WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 15 września 2011 r.*

W sprawie C-347/09

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Bezirksgericht Linz (Austria), postanowieniem z dnia 10 kwietnia 2009 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 31 sierpnia 2009 r., w postępowaniu karnym przeciwko:

Jochenowi Dickingerowi,

Franzowi Ömerowi,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: J.C. Bonichot, prezes izby, K. Schiemann (sprawozdawca), L. Bay Larsen, A. Prechal i E. Jarašiūnas, sędziowie,

rzecznik generalny: Y. Bot,
sekretarz: K. Malacek, administrator,

* Język postępowania: niemiecki.

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 stycznia 2011 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu J. Dickingera oraz F. Ömera przez W. Denkmaira oraz O. Plöckingera, Rechtsanwälte,

— w imieniu rządu austriackiego przez C. Pesendorfer oraz J. Bauera, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu belgijskiego przez L. Van den Broeck oraz M. Jacobsa, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez adwokatów A. Huberta oraz P. Vlaemmincka,

— w imieniu rządu greckiego przez E.M. Mamounę, M. Tassopoulou oraz G. Papadaki, działające w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu maltańskiego przez A. Buhagiar oraz J. Borga, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu portugalskiego przez L. Ineza Fernandesa oraz A. Barros, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu Komisji Europejskiej przez E. Traversę oraz B.-R. Killmanna, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 31 marca 2011 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 43 WE i 49 WE.

2 Wniosek ten został złożony w związku z postępowaniem karnym przeciwko J. Dickingerowi i F. Ömerowi w przedmiocie naruszenia przez spółkę prawa austriackiego bet-at-home.com Entertainment GmbH (zwaną dalej „bet-at-home.com Entertainment"), którą zarządzają, ustawodawstwa austriackiego w zakresie prowadzenia działalności w zakresie gier losowych, a dokładniej oferty udziału za pośrednictwem Internetu w grach rozgrywanych w kasynach.

Ramy prawne

3 Glücksspielgesetz (ustawa federalna o grach losowych, BGBl. 620/1989), w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu przed sądem krajowym (zwana dalej „GSpG"), stanowi w § 3, zatytułowanym „Monopol w zakresie gier losowych", że prawo urządzania gier losowych należy wyłącznie do państwa federalnego. Paragrafy 14 i 21 GSpG

przewidują jednocześnie, że minister finansów może udzielić koncesji, po pierwsze, na urządzanie loterii, a po drugie – na prowadzenie kasyn. Ponieważ zakłady sportowe nie są traktowane jako gry losowe sensu stricto, nie wchodzą, z wyjątkiem jednego rodzaju zakładów wzajemnych pod nazwą „Toto", w zakres obowiązywania GSpG.

4 Gry rozgrywane w kasynach, a udostępniane przez Internet są na podstawie § 12 bis GSpG traktowane jak loterie i w konsekwencji wymagają uzyskania koncesji na urządzanie loterii, a nie na prowadzenie kasyn. Paragraf 12 bis, wprowadzony do GSpG w 1997 r. (BGBl. I, 69/1997), zawiera następującą definicję „loterii elektronicznej":

„loterie, przy których dochodzi do zawarcia umowy gry losowej drogą elektroniczną, zaś decyzja o wygranych i przegranych jest podejmowana lub udostępniana centralnie, a uczestnik może poznać jej wynik natychmiast po udziale w grze".

5 Koncesja na urządzanie loterii może zostać udzielona na podstawie § 14 ust. 2 GSpG wyłącznie podmiotowi, który:

„1. prowadzi działalność w formie spółki kapitałowej mającej siedzibę w kraju;

2. nie ma właścicieli (udziałowców), którzy posiadają dominujący wpływ i których wpływ nie pozwala na zagwarantowanie przestrzegania obowiązujących przepisów;

3. posiada radę nadzorczą i pokryty kapitał zakładowy w minimalnej wysokości 109 mln EUR, którego pochodzenie zgodne z prawem może zostać odpowiednio udowodnione;

4. powołuje zarząd, którego członkowie, z uwagi na swoje wykształcenie, posiadają kompetencje zawodowe, a także cechy i doświadczenie niezbędne dla prawidłowego prowadzenia działalności i przeciwko którym nie przemawiają przesłanki wykluczające wymienione w § 13 kodeksu zawodów rzemieślniczych, handlowych i przemysłowych z 1973 r. (Gewerbeordnung 1973) […]

5. w zależności od okoliczności (w szczególności doświadczenia, wiedzy i środków własnych) pozwala oczekiwać, że spowoduje osiągnięcie przez rząd federalny najwyższych przychodów (opłaty z tytułu uzyskania zezwolenia oraz podatki od zakładów wzajemnych),

6. w przypadku którego ewentualna struktura grupy, do której przynależy właściciel lub właściciele posiadający kwalifikowany udział, nie utrudnia przeprowadzenia skutecznej kontroli koncesjonariusza".

6 Zgodnie z § 14 ust. 3 GSpG koncesja może zostać udzielona na okres nieprzekraczający 15 lat.

7 Paragraf 14 ust. 5 zdanie pierwsze GSpG przewiduje, że w okresie obowiązywania koncesji na urządzanie loterii nie może być udzielona żadna inna koncesja.

8 Jeżeli o udzielenie koncesji ubiega się wielu wnioskodawców spełniających przesłanki § 14 ust. 2 GSpG, federalny minister finansów, zgodnie z § 14 ust. 5 zdanie drugie,

podejmuje decyzję na podstawie kryteriów określonych w § 14 ust. 2 pkt 5, udzielając koncesji podmiotowi, od którego można oczekiwać osiągnięcia najwyższych przychodów dla rządu federalnego.

9 Na mocy § 15 ust. 1 GSpG koncesjonariusz nie ma prawa tworzenia oddziałów poza terytorium austriackim. Ponadto uzyskanie przez niego udziałów kwalifikowanych w innych spółkach wymaga zezwolenia federalnego ministra finansów. Zgodnie z § 15 bis GSpG zezwolenie takie jest również wymagane w przypadku rozszerzenia jego działalności handlowej i może zostać udzielone wyłącznie wtedy, gdy nie zachodzi obawa obniżenia przychodów rządu federalnego pochodzących z opłat z tytułu uzyskania koncesji oraz podatków od zakładów wzajemnych.

10 Paragraf 16 GSpG nakłada na podmiot posiadający zezwolenie obowiązek ustanowienia regulaminu gier losowych, których urządzanie zostało mu powierzone. Regulamin ten, który podlega zatwierdzeniu przez federalnego ministra finansów, jest ogłaszany w Amtsblatt zur Wiener Zeitung oraz udostępniany do wglądu w pomieszczeniach handlowych podmiotu posiadającego zezwolenie oraz w punktach sprzedaży.

11 Koncesjonariusz ma również na podstawie § 18 ust. 1 GSpG obowiązek corocznego przekazywania federalnemu ministrowi finansów informacji o tożsamości osób posiadających udziały w kapitale zakładowym jego przedsiębiorstwa. Ponadto, zgodnie z § 19 ust. 1 GSpG, koncesjonariusz podlega nadzorowi federalnego ministra finansów. Ów minister ma w tym zakresie w szczególności prawo dostępu do rachunków, jak również innych dokumentów koncesjonariusza oraz może przeprowadzać kontrole na miejscu lub zobowiązać księgowych lub innych ekspertów do przeprowadzania weryfikacji. Koncesjonariusz ponosi koszty nadzoru, za który rachunki corocznie przedstawia mu minister finansów.

12 Paragraf 19 ust. 2 GSpG przewiduje ponadto, iż federalny minister finansów powołuje komisarza państwowego („Staatskommissär"), który na mocy § 26 Kreditwesengesetz (prawa bankowego, BGBl. 63/1979) ma prawo udziału w zgromadzeniach akcjonariuszy, jak również w zebraniach rady nadzorczej koncesjonariusza. Komisarz państwowy winien być pracownikiem jednostki administracji albo adwokatem lub biegłym rewidentem. Podlega on zwierzchnictwu ministra finansów i może być w każdej chwili odwołany z funkcji. Zadaniem komisarza państwowego jest między innymi sprzeciwianie się wszelkim decyzjom organów spółki, które uważa za niezgodne z prawem. Sprzeciw taki skutkuje zawieszeniem wykonalności wątpliwej decyzji, do dnia wydana decyzji właściwych organów.

13 Zgodnie z § 19 ust. 3 GSpG federalny minister finansów i federalna organizacja sportu mają prawo przedstawić po jednym kandydacie na członka rady nadzorczej koncesjonariusza.

14 Paragraf 19 ust. 4 GSpG nakłada na koncesjonariusza obowiązek przedłożenia federalnemu ministrowi finansów bilansu rocznego, sprawozdania z działalności, sumy bilansowej grupy oraz sprawozdań biegłych rewidentów dotyczących tych dokumentów, w terminie sześciu miesięcy od zakończenia danego roku rozliczeniowego.

15 Paragrafy 17 i 20 GSpG dotyczą przeznaczenia dochodów z gier losowych. Paragraf 17 ust. 3 pkt 6 określa wysokość opłaty za uzyskanie koncesji na urządzanie loterii elektronicznych na 24% rocznego dochodu brutto, po potrąceniu wartości wypłaconych wygranych. Trzy procent dochodów z loterii – kwota, która nie może być niższa niż 40 mln EUR, jest zgodnie z § 20 GSpG przeznaczane na rozwój sportu.

16 Paragrafy 21–31 GSpG zawierają podobne przepisy regulujące procedurę udzielania dwunastu koncesji na prowadzenie kasyn, nadzór nad koncesjonariuszami, jak również przebieg gier rozgrywanych w kasynach.

17 Urządzanie gier losowych w celach zarobkowych przez osobę nieposiadającą koncesji podlega w Austrii ściganiu w trybie karnym. Sankcją karną objęty jest, zgodnie z § 168 ust. 1 Strafgesetzbuch (austriackiego kodeksu karnego, zwanego dalej „StGB"), każdy, „kto urządza grę formalnie zakazaną lub której korzystny lub niekorzystny wynik zależy wyłącznie lub głównie od przypadku, lub kto ułatwia spotkanie zmierzające do urządzania takiej gry w celu czerpania z tego urządzania lub z tego spotkania korzyści pieniężnej, lub w celu zapewnienia takiej korzyści osobie trzeciej". Czyny te są zagrożone karą do sześciu miesięcy pozbawienia wolności w przeliczeniu na 360 stawek dziennych grzywny.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

18 Österreichische Lotterien GmbH (zwana dalej „Österreichische Lotterien") jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością prawa prywatnego. W drodze decyzji federalnego ministra finansów z dnia 16 marca 1995 r. uzyskała ona wyłączną koncesję na urządzanie loterii w Austrii, w okresie od 1 grudnia 1994 r. do dnia 31 grudnia 2004 r. Po uregulowaniu „loterii elektronicznych" wskutek ich wprowadzenia do GSpG na mocy § 12 bis w 1997 r. zakres koncesji udzielonej tej spółce został, na mocy decyzji ministra finansów z dnia 2 października 1997 r., rozszerzony na ten rodzaj loterii, a okres jej obowiązywania przedłużony do 2012 r. Okres obowiązywania koncesji został ustalony, z uwzględnieniem maksymalnego okresu 15 lat dopuszczalnego tą ustawą, na okres od 1 października 1997 r. do dnia 30 września 2012 r.

19 Większościowym udziałowcem Österreichische Lotterien jest Casinos Austria AG (zwana dalej „Casinos Austria"), prywatna spółka akcyjna, posiadająca dwanaście,

przewidzianych w GSpG, koncesji na prowadzenie kasyn (zob. w tym zakresie wyrok z dnia 9 września 2010 r. w sprawie C-64/08 Engelmann, Zb.Orz. s. I-8219, pkt 13–15). W momencie powstania okoliczności leżących u podstawy sporu jedna trzecia akcji stanowiących kapitał akcyjny Casinos Austria należała pośrednio do państwa, a pozostała część znajdowała się w rękach inwestorów prywatnych.

20 J. Dickinger i F. Ömer, obywatele austriaccy, są założycielami międzynarodowej grupy prowadzącej działalność w dziedzinie gier internetowych bet-at-home.com. Spółką dominującą w ramach grupy jest spółka prawa niemieckiego bet-at-home.com AG z siedzibą w Düsseldorfie (Niemcy).

21 Spółka prawa austriackiego bet-at-home.com Entertainment, z siedzibą w Linzu (Austria), prowadząca działalność w zakresie „usług automatycznego przetwarzania danych i technik informacyjnych" jest jedną ze spółek zależnych spółki bet-at-home.com AG. J. Dickinger i F. Ömer zarządzają spółką bet-at-home.com Entertainment. Spółka ta jest w posiadaniu austriackiego zezwolenia na urządzanie zakładów sportowych.

22 Bet-at-home.com Entertainment jest w posiadaniu, jako spółki zależnej, spółki prawa maltańskiego bet-at-home.com Holding Ltd, do której z kolei należą trzy inne spółki prawa maltańskiego bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd oraz bet-at-home.com Internationale Ltd (zwane dalej „maltańskimi spółkami zależnymi").

23 Dwie spośród maltańskich spółek zależnych oferują gry losowe i zakłady sportowe za pośrednictwem Internetu na stronie www.bet-at-home.com. Posiadają one w tym zakresie ważne zezwolenie maltańskie („Class One Remote Gaming License") na urządzanie gier losowych on-line oraz ważne zezwolenie maltańskie („Class Two Remote Gaming License") na udzielanie zakładów sportowych on-line. Strona internetowa, za pośrednictwem której spółki te oferują swe usługi, jest dostępna w językach

hiszpańskim, niemieckim, greckim, angielskim, włoskim, węgierskim, niderlandzkim, polskim, słoweńskim, rosyjskim i tureckim, lecz nie w języku maltańskim. Pod tym adresem internetowym oferowane są w szczególności gry rozgrywane w kasynach, takie jak poker, black-jack, bakarat, ruletka oraz gra na wirtualnych automatach do gry. Żadna z tych gier nie przewiduje ograniczenia wysokości stawek.

24 Prowadzenie strony internetowej www.bet-at-home.com zapewniają wyłącznie maltańskie spółki zależne, które urządzają wspomniane gry i posiadają zezwolenia na korzystanie z oprogramowania niezbędnego do prowadzenia serwisu udostępniającego gry.

25 Co najmniej do grudnia 2007 r. maltańskie spółki zależne korzystały z serwera znajdującego się w Linzu w Austrii, udostępnionego im przez bet-at-home.com Entertainment, która zapewniała również prowadzenie strony internetowej, oprogramowanie niezbędne do urządzania gier, jak również obsługę użytkowników.

26 Przeciw J. Dickingerowi i F. Ömerowi, jako zarządzającym spółką bet-at-home.com Entertainment, wszczęto postępowanie karne za czyny stanowiące naruszenie § 168 ust. 1 StGB. Postanowienie w sprawie wszczęcia postępowania ma następujące brzmienie:

„J. Dickinger i F. Ömer, jako szefowie [bet-at-home.com Entertainment], od dnia 1 stycznia 2006 r. do chwili obecnej dopuścili się przestępstwa z § 168 ust. 1 [StGB] polegającego na urządzaniu gier losowych w celu zarobkowym na rzecz [bet-at-home.com Entertainment] poprzez oferowanie gier za pośrednictwem Internetu, w których wygrane i przegrane zależą wyłącznie lub zasadniczo od przypadku lub które są wyraźnie zakazane, w szczególności różne rodzaje pokera (»Texas Hold'em«, »Seven Card Stud«, etc.), black-jack, bakarat, gry przy stole jak ruletka, jak również wirtualny »jednoręki bandyta«, przy czym stawki w tych grach są nieograniczone, w celu uzyskania dla siebie lub dla osoby trzeciej, w szczególności [bet-at-home.com Entertainment] korzyści finansowej".

27 J. Dickinger i F. Ömer podnieśli niezgodność przepisów krajowych, które mają zastosowanie do gier losowych, z art. 43 WE i 49 WE.

28 Sąd krajowy ma wątpliwości, czy przepisy StGB w związku z przepisami prawa austriackiego, mającymi zastosowanie do gier losowych, których dotyczy sprawa przed sądem krajowym, są zgodne z prawem Unii, a w szczególności co do jego kwalifikacji „reklamy agresywnej" prowadzonej przez Casinos Austria w odniesieniu do swej oferty gier losowych.

29 W związku z powyższym Bezirksgericht Linz postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1 a) Czy art. 43 WE i 49 WE należy interpretować w ten sposób, że stoją one z zasady na przeszkodzie stosowaniu przepisów państwa członkowskiego, takich jak § 3 w związku z §§ 14 i nast. oraz § 21 [GSpG], zgodnie z którymi:

— koncesja na urządzanie loterii (np. loterii elektronicznych) może zostać udzielona na okres nieprzekraczający 15 lat wyłącznie jednemu koncesjonariuszowi działającemu w formie spółki kapitałowej z siedzibą w Austrii, któremu zabronione jest zakładanie oddziałów poza granicami Austrii, dysponującemu pokrytym kapitałem zakładowym lub nominalnym w wysokości co najmniej 109 mln EUR i jeśli w świetle okoliczności można przyjąć, że zapewni on rządowi federalnemu uzyskanie najwyższej kwoty podatków;

— koncesja na prowadzenie kasyn gry może zostać udzielona na okres nieprzekraczający 15 lat maksymalnie 12 koncesjonariuszom działającym w formie spółki akcyjnej z siedzibą w Austrii, którym zabronione jest zakładanie oddziałów poza granicami Austrii, dysponującym pokrytym kapitałem zakładowym w wysokości co najmniej 22 mln EUR i jeśli w świetle okoliczności można przyjąć, że zapewnią oni podmiotom administracji uzyskanie najwyższej kwoty podatków?

Pytania te powstały konkretnie w sytuacji, w której […] spółka [Casinos Austria] posiada wszystkie 12 koncesji na prowadzenie kasyn gry, które w dniu 18 grudnia 1991 r. zostały udzielone maksymalnie na 15 lat i które zostały następnie przedłużone bez przetargu lub ogłoszenia.

b) W razie odpowiedzi twierdzącej – czy tego rodzaju przepisy mogą zostać uzasadnione względami interesu ogólnego, polegającymi na ograniczeniu działalności w dziedzinie zakładów, gdy posiadacze koncesji działający w strukturze właściwie monopolistycznej sami prowadzą ekspansywną politykę w dziedzinie gier losowych poprzez znaczące nakłady związane z reklamą?

c) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy przy badaniu proporcjonalności tego rodzaju przepisów, których celem jest zapobieganie przestępstwom poprzez poddanie podmiotów gospodarczych prowadzących działalność w tym zakresie kontroli i uporządkowanie w ten sposób działalności w dziedzinie gier losowych podlegającej tej kontroli, sąd krajowy powinien wziąć pod uwagę, że przepisy te obejmują również podmioty świadczące usługi transgraniczne, które w państwie członkowskim swej siedziby i tak podlegają rygorystycznym wymogom i kontrolom związanym z posiadaniem koncesji?

2) Czy swobody podstawowe traktatu WE, w szczególności swobodne świadczenie usług na podstawie art. 49 WE, należy interpretować w ten sposób, że niezależnie od faktu, że stanowienie przepisów w dziedzinie prawa karnego leży zasadniczo w kompetencji państw członkowskich, przepis karny państwa członkowskiego powinien być jednak oceniany w świetle prawa wspólnotowego, jeśli może on uniemożliwić lub ograniczyć wykonywanie jednej z podstawowych swobód?

3 a) Czy art. 49 WE w związku z art. 10 WE należy interpretować w ten sposób, że kontrole przeprowadzone w państwie członkowskim siedziby usługodawcy i złożone tam zabezpieczenia powinny zostać uwzględnione w państwie wykonania usługi zgodnie z zasadą wzajemnego zaufania?

b) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy art. 49 WE należy ponadto interpretować w ten sposób, że w przypadku ograniczenia swobody świadczenia usług ze względu na interes publiczny należy zbadać, czy ten interes publiczny nie został już w wystarczającej mierze uwzględniony poprzez przepisy prawne, kontrole i weryfikacje, którym usługodawca podlega w państwie, w którym ma siedzibę?

c) W razie odpowiedzi twierdzącej – czy przy badaniu proporcjonalności przepisu prawa krajowego, zabraniającego pod groźbą kary transgranicznego świadczenia usług z zakresu gier losowych bez zezwolenia krajowego, należy wziąć pod uwagę, że interesy natury reglamentacyjnej powołane przez państwo wykonania usługi dla celów uzasadnienia ograniczenia swobody podstawowej zostały już w wystarczającej mierze uwzględnione w państwie siedziby poprzez rygorystyczną procedurę udzielania zezwoleń i nadzoru?

d) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy przy badaniu proporcjonalności takiego ograniczenia sąd krajowy powinien wziąć pod uwagę, że właściwe przepisy w państwie, w którym usługodawca ma siedzibę, są nawet bardziej rygorystyczne od odpowiednich przepisów w państwie wykonania usługi?

e) Czy w przypadku ustanowionego z reglamentacyjnych względów związanych z ochroną graczy i zwalczaniem przestępczości, sankcjonowanego karnie zakazu urządzania gier losowych zasada proporcjonalności wymaga ponadto, aby sąd krajowy dokonał rozróżnienia między usługodawcami oferującymi udział w grach losowych bez jakiegokolwiek zezwolenia a usługodawcami mającymi siedzibę w innych państwach członkowskich [Unii], posiadającymi tam koncesję i wykonującymi działalność z powołaniem się na swobodę świadczenia usług?

f) Czy przy badaniu proporcjonalności przepisu prawa krajowego zabraniającego pod groźbą kary transgranicznego świadczenia usług z zakresu gier losowych bez krajowej koncesji lub zezwolenia należy wziąć pod uwagę, że usługodawca w dziedzinie gier losowych posiadający zgodnie z prawem zezwolenie w innym państwie członkowskim nie miał możliwości uzyskania zezwolenia krajowego ze względu na obiektywne, pośrednio dyskryminujące ograniczenia dostępu, a procedura udzielania zezwoleń i nadzoru w państwie siedziby wykazuje poziom ochrony przynajmniej porównywalny z poziomem krajowym?

4 a) Czy art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że tymczasowy charakter świadczenia usług wyklucza dla usługodawcy możliwość utworzenia w przyjmującym państwie członkowskim określonej infrastruktury (jak np. serwera) bez uznania go za mającego siedzibę w tym państwie członkowskim?

b) Czy art. 49 WE należy interpretować w ten sposób, że skierowany do krajowych podmiotów świadczących pomoc techniczną zakaz ułatwiania wykonywania usługi przez usługodawcę mającego siedzibę w innym państwie członkowskim stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług również wówczas, gdy podmioty świadczące pomoc techniczną mają siedzibę w tym samym państwie członkowskim co część odbiorców usługi?".

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania drugiego

30 W pytaniu drugim, które należy zbadać w pierwszej kolejności, sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy przepisy państwa członkowskiego, ustanawiające sankcje karne za naruszenie monopolu w zakresie urządzania gier losowych, takiego jak przewidziany w przepisach spornych w sprawie w przed sądem krajowym, winny być zgodne z podstawowymi swobodami gwarantowanymi traktatem, a w szczególności z art. 49 WE.

31 Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 45–50 opinii, z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika w tym zakresie, że prawo Unii nakłada ograniczenia na kompetencje państw członkowskich w dziedzinie prawa karnego, ustawodawstwo w tym zakresie nie może bowiem ograniczać podstawowych swobód zagwarantowanych prawem Unii (zob. podobnie wyroki: z dnia 2 lutego 1989 r. w sprawie 186/87 Cowan, Rec. s. 195, pkt 19; z dnia 19 stycznia 1999 r. w sprawie C-348/96 Calfa, Rec. s. I-11, pkt 17).

32 W konsekwencji na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że prawo Unii, a w szczególności art. 49 WE, stoi na przeszkodzie ustanowieniu sankcji karnych za naruszenie monopolu w zakresie urządzania gier losowych, takiego jak monopol na urządzanie gier w kasynach udostępnianych odpłatnie przez Internet, przewidziany w krajowych przepisach spornych w sprawie przed sądem krajowym, jeżeli przepisy te nie są zgodne z przepisami tego prawa.

W przedmiocie pytania czwartego

33 W pytaniu czwartym, które należy poddać analizie w następnej kolejności, sąd odsyłający zmierza do ustalenia, jakie podstawowe swobody mają zastosowanie do ograniczeń nałożonych na maltańskie spółki zależne na mocy spornego ustawodawstwa krajowego. Sąd ten pyta co do zasady, czy wykładni art. 49 WE należy dokonywać w taki sposób, że znajduje on zastosowanie do usług z zakresu gier losowych udostępnianych odpłatnie przez Internet na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego przez podmiot z siedzibą w innym państwie członkowskim, pomimo że podmiot ten:

— utworzył w przyjmującym państwie członkowskim określoną infrastrukturę wsparcia informatycznego, taką jak serwer, co mogłoby skutkować tym, iż zastosowanie znajdują przepisy dotyczące swobody przedsiębiorczości, oraz

— wspomaga się pomocą techniczną świadczoną przez usługodawcę z siedzibą w przyjmującym państwie członkowskim, aby dostarczać swe usługi na rzecz konsumentów w tym samym państwie członkowskim, co mogłoby skutkować tym, iż art. 49 WE nie będzie miał zastosowania.

34 Jak zwrócił uwagę rzecznik generalny w pkt 57–62 opinii, okoliczność, że podmiot świadczący usługi w zakresie gier losowych udostępnianych odpłatnie przez Internet

korzysta z urządzeń komunikacyjnych dostarczanych mu przez przedsiębiorstwo trzecie, mające siedzibę w przyjmującym państwie członkowskim, sama w sobie nie ma charakteru, który pozwalałby na stwierdzenie, że usługodawca ten posiada w tym państwie stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej porównywalne z agencją, co skutkowałoby tym, iż znajdowałyby zastosowanie postanowienia traktatu dotyczące swobody przedsiębiorczości.

35 Z orzecznictwa Trybunału wynika bowiem, że dla powstania stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej w rozumieniu traktatu konieczne jest, by stosunki handlowe nawiązane przez podmiot z siedzibą w państwie członkowskim z podmiotami lub pośrednikami z siedzibą w przyjmującym państwie członkowskim przewidywały dla tego pierwszego podmiotu możliwość udziału w sposób stały i ciągły w życiu gospodarczym tego przyjmującego państwa członkowskiego oraz umożliwiały klientom korzystanie z usług oferowanych poprzez stałą obecność w tym przyjmującym państwie członkowskim, która może być realizowana za pomocą zwykłego biura zarządzanego w danym wypadku przez osobę niezależną, która jednak jest umocowana do stałego działania na rachunek tego przedsiębiorstwa, tak jakby czyniła to agencja (zob. podobnie wyrok z dnia 8 września 2010 r. w sprawach połączonych C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07 Stoß i in., Zb.Orz. s. I-8069, pkt 59, 60).

36 Jest bezsprzeczne, że nie będąc w żaden sposób umocowaną do stałego działania na rachunek maltańskich spółek zależnych na rynku gier losowych w Austrii, bet-at-home.com Entertainment nie wchodzi w stosunki pomiędzy tymi spółkami a ich klientami. Prowadzenie serwisu internetowego www.bet-at-home.com zapewniają wyłącznie maltańskie spółki zależne, które są odpowiedzialne za urządzanie gier i z którymi klienci nawiązują stosowne umowy. W tych okolicznościach świadczenie usług z zakresu wsparcia informatycznego dostarczanych przez bet-at-home.com Entertainment mogłoby zostać powierzone innemu podmiotowi z siedzibą w innym państwie członkowskim, nawet bez wiedzy austriackich klientów.

37 Poza tym z orzecznictwa Trybunału wynika, że art. 49 WE ma zastosowanie do podmiotu urządzającego gry losowe z siedzibą w danym państwie członkowskim, który

oferuje swe usługi w innym państwie członkowskim, jeżeli posługuje się w tym zakresie pośrednikami posiadającymi siedziby w tym samym państwie członkowskim co ich usługobiorcy (wyrok z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. s. I-13031, pkt 58). A fortiori to samo postanowienie znajduje zastosowanie w przypadku, gdy podmiot urządzający gry losowe nie posługuje się pośrednikami, ale usługodawcą usług z zakresu wsparcia informatycznego w przyjmującym państwie członkowskim.

38 Na pytanie czwarte należy zatem odpowiedzieć, że art. 49 WE powinien być interpretowany w ten sposób, iż znajduje on zastosowanie do usług z zakresu gier losowych udostępnianych odpłatnie przez Internet na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego przez podmiot z siedzibą w innym państwie członkowskim, pomimo że podmiot ten:

— utworzył w przyjmującym państwie członkowskim określoną infrastrukturę wsparcia informatycznego, taką jak serwer, oraz

— korzysta z pomocy technicznej świadczonej przez usługodawcę z siedzibą w przyjmującym państwie członkowskim, aby dostarczać swe usługi na rzecz konsumentów w tym samym państwie członkowskim.

W przedmiocie pytań pierwszego i trzeciego

39 Pytania pierwsze i trzecie, które należy rozpatrzyć łącznie, dotyczą przesłanek dopuszczalności ustanowienia, zgodnie z art. 49 WE, monopolu na urządzanie gier rozgrywanych w kasynach, a udostępnianych odpłatnie przez Internet na rzecz jednego podmiotu, takiego jak dotyczy sprawa przed sądem krajowym.

40 Aby udzielić użytecznej odpowiedzi na owe pytania, należy w pierwszej kolejności przypomnieć przesłanki, dopuszczające zgodnie z art. 49 WE ustanowienie monopolu w zakresie gier losowych, takich jak będące przedmiotem sprawy przed sądem krajowym. W drugiej kolejności należy zbadać, w jakim zakresie prowadzenie ekspansywnej polityki handlowej przez jednostkę posiadającą monopol w zakresie gier losowych może pozostawać spójne z celami realizowanymi przez system monopolistyczny. W trzeciej kolejności konieczne jest udzielenie sądowi krajowemu wskazówek w przedmiocie zgodności z art. 49 WE szeregu szczególnych ograniczeń nałożonych na podmiot posiadający monopol przez przepisy krajowe w zakresie jego formy prawnej, kwoty kapitału zakładowego, lokalizacji jego siedziby oraz możliwości utworzenia oddziałów w innym państwie członkowskim. W końcu pozostaje zbadać adekwatność kontroli podmiotów urządzających gry losowe przeprowadzanych w innych państwach członkowskich oraz składanych tam gwarancji w celu oceny proporcjonalności środków ograniczających nałożonych przez państwo członkowskie, które dąży do uregulowania gier losowych w ramach realizacji przynajmniej jednego celu uznanego przez orzecznictwo Trybunału.

41 Nie budzi wątpliwości, że przepisy państwa członkowskiego sporne w sprawie przed sądem krajowym, które poddają urządzanie i promocję gier losowych systemowi wyłączności przysługującej jednemu podmiotowi i które zakazują wszystkim innym podmiotom, w tym podmiotom z siedzibą w innym państwie członkowskim, oferowania za pośrednictwem Internetu usług objętych tym systemem na terytorium pierwszego państwa członkowskiego, stanowią ograniczenie swobody świadczenia usług gwarantowanej mocą art. 49 WE (zob. podobnie wyrok z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-203/08 Sporting Exchange, Zb.Orz. s. I-4695, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).

42 Niemniej jednak tego rodzaju ograniczenie swobody świadczenia usług może zostać dopuszczone na zasadzie odstępstwa, wyraźnie przewidzianego w art. 45 WE i 46 WE, mającego zastosowanie w tej dziedzinie na podstawie art. 55 WE, lub uzasadnione zgodnie z orzecznictwem Trybunału nadrzędnymi względami interesu publicznego (wyroki: z dnia 8 września 2009 r. w sprawie C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol

Profissional i Bwin International, Zb.Orz. s. I-7633, pkt 55, 56; z dnia 30 czerwca 2011 r. w sprawie C-212/08 Zeturf, Zb.Orz. s. I-5633, pkt 37).

43 W kontekście sprawy przed sądem krajowym należy podkreślić na wstępie, że w sytuacji ustanowienia monopolu w zakresie gier losowych w państwie członkowskim, gdy monopol ten jest niezgodny z art. 49 WE, naruszenie go przez podmiot gospodarczy nie może być przedmiotem sankcji karnej (wyrok z dnia 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 Placanica i in., Zb.Orz. s. I-1891, pkt 63, 69).

W przedmiocie przesłanek ustanowienia monopolu w zakresie gier losowych

44 Jeśli chodzi o możliwe do przyjęcia uzasadnienie, Trybunał stwierdził, że cele przepisów krajowych w dziedzinie gier losowych i zakładów są najczęściej służą całościowo ochronie usługobiorców tych usług, a bardziej ogólnie – konsumentów oraz z ochronie porządku społecznego. Trybunał podkreślił również, że takie cele należą do nadrzędnych względów interesu publicznego mogących uzasadnić ograniczenia swobody świadczenia usług (ww. w pkt 74 wyrok w sprawie Stoß i in. i przytoczone tam orzecznictwo).

45 Ponadto Trybunał wielokrotnie orzekał, że względy moralne, wyznaniowe lub kulturowe, jak też konsekwencje moralnie i finansowo szkodliwe dla jednostek i społeczeństwa, które wiążą się z grami losowymi i zakładami, mogą uzasadniać istnienie uznaniowych kompetencji władz krajowych wystarczających dla ustalenia, zgodnie z ich własną skalą wartości, wymogów w zakresie ochrony konsumentów i porządku społecznego (ww. wyrok w sprawie Stoß i in., pkt 76 i przytoczone tam orzecznictwo).

46 Sama okoliczność, iż dane państwo 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 jedynie ocenione z uwzględnieniem celów zakładanych przez właściwe organy zainteresowanego państwa członkowskiego oraz zapewnienia zamierzonego poziomu ochrony (ww. wyrok w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 58).

47 W związku z tym państwa członkowskie zasadniczo korzystają ze swobody w ustalaniu celów ich polityki w dziedzinie gier losowych i w razie potrzeby szczegółowego określenia poziomu ochrony, do którego dążą (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 59).

48 Państwo członkowskie zmierzające do zapewnienia szczególnie wysokiego poziomu ochrony może w konsekwencji, jak przyznał to Trybunał w swym orzecznictwie, w sposób zasadny uznać, że jedynie nadanie praw wyłącznych jednemu podmiotowi, poddanemu ścisłemu nadzorowi ze strony organów władzy publicznej, może pozwolić zapanować nad ryzykiem związanym z sektorem gier losowych i realizować cel obejmujący przeciwdziałanie zachęcaniu do nadmiernych wydatków związanych z grami oraz zwalczanie uzależnienia od gier w sposób wystarczająco skuteczny (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Stoß i in., pkt 81, 83; a także w sprawie Zeturf, pkt 41).

49 Dopuszczalne jest bowiem, aby krajowe organy władzy publicznej państwa członkowskiego uważały, że okoliczność, iż jako nadzorca podmiotu posiadającego monopol będą dysponować, poza prawnymi mechanizmami regulacyjnymi i nadzorczymi, dodatkowymi środkami pozwalającymi im wpływać na jego postępowanie, może zapewnić im lepsze panowanie nad ofertą gier losowych i lepsze gwarancje skuteczności przy wdrażaniu prowadzonej przez nie polityki niż w wypadku, gdyby działalność tę wykonywały konkurujące ze sobą podmioty prywatne, nawet gdyby podmioty te objęte były systemem zezwoleń i podlegały systemowi kontroli i sankcji (ww. wyrok w sprawie Stoß i in., pkt 82).

50 Niemniej jednak nałożone ograniczenia powinny odpowiadać wymogom wynikającym z orzecznictwa Trybunału, gdy chodzi o ich proporcjonalność; badanie tego aspektu jest zadaniem sądów krajowych (ww. wyroki w sprawach: Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 59, 60; a także Stoß i in., pkt 77, 78).

51 Należy podkreślić, że w ramach sprawy przedstawionej Trybunałowi w trybie art. 267 TFUE udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie cele są w rzeczywistości realizowane przez ustawodawstwo krajowe, należy do właściwości sądu krajowego.

52 Zdaniem rządu austriackiego przepisy sporne w sprawie przed sądem krajowym, z jednej strony, realizują cel walki z przestępczością, w szczególności poprzez ochronę konsumentów gier losowych przed oszustem i innymi przestępstwami. Z drugiej strony, mają one na celu przeciwdziałanie zachęcaniu do nadmiernych wydatków związanych z grami losowymi poprzez zastosowanie odpowiednich środków ochrony graczy, takich jak w szczególności obowiązkowe ograniczenie wysokości stawek na gracza. Przepisy te uczestniczą tym samym w ochronie porządku społecznego jako takiego.

53 J. Dickinger i F. Ömer oraz rząd maltański podnoszą natomiast, że z brzmienia GSpG wynika, iż jej podstawowym celem jest zwiększenie przychodów z podatków od gier losowych. Twierdzą oni w szczególności, że zgodnie z § 14 ust. 5 GSpG koncesja jest zasadniczo przyznawana podmiotowi, od którego można oczekiwać osiągnięcia najwyższych przychodów dla rządu federalnego. Ponadto wszelkie rozszerzenia terytorialne czy przedmiotowe zakresu działalności handlowej koncesjonariusza wymagają uzyskania zezwolenia federalnego ministra finansów, które jest udzielane wyłącznie wówczas, gdy nie zachodzi najmniejsza obawa obniżenia przychodów rządu federalnego.

54 Zatem do sądu krajowego będzie należało zbadanie, czy organy krajowe miały rzeczywiście na celu – w dacie powstania okoliczności leżących u podstaw sporu przed sądem krajowym – zapewnienie szczególnie wysokiego względem zamierzonych celów poziomu ochrony, i czy w związku z tym zamierzonym poziomem ochrony ustanowienie monopolu mogło być rzeczywiście uznane za środek niezbędny (ww. w pkt 47 wyrok w sprawie Zeturf). W tym kontekście, jeżeli państwo członkowskie zamierza powołać się na cel, który mógłby uzasadnić przeszkody w swobodzie świadczenia usług, na nim ciąży obowiązek przedstawienia sądowi, który ma rozstrzygnąć tę kwestię, wszystkich dowodów, które mogłyby pozwolić mu na ustalenie, że spełnione zostały wszystkie wymogi wynikające z zasady proporcjonalności (ww. w pkt 71 wyrok w sprawie Stoß i in.).

55 W tym względzie cel polegający wyłącznie na zwiększeniu przychodów skarbu państwa nie może uzasadniać tego rodzaju ograniczenia swobody świadczenia usług.

56 Należy w szczególności przypomnieć w tym kontekście, że ustawodawstwo krajowe jest właściwe do zapewnienia realizacji wskazanego celu jedynie wówczas, jeśli odzwierciedla ono dążenie do jego osiągnięcia w sposób spójny i systematyczny. W konsekwencji do właściwości sądu krajowego należy zapewnienie, w szczególności w świetle konkretnych zasad stosowania danych przepisów przewidujących ograniczenia, że są one podyktowane troską o ograniczenie okazji do gry i działalności w tej dziedzinie w sposób spójny i systematyczny (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Stoß i in., pkt 88, 97, 98).

57 Sąd krajowy będzie musiał w konsekwencji zbadać, biorąc pod uwagę w szczególności rozwój rynku gier losowych w Austrii, czy kontrole państwowe, którym poddawana jest działalność podmiotu posiadającego monopol, są właściwe, aby zapewnić, iż faktycznie będzie on w stanie realizować w sposób spójny i systematyczny cele określone za pomocą oferty ilościowo współmiernej i jakościowo dostosowanej

do wspomnianych celów (zob. podobnie wyrok z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-258/08 Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, Zb.Orz. s. I-4757, pkt 37; a także ww. wyrok w sprawie Stoß i in., pkt 38).

58 Ponadto polityka handlowa prowadzona przez podmiot posiadający monopol ma niewątpliwe znaczenie dla oceny sposobu, w jaki są realizowane wspomniane cele.

W przedmiocie prowadzenia ekspansywnej polityki handlowej przez jednostkę mającą monopol w dziedzinie gier losowych

59 Sąd krajowy wyraża wątpliwości co do odpowiedzi na pytanie, czy monopol ustanowiony na mocy przepisów krajowych spornych przed sądem krajowym może być traktowany jako właściwy do zapewnienia realizacji celu przeciwdziałania zachęcaniu do nadmiernych wydatków związanych z grami oraz zwalczania uzależnienia od gier ze względu na ekspansywną politykę handlową prowadzoną przez podmiot posiadający monopol za pomocą intensywnej działalności reklamowej.

60 J. Dickinger i F. Ömer, podobnie jak rząd maltański, twierdzą w tym zakresie, że austriacki system dopuszczał stały rozwój oferty gier losowych, jak również ciągły wzrost wydatków na reklamę zorientowaną na wciąż nowe cele reklamowe, przede wszystkim na młodzież, w szczególności w ramach serwisu gier on-line www.win2day.at uruchomionego przez Österreichische Lotterien, z której zyski w zdecydowany sposób przerosły łączne dochody wszystkich tradycyjnych kasyn.

61 Należy stwierdzić w tym względzie, że rozwój działalności handlowej podmiotu, któremu przyznano wyłączne prawa w dziedzinie gier losowych, jak również znaczący wzrost przychodów, jakie z tej działalności uzyskuje, wymaga szczególnej uwagi podczas analizy spójnego i systematycznego charakteru spornych przepisów, a tym samym ich stosowności pod kątem realizacji celów uznanych przez orzecznictwo Trybunału. Z orzecznictwa tego wynika bowiem, że finansowanie działalności użyteczności publicznej za pomocą przychodów pochodzących z gier losowych nie powinno stanowić rzeczywistego celu wprowadzonej w tym sektorze polityki restrykcyjnej, ale może być traktowane jedynie jako korzystne uboczne następstwo (zob. w szczególności wyroki: z dnia 24 marca 1992 r. w sprawie C-275/92 Schindler, Rec. s. I-1039, pkt 57, 60; z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-124/97 Läärä i in., Rec. s. I-6067, pkt 32, 37; z dnia 21 października 1999 r. w sprawie C-67/98 Zenatti, Rec. s. I-7289, pkt 35, 36; ww. wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 61, 62).

62 W zakresie, w jakim organy władzy publicznej państwa członkowskiego nakłaniają i zachęcają konsumentów do udziału w grach losowych po to, by skarb państwa czerpał z nich korzyści finansowe, państwo to nie może powoływać się na względy porządku publicznego odnoszące się do konieczności ograniczenia okazji do gry (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 69).

63 Niemniej jednak Trybunał orzekł również, że polityka kontrolowanej ekspansji działalności w zakresie gier losowych może jednak być spójna z celem w postaci skanalizowania tychże gier w kontrolowanym obiegu poprzez przyciąganie uczestników nielegalnych i zabronionych gier oraz zakładów do udziału w działalności licencjonowanej i regulowanej. Tego rodzaju polityka może bowiem być równocześnie spójna zarówno z celem polegającym na przeciwdziałaniu prowadzeniu działalności w zakresie gier losowych w celach przestępczych lub popełniania oszustw, jak i z celem zapobiegania skłanianiu do ponoszenia nadmiernych wydatków na gry oraz walki z uzależnieniem od nich, a to poprzez nakierowywanie konsumentów na ofertę podmiotu wykonującego monopol państwowy, która jest zarazem wolna od elementów przestępczych, jak też pomyślana tak, by lepiej chronić konsumentów przed nadmiernymi wydatkami i uzależnieniem od hazardu (ww. wyrok w sprawie Stoß i in., pkt 101, 102).

64 Aby osiągnąć ten cel w postaci skanalizowania gier w kontrolowanym obiegu, podmioty działające na podstawie zezwolenia powinny stanowić stabilną, lecz jednocześnie atrakcyjną alternatywę w stosunku do działalności nieregulowanej, co może wymagać szerokiej gamy oferowanych gier, dość szerokiej reklamy i zastosowania nowoczesnych technik dystrybucyjnych (zob. ww. wyroki: w sprawie Placanica i in., pkt 55; a także w sprawie Stoß i in., pkt 101).

65 Zadaniem sądu krajowego jest zbadanie, w świetle okoliczności toczącego się przed nim sporu, czy polityka handlowa podmiotu posiadającego monopol może zostać uznana, zarówno w aspekcie zakresu działalności reklamowej, jak i tworzenia nowych rodzajów gier, za politykę kontrolowanej ekspansji w sektorze gier losowych, która rzeczywiście ma na celu skanalizowanie skłonności do hazardu w obiegu kontrolowanym (zob. ww. wyroki: w sprawie Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, pkt 37; a także w sprawie Zeturf, pkt 69).

66 W ramach tej oceny zadaniem sądu krajowego jest w szczególności zbadanie, czy, po pierwsze, przestępcza i oszukańcza działalność w zakresie gier oraz, po drugie, uzależnienie od hazardu, mogły – w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych leżących u podstawy sporu przed sądem krajowym – stanowić problem we Austrii i czy tego rodzaju rozszerzenie licencjonowanej i regulowanej działalności mogło ten problem rozwiązać (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, pkt 29).

67 Ochronę konsumentów przed uzależnieniem od hazardu trudno bowiem pogodzić z polityką ekspansji w zakresie gier losowych, cechującą się w szczególności tworzeniem nowych gier i ich reklamowaniem. Dlatego politykę tę można by uznać za spójną tylko wtedy, jeżeli nielegalna działalność miałaby znaczne rozmiary, a przyjęte środki miałyby na celu skierowanie skłonności konsumentów do gier do legalnego obiegu (ww. wyrok w sprawie Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International, pkt 30).

68 W każdym wypadku ewentualnie prowadzona przez podmiot wykonujący monopol państwowy działalność reklamowa powinna być współmierna i ściśle ograniczona do tego, co jest konieczne, aby ukierunkować konsumentów na sieć gier kontrolowanych. Taka reklama nie może natomiast mieć na celu wzmacniania naturalnej skłonności konsumentów do gry poprzez stymulację ich czynnego w niej udziału, w szczególności poprzez banalizację gry lub kształtowanie pozytywnego jej obrazu związanego z faktem, iż uzyskane przychody przeznacza się na działalność leżącą w interesie ogólnym, lub wreszcie poprzez zwiększenie atrakcyjności gry za pomocą chwytliwych haseł reklamowych kuszących znacznymi wygranymi (ww. wyrok w sprawie Stoß i in., pkt 103).

69 Należy w szczególności dokonać rozróżnienia pomiędzy strategią podmiotu korzystającego z monopolu państwowego, która ma wyłącznie na celu informowanie potencjalnych klientów o istnieniu produktów, a która służy zagwarantowaniu regularnego dostępu do gier losowych, orientując graczy w kierunku kontrolowanego obiegu, oraz strategią, która zachęca do aktywnego udziału w grze i go stymuluje. Rozróżnienia należy zatem dokonać pomiędzy ograniczoną polityką handlową, której celem jest wyłącznie zdobycie rynku lub uzyskanie lojalnej klienteli na rzecz podmiotu korzystającego z monopolu, a ekspansyjną polityką handlową, której celem jest rozwój globalnego rynku hazardu.

W przedmiocie zgodności szczególnych ograniczeń nałożonych na podmiot posiadający monopol z art. 49 WE

70 Sąd odsyłający zwraca się do Trybunału z zapytaniem o zgodność z art. 49 WE szeregu szczególnych ograniczeń, nałożonych na podmiot posiadający monopol na mocy spornych przepisów krajowych, dotyczących formy prawnej, kwoty kapitału zakładowego, lokalizacji siedziby oraz możliwości tworzenia oddziałów w państwach członkowskich innych niż państwo jego siedziby.

71 Należy w tym względzie przypomnieć tytułem wstępu, jak zwrócił uwagę w pkt 97 opinii rzecznik generalny, że ponieważ monopol stanowi szczególnie ograniczający środek, który może znaleźć uzasadnienie jedynie w celu zapewnienia szczególnie wysokiego poziomu ochrony konsumentów, musi mu towarzyszyć ustanowienie ram prawnych odpowiednich dla zagwarantowania, iż podmiot posiadający taki monopol będzie w rzeczywistości w sposób spójny i systematyczny realizować tak określony cel za pomocą oferty ilościowo współmiernej i jakościowo dostosowanej do rzeczonego celu oraz podlegającej ścisłej kontroli ze strony organów władzy publicznej (ww. wyroki: w sprawie Stoß i in., pkt 83; a także w sprawie Zeturf, pkt 58).

72 Nałożenie określonych ograniczeń na podmiot posiadający monopol w dziedzinie gier losowych jest w konsekwencji co do zasady nie tylko zgodne z prawem Unii, ale nim wymagane. Ograniczenia te powinny być ponadto zgodne z wymogami wynikającymi z prawa Unii w zakresie ich proporcjonalności, a w szczególności muszą być one odpowiednie dla zagwarantowania, iż cele przyświecające ustanowieniu monopolu zostaną osiągnięte oraz że nie będą one wykraczały poza to, co w tym celu konieczne. O ile kontrola w tym zakresie należy do sądu krajowego, o tyle poniższe wskazówki mogą być mu w tym celu użyteczne.

— W przedmiocie formy prawnej i kwoty kapitału zakładowego podmiotu posiadającego monopol

73 Z § 14 ust. 2 pkt 1 i 3 GSpG wynika, że podmiot posiadający monopol na organizację loterii elektronicznych winien po pierwsze być spółką kapitałową, a po drugie dysponować kapitałem zakładowym nominalnym lub pokrytym w wysokości co najmniej 109 mln EUR.

74 Rząd austriacki twierdzi w tym zakresie, że warunek odnoszący się do formy prawnej odpowiada potrzebie narzucenia podmiotowi posiadającemu monopol przejrzystej struktury przedsiębiorstwa, w celu przeciwdziałania praniu pieniędzy i oszustwom. Rząd ten podkreśla, że prawo Unii przewiduje podobny wymóg formy prawnej w dziedzinie ubezpieczeń. Co się tyczy wysokości kapitału zakładowego, rząd ten podnosi, że jest ona proporcjonalna w świetle wysokości wygranych, które podmiot posiadający monopol potencjalnie musi wypłacić za poszczególne gry udostępniane odpłatnie za pośrednictwem Internetu, na które posiada zezwolenie, co może obejmować wypłatę skumulowanej puli w wysokości wielu milionów euro.

75 J. Dickinger i F. Ömer podnoszą natomiast, że kwota kapitału zakładowego w wysokości 109 mln EUR jest nieproporcjonalna w świetle faktu, że kapitał wymagany w Austrii dla instytucji kredytowej wynosi wyłącznie 5 mln EUR.

76 Jak orzekł Trybunał w pkt 30 wyżej wymienionego wyroku w sprawie Engelmann, wymóg szczególnej formy prawnej dla podmiotów działających w sektorze gier losowych – w świetle obowiązków, jakimi związane są niektóre typy spółek, w szczególności w odniesieniu do ich wewnętrznej organizacji, prowadzenia księgowości, kontroli, jakich mogą być przedmiotem, oraz stosunków z osobami trzecimi – może być uzasadniony celem przeciwdziałania praniu pieniędzy i oszustwom, na co w tym zakresie powołuje się rząd austriacki.

77 Tym samym wymóg posiadania wysokiego kapitału zakładowego może okazać się użyteczny w celu zapewnienia określonej zdolności finansowej ze strony danego podmiotu i zapewnić, iż jest on w stanie odpowiedzieć na zobowiązania, które mógł zaciągnąć wobec wygrywającego gracza. Należy niemniej jednak przypomnieć, że poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga w szczególności, by nałożone ograniczenie nie wykraczało poza to, co konieczne do osiągnięcia założonego celu. Do sądu krajowego będzie należało zbadanie – w świetle innych możliwych gwarancji honorowania przez dany podmiot wierzytelności wygrywających graczy – proporcjonalnego charakteru wspominanego wymogu.

— W przedmiocie lokalizacji siedziby podmiotu posiadającego monopol

78 Paragraf 14 ust. 2 pkt 1 GSpG przewiduje, że podmiot posiadający monopol w zakresie urządzania loterii winien posiadać swą siedzibę na terytorium krajowym.

79 Jak zwrócił uwagę w pkt 120 opinii rzecznik generalny, wymóg ten jest dyskryminacyjnym ograniczeniem, które może być uzasadnione wyłącznie jednym ze względów wymienionych w art. 46 WE, a konkretnie ochroną porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego.

80 Rząd austriacki twierdzi, że obecność siedziby na terytorium krajowym jest niezbędna do zapewnienia skutecznej kontroli gier on-line oraz że właściwe organy austriackie nie mają takich samym możliwości w zakresie kontroli względem podmiotów gospodarczych z siedzibą w innych państwach członkowskich. Podkreśla on również, że obecność komisarza państwowego w organach nadzorczych podmiotu posiadającego monopol zgodnie z § 19 ust. 2 GSpG pozwala właściwym władzom krajowym na skuteczne wykonywanie nadzoru nad decyzjami i zarządzaniem podmiotu posiadającego monopol. Władze te mają tym samym możliwość poznania decyzji tego podmiotu przed ich wprowadzeniem w życie i sprzeciwienia się im, jeśli naruszają one cele krajowej polityki w zakresie gier. Zdaniem rządu austriackiego wspomniane organy nie miałyby takich samych możliwości w odniesieniu do podmiotu mającego siedzibę w innym państwie członkowskim.

81 Jak wskazano w pkt 53 niniejszego wyroku, J. Dickinger i F. Ömer oraz rząd maltański, opierając się w szczególności na § 14 ust. 5 GSpG, podnoszą natomiast, że podstawowym celem ustawodawstwa, którego sprawa dotyczy, jest zwiększenie przychodów z podatków z tytułu gier losowych. Choć wykładnia tego przepisu ustawodawstwa krajowego należy do właściwości sądu krajowego, należy mimo to stwierdzić, iż system udzielania koncesji oparty na kryterium maksymalizacji przychodów skarbu państwa, który działałby systematycznie na niekorzyść podmiotów z siedzibą w innym niż Republika Austrii państwie członkowskim, wyłącznie ze względu na fakt, że

podmiot z siedzibą na terytorium austriackim miałby płacić wyższe podatki w Austrii niż podmiot posiadający siedzibę w innym państwie członkowskim, nie może być uznany za zgodny z prawem Unii.

82 Co się tyczy w szczególności celu kontroli i nadzoru nad podmiotem posiadającym monopol oraz podniesionego przez rząd austriacki argumentu opartego na konieczności zapewnienia skuteczniej kontroli podmiotów gospodarczych, w szczególności poprzez instytucję komisarza państwowego, należy przypomnieć, iż z utrwalonego orzecznictwa wynika, iż pojęcie porządku publicznego po pierwsze zakłada istnienie rzeczywistego i wystarczająco poważnego zagrożenia dla jednego z podstawowych interesów społecznych, a po drugie, jak wszystkie odstępstwa od jednej z podstawowych zasad traktatu, powinno być interpretowane w sposób zawężający (zob. podobnie wyrok z dnia 18 maja 1982 r. w sprawach połączonych 115/81 i 116/81 Adoui i Cornuaille, Rec. s. 1665, pkt 8; ww. wyrok w sprawie Calfa, pkt 21, 23; wyroki: z dnia 20 listopada 2001 r. w sprawie C-268/99 Jany i in., Rec. s. I-8615, pkt 59; z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-161/07 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-10671, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

83 Do sądu krajowego należy zatem ustalenie, po pierwsze, czy cele, na które powołuje się rząd austriacki mogą odnosić się do tego pojęcia, a po drugie, w danym przypadku, czy sporny obowiązek dotyczący siedziby spółki spełnia konieczne kryteria konieczności i proporcjonalności przewidziane w orzecznictwie Trybunału.

84 W szczególności sąd krajowy będzie musiał zbadać, czy istnieją inne mniej ograniczające środki pozwalające na zapewnienie takiego samego poziomu kontroli działalności podmiotów z siedzibą na terytorium innego państwa członkowskiego, jak kontrola, którym mogą być poddawane podmioty posiadające siedzibę na terytorium austriackim.

— W przedmiocie zakazu tworzenia oddziałów w innym państwie członkowskim

85 Zgodnie z § 15 ust. 1 GSpG koncesjonariusz nie ma prawa tworzenia oddziałów poza terytorium austriackim.

86 Zdaniem rządu austriackiego, zakaz ten jest jedynie konkretyzacją idei, zgodnie z którą do każdego państwa członkowskiego należy regulowanie urządzania gier losowych na jego terytorium.

87 Prawo służące każdemu z państw członkowskich do regulowania urządzania gier losowych na swoim terytorium nie stanowi jednak samo w sobie uzasadnionego celu interesu ogólnego, który mógłby uzasadniać ograniczenia podstawowych swobód gwarantowanych traktatem.

88 Należy w konsekwencji uznać, że przed Trybunałem nie zostało podniesione żadne ważkie uzasadnienie nałożonego na podmiot posiadający monopol zakazu tworzenia oddziałów poza terytorium austriackim.

W przedmiocie uwzględnienia kontroli podmiotów urządzających gry losowe przeprowadzonych w innych państwach członkowskich

89 W kontekście sprawy zawisłej przed sądem krajowym sąd ten zastanawia się, czy kontrole podmiotów urządzających gry losowe przeprowadzone w innych państwach członkowskich mają znaczenie dla oceny proporcjonalności wyboru ustawodawcy krajowego, by ustanowić monopol na gry rozgrywane w kasynach, a udostępniane odpłatnie przez Internet.

90 Z brzmienia pytania trzeciego wynika, że sąd krajowy wydaje się wychodzić z założenia, że po pierwsze, interesy natury reglamentacyjnej, na które powołuje się przyjmujące państwo członkowskie, mianowicie Republika Austrii, dla celów uzasadnienia ograniczenia swobody świadczenia usług, którego dotyczy sprawa przed sądem krajowym, zostały już w wystarczającej mierze uwzględnione w państwie siedziby, w tym przypadku w Republice Malty, a po drugie, że przepisy obowiązujące w tym państwie są nawet bardziej rygorystyczne od znajdujących zastosowanie w przyjmującym państwie członkowskim.

91 Rząd maltański potwierdza w tym kontekście, że państwo maltańskie jako pierwsze stworzyło system przepisów mający na celu kontrolę i nadzór konkretnie nad grami losowymi udostępnianymi przez Internet, który to system opierając się na tych samych zasadach i celach co przepisy regulujące tradycyjne sposoby sprzedaży tych usług, został stworzony, aby odpowiadać na ryzyko immanentnie związane z tymi nowoczesnymi sposobami urządzania gier. Przeprowadzane na terytorium maltańskim kontrole na miejscu wykraczają daleko poza powierzchowne kontrole na miejscu, które przeprowadzano na terytorium Gibraltaru w wyżej wymienionej sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International.

92 Poza tym J. Dickinger i F. Ömer, podobnie jak rząd maltański, podnoszą, że gry losowe udostępniane odpłatnie przez Internet mogą być poddawane kontroli w sposób bardziej skuteczny niż gry udostępniane tradycyjnymi kanałami, z powodu możliwości śledzenia wszystkich transakcji dokonanych za pomocą nośnika informatycznego, co w szczególności umożliwia łatwe wykrycie transakcji problematycznych lub budzących wątpliwości. Ponadto z powodu konieczności posiadania przez konsumentów konta bankowego dla celów dokonywania wypłaty wygranych, jest możliwe zapewnienie zwiększonej przejrzystości w porównaniu z tradycyjnymi sposobami udziału w grach.

93 Maltańskie podmioty składające się na grupę bet-at-home.com były przedmiotem ścisłej kontroli wstępnej polegającej na badaniu kwalifikacji zawodowych ich personelu oraz ich uczciwości. Podmioty te znajdują się pod stałą kontrolą i nadzorem organów maltańskich właściwych w zakresie regulowania tego sektora, w szczególności Lotteries and Gaming Authority. Urząd ten od zawsze stosuje zaawansowane

i solidne systemy regulacyjne, na które składają się kontrole osób zaangażowanych w daną działalność, jak również systemy i procedury stosowane przez podmioty gospodarcze.

94 J. Dickinger i F. Ömer, podobnie jak rząd maltański, powołują się na utrwalone orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym sprzeczne ze swobodą świadczenia usług jest nakładanie na usługodawcę ograniczeń w celu ochrony interesów o charakterze ogólnym, tam gdzie interesy te są już chronione przez przepisy, którym usługodawca podlega w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę (zob. w szczególności wyroki: z dnia 17 grudnia 1981 r. w sprawie 279/80 Webb, Rec. s. 3305, pkt 17; z dnia 23 listopada 1999 r. w sprawach połączonych C-369/96 i C-376/96 Arblade i in., Rec. s. I-8453, pkt 34, 35; z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-390/99 Canal Satélite Digital, Rec. s. I-607, pkt 38).

95 J. Dickinger i F. Ömer podnoszą w konsekwencji, że biorąc pod uwagę fakt, że profesjonalne walory i rzetelność maltańskich spółek zależnych zostały wcześniej sprawdzone w drodze kontroli przeprowadzonych na Malcie, wykluczenie ich przez władze austriackie z austriackiego rynku, ze względu na rzekomą realizację celu ochrony graczy przed oszustwami popełnianymi przez podmioty urządzające gry losowe, byłoby sprzeczne z art. 49 WE.

96 Należy przypomnieć w tym miejscu, że wedle istniejącego stanu prawa Unii nie istnieje żaden obowiązek wzajemnego uznania zezwoleń wydanych przez różne państwa członkowskie (ww. wyrok w spawie Stoß i in., pkt 112). Mając na względzie okoliczność, że przepisy regulujące sektor gier losowych nie zostały poddane harmonizacji na poziomie Unii oraz że w państwach członkowskich istnieją znaczące różnicy pomiędzy celami realizowanymi, jak również poziomem kontroli wymaganej na mocy ich przepisów, okoliczność, iż podmiot oferuje zgodnie z prawem usługi w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę i w którym zasadniczo podlega już wymogom prawnym i kontroli ze strony właściwych organów tego państwa członkowskiego, nie stanowi wystarczającej gwarancji ochrony krajowych konsumentów przed ryzykiem oszustwa i przestępczości, biorąc pod uwagę trudności, jakie w tym kontekście mogą

napotkać organy państwa członkowskiego siedziby przy ocenie profesjonalnych walorów i prawości takiego podmiotu (zob. ww. wyrok w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, pkt 69).

97 Poza tym, jak zostało przypomniane w pkt 46 niniejszego wyroku, sama okoliczność, iż dane państwo 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 jedynie oceniane pod kątem realizacji celów zakładanych przez właściwe organy zainteresowanego państwa członkowskiego oraz zapewnienia zamierzonego poziomu ochrony.

98 Różne państwa członkowskie niekoniecznie dysponują takimi samymi środkami technicznymi, aby kontrolować gry losowe rozgrywane on-line. Jeżeli rząd maltański potwierdził, że Republika Malty jest pierwszym państwem członkowskim, które stworzyło system przepisów mający na celu konkretnie kontrolę i nadzór nad grami losowymi udostępnianymi przez Internet, to okoliczność, że szczególny poziom ochrony konsumentów przed oszustwami ze strony podmiotu urządzającego gry może być osiągnięty w jednym państwie członkowskim poprzez zastosowanie zaawansowanych technik kontroli i nadzoru, nie uprawnia jednak wniosku, że ten sam poziom ochrony może zostać osiągnięty w innym państwie członkowskim, które nie posiada takich samych środków technicznych lub które nie dokonało takiego samego wyboru. Państwo członkowskie może ponadto zgodnie z prawem chcieć poddać nadzorowi działalność gospodarczą prowadzoną na jego terytorium, co byłoby niemożliwe, gdyby miało polegać na kontrolach przeprowadzanych przez władze innego państwa członkowskiego za pomocą systemów regulacyjnych, których samo nie kontroluje.

99 W konsekwencji orzecznictwo, na które powołują się J. Dickinger i F. Ömer oraz rząd maltański, zgodnie z którym sprzeczne z art. 49 WE jest nakładanie na usługodawcę ograniczeń w celu ochrony interesów o charakterze ogólnym, tam gdzie interesy te są już chronione w państwie członkowskim siedziby, nie znajduje na obecnym etapie rozwoju prawa Unii zastosowania w dziedzinie takiej jak sektor gier losowych, który nie został poddany harmonizacji na poziomie Unii, a w którym państwom

członkowskim przysługuje szeroki zakres uznania, jeśli chodzi o wybór celów, które zamierzają realizować, i poziom ochrony, który zamierzają uzyskać.

100 Na pytania pierwsze i trzecie należy zatem udzielić odpowiedzi, że art. 49 WE powinien być interpretowany w ten sposób, że:

a) państwo członkowskie zmierzające do zapewnienia szczególnie wysokiego poziomu ochrony konsumentów w sektorze gier losowych może w sposób zasadny uznać, że jedynie ustanowienie monopolu na rzecz jednego podmiotu, poddanego ścisłej kontroli ze strony organów władzy publicznej może pozwolić zapanować nad przestępczością związaną z tym sektorem i realizować cel polegający na przeciwdziałaniu zachętom do nadmiernych wydatków związanych z grami oraz na zwalczaniu uzależnienia od gier w sposób wystarczająco skuteczny;

b) dla spójności z celem walki z przestępczością, jak również z celem ograniczenia okazji do gry, przepisy krajowe ustanawiające monopol w dziedzinie gier losowych i dopuszczające, by podmiot posiadający monopol prowadził ekspansywną politykę, winny:

— opierać się na przekonaniu, że działalność przestępcza i oszustwa związane z grami oraz uzależnienie od nich stanowią problem na terytorium zainteresowanego państwa członkowskiego, któremu zaradzić może rozwój działalności licencjonowanej i regulowanej; oraz

— dopuszczać wyłącznie współmierną i ściśle ograniczoną działalność reklamową konieczną w celu ukierunkowania konsumentów ku kontrolowanej sieci gier;

c) okoliczność, że 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 jedynie oceniane pod kątem realizacji celów zakładanych przez właściwe organy zainteresowanego państwa członkowskiego oraz zapewnienia zamierzonego poziomu ochrony.

W przedmiocie kosztów

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

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

1) Prawo Unii, a w szczególności art. 49 WE, stoi na przeszkodzie ustanowieniu sankcji karnych za naruszenie monopolu w zakresie urządzania gier losowych, takiego jak monopol na urządzanie gier w kasynach udostępnianych odpłatnie przez Internet przewidziany w krajowych przepisach spornych w sprawie przed sądem krajowym, jeżeli przepisy te nie są zgodne z przepisami tego prawa.

2) Artykuł 49 WE powinien być interpretowany w ten sposób, że znajduje on zastosowanie do usług z zakresu gier losowych udostępnianych odpłatnie przez Internet na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego przez podmiot z siedzibą w innym państwie członkowskim, pomimo że podmiot ten:

— utworzył w przyjmującym państwie członkowskim określoną infrastrukturę wsparcia informatycznego, taką jak serwer, oraz

— **korzysta z pomocy technicznej świadczonej przez usługodawcę z siedzibą w przyjmującym państwie członkowskim, aby dostarczać swe usługi na rzecz konsumentów w tym samym państwie członkowskim.**

3) Artykuł 49 WE powinien być interpretowany w ten sposób, że:

a) państwo członkowskie zmierzające do zapewnienia szczególnie wysokiego poziomu ochrony konsumentów w sektorze gier losowych może w sposób zasadny uznać, że jedynie ustanowienie monopolu na rzecz jednego podmiotu, poddanego ścisłej kontroli ze strony organów władzy publicznej może pozwolić zapanować nad przestępczością związaną z tym sektorem i realizować cel polegający na przeciwdziałaniu zachętom do nadmiernych wydatków związanych z grami oraz na zwalczaniu uzależnienia od gier w sposób wystarczająco skuteczny;

b) dla spójności z celem walki z przestępczością, jak również z celem ograniczenia okazji do gry przepisy krajowe ustanawiające monopol w dziedzinie gier losowych i dopuszczające, by podmiot posiadający monopol prowadził ekspansywną politykę, winny:

— **opierać się na przekonaniu, że działalność przestępcza i oszustwa związane z grami oraz uzależnienie od nich stanowią problem na terytorium zainteresowanego państwa członkowskiego, któremu zaradzić może rozwój działalności licencjonowanej i regulowanej; oraz**

— **dopuszczać wyłącznie współmierną i ściśle ograniczoną działalność reklamową konieczną w celu ukierunkowania konsumentów ku kontrolowanej sieci gier;**

c) okoliczność, że 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 jedynie oceniane pod kątem realizacji celów zakładanych przez właściwe organy zainteresowanego państwa członkowskiego oraz zapewnienia zamierzonego poziomu ochrony.

Podpisy