse titular tem sede.

71 A este respeito importa, a título preliminar, recordar que, como o advogado-geral salientou no n.º 97 das suas conclusões, na medida em que um monopólio constitui uma medida particularmente restritiva, este deve destinar-se a garantir um nível particularmente elevado de protecção dos consumidores, pelo que deve ser acompanhado pela criação de um quadro normativo adequado a garantir que o titular desse monopólio poderá prosseguir, de maneira coerente e sistemática, os objectivos assim fixados, por meio de uma oferta quantitativamente moderada e qualitativamente adequada em função desse objectivo e sujeita a um controlo rigoroso das autoridades públicas (acórdãos já referidos Stoß e o., n.º 83, e Zeturf, n.º 58).

72 Consequentemente, a imposição de determinadas restrições ao titular de um monopólio em matéria de jogos de fortuna ou azar em princípio não só é compatível com o direito com o direito da União como também é por este exigida. É ainda necessário que essas restrições estejam em consonância com as exigências decorrentes do direito da União quanto à sua proporcionalidade, em especial, é necessário que sejam adequadas a garantir que os objectivos prosseguidos pela instituição de um regime de monopólio serão alcançados e que não vão além do necessário para esse fim. Embora essa verificação incumba, em princípio, ao órgão jurisdicional de reenvio, as indicações que se seguem podem ser-lhe úteis para esse efeito.

— Quanto à forma jurídica e ao montante do capital social do titular do monopólio

73 Resulta do § 14, n.º 2, pontos 1 e 3, da GSpG que o titular do monopólio da exploração das lotarias electrónicas deve, por um lado, ser uma sociedade de capitais e, por outro, dispor de um capital social realizado de, pelo menos, 109 000 000 euros.

74 Segundo o Governo austríaco, a condição relativa à forma jurídica responde à vontade de impor ao titular do monopólio uma estrutura empresarial transparente, para evitar o branqueamento de capitais e a fraude. Esse governo sublinha que o direito da União prescreve a mesma exigência de forma jurídica no que respeita ao domínio dos seguros. No que diz respeito ao montante do capital social, o mesmo governo alega que é proporcionado face ao montante dos lucros que o titular do monopólio pode ser levado a pagar no âmbito dos diferentes jogos que está autorizado à comercializar através da Internet, os quais podem compreender um *jackpot* de vários milhões de euros.

75 Pelo contrário, J. Dickinger e F. Ömer alegam que o montante do capital social exigido, 109 000 000 euros, é desproporcionado, atendendo a que o capital exigido para uma instituição de crédito é de apenas 5 000 000 euros na Áustria.

76 Como o Tribunal de Justiça decidiu no n.º 30 do acórdão Engelmann, já referido, a exigência de uma forma jurídica específica para os operadores em matéria de jogos de fortuna ou azar pode, dadas as obrigações a que estão sujeitos determinados tipos de sociedade, nomeadamente no tocante à respectiva organização interna, à conservação das contas, às fiscalizações de que podem ser alvo e às relações com terceiros, ser justificada pelo objectivo de evitar o branqueamento de capitais e a fraude, objectivo esse invocado pelo Governo austríaco no caso vertente.

77 Bem assim, a exigência de que o operador disponha de um capital social de determinado montante pode ser útil para garantir que tem determinada capacidade financeira e está em condições de cumprir as obrigações que poderá contrair para com os apostadores vencedores. Contudo, importa recordar que a observância do princípio da proporcionalidade exige, nomeadamente, que a restrição imposta não ultrapasse o necessário para alcançar o objecto pretendido. Caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, face às outras possibilidades de garantir que os créditos dos jogadores vencedores são honrados pelo operador, o carácter proporcionado da exigência em causa.

— Quanto à localização da sede do titular do monopólio

78 O § 14, n.º 2, ponto 1, da GSpG prevê que o titular do monopólio da exploração das lotarias deve ter a sua sede social no território nacional.

79 Como o advogado-geral salientou no n.º 120 das suas conclusões, essa exigência constitui uma restrição discriminatória que só pode, por isso, ser justificada por um dos motivos enunciados no artigo 46.º CE, a saber, a protecção da ordem pública, da segurança pública ou da saúde pública.

80 O Governo austríaco sustenta que a presença da sede social no território nacional é necessária para permitir uma fiscalização eficaz dos jogos em linha e que as autoridades austríacas não têm as mesmas possibilidade de fiscalização dos operadores económicos estabelecidos noutros Estados-Membros. Alega também que a presença de um comissário do Estado nos órgãos de supervisão do titular do monopólio, nos termos do § 19, n.º 2, da GSpG, permite às autoridades nacionais competentes fiscalizar efectivamente as decisões e a gestão do titular do monopólio. Estas autoridades têm, assim, a possibilidade de conhecer essas decisões antes da sua aplicação, podendo opor-se às mesmas caso violem os objectivos da política nacional em matéria de jogos. Segundo esse Governo, as referidas autoridades não dispõem das mesmas possibilidades em relação a um operador estabelecido noutro Estado-Membro.

81 Como se salientou no n.º 53 do presente acórdão, J. Dickinger e F. Ömer, assim como o Governo maltês, apoiando-se, em especial, no §14, n.º 5, da GSpS, alegam, ao invés, que o objectivo principal da legislação em causa é aumentar as receitas tributárias geradas pelos jogos de fortuna ou azar. Embora a interpretação desta disposição da legislação nacional seja da competência do órgão jurisdicional de reenvio, há que observar, em todo o caso, que um sistema de atribuição de concessões assente no critério da maximização das receitas da Fazenda Pública, que prejudica sistematicamente os operadores estabelecidos noutros Estados-Membros diferentes da Áustria pelo

mero facto de um operador que tem sede social na Áustria ser susceptível de pagar mais impostos na Áustria do que um operador estabelecido noutro Estado-Membro, não pode ser considerado compatível com o direito da União.

82 No que respeita, mais especificamente, ao objectivo da fiscalização e supervisão do titular do monopólio e ao argumento relativo à necessidade de assegurar uma fiscalização eficaz dos operadores económicos, nomeadamente pela presença de comissários do Estado, invocados pelo Governo austríaco, importa recordar que resulta de jurisprudência assente que o conceito de ordem pública, por um lado, pressupõe uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade e, por outro, enquanto justificação de uma derrogação de um princípio fundamental do Tratado, deve ser interpretado de forma restritiva (v., nesse sentido, acórdãos de 18 de Maio de 1982, Adoui e Cornuaille, 115/81 e 116/81, Colect., p. 1665, n.º 8; Calfa, já referido, n.ºs 21 e 23; de 20 de Novembro de 2001, Jany e o., C-268/99, Colect., p. I-8615, n.º 59, e de 22 de Dezembro de 2008, Comissão/Áustria, C-161/07, Colect., p. I-10671, n.º 35 e jurisprudência aí referida).

83 Por conseguinte, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, em primeiro lugar, se os objectivos invocados pelo Governo austríaco são susceptíveis de entrar nesse conceito e, em segundo lugar, se for caso disso, se a obrigação relativa à sede social em causa no processo principal cumpre os critérios de necessidade e proporcionalidade previstos na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

84 O órgão jurisdicional de reenvio terá, nomeadamente, de verificar se existem outros meios menos restritivos para garantir um nível de fiscalização das actividades dos operadores estabelecidos em Estados-Membros diferentes da República da Áustria equivalente ao da fiscalização susceptível de ser efectuada aos operadores cuja sede se situa no território austríaco.

— Quanto à proibição de constituir sucursais noutros Estados-Membros

85 Por força do § 15, n.º 1, da GSpG, o concessionário não tem o direito de constituir sucursais fora do território austríaco.

86 Segundo o Governo austríaco, essa proibição tão-só concretiza a ideia de que cabe a cada Estado-Membro regular a exploração dos jogos de fortuna ou azar no seu território.

87 No entanto, a liberdade, de cada Estado Membro, de regular a exploração dos jogos de fortuna ou azar no seu território não constitui, por si só, um objectivo legítimo de interesse geral que possa justificar uma restrição às liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado.

88 Conclui-se, pois, que não foi invocada no Tribunal nenhuma justificação válida para a proibição de o titular do monopólio em causa no processo principal constituir sucursais fora do território austríaco.

Quanto à consideração das fiscalizações aos operadores de jogos de fortuna ou azar efectuadas noutros Estados-Membros

89 No contexto do processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se se as fiscalizações aos operadores de jogos de fortuna ou azar efectuadas noutros Estados-Membros são relevantes para a apreciação da proporcionalidade da opção do legislador nacional de estabelecer um monopólio no tocante aos jogos de casino na Internet.

90 Resulta da redacção da terceira questão que o órgão jurisdicional de reenvio parece partir da premissa de que, por um lado, os interesses de regulação invocados pelo Estado-Membro de acolhimento, a saber, a República da Áustria, para justificar a restrição à livre prestação de serviços em causa no processo principal, são já suficientemente levados em conta no Estado-Membro da sede, no caso vertente a República de Malta, e, por outro, as disposições em vigor nesse Estado excedem até, em termos de intensidade, as aplicáveis no Estado-Membro de acolhimento.

91 O Governo maltês afirma, neste contexto, que o Estado maltês foi o primeiro a desenvolver um sistema de regulação destinado especificamente a fiscalizar e supervisionar os jogos de fortuna ou azar na Internet que, simultaneamente, assentava em princípios idênticos aos da regulação dos canais tradicionais de comercialização desses serviços mas foi concebido com o objectivo de responder aos riscos intrínsecos associados a esses sistemas de exploração modernos. As fiscalizações efectuadas no território maltês vão além, nomeadamente, do exame superficial efectuado no território de Gibraltar, no processo que deu origem ao acórdão Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido.

92 Por outro lado, J. Dickinger e F. Ömer, assim como o Governo maltês, alegam que os jogos de fortuna ou azar comercializados através da Internet podem ser fiscalizados de uma forma muito mais eficaz do que os comercializados pelos canais tradicionais, devido à rastreabilidade de todas as transacções efectuadas num suporte informático, o que permite, nomeadamente, detectar facilmente operações problemáticas ou suspeitas. Além disso, devido à necessidade de os jogadores disporem de uma conta bancária para o pagamento dos ganhos, é possível assegurar uma transparência acrescida face aos canais tradicionais.

93 Os operadores malteses do grupo bet-at-home.com foram alvo de estritos controlos de acesso, que implicavam a apreciação das respectivas qualidades profissionais e da respectiva integridade. Esses operadores continuaram sujeitos à fiscalização e supervisão contínua das autoridades maltesas competentes para regular esse sector, nomeadamente, a Lotteries and Gaming Authority. Esta última estabeleceu, em todo

o caso, sistemas de regulação avançados e robustos, que incluem fiscalizações às pessoas envolvidas e aos sistemas e procedimentos utilizados pelo operador.

94 J. Dickinger e F. Ömer, assim como o Governo maltês, invocam a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça segundo a qual não é conforme com a livre prestação de serviços submeter um prestador a restrições para proteger interesses gerais na medida em que estes interesses já estejam salvaguardados pelas regras a que o prestador está sujeito no Estado-Membro em que está estabelecido (v., nomeadamente, acórdãos de 17 de Dezembro de 1981, Webb, 279/80, Recueil, p. 3305, n.º 17; de 23 de Novembro de 1999, Arblade e o., C-369/96 e C-376/96, Colect., p. I-8453, n.ºs 34 e 35, e de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Colect., p. I-607, n.º 38).

95 Consequentemente, alegam que, dado as qualidades e integridade profissionais das filiais maltesas serem já garantidas pelas fiscalizações a que são sujeitas em Malta, é contrário ao artigo 49.º CE que as autoridades austríacas as excluam do mercado austríaco devido à alegada prossecução do objectivo de protecção dos jogadores contra as fraudes cometidas pelos operadores de jogos de azar.

96 A este respeito, recorde-se desde já que nenhuma obrigação de reconhecimento mútuo das autorizações concedidas pelos diversos Estados-Membros pode existir no estado actual do direito da União (acórdão Stoβ e o., n.º 112). Com efeito, face à inexistência de harmonização, ao nível da União, da legislação do sector dos jogos de fortuna ou azar e às significativas divergências entre os objectivos prosseguidos e entre os níveis de protecção pretendidos pelas legislações dos vários Estados-Membros, o simples facto de um operador oferecer legalmente serviços noutro Estado-Membro, onde tem a sede e já está, em princípio, sujeito aos requisitos legais e ao controlo por parte das autoridades competentes desse Estado-Membro, não pode ser considerado uma garantia suficiente de protecção dos consumidores nacionais contra os riscos de fraude e de criminalidade, à luz das prováveis dificuldades encontradas,

nesse contexto, pelas autoridades do Estado-Membro de estabelecimento, em avaliar as qualidades e a integridade profissionais dos operadores (acórdão Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido, n.º 69).

97 Por outro lado, como já se recordou no n.º 46 do presente acórdão, a mera circunstância de um Estado-Membro ter escolhido um sistema de protecção diferente do adoptado por outro Estado-Membro não pode ter incidência na apreciação da necessidade e da proporcionalidade das disposições tomadas nessa matéria, que devem ser apreciadas apenas à luz dos objectivos prosseguidos pelas autoridades competentes do Estado-Membro interessado e do nível de protecção que as mesmas pretendem garantir.

98 Com efeito, os vários Estados-Membros não dispõem necessariamente dos mesmos meios técnicos para fiscalizar os jogos de fortuna ou azar em linha e não fazem forçosamente as mesmas opções nessa matéria. Embora o próprio Governo maltês tenha afirmado que a República de Malta foi a primeira a desenvolver um sistema de regulação destinado especificamente a fiscalizar e supervisionar os jogos de fortuna ou azar na Internet, o facto de um nível específico de protecção dos consumidores contra fraudes do operador poder ser alcançado através da aplicação de técnicas sofisticadas de fiscalização e supervisão não permite concluir que o mesmo nível de protecção pode ser alcançado noutros Estados-Membros que não dispõem desses meios técnicos ou que não fizeram as mesmas opções. Um Estado-Membro pode, por outro lado, ser legitimamente levado a querer supervisionar uma actividade económica desenvolvida no seu território, o que lhe será impossível se tiver de confiar em fiscalizações efectuadas pelas autoridades de outro Estado-Membro por meio de sistemas de regulação que ele próprio não domina.

99 Consequentemente, a jurisprudência invocada por J. Dickinger e F. Ömer, assim como pelo Governo maltês, segundo a qual não é conforme com o artigo 49.º CE submeter um prestador a restrições para proteger interesses gerais na medida em que estes interesses já estejam salvaguardados no Estado-Membro de estabelecimento, não é, no estado actual do desenvolvimento do direito da União, aplicável num domínio como o dos jogos de fortuna ou azar, que não está harmonizado ao nível da União e no qual

os Estados-Membros dispõem de uma ampla margem de apreciação no tocante aos objectivos que visam prosseguir e ao nível de protecção que pretendem.

100 Consequentemente, há que responder à primeira e terceira questões que o artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que:

a) Um Estado-Membro que procure garantir um nível particularmente elevado de protecção dos consumidores no sector dos jogos de fortuna ou azar pode ter razões para considerar que só a instituição de um monopólio a favor de um organismo único, sujeito a um controlo estreito por parte das autoridades públicas, é susceptível de permitir controlar a criminalidade ligada a esse sector e prosseguir o objectivo de prevenção do incentivo a despesas excessivas ligadas aos jogos e de luta contra a dependência do jogo de uma forma suficientemente eficaz;

b) Para ser coerente com os objectivos de luta contra a criminalidade e de reduzir as ocasiões de jogo, uma legislação nacional que institua um monopólio em matéria de jogos de fortuna ou azar que permita ao titular do monopólio levar a cabo uma política de expansão deve:

— Assentar na constatação de que as actividades criminosas e fraudulentas ligadas ao jogo e a dependência do jogo constituem um problema no território do Estado-Membro interessado, que uma expansão das actividades autorizadas e regulamentadas pode solucionar;

— Permitir apenas a realização de publicidade moderada e estritamente limitada ao necessário para canalizar dessa forma os consumidores para as redes de jogo controladas;

c) A circunstância de um Estado-Membro ter escolhido um sistema de protecção diferente do adoptado por outro Estado-Membro não pode ter incidência na apreciação da necessidade e da proporcionalidade das disposições tomadas nessa

matéria, que devem ser apreciadas apenas à luz dos objectivos prosseguidos pelas autoridades competentes do Estado-Membro interessado e do nível de protecção que as mesmas pretendem garantir.

Quanto às despesas

101 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

1) O direito da União, em especial o artigo 49.º CE, opõe-se a que seja punida criminalmente a violação de um monopólio da exploração dos jogos de fortuna ou azar, como o monopólio da exploração dos jogos de casino comercializados através da Internet previsto na legislação em causa no processo principal, se essa legislação não estiver em consonância com as disposição do referido direito.

2) O artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que é aplicável aos serviços de jogos de fortuna ou azar comercializados através da Internet, no território do Estado-Membro de acolhimento, por um operador estabelecido noutro Estado-Membro, ainda que esse operador:

— Tenha instalado, no Estado-Membro de acolhimento, uma determinada infra-estrutura de apoio informático, como um servidor, e

— **Recorra a serviços de apoio informático de um prestador estabelecido no Estado-Membro de acolhimento, para prestar os seus serviços a consumidores igualmente estabelecidos nesse Estado-Membro.**

3) **O artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que:**

a) **Um Estado-Membro que procure garantir um nível particularmente elevado de protecção dos consumidores no sector dos jogos de fortuna ou azar pode ter razões para considerar que só a instituição de um monopólio a favor de um organismo único, sujeito a um controlo estreito por parte das autoridades públicas, é susceptível de permitir controlar a criminalidade ligada a esse sector e prosseguir o objectivo de prevenção do incentivo a despesas excessivas ligadas aos jogos e de luta contra a dependência do jogo de uma forma suficientemente eficaz;**

b) **Para ser coerente com os objectivos de luta contra a criminalidade e de reduzir as ocasiões de jogo, uma legislação nacional que institua um monopólio em matéria de jogos de fortuna ou azar que permita ao titular do monopólio levar a cabo uma política de expansão deve:**

— **Assentar na constatação de que as actividades criminosas e fraudulentas ligadas ao jogo e a dependência do jogo constituem um problema no território do Estado-Membro interessado, que uma expansão das actividades autorizadas e regulamentadas pode solucionar;**

— **Permitir apenas a realização de publicidade moderada e estritamente limitada ao necessário para canalizar dessa forma os consumidores para as redes de jogo controladas;**

c) A circunstância de um Estado-Membro ter escolhido um sistema de protecção diferente do adoptado por outro Estado-Membro não pode ter incidência na apreciação da necessidade e da proporcionalidade das disposições tomadas nessa matéria, que devem ser apreciadas apenas à luz dos objectivos prosseguidos pelas autoridades competentes do Estado-Membro interessado e do nível de protecção que as mesmas pretendem garantir.

Assinaturas