SODBA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 15. septembra 2011 *

V zadevi C-347/09,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Bezirksgericht Linz (Avstrija) z odločbo z dne 10. aprila 2009, ki je prispela na Sodišče 31. avgusta 2009, v kazenskem postopku zoper

Jochena Dickingerja,

Franza Ömerja,

SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi J.-C. Bonichot, predsednik senata, K. Schiemann (poročevalec), L. Bay Larsen, sodnika, A. Prechal, sodnica, in E. Jarašiūnas, sodnik,

generalni pravobranilec: Y. Bot,
sodni tajnik: K. Malacek, administrator,

* Jezik postopka: nemščina.

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 27. januarja 2011,

na podlagi pisnih stališč, ki so jih predložili:

– za J. Dickinger in F. Ömer W. Denkmair in O. Plöckinger, odvetnika,

– za avstrijsko vlado C. Pesendorfer in J. Bauer, zastopnika,

– za belgijsko vlado L. Van den Broeck in M. Jacobs, zastopnici, skupaj z A. Hubertom in P. Vlaemminckom, odvetnikoma,

– za grško vlado E.-M. Mamouna, M. Tassopoulou in G. Papadaki, zastopnice,

– za malteško vlado A. Buhagiar in J. Borg, zastopnika,

– za portugalsko vlado L. Inez Fernandes in A. Barros, zastopnika,

– za Evropsko komisijo E. Traversa in B.-R. Killmann, zastopnika,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 31. marca 2011

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 43 ES in 49 ES.

2 Predlog je bil vložen v okviru kazenskega postopka, ki je bil zoper J. Dickingerja in F. Ömerja uveden, ker družba avstrijskega prava bet-at-home.com Entertainment GmbH (v nadaljevanju: bet-at-home.com Entertainment), katere poslovodji sta, ni spoštovala avstrijske zakonodaje v zvezi s prirejanjem iger na srečo, natančneje v zvezi s ponujanjem spletnih igralniških iger.

Pravni okvir

3 Zvezni zakon o igrah na srečo (Glücksspielgesetz, BGBl. 620/1989), v različici, ki se uporablja za spor v postopku v glavni stvari (v nadaljevanju: GSpG), v členu 3 z naslovom „Monopol nad igrami na srečo“ določa, da je pravica do prirejanja iger na srečo pridržana zvezni vladi. Člena 14 in 21 GSpG hkrati določata, da lahko zvezni minister

za finance dodeli koncesije, na eni strani, za prirejanje loterij in, na drugi strani, za igralnice. Za športne stave, ki se ne štejejo za igre na srečo v ožjem smislu, razen za vrsto vzajemne stave, ki se imenuje „Toto“, ureditev iz GSpG ne velja.

4 Spletne igralniške igre so na podlagi člena 12a GSpG izenačene z loterijami, zaradi česar se zanje uporablja ureditev koncesij, ki velja za loterije, in ne ureditev koncesij, ki velja za igralnice. Člen 12a, ki je bil v GSpG vključen leta 1997 (BGBl. I, 69/1997), glede tega vsebuje to opredelitev pojma „elektronske loterije“:

„loterije, pri katerih se pogodba o igri na srečo sklene elektronsko, odločitev o dobičku ali izgubi se sporoči ali da na voljo na enem mestu, udeleženec pa se lahko z izidom seznani takoj po udeležbi v igri.“

5 Koncesija za prirejanje loterij se lahko na podlagi člena 14(2) GSpG dodeli kandidatu:

„1. ki je kapitalska družba, ustanovljena v državi,

2. ki nima lastnikov (družbenikov) s prevladujočim položajem, katerih vpliv bi lahko ogrozil zanesljivost z vidika javnega reda,

3. ki ima nadzorni svet in osnovni kapital najmanj 109.000.000 EUR, zakonit izvor sredstev pa mora ustrezno dokazati,

4. ki imenuje direktorje, ki so zaradi svoje ustrezne izobrazbe strokovno primerni, imajo potrebne lastnosti in izkušnje za pravilno opravljanje dejavnosti in zoper katere ne obstaja noben razlog za izključitev na podlagi člena 13 kodeksa obrtnih, trgovskih in industrijskih poklicev iz leta 1973 (Gewerbeordnung 1973) […],

5. pri katerem je ob upoštevanju okoliščin (zlasti izkušenj, znanja in lastnih sredstev) mogoče pričakovati, da bo za zvezno vlado dosegal najvišji prihodek od davkov (koncesijska dajatev in prispevek od stav),

6. pri katerem zaradi strukture skupine, ki ji pripada lastnik ali lastniki s kvalificiranim deležem v podjetju, ne bo oviran učinkovit nadzor nad koncesionarjem."

6 Koncesija se lahko na podlagi člena 14(3), točka 1, GSpG dodeli za največ 15 let.

7 Člen 14(5), prvi stavek, GSpG določa, da ko je koncesija veljavna, ni mogoče dodeliti nobene druge koncesije.

8 Če se za dodelitev koncesije poteguje več kandidatov, ki izpolnjujejo pogoje iz člena 14(2) GSpG, mora zvezni minister za finance na podlagi člena 14(5), drugi stavek,

odločiti na podlagi merila iz člena 14(2), točka 5, in tako dodeliti koncesijo kandidatu, za katerega se šteje, da bo za zvezno vlado dosegal najvišji prihodek od davkov.

9 Koncesionar v skladu s členom 15(1) GSpG nima pravice ustanavljati podružnic zunaj avstrijskega ozemlja. Poleg tega je treba, da bi lahko koncesionar pridobil kvalificiran delež v drugih družbah, pridobiti dovoljenje zveznega ministra za finance. V skladu s členom 15a GSpG se tako dovoljenje zahteva tudi za širitev poslovne dejavnosti koncesionarja in se sme izdati samo, če ni bojazni, da se bodo zvezni vladi zmanjšali prihodki iz naslova koncesijske dajatve ali prispevka od stav.

10 Na podlagi člena 16 GSpG mora koncesionar izdelati pravila za igre na srečo, katerih prirejanje mu je bilo zaupano. Ta pravila, h katerim mora dati soglasje zvezni minister za finance, se objavijo v Amtsblatt zur Wiener Zeitung, in se izpostavijo na ogled v poslovnih prostorih koncesionarja in na krajih, kjer se njegova igra prodaja.

11 Koncesionar mora poleg tega v skladu s členom 18(1) GSpG zveznemu ministru za finance vsako leto poročati o identiteti oseb, ki imajo deleže v osnovnem kapitalu podjetja. Poleg tega je na podlagi člena 19(1) GSpG podvržen nadzoru zveznega ministra za finance. Zato ima slednji pravico do vpogleda v knjige in druge dokumente koncesionarja in lahko opravi pregled na kraju samem ali pa za to zadolži računovodje ali druge strokovnjake. Stroške nadzora nosi koncesionar, zvezni minister za finance pa mu jih letno zaračunava.

12 Poleg tega člen 19(2) GSpG določa, da zvezni minister za finance imenuje državnega komisarja (Staatskommissär), ki ima na podlagi člena 26 zakona o posojilih (Kreditwesengesetz, BGBl. 63/1979) pravico sodelovati na skupščinah delničarjev in na sejah nadzornega sveta koncesionarja. Državni komisar je lahko uslužbenec lokalne skupnosti, odvetnik, davčni svetovalec ali revizor, ki deluje v skladu z navodili zveznega ministra za finance in ga lahko ta minister kadarkoli odpokliče. Naloga državnega komisarja je zlasti, da nasprotuje vsakemu sklepu organov družbe, za katerega meni, da je nezakonit. Posledica takega nasprotovanja je zadržanje učinkov zadevnega sklepa do sprejetja sklepa pristojnih organov.

13 Na podlagi člena 19(3) GSpG imata zvezni minister za finance in zvezna športna organizacija pravico, da predlagata vsak svojega člana v nadzorni svet koncesionarja.

14 Na podlagi člena 19(4) GSpG mora koncesionar zveznemu ministru za finance v šestih mesecih po koncu zadevnega poslovnega leta posredovati letno poročilo, poročilo o upravljanju, konsolidirano poročilo skupine in revizijska poročila v zvezi s temi dokumenti.

15 Člena 17 in 20 GSpG urejata namembnost prihodkov iz iger na srečo. Člen 17(3), točka 6, določa koncesijsko dajatev za elektronske loterije na 24 % letnih bruto prihodkov po odbitku razdeljenega dobička. Na podlagi člena 20 se 3 % prihodkov iz loterij namenijo za razvoj športa, pri čemer ta znesek ne sme biti nižji od 40 milijonov EUR.

16 Členi od 21 do 31 GSpG vsebujejo podobne določbe, ki urejajo dodelitev dvanajstih koncesij za igralnice, nadzor nad koncesionarji in izvajanje igralniških iger.

17 Če igre na srečo s pridobitnim namenom prireja oseba, ki nima koncesije, je to v Avstriji kaznivo. Člen 168(1) avstrijskega kazenskega zakonika (Strafgesetzbuch, v nadaljevanju: StGB) določa, da se kaznuje „vsak, ki prireja izrecno prepovedano igro ali igro, katere ugoden ali neugoden izid je odvisen izključno ali predvsem od naključja, in vsak, ki spodbuja srečevanje z namenom prirejanja take igre, da bi s tem prirejanjem ali srečevanjem zase ali za tretjo osebo pridobil premoženjsko korist“. Kot kazni sta določeni kazen zapora do šestih mesecev ali denarna kazen v višini največ 360 dnevnih zneskov.

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

18 Družba Österreichische Lotterien GmbH (v nadaljevanju: Österreichische Lotterien) je družba zasebnega prava z omejeno odgovornostjo. Na podlagi odločbe zveznega ministra za finance z dne 16. marca 1995 je pridobila eno koncesijo za prirejanje loterij v Avstriji za obdobje od 1. decembra 1994 do 31. decembra 2004. Po uvedbi „elektronskih loterij“ z vstavitvijo člena 12a v GSpG leta 1997 je bila koncesija te družbe razširjena na to vrsto loterij in z odločbo zveznega ministra za finance z dne 2. oktobra 1997 podaljšana do leta 2012. Obdobje veljavnosti koncesije je bilo glede na to, da zakon dovoljuje najdaljše trajanje 15 let, določeno za obdobje od 1. oktobra 1997 do 30. septembra 2012.

19 Večinski delničar družbe Österreichische Lotterien je Casinos Austria AG (v nadaljevanju: Casinos Austria), delniška družba zasebnega prava, ki je imetnica dvanajstih

koncesij za igralnice na podlagi GSpG (glej v zvezi s tem sodbo z dne 9. septembra 2010 v zadevi Engelmann, C-64/08, ZOdl., str. I-8219, točke od 13 do 15). V času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari je imela tretjino osnovnega kapitala družbe Casinos Austria posredno v lasti država, preostale delnice so bile v lasti zasebnih vlagateljev.

20 J. Dickinger in F. Ömer, avstrijska državljana, sta ustanovitelja mednarodne skupine, ki se ukvarja z igrami prek spleta, bet-at-home.com. Matična družba te skupine je družba nemškega prava bet-at-home.com AG, ki ima sedež v Düsseldorfu (Nemčija).

21 Družba avstrijskega prava bet-at-home.com Entertainment, ki ima sedež v Linzu (Avstrija) in deluje na področju „storitev samodejne obdelave podatkov in informacijskih tehnik“, je ena izmed hčerinskih družb družbe bet-at-home.com AG. J. Dickinger in F. Ömer sta poslovodji družbe bet-at-home.com Entertainment. Ta družba je imetnica avstrijske licence, ki ji omogoča prirejanje športnih stav.

22 Družba bet-at-home.com Entertainment je lastnica hčerinske družbe bet-at-home.com Holding Ltd, družbe malteškega prava, ki ima v lasti tri hčerinske družbe, in sicer družbe malteškega prava bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd in bet-at-home.com Internationale Ltd (v nadaljevanju: malteške hčerinske družbe).

23 Dve izmed malteških hčerinskih družb prirejata igre na srečo in športne stave na spletni strani www.bet-at-home.com. Za to imata malteško dovoljenje („Class One Remote Gaming License“), ki velja za spletne igre na srečo, in malteško dovoljenje („Class Two Remote Gaming Licence“), ki velja za športne stave prek spleta. Ta spletna stran je dostopna v španskem, nemškem, grškem, angleškem, italijanskem, madžarskem, nizozemskem, poljskem, slovenskem, turškem in ruskem jeziku, ne pa tudi

v malteškem jeziku. Na njej se med drugim ponujajo igralniške igre, kot so poker, black-jack, baccarat, ruleta in igre na virtualnih igralnih avtomatih. Vse te igre se lahko igrajo z neomejeno visokimi vložki.

24 S spletno stranjo www.bet-at-home.com upravljajo izključno malteške hčerinske družbe, ki prirejajo zadevne igre in so imetnice licenc za programsko opremo, potrebno za delovanje igralne platforme.

25 Malteške hčerinske družbe so vsaj do decembra 2007 uporabljale strežnik na lokaciji v Linzu v Avstriji, ki jim ga je dajala na razpolago družba bet-at-home.com Entertainment, ki je zagotavljala tudi vzdrževanje spletne strani in programske opreme, ki je potrebna za igre, ter podporo uporabnikom.

26 Zoper J. Dickingerja in F. Ömerja, kot poslovodjema družb, je bil uveden kazenski postopek zaradi kršitve člena 168(1) StGB. Obtožnica se glasi:

„Jochen Dickinger in Franz Ömer sta kot odgovorni osebi družbe [bet-at-home.com Entertainment] od 1. januarja 2006 do danes storila kaznivo dejanje nezakonitega prirejanja iger na srečo iz člena 168(1) [StGB] v korist družbe [bet-at-home.com Entertainment], ker sta prek spleta ponujala igre, pri katerih sta dobiček in izguba odvisna izključno ali predvsem od naključja ali ki so izrecno prepovedane, zlasti različne vrste pokra (‚Texas Hold'em', ‚Seven Card Stud' itd.), black-jack, baccarat, namizne igre, kot je ruleta, in virtualne ‚enoroke bandite' z neomejeno visokimi vložki, da bi zase ali za tretjo osebo, zlasti družbo [bet-at-home.com Entertainment] pridobila premoženjsko korist."

27 J. Dickinger in F. Ömer sta se sklicevala, da je nacionalna ureditev, ki se uporablja za igre na srečo, glede na člena 43 ES in 49 ES nezakonita.

28 Predložitveno sodišče dvomi, da so določbe StGB v povezavi z avstrijskimi pravili, ki se uporabljajo za zadevne igre na srečo iz postopka v glavni stvari, skladne s pravom Unije, zlasti glede na to, da družba Casinos Austria svojo ponudbo iger na srečo „ofenzivno oglašuje", kot to predložitveno sodišče samo opredeli.

29 Bezirksgericht Linz je v teh okoliščinah prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. (a) Ali je treba člena 43 ES in 49 ES razlagati tako, da načeloma nasprotujeta ureditvi države članice, kot je ta v členu 3 v povezavi s členom 14 in naslednjimi ter členom 21 [GSpG], v skladu s katero:

– se sme koncesija za loterije (npr. elektronske loterije) dodeliti za največ 15 let le enemu koncesionarju, ki mora biti med drugim kapitalska družba s sedežem v Avstriji, ne sme ustanavljati podružnic zunaj Avstrije, mora imeti osnovni kapital najmanj 109.000.000 EUR in za katerega se lahko na podlagi okoliščin pričakuje, da bo za zvezno vlado dosegal najvišji prihodek;

– se sme koncesija za igralnice podeliti za obdobje do 15 let le največ dvanajstim koncesionarjem, ki morajo biti delniške družbe s sedežem v Avstriji, ne smejo ustanavljati podružnic zunaj Avstrije, morajo razpolagati z osnovnim kapitalom 22.000.000 EUR in za katere se lahko na podlagi okoliščin pričakuje, da bodo za lokalne skupnosti dosegli najboljši prihodek?

Ta vprašanja se postavljajo zlasti v kontekstu, ko je družba [Casinos Austria] imetnica vseh dvanajstih koncesij za igralnice, ki so bile podeljene 18. decembra 1991 za najdaljšo dobo 15 let in so bile v vmesnem času podaljšane brez javnega razpisa ali objave.

(b) Če je odgovor pritrdilen, ali se lahko taka ureditev upraviči tudi iz razlogov splošnega interesa za omejitev iger na srečo, če koncesionarji v kvazimonopolistični strukturi z intenzivnimi naložbami v promocijo vodijo ekspanzivno politiko na področju iger na srečo?

(c) Če je odgovor pritrdilen, ali mora predložitveno sodišče pri preizkusu sorazmernosti take ureditve, katere namen je preprečiti kazniva dejanja s tem, da se za udeležence na trgu na tem področju uporablja nadzor in se dejavnosti iger na srečo usmerijo v nadzorovan okvir, upoštevati, da ta ureditev velja tudi za čezmejne ponudnike storitev, za katere se že v državi članici sedeža uporabljajo stroge zahteve, ki so povezane z njihovo koncesijo?

2. Ali naj se temeljne svoboščine Pogodbe ES, zlasti svoboda opravljanja storitev v skladu s členom 49 ES, razlagajo tako, da je ne glede na to, da ureditev kazenske zakonodaje še naprej spada v pristojnost držav članic, treba tudi kazenske določbe držav članic presojati na podlagi prava Skupnosti, če bi lahko preprečevale ali ovirale izvajanje katere izmed temeljnih svoboščin?

3. (a) Ali je treba člen 49 ES v povezavi s členom 10 ES razlagati tako, da je treba nadzor, izveden v državi, kjer ima sedež ponudnik storitev, in tam zagotovljene varovalke upoštevati v smislu načela medsebojnega zaupanja v državi opravljanja storitev?

(b) Če je odgovor pritrdilen, ali je treba člen 49 ES razlagati tako, da je treba v primeru omejitve svobode opravljanja storitev, do katere je prišlo zaradi splošnega interesa, preveriti, ali je bil ta splošni interes že zadostno upoštevan v določbah, nadzoru in preverjanju, ki veljajo za ponudnika storitev v državi, v kateri ima sedež?

(c) Če je odgovor pritrdilen, ali je treba pri preizkusu sorazmernosti nacionalne določbe, v kateri je zagrožena kazen za čezmejno ponujanje storitev iger na srečo brez nacionalne licence, upoštevati, da se interesi javnega reda, ki jih je uporabila država, v kateri je opravljena storitev, za upravičevanje omejitve temeljne svoboščine, že zadosti upoštevajo v državi sedeža s strogimi postopki za izdajo dovoljenja in nadzor?

(d) Če je tako, ali mora predložitveno sodišče v okviru preizkusa sorazmernosti take omejitve upoštevati, da zadevni predpisi države, v kateri ima ponudnik storitev sedež, po strogosti nadzora celo presegajo nadzor v državi, v kateri se storitve opravljajo?

(e) Ali načelo sorazmernosti v primeru kazenskopravno sankcionirane prepovedi iger na srečo iz razlogov javnega reda, kot sta varstvo igralcev in boj proti kriminaliteti, dalje zahteva, da predložitveno sodišče razlikuje med ponudniki, ki ponujajo igre na srečo brez vsakršnega dovoljenja, in ponudniki, ki imajo sedež v drugi državi članici EU, kjer imajo koncesijo, in ki opravljajo svoje dejavnosti na podlagi svobode opravljanja storitev?

(f) Končno, ali je pri preizkusu sorazmernosti predpisa države članice, ki z grožnjo kazni prepoveduje čezmejno ponujanje storitev iger na srečo brez domače koncesije ali dovoljenja, treba upoštevati, da ponudnik iger na srečo, ki je pravilno pridobil licenco v drugi državi članici, na podlagi objektivnih, posredno diskriminirajočih ovir pri dostopu ni mogel pridobiti domače licence, in da postopek dodelitve licenc in nadzora v državi sedeža odraža vsaj primerljivo raven varstva?

4. (a) Ali je treba člen 49 ES razlagati tako, da ponudnik storitve zaradi začasnega značaja opravljanja storitev nima možnosti, da bi se v državi članici gostiteljici opremil z določeno infrastrukturo (na primer s strežnikom), ne da bi se obravnaval, kot da ima sedež v tej državi?

(b) Dalje, ali je treba člen 49 ES razlagati tako, da določba, ki je naslovljena na nacionalne ponudnike podpornih storitev in ki tem ponudnikom prepoveduje, da bi ponudniku storitev, ki ima sedež v drugi državi, olajšali opravljanje storitev, predstavlja omejitev svobode opravljanja storitev tega zadnjenavedenega ponudnika, če imajo ponudniki podpornih storitev sedež v isti državi članici kot del uporabnikov storitve?“

Vprašanja za predhodno odločanje

Drugo vprašanje

30 Predložitveno sodišče v drugem vprašanju, ki ga je treba obravnavati najprej, v bistvu sprašuje, ali mora biti ureditev države članice, ki določa kazenske sankcije proti kršiteljem monopola na prirejanje iger na srečo, ki je določen v zadevni nacionalni ureditvi v postopku v glavni stvari, skladna s temeljnimi svoboščinami, ki jih zagotavlja Pogodba in zlasti člen 49 ES.

31 Kot je navedel generalni pravobranilec v točkah od 45 do 50 sklepnih predlogov, v zvezi s tem iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da pravo Unije določa omejitve pristojnosti držav članic na kazenskem področju, tako da zakonodaja na tem področju zlasti ne more omejiti temeljnih svoboščin, zagotovljenih s pravom Unije (glej v tem smislu sodbi z dne 2. februarja 1989 v zadevi Cowan, 186/87, Recueil, str. 195, točka 19, in z dne 19. januarja 1999 v zadevi Calfa, C-348/96, Recueil, str. I-11, točka 17).

32 Zato je treba na drugo vprašanje odgovoriti, da pravo Unije in zlasti člen 49 ES nasprotuje kaznovanju s kazensko sankcijo za kršitev monopola na prirejanje iger na srečo, kakršen je monopol na prirejanje spletnih igralniških iger, ki je določen v zadevni nacionalni ureditvi v postopku v glavni stvari, če taka ureditev ni skladna z določbami prava Unije.

Četrto vprašanje

33 Predložitveno sodišče s četrtim vprašanjem, ki ga je treba obravnavati na drugem mestu, poskuša ugotoviti, katere temeljne svoboščine se uporabljajo za omejitve, ki jih zadevna nacionalna zakonodaja v postopku v glavni stvari nalaga malteškim hčerinskim družbam. To sodišče v bistvu sprašuje, ali je treba člen 49 ES razlagati tako, da se uporablja za storitve iger na srečo, ki jih subjekti s sedežem v drugi državi članici prek spleta tržijo na ozemlju države članice gostiteljice, ne glede na to:

– da se je ta subjekt v državi članici gostiteljici opremil z določeno informacijsko podporno infrastrukturo, kot je strežnik, kar bi lahko povzročilo uporabo določb, ki se nanašajo na svobodo ustanavljanja, in

– da ponudnik, ki ima sedež v državi članici gostiteljici, za ta subjekt opravlja podporne storitve, da bi ta subjekt lahko zagotavljal storitve uporabnikom v tej državi članici, posledica tega pa bi lahko bila neuporaba člena 49 ES.

34 Kot je navedel generalni pravobranilec v točkah od 57 do 62 sklepnih predlogov dejstvo, da ponudnik spletnih iger na srečo uporablja stvarna sredstva za komunikacijo,

ki jih zagotavlja tretje podjetje s sedežem v državi članici gostiteljici, samo po sebi še ni dokaz za to, da ima ponudnik v tej državi stalno poslovno enoto, primerljivo z agencijo, kar bi povzročilo uporabo določb Pogodbe, ki se nanašajo na svobodo ustanavljanja.

35 Iz sodne prakse Sodišča namreč izhaja, da mora pri ustanovitvi v smislu Pogodbe poslovno razmerje, ki ga sklene subjekt s sedežem v eni državi članici s subjekti ali posredniki s sedežem v državi gostiteljici, vsebovati možnost, da ta subjekt stalno in trajno sodeluje v gospodarskem življenju te države članice gostiteljice in mora biti tako, da strankam omogoča koriščenje ponujenih storitev prek stalne prisotnosti v tej državi članici gostiteljici, kar je lahko tudi pisarna, ki jo glede na okoliščine primera vodi neodvisna oseba, trajno pooblaščena, da deluje v imenu tega subjekta kot agencija (glej v tem smislu sodbo z dne 8. septembra 2010 v združenih zadevah Stoß in drugi, C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 in C-410/07, ZOdl., str. I-8069, točki 59 in 60).

36 Ni pa sporno, da družba bet-at-home.com Entertainment, ki ni nikakor trajno pooblaščena za delovanje v imenu malteških hčerinskih družb na trgu iger na srečo v Avstriji, ne vstopa v razmerje med temi hčerinskimi družbami in njihovimi strankami. Delovanje spletne platforme www.bet-at-home.com zagotavljajo izključno malteške hčerinske družbe, ki so zadolžene za prirejanje iger in s katerimi stranke sklepajo ustrezne pogodbe. V teh okoliščinah bi lahko bile storitve informacijske podpore, ki jih nudi družba bet-at-home.com Entertainment, zaupane tudi kakemu drugemu subjektu, ki ima sedež v drugi državi članici, ne da bi to avstrijski uporabniki opazili.

37 Poleg tega je iz sodne prakse Sodišča razvidno, da se člen 49 ES uporablja za prireditelje iger na srečo s sedežem v neki državi članici, ki ponuja storitve v drugi državi

članici, tudi če ta gospodarski subjekt to izvaja prek posrednikov s sedežem v državi članici, kjer so uporabniki teh storitev (sodba z dne 6. novembra 2003 v zadevi Gambelli in drugi, C-243/01, Recueil, str. I-13031, točka 58). *A fortiori* se ta člen uporablja, če prireditelj iger na srečo dejavnosti ne izvaja prek posrednikov, temveč le prek ponudnika storitev informacijske podpore v državi članici gostiteljici.

38 Zato je treba na četrto vprašanje odgovoriti, da je treba člen 49 ES razlagati tako, da se uporablja za storitve iger na srečo, ki jih prek spleta na ozemlju države članice gostiteljice tržijo prireditelji s sedežem v drugi državi članici, ne glede na to:

– da se je ta subjekt v državi članici gostiteljici opremil z določeno informacijsko podporno infrastrukturo, kot je strežnik, in

– da ponudnik, ki ima sedež v državi članici gostiteljici, za ta subjekt opravlja podporne informacijske storitve, da bi ta subjekt lahko zagotavljal storitve uporabnikom, ki imajo prav tako sedež v tej državi članici.

Prvo in tretje vprašanje

39 Prvo in tretje vprašanje, ki ju je treba preizkusiti skupaj, se nanašata na pogoje, pod katerimi člen 49 ES omogoča vzpostavitev monopola na prirejanje spletnih igralniških iger v korist le enega subjekta, kakršen je subjekt v zadevi v postopku v glavni stvari.

40 Da bi koristno odgovorili na ta vprašanja, je treba na prvem mestu spomniti na pogoje, pod katerimi člen 49 ES omogoča vzpostavitev monopola na področju iger na srečo, kakršen je zadevni monopol v postopku v glavni stvari. Na drugem mestu je treba preizkusiti, koliko je lahko ekspanzivna tržna politika gospodarskega subjekta, ki je v monopolnem položaju na področju iger na srečo, skladna s cilji, ki jih ima ureditev monopola. Na tretjem mestu je treba predložitvenemu sodišču odgovoriti glede skladnosti posamičnih omejitev, ki so monopolistu z nacionalno zakonodajo naložene v zvezi s pravno obliko, višino osnovnega kapitala, krajem sedeža in možnostjo ustanavljanja podružnic v drugih državah članicah, s členom 49 ES. Nazadnje je treba preučiti upoštevnost nadzorov nad prireditelji iger na srečo, ki se izvajajo v drugih državah članicah, in varovalk, s katerimi se zagotavlja nadzor nad sorazmernostjo omejitev, ki jih naloži država članica, ki želi igre na srečo urediti, pri čemer sledi enemu ali več ciljem, ki jih priznava sodna praksa Sodišča.

41 Ni sporno, da ureditev države članice, kot je ta iz postopka v glavni stvari, na podlagi katere za prirejanje iger na srečo in za spodbujanje k sodelovanju pri njih velja sistem izključnosti v korist le enega subjekta in ki vsem drugim, tudi subjektom s sedežem v drugih državah članicah, na ozemlju prve države članice prepoveduje ponujanje storitev, na katere se ta ureditev nanaša, prek interneta, pomeni omejitev prostega opravljanja storitev, ki ga zagotavlja člen 49 ES (glej v tem smislu sodbo z dne 3. junija 2010 v zadevi Sporting Exchange, C-203/08, ZOdl., str. I-4695, točki 22 in 24 in navedena sodna praksa).

42 Vendar je taka omejitev prostega opravljanja storitev lahko dopustna, če je kot izjema izrecno določena v členih 45 ES in 46 ES, ki se na tem področju uporabljajo na podlagi člena 55 ES, ali če je v skladu s sodno prakso Sodišča upravičena z nujnimi razlogi v splošnem interesu (sodbi z dne 8. septembra 2009 v zadevi Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International, C-42/07, ZOdl., str. I-7633,

točki 55 in 56, in z dne 30. junija 2011 v zadevi Zeturf, C-212/08, ZOdl., str. I-5633, točka 37).

43 V okoliščinah zadeve iz postopka v glavni stvari je treba najprej poudariti, da če je bil v državi članici na področju iger na srečo vzpostavljen monopol in če je ta monopol neskladen s členom 49 ES, posledica kršitve tega monopola s strani gospodarskega subjekta ne morejo biti kazenske sankcije (sodba z dne 6. marca 2007 v združenih zadevah Placanica in drugi, C-338/04, C-359/04 in C-360/04, ZOdl., str. I-1891, točki 63 in 69).

Pogoji za vzpostavitev monopola na področju iger na srečo

44 Sodišče je glede razlogov, ki jih je mogoče sprejeti, ugotovilo, da se cilji, ki jim sledijo nacionalne zakonodaje, sprejete na področju iger na srečo in stav, v celoti najpogosteje nanašajo na varstvo uporabnikov zadevnih storitev in, splošneje, potrošnikov ter na varstvo družbenega reda. Poudarilo je še, da spadajo taki cilji med nujne razloge v splošnem interesu, s katerimi je mogoče utemeljiti posege v svobodo opravljanja storitev (zgoraj navedena sodba Stoß in drugi, točka 74 in navedena sodna praksa).

45 Sodišče je poleg tega večkrat presodilo, da moralne, verske ali kulturne posebnosti ter škodljive moralne in finančne posledice za posameznika in za družbo, ki so lastne igram na srečo in stavam, lahko upravičijo obstoj dovolj velike diskrecijske pravice nacionalnih organov, da na podlagi lastne lestvice vrednot določijo zahteve, ki izhajajo iz varstva potrošnikov in družbenega reda (zgoraj navedena sodba Stoß in drugi, točka 76 in navedena sodna praksa).

46 Zgolj dejstvo, da je država članica izbrala drugačen sistem varstva, kot ga je sprejela druga država članica, ne more vplivati na presojo nujnosti in sorazmernosti predpisov, sprejetih na tem področju. Te je treba presojati samo glede na cilje, ki si jih prizadevajo doseči pristojni organi zadevne države članice, in glede na raven varstva, ki ga nameravajo zagotoviti (zgoraj navedena sodba Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International, točka 58).

47 Zato države članice načeloma prosto določajo cilje svoje politike na področju iger na srečo in, če je potrebno, natančno določijo želeno raven varstva (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International, točka 59).

48 Država članica, ki želi zagotoviti posebej visoko raven varstva, zato lahko – kot je potrdilo Sodišče v sodni praksi – utemeljeno meni, da lahko samo s podelitvijo izključnih pravic enemu subjektu, čigar dejavnosti lahko javni organi natančno nadzirajo, obvladuje nevarnosti, povezane s sektorjem iger na srečo, in uresničuje cilj preprečevanja spodbujanja čezmerne porabe pri igranju iger na srečo ter se proti zasvojenosti z njim bori dovolj učinkovito (glej v tem smislu zgoraj navedeni sodbi Stoß in drugi, točki 81 in 83, in Zeturf, točka 41).

49 Javnim organom države članice je namreč dovoljeno šteti, da bi lahko okoliščina, da bodo kot nadzorniki subjekta, ki mu je zaupan monopol, imeli dodatne možnosti, s katerimi bi lahko na njegovo delovanje vplivali zunaj zakonskih regulatornih mehanizmov in zakonskega nadzora, zagotavljala boljše obvladovanje ponudbe iger na srečo in boljše možnosti za učinkovitost pri izvajanju njihove politike, kot če bi te dejavnosti opravljali gospodarski subjekti zasebnega prava v konkurenčnih okoliščinah, tudi če bi za zadnje veljal sistem dovoljenj ter nadzora in sankcij (zgoraj navedena sodba Stoß in drugi, točka 82).

50 Vseeno pa morajo biti omejitve, ki jih naložijo države članice, glede sorazmernosti v skladu s pogoji, ki izhajajo iz sodne prakse Sodišča, kar morajo preveriti nacionalni organi (zgoraj navedeni sodbi Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International, točki 59 in 60, in Stoß in drugi, točki 77 in 78).

51 Poudariti je treba, da spada vprašanje, katere cilje ima dejansko nacionalna zakonodaja, v zadevi, ki je Sodišču predložena na podlagi člena 267 PDEU, v pristojnost predložitvenega sodišča.

52 Avstrijska vlada navaja, da je cilj zadevne ureditve v postopku v glavni stvari na eni strani boj proti kriminalu, zlasti varstvo uporabnikov iger na srečo proti goljufijam in drugim kaznivim dejanjem, in na drugi strani preprečevanje spodbujanja čezmerne porabe pri igranju iger na srečo z vzpostavitvijo primernih ukrepov za varstvo potrošnikov, kot so zlasti določitev obvezne omejitve osebnih vložkov, zaradi česar ta ureditev na splošno pomaga pri zagotavljanju varstva družbenega reda.

53 J. Dickinger in F. Ömer ter malteška vlada navajajo, nasprotno, da iz jasnega besedila GSpG izhaja, da je njegov glavni cilj zviševanje davčnih prihodkov od iger na srečo. Posebej navajajo, da se na podlagi člena 14(5) GSpG koncesija dosledno dodeli gospodarskemu subjektu, za katerega se šteje, da bo za zvezno vlado dosegal najvišji prihodek. Poleg tega je treba za ozemeljsko ali vsebinsko razširitev poslovne dejavnosti koncesionarja pridobiti dovoljenje zveznega ministra za finance, ki se sme izdati samo, če ni bojazni, da se bodo zvezni vladi zmanjšali prihodki.

54 Predložitveno sodišče mora glede na navedene cilje preveriti, ali so nacionalni organi v času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari resnično želeli zagotoviti posebno visoko raven varstva in ali je bilo glede na to želeno raven varstva uvedbo monopola dejansko mogoče šteti za nujno (zgoraj navedena sodba Zeturf, točka 47). V tem kontekstu mora država članica, ki se sklicuje na cilje, s katerimi želi upravičiti oviro za svobodno opravljanje storitev, sodišču, ki je pozvano k odločitvi o tem vprašanju, predložiti vse potrebne informacije, ki mu lahko omogočijo, da se prepriča o tem, ali navedeni ukrep res izpolnjuje zahteve, ki izhajajo iz načela sorazmernosti (zgoraj navedena sodba Stoß in drugi, točka 71).

55 Glede tega le cilj najvišjih prihodkov za javno blagajno ne omogoča take omejitve svobode opravljanja storitev.

56 Zlasti je treba v tem okviru opozoriti, da je nacionalna zakonodaja primerna za dosego navedenega cilja le, če zagotavlja, da se ta cilj dosega dosledno in sistematično. Zato mora predložitveno sodišče zagotoviti, da zadevna omejevalna ureditev, zlasti glede na konkretne načine njene uporabe, resnično ustreza težnji po zmanjšanju priložnosti za igranje iger na srečo in da dosledno in sistematično omejuje dejavnosti na tem področju (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Stoß in drugi, točke 88, 97 in 98).

57 Predložitveno sodišče bo zato moralo, zlasti ob upoštevanju razvoja trga iger na srečo v Avstriji, preizkusiti, ali državni nadzor nad dejavnostmi monopolista dejansko zagotavlja dosledno in sistematično uresničevanje tako določenih ciljev, s ponudbo, ki je kvantitativno odmerjena in kvalitativno načrtovana glede na navedene cilje (glej v tem smislu sodbo z dne 3. junija 2010 v zadevi Ladbrokes Betting & Gaming in

Ladbrokes International, C-258/08, ZOdl., str. I-4757, točka 37, in zgoraj navedeno sodbo Stoß in drugi, točka 83).

58 Poslovna politika monopolista je sicer zelo pomembna za presojo uresničevanja teh ciljev.

Ekspanzivna tržna politika monopolista na področju iger na srečo

59 Predložitveno sodišče se sprašuje, ali je za monopol, ki ga vzpostavlja nacionalna zakonodaja v postopku v glavni stvari, mogoče šteti, da je primeren za dosego ciljev preprečevanja spodbujanja čezmerne porabe pri igranju iger na srečo ter boja proti zasvojenosti z njim, saj monopolist z intenzivnimi naložbami v promocijo vodi ekspanzivno tržno politiko.

60 J. Dickinger, F. Ömer in malteška vlada v zvezi s tem trdijo, da je avstrijski sistem omogočil neprestano širitev ponudbe iger na srečo in stalno naraščanje stroškov oglaševanja, ki je namenjeno vedno novim ciljnim uporabnikom, predvsem mladini, zlasti v okviru spletne igralne platforme www.win2day.at, ki jo je uvedla družba Österreichische Lotterien in katere prihodki naj bi bili mnogo višji od prihodkov vseh tradicionalnih igralnic.

61 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da širitev poslovnih dejavnosti subjekta, ki so mu bile dodeljene izključne pravice na področju iger na srečo, in bistveno povečanje prihodkov, ki jih ima iz tega naslova, zahteva posebno pozornost pri preizkusu doslednosti in sistematičnosti zadevne ureditve in zato primernosti te ureditve za doseganje ciljev, ki jih priznava sodna praksa Sodišča. Iz te sodne prakse namreč izhaja, da financiranje javno koristnih dejavnosti s prihodki od iger na srečo ne pomeni dejanskega cilja omejevalne politike v tem sektorju, temveč ga je možno šteti le kot ugodno stransko posledico (glej zlasti sodbe z dne 24. marca 1994 v zadevi Schindler, C-275/92, Recueil, str. I-1039, točki 57 in 60; z dne 21. septembra 1999 v zadevi Läärä in drugi, C-124/97, Recueil, str. I-6067, točki 32 in 37; z dne 21. oktobra 1999 v zadevi Zenatti, C-67/98, Recueil, str. I-7289, točki 35 in 36, in zgoraj navedeno sodbo Gambelli in drugi, točki 61 in 62).

62 Država članica se zato ne more sklicevati na razlog javnega reda, kot je nujnost zmanjševanja priložnosti za igro, če javni organi te države potrošnike spodbujajo in opogumljajo k igranju iger na srečo zaradi pridobitve finančnih koristi za javno blagajno (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Gambelli in drugi, točka 69).

63 Vendar je Sodišče razsodilo tudi, da je politika nadziranega širjenja dejavnosti iger na srečo lahko v skladu s ciljem njihovega usmerjanja v nadzorovane okvire, tako da se igralci, ki opravljajo nezakonite dejavnosti glede prepovedanih iger in stav, pritegnejo k dovoljenim in zakonitim dejavnostim. Taka politika je lahko namreč skladna tako s ciljem preprečevanja izkoriščanja dejavnosti iger na srečo za kriminalne in goljufive namene kot s ciljem preprečevanja spodbujanja čezmerne porabe pri igranju iger na srečo in boja proti zasvojenosti z njimi, tako da potrošnike usmerja k ponudbi imetnika javnega monopola, ki naj bi bila brez kriminalnih elementov in zasnovana tako, da potrošnike bolje varuje pred čezmerno porabo in zasvojenostjo z igrami na srečo (zgoraj navedena sodba Stoß in drugi, točki 101 in 102).

64 Za doseganje cilja usmerjanja v nadzorovane okvire morajo biti pooblaščeni izvajalci zanesljiva in tudi privlačna alternativa za prepovedane dejavnosti, kar lahko vključuje obsežno ponudbo iger, oglaševanje v določenem obsegu in zatekanje k novim načinom distribucije (glej zgoraj navedeni sodbi Placanica in drugi, točka 55, in Stoß in drugi, točka 101).

65 Predložitveno sodišče mora glede na okoliščine spora, o katerem odloča, presoditi, ali je poslovna politika monopolista – tako glede obsežnosti oglaševanja kot ponujanja novih iger – skladna s tako politiko nadziranega širjenja v sektorju iger na srečo, ki učinkovito usmerja željo po igranju v nadzorovane okvire (glej zgoraj navedeni sodbi Ladbrokes Betting & Gaming in Ladbrokes International, točka 37, in Zeturf, točka 69).

66 Predložitveno sodišče mora v okviru te presoje zlasti preveriti, ali so kriminalne in goljufive dejavnosti v zvezi z igrami na srečo in zasvojenost z igrami na srečo v času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari v Avstriji predstavljale problem ter ali bi širjenje dovoljenih in reguliranih dejavnosti ta problem lahko rešilo (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Ladbrokes Betting & Gaming in Ladbrokes International, točka 29).

67 Ker je cilj varstva potrošnikov pred zasvojenostjo z igrami načeloma težko združljiv s politiko širjenja iger na srečo, ki pomeni zlasti ustvarjanje novih iger in njihovo oglaševanje, je mogoče tako politiko šteti za koherentno le, če je obseg nezakonitih dejavnosti precejšen in če so sprejeti ukrepi namenjeni usmerjanju igralske strasti potrošnikov v zakonite dejavnosti (zgoraj navedena sodba Ladbrokes Betting & Gaming in Ladbrokes International, točka 30).

68 Vsekakor mora biti morebitno oglaševanje, ki ga izvaja imetnik javnega monopola, zmerno in strogo omejeno na tisto, kar je nujno za tako usmerjanje potrošnikov k igram na srečo v nadzorovane okvire. Toda tako oglaševanje ne sme vključevati podpiranja naravnega nagnjenja potrošnikov do igranja iger na srečo s spodbujanjem aktivnega igranja, predvsem tako, da se igre na srečo predstavljajo kot nekaj vsakdanjega ali se prikazujejo pozitivno – ker se zbrana sredstva uporabljajo za dejavnosti v splošnem interesu – ali tako, da se z vabljivimi oglaševalskimi sporočili o velikih dobitkih povečuje privlačnost iger na srečo (zgoraj navedena sodba Stoß in drugi, točka 103).

69 Zlasti je treba razlikovati med strategijami monopolista, katerih edini namen je informiranje potencialnih strank o obstoju ponudbe in s katerimi se zagotavlja stalen dostop do iger na srečo in igralce usmerja v nadzorovane okvire, ter strategijami, ki vabijo k aktivni udeležbi pri takih igrah in jo vzpodbujajo. Treba je torej razlikovati med omejevalno tržno politiko, katere namen je zajeti ali zagotoviti zvestobo obstoječega trga v korist monopolista in ekspanzivno tržno politiko, katere cilj je povečanje celotnega trga z igrami na srečo.

Skladnost posamičnih omejitev, ki so naložene monopolistu, s členom 49 ES

70 Predložitveno sodišče sprašuje Sodišče o skladnosti posamičnih omejitev, ki so monopolistu v zadevni nacionalni ureditvi naložene v zvezi s pravno obliko, višino osnovnega kapitala, krajem sedeža družbe in možnostjo ustanavljanja podružnic v državah članicah, ki niso država članica, v kateri ima monopolist sedež, s členom 49 ES.

71 Glede tega je treba najprej spomniti, kot generalni pravobranilec navaja v točki 97 sklepnih predlogov, da mora, ker je monopol izjemno omejujoč ukrep, ta zagotavljati posebno visoko raven varstva potrošnikov, spremljati pa ga mora vzpostavitev takega zakonskega okvira, ki zagotavlja, da bo lahko monopolist dejansko dosledno in sistematično uresničeval tako določene cilje s ponudbo, ki je količinsko odmerjena in kakovostno načrtovana glede na navedene cilje in je pod strogim nadzorom javnih organov (zgoraj navedeni sodbi Stoß in drugi, točka 83, in Zeturf, točka 58).

72 Naložitev nekaterih omejitev monopolistu na področju iger na srečo je zato načeloma ne samo skladna s pravom Unije, ampak se s tem pravom tudi zahteva. Poleg tega morajo biti te omejitve glede sorazmernosti skladne z zahtevami, ki izhajajo iz prava Unije, zlasti morajo zagotavljati dosego ciljev, ki jih ima vzpostavitev monopola, in ne smejo preseči tistega, kar je za to potrebno. Ker mora ta preizkus načeloma opraviti predložitveno sodišče, so lahko zanj koristne v nadaljevanju navedene ugotovitve.

– Pravna oblika in osnovni kapital monopolista

73 Iz člena 14(2), točki 1 in 3, GSpG je razvidno, da mora biti imetnik monopola za elektronske loterije kapitalska družba in da mora imeti osnovni kapital najmanj 109.000.000 EUR.

74 Avstrijska vlada navaja, da pogoj v zvezi s pravno obliko ustreza želji po tem, da se monopolistu predpiše pregledna struktura podjetja ter s tem preprečijo pranje denarja in goljufije. Opozarja, da pravo Unije enako zahtevo po pravni obliki vsebuje na področju zavarovalništva. V zvezi z višino osnovnega kapitala ta vlada navaja, da je sorazmerna znesku dobitkov, ki jih bo morda monopolist moral izplačati pri različnih igrah, za katere ima dovoljenje za trženje prek spleta, pri čemer lahko glavni dobitek znaša več milijonov EUR.

75 J. Dickinger in F. Ömer navajata, nasprotno, da je zahtevani osnovni kapital 109.000.000 EUR nesorazmeren glede na dejstvo, da je v Avstriji zahtevani kapital za kreditne institucije le 5.000.000 EUR.

76 Kot je Sodišče presodilo v točki 30 zgoraj navedene sodbe Engelmann, lahko zahtevo po določeni pravni obliki za subjekte, ki delujejo na področju iger na srečo, zaradi obveznosti, ki morajo biti izpolnjene za določeno obliko družbe, predvsem glede notranje organizacije, vodenja knjigovodstva, nadzora, ki se lahko opravi pri njih, in odnosov s tretjimi, upravičuje cilj preprečevanja pranja denarja in goljufij, kar v obravnavanem primeru navaja avstrijska vlada.

77 Poleg tega se lahko zahteva po razpolaganju z določeno višino osnovnega kapitala izkaže za koristno pri zagotavljanju neke finančne moči subjekta in pri zagotavljanju, da lahko izpolni obveznosti, ki bi jih lahko imel do dobitnikov. Vendar pa je treba spomniti, da upoštevanje načela sorazmernosti zahteva zlasti, da naložena omejitev ne preseže tega, kar je potrebno za dosego želenega cilja. Predložitveno sodišče mora glede na druge možnosti, s katerimi se lahko zagotovi, da bo subjekt dobitnikom izplačal njihove terjatve, preveriti sorazmernost zadevne zahteve.

– Sedež monopolista

78 Člen 14(2), točka 1, GSpG določa, da mora imeti imetnik monopola na loterije sedež na nacionalnem ozemlju.

79 Kot je generalni pravobranilec navedel v točki 120 sklepnih predlogov, je ta pogoj omejitev, ki povzroča diskriminacijo, zato jo je mogoče upravičiti le z enim izmed razlogov iz člena 46 ES, in sicer varstvom javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja.

80 Avstrijska vlada navaja, da je treba imeti sedež družbe na nacionalnem ozemlju zaradi omogočanja učinkovitega nadzora nad spletnimi igrami in da avstrijski organi nimajo enake možnosti nadzora gospodarskih subjektov iz drugih držav članic. Prav tako navaja, da prisotnost državnega komisarja v nadzornih organih monopolista na podlagi člena 19(2) GSpG pristojnim nacionalnim organom omogoča učinkovit nadzor nad odločitvami in upravljanjem monopolista. Navedeni organi naj bi se tako lahko s temi odločitvami seznanili pred njihovo izvedbo in jim nasprotovali, če se z njimi kršijo cilji nacionalne politike na področju iger na srečo. Po mnenju te vlade ti organi pri prireditelju s sedežem v drugi državi članici nimajo takih možnosti.

81 Kot je bilo ugotovljeno v točki 53 te sodbe J. Dickinger, F. Ömer in malteška vlada navajajo – pri čemer se opirajo zlasti na člen 14(5) GSpG – da je glavni cilj zadevne zakonodaje zviševanje davčnih prihodkov od iger na srečo. Čeprav je razlaga te določbe nacionalne zakonodaje v pristojnosti predložitvenega sodišča, pa je treba vsekakor ugotoviti, da za sistem dodeljevanja koncesij, ki temelji na merilu najvišjih prihodkov za javno blagajno in ki subjekte s sedežem v državah članicah, ki niso Republika

Avstrija, dosledno postavlja v manj ugoden položaj le zaradi tega, ker je verjetno, da bo subjekt s sedežem na avstrijskem ozemlju Avstriji plačal več davka kot subjekt s sedežem v drugi državi članici, ni mogoče šteti, da je skladen s pravom Unije.

82 Glede, podrobneje, cilja nadzora in spremljanja monopolista in argumenta, ki se nanaša na nujnost zagotavljanja učinkovitega nadzora nad gospodarskimi subjekti, zlasti prek državnih komisarjev, na katera se opira avstrijska vlada, je treba spomniti, da iz ustaljene sodne prakse izhaja, da pojem javnega reda predpostavlja dejansko in dovolj resno grožnjo, ki vpliva na temeljni interes družbe, in ga je treba, če se z njim utemeljuje izjema od temeljnega načela Pogodbe, razlagati ozko (glej v tem smislu sodbo z dne 18. maja 1982 v združenih zadevah Adoui in Cornuaille, 115/81 in 116/81, Recueil, str. 1665, točka 8; zgoraj navedeno sodbo Calfa, točki 21 in 23, ter sodbi z dne 20. novembra 2001 v zadevi Jany in drugi, C-268/99, Recueil, str. I-8615, točka 59, in z dne 22. decembra 2008 v zadevi Komisija proti Avstriji, C-161/07, ZOdl., str. I-10671, točka 35 in navedena sodna praksa).

83 Zato mora predložitveno sodišče ugotoviti, ali cilji, ki jih navaja avstrijska vlada, spadajo v okvir tega pojma in – če je tako – ali je obveznost v zvezi s sedežem zadevne družbe v sporu iz postopka v glavni stvari v skladu z merili nujnosti in sorazmernosti, ki jih določa sodna praksa Sodišča.

84 Predložitveno sodišče bo moralo preizkusiti zlasti, ali obstajajo drugi, manj omejujoči načini, s katerimi je mogoče za subjekte s sedežem na ozemlju držav članic, ki niso Republika Avstrija, zagotoviti tako raven nadzora, kot se lahko izvaja nad subjekti s sedežem na avstrijskem ozemlju.

– Prepoved ustanavljanja podružnic v drugih državah članicah

85 Koncesionar v skladu s členom 15(1) GSpG nima pravice ustanavljati podružnic zunaj avstrijskega ozemlja.

86 Po mnenju avstrijske vlade je ta prepoved le izraz tega, da je vsaka država pristojna za urejanje prirejanja iger na srečo na svojem ozemlju.

87 Svoboda vsake države, da ureja prirejanje iger na srečo na njenem ozemlju, pa sama po sebi ni legitimni cilj v splošnem interesu, ki bi lahko upravičil omejitev temeljnih svoboščin, ki jih zagotavlja Pogodba.

88 Zato je treba ugotoviti, da pred Sodiščem ni bil naveden veljaven razlog za prepoved, ki monopolistu v postopku v glavni stvari onemogoča ustanavljanje podružnic zunaj avstrijskega ozemlja.

Upoštevanje nadzorov, ki se nad prireditelji iger na srečo izvajajo v drugih državah članicah

89 V okoliščinah zadeve v postopku v glavni stvari se predložitveno sodišče sprašuje, ali se nadzori, ki se nad prireditelji iger na srečo izvajajo v drugih državah članicah, upoštevajo pri presoji sorazmernosti izbire nacionalnega zakonodajalca, da vzpostavi monopol na področju spletnih igralniških iger.

90 Iz besedila tretjega vprašanja je razvidno, da predložitveno sodišče najverjetneje izhaja iz domneve, da so, na eni strani, interesi javnega reda, na katere se sklicuje država članica gostiteljica, to je Republika Avstrija, da bi opravičila omejitev svobode opravljanja zadevnih storitev v postopku v glavni stvari, že dovolj upoštevani v državi članici, kjer ima družba sedež, v tem primeru v Republiki Malti, in, na drugi strani, da veljavni predpisi v zadnjenavedeni državi po strogosti nadzora celo presegajo tiste, ki se uporabljajo v državi članici gostiteljici.

91 Malteška vlada v zvezi s tem navaja, da je država Malta prva razvila nadzorni sistem, namenjen posebej nadzoru in spremljanju spletnih iger na srečo, ki temelji na enakih načelih in ciljih, kot so načela in cilji, ki veljajo za urejanje tradicionalnih tržnih kanalov za te storitve, in zasnovan s ciljem, da upošteva posebna tveganja, ki so povezana s temi modernimi sistemi za prirejanje iger na srečo. Zlasti naj bi nadzor, ki je vzpostavljen na malteškem ozemlju, presegal površni pregled, ki je bil vzpostavljen na ozemlju Gibraltarja in je bil predmet zadeve, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International.

92 Poleg tega J. Dickinger, F. Ömer in malteška vlada navajajo, da je spletne igre na srečo mogoče nadzorovati učinkoviteje kot igre na srečo, ki se tržijo prek tradicionalnih kanalov, saj sledljivost vseh transakcij, ki so bile opravljene prek računalnika, omogoča zlasti enostavno razkritje problematičnih ali sumljivih transakcij. Ker morajo imeti potrošniki odprt bančni račun, da bi jim lahko bili izplačani dobitki, naj bi bilo mogoče zagotoviti tudi večjo stopnjo preglednosti kot pri tradicionalnih načinih prirejanja iger.

93 Malteške prireditelje iz skupine bet-at-home.com naj bi pred začetkom poslovanja strogo preverili, kar naj bi vključevalo preizkus njihovih poklicnih sposobnosti in njihove integritete. Ti prireditelji naj bi ostali podvrženi nadzoru in nenehnemu spremljanju malteških organov, ki so pristojni za urejanje tega sektorja, zlasti institucij Lotteries in Gaming Authority. Slednja institucija naj bi vedno uvajala napredne in

močne nadzorne sisteme, ki vsebujejo nadzore nad vpletenimi osebami, ter sisteme in postopke, ki jih uporabljajo prireditelji.

94 J. Dickinger, F. Ömer in malteška vlada se sklicujejo na ustaljeno sodno prakso Sodišča, v skladu s katero omejevanje izvajalca storitev zaradi zaščite splošnih interesov načeloma ni združljivo s prostim opravljanjem storitev, če so ti interesi že zaščiteni z določbami, ki za tega izvajalca veljajo v državi članici, kjer ima sedež (glej zlasti sodbe z dne 17. decembra 1981 v zadevi Webb, 279/80, Recueil, str. 3305, točka 17; z dne 23. novembra 1999 v združenih zadevah Arblade in drugi, C-369/96 in C-376/96, Recueil, str. I-8453, točki 34 in 35, in z dne 22. januarja 2002 v zadevi Canal Satélite Digital, C-390/99, Recueil, str. I-607, točka 38).

95 Zato navajajo, da bi bilo glede na to, da poklicno usposobljenost in poštenost malteških hčerinskih družb zagotavlja že nadzor, ki se nad temi družbami izvaja na Malti, v nasprotju s členom 49 ES, če bi jih avstrijski organi z avstrijskega trga izključili zaradi domnevnega uresničevanja cilja zaščite igralcev pred goljufijami prirediteljev iger na srečo.

96 V zvezi s tem je treba najprej spomniti, da pri sedanjem stanju prava Unije ne more obstajati obveznost medsebojnega priznavanja dovoljenj, ki so jih izdale različne države članice (zgoraj navedena sodba Stoß in drugi, točka 112). Glede na neobstoj uskladitve ureditve sektorja iger na srečo na ravni Unije in glede na bistvene razlike med ureditvami različnih držav članic glede ciljev ter ravni varstva, ki se želijo s temi ureditvami doseči, namreč le dejstvo, da prireditelj zakonito ponuja storitve v državi članici, kjer ima sedež in kjer zanj načeloma že veljajo pravni pogoji ter ga nadzorujejo pristojni organi te države, ni mogoče šteti za zadostno jamstvo, da bodo nacionalni potrošniki zavarovani pred tveganji goljufij in kriminalitete, če se upoštevajo težave, ki jih lahko imajo v takih okoliščinah organi države članice, v kateri je sedež

te družbe, pri presoji poklicne usposobljenosti in poštenosti gospodarskih subjektov (zgoraj navedena sodba Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International, točka 69).

97 Poleg tega, kot je bilo spomnjeno v točki 46 te sodbe, le to, da je država članica izbrala drugačen sistem varstva, kot ga je sprejela druga država članica, ne more vplivati na presojo nujnosti in sorazmernosti predpisov, sprejetih na tem področju, temveč je treba te predpise presojati samo glede na cilje, ki si jih prizadevajo doseči pristojni organi zadevne države članice, in glede na raven varstva, ki ga nameravajo zagotoviti.

98 Različne države članice namreč ne razpolagajo nujno z enakimi tehničnimi sredstvi za nadzor nad spletnimi igrami na srečo in glede tega ne izberejo vedno enakih rešitev. Čeprav je malteška vlada sama zatrdila, da je Republika Malta prva država članica, ki je razvila nadzorni sistem, namenjen posebej nadzoru in spremljanju spletnih iger na srečo, dejstvo, da lahko neka država članica, ki uporablja napredne tehnike nadzora in spremljanja, doseže neko raven varstva potrošnikov pred goljufijami prireditelјev, ne omogoča sklepa, da lahko druge države članice, ki s temi tehničnimi sredstvi ne razpolagajo ali niso izbrale enake rešitve, dosežejo enako raven varstva. Država članica lahko poleg tega upravičeno spremlja gospodarsko dejavnost, ki se izvaja na njenem ozemlju, kar bi bilo nemogoče, če bi morala zaupati nadzorom, ki so jih izvedli organi neke druge države članice z nadzornim sistemom, s katerim sama ne razpolaga.

99 Zato sodne prakse, na katero se sklicujejo J. Dickinger, F. Ömer in malteška vlada, v skladu s katero omejevanje izvajalca storitev zaradi varstva splošnih interesov ni združljivo s členom 49 ES, če so ti interesi že zaščiteni z določbami, ki za tega izvajalca veljajo v državi članici, kjer ima sedež, v sedanjem stanju razvoja prava Unije ni mogoče uporabiti na področju, kot je področje iger na srečo, ki na ravni Unije ni usklajeno

in na katerem imajo države članice široko diskrecijsko pravico glede ciljev in ravni varstva, ki jih nameravajo doseči.

100 Zato je treba na prvo in tretje vprašanje odgovoriti, da je treba člen 49 ES razlagati tako, da:

(a) država članica, ki želi zagotoviti posebej visoko raven varstva potrošnikov v sektorju iger na srečo, lahko utemeljeno meni, da lahko samo z vzpostavitvijo monopola v korist enega subjekta, ki ga lahko javni organi natančno nadzirajo, obvladuje kriminal, povezan s sektorjem iger na srečo, ter dovolj učinkovito uresničuje cilj preprečevanja spodbujanja čezmerne porabe pri igranju iger na srečo in cilj boja proti zasvojenosti z igrami na srečo;

(b) mora nacionalna ureditev, s katero se vzpostavlja monopol na področju iger na srečo, ki monopolistu omogoča vodenje ekspanzivne politike, da bi bila skladna s ciljem boja proti kriminalu in zmanjševanja priložnosti za igro:

– temeljiti na ugotovitvi, da so kriminalne in goljufive dejavnosti v zvezi z igrami na srečo in zasvojenost z igrami na srečo na ozemlju zadevne države članice težava, ki bi se z razširitvijo dovoljenih in urejenih dejavnosti odpravila, in

– dopuščati le oglaševanje, ki je zmerno in strogo omejeno na tisto, kar je nujno za usmerjanje potrošnikov v nadzorovane igralne dejavnosti;

(c) to, da je država članica izbrala drugačen sistem varstva, kot ga je sprejela druga država članica, ne more vplivati na presojo nujnosti in sorazmernosti predpisov, sprejetih na tem področju, temveč je treba te predpise presojati samo glede na

cilje, ki si jih prizadevajo doseči pristojni organi zadevne države članice, in glede na raven varstva, ki se namerava s temi predpisi doseči.

Stroški

101 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (četrti senat) razsodilo:

1. Pravo Unije, in zlasti člen 49 ES, nasprotuje kaznovanju s kazensko sankcijo za kršitev monopola na prirejanje iger na srečo, kakršen je monopol na prirejanje spletnih igralniških iger, ki je določen v nacionalni ureditvi v postopku v glavni stvari, če taka ureditev ni skladna z določbami prava Unije.

2. Člen 49 ES je treba razlagati tako, da se uporablja za storitve iger na srečo, ki jih prek spleta na ozemlju države članice gostiteljice tržijo prireditelji s sedežem v drugi državi članici, ne glede na to:

– da se je ta subjekt v državi članici gostiteljici opremil z določeno informacijsko podporno infrastrukturo, kot je strežnik, in

– **da ponudnik, ki ima sedež v državi članici gostiteljici, za ta subjekt opravlja podporne informacijske storitve, da bi ta subjekt lahko zagotavljal storitve uporabnikom, ki imajo prav tako sedež v tej državi članici.**

3. Člen 49 ES je treba razlagati tako, da:

(a) država članica, ki želi zagotoviti posebej visoko raven varstva potrošnikov v sektorju iger na srečo, lahko utemeljeno meni, da lahko samo z vzpostavitvijo monopola v korist enega subjekta, ki ga lahko javni organi natančno nadzirajo, obvladuje kriminal, povezan s sektorjem iger na srečo, ter dovolj učinkovito uresničuje cilj preprečevanja spodbujanja čezmerne porabe pri igranju iger na srečo in cilj boja proti zasvojenosti z igrami na srečo;

(b) mora nacionalna ureditev, s katero se vzpostavlja monopol na področju iger na srečo, ki monopolistu omogoča vodenje ekspanzivne politike, da bi bila skladna s ciljem boja proti kriminalu in zmanjševanja priložnosti za igro:

– **temeljiti na ugotovitvi, da so kriminalne in goljufive dejavnosti v zvezi z igrami na srečo in zasvojenost z igrami na srečo na ozemlju zadevne države članice težava, ki bi se z razširitvijo dovoljenih in urejenih dejavnosti odpravila, in**

– **dopuščati le oglaševanje, ki je zmerno in strogo omejeno na tisto, kar je nujno za usmerjanje potrošnikov v nadzorovane igralne dejavnosti;**

(c) to, da je država članica izbrala drugačen sistem varstva, kot ga je sprejela druga država članica, ne more vplivati na presojo nujnosti in sorazmernosti predpisov, sprejetih na tem področju, temveč je treba te predpise presojati samo glede na cilje, ki si jih prizadevajo doseči pristojni organi zadevne države članice, in glede na raven varstva, ki se namerava s temi predpisi doseči.

Podpisi