ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (quarta secção)

9 de Setembro de 2010 *

No processo C-64/08,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Landesgericht Linz (Áustria), por decisão de 23 de Janeiro de 2008, entrado no Tribunal de Justiça em 19 de Fevereiro de 2008, no processo penal instaurado contra

Ernst Engelmann,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: J.-C. Bonichot, presidente de secção, C. Toader, K. Schiemann (relator), P. Kūris e L. Bay Larsen, juízes,

advogado-geral: J. Mazák,
secretário: K. Malacek, administrador,

* Língua do processo: alemão.

vistos os autos e após a audiência de 14 de Janeiro de 2010,

vistas as observações apresentadas:

— em representação de E. Engelmann, por P. Ruth, T. Talos, Rechtsanwälte, e A. Stadler,

— em representação do Governo austríaco, por C. Pesendorfer, na qualidade de agente,

— em representação do Governo belga, por L. Van den Broeck, na qualidade de agente, assistida por P. Vlaemminck e A. Hubert, advocaten,

— em representação do Governo helénico, por A. Samoni-Rantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou e E.-M. Mamouna, na qualidade de agentes,

— em representação do Governo espanhol, por F. Díez Moreno, na qualidade de agente,

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

— em representação da Comissão Europeia, por P. Dejmek, e em seguida por E. Traversa e H. Krämer, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 23 de Fevereiro de 2010,

profere o presente

Acórdão

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

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um processo penal instaurado contra E. Engelmann por desrespeito da legislação austríaca relativa à exploração de casas de jogos.

Quadro jurídico

3 Na Áustria, os jogos de fortuna ou azar são regulamentados pela Lei federal relativa aos jogos de fortuna ou azar (Glücksspielgesetz), na sua versão publicada no *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 620/1989 (a seguir «GSpG»).

4 Segundo os trabalhos preparatórios da GSpG, esta lei, por um lado, visa regulamentar os jogos de fortuna ou azar e, por outro, prossegue um objectivo de natureza fiscal.

5 No que se refere ao objectivo de regulamentar os jogos de fortuna ou azar, a parte geral das notas explicativas da GSpG expõe que, idealmente, uma proibição total dos jogos de fortuna ou azar seria a regulamentação mais razoável, mas que, tendo em conta o facto bem conhecido de que a paixão pelo jogo parece inerente ao homem, é muito mais razoável canalizar essa paixão, no interesse do indivíduo e da sociedade. Essa parte geral especifica que, assim, são atingidos dois objectivos, a saber, prevenir uma deriva dos jogos de fortuna ou azar para a ilegalidade, tal como pode observar-se nos Estados que proíbem totalmente os jogos de fortuna ou azar, e, ao mesmo tempo, permitir ao Estado conservar a possibilidade de fiscalizar os jogos de fortuna ou azar explorados com base legal, devendo essa fiscalização ter por objectivo principal a protecção do jogador.

6 Do ponto de vista fiscal, salienta-se nas referidas notas explicativas um interesse do Estado federal em poder tirar as mais elevadas receitas possíveis do monopólio relativo aos jogos de fortuna ou azar, devendo o Governo federal, por conseguinte, na altura da adopção da regulamentação relativa aos jogos de fortuna ou azar, respeitando e protegendo embora o objectivo de regulamentar esses jogos, velar por que estes sejam realizados de tal forma que esse monopólio lhe proporcione as mais elevadas receitas possíveis.

7 O § 3 da GSpG estabelece «um monopólio de Estado» em matéria de jogos de fortuna ou azar, prevendo que o direito de organizar e de explorar esses jogos é, em princípio, reservado ao Estado, salvo disposição em contrário desta lei.

8 Por força do disposto no § 21, n.º 1, da GSpG, o Ministro das Finanças federal está autorizado a outorgar o direito de organizar e de explorar jogos de fortuna ou azar, emitindo concessões de exploração de casas de jogos. O número de concessões que podem ser outorgadas foi limitado a doze no total e só pode ser atribuída uma concessão por território comunal.

9 As condições de outorga das concessões de exploração são fixadas no § 21, n.º 2, da GSpG. Aí se especifica, nomeadamente, que o concessionário deve ser uma sociedade anónima que tenha a sua sede na Áustria, cujo capital de base deve ser no mínimo de 22 milhões de euros, e que esse concessionário deve, em função das circunstâncias, oferecer às autoridades locais as melhores perspectivas de obtenção do melhor rendimento fiscal, no respeito das normas da GSpG no que se refere à protecção dos jogadores.

10 Por força do disposto no § 22 da GSpG, a duração de uma concessão não pode exceder quinze anos.

11 Segundo o § 31 , n.º 1, da GSpG, o Ministério das Finanças federal dispõe do direito geral de fiscalização do concessionário. Para esse efeito, pode consultar as contas deste e, para o exercício do direito de fiscalização, os seus agentes podem entrar nas instalações comerciais do concessionário. Por outro lado, o referido ministério nomeia, de harmonia com o disposto nesse § 31, n.º 2, um comissário do Estado na sociedade concessionária. Em conformidade com o dito § 31, n.º 3, as contas anuais verificadas devem, além disso, ser apresentadas ao Ministro das Finanças federal no prazo de seis meses a seguir ao encerramento do exercício.

12 A organização de jogos de fortuna ou azar por pessoa não titular de uma concessão de exploração, bem como a participação comercial em jogos organizados em tais condições, são passíveis de procedimentos penais. É punível, nos termos do § 168 do

Código Penal austríaco (Strafgesetzbuch, a seguir «StGB»), «quem organizar um jogo formalmente proibido ou cujo resultado favorável ou desfavorável dependa exclusiva ou principalmente da sorte ou quem promover uma reunião com vista à organização desses jogos a fim de obter uma vantagem pecuniária dessa organização ou dessa reunião ou de proporcionar essa vantagem a um terceiro».

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

13 As doze concessões de exploração de casas de jogos previstas no § 21 da GSpG são actualmente detidas pela sociedade Casinos Austria AG.

14 Estas concessões tinham sido inicialmente outorgadas a essa sociedade por um despacho administrativo de 18 de Dezembro de 1991, por uma duração máxima de quinze anos.

15 As concessões de exploração das seis casas de jogos de Bregenz, Graz, Innsbruck, Linz, Salzburgo e Viena foram em seguida renovadas antecipadamente por quinze anos com efeito a partir de 1 de Janeiro de 1998, de forma que expirarão em 31 de Dezembro de 2012. Da mesma forma, as concessões relativas às seis casas de jogos de Baden, Bad Gastein, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Seefeld e Velden foram renovadas por quinze anos com efeito a partir de 1 de Janeiro de 2001 e expirarão, por conseguinte, em 31 de Dezembro de 2015.

16 O Governo austríaco, em resposta a uma questão colocada pelo Tribunal de Justiça, confirmou que a totalidade dessas concessões foi outorgada sem concurso público prévio.

17 E. Engelmann, cidadão alemão, explorou casas de jogos na Áustria, do início do ano de 2004 a 19 de Julho de 2006, em Linz, e de Abril de 2004 a 14 de Abril de 2005, em Schärding. Nessas casas, oferecia, nomeadamente, à sua clientela um jogo chamado «roleta de observação» e os jogos de cartas «Poker» e «Two Aces». Não solicitara a outorga de uma concessão para a organização de jogos de fortuna ou azar nem beneficiara de uma autorização legal em outro Estado-Membro.

18 Por decisão de 5 de Março de 2007, o Bezirksgericht Linz declarou E. Engelmann autor da prática de ilícito por ter organizado, no território austríaco, jogos de fortuna ou azar a fim de retirar daí vantagens pecuniárias, tendo incorrido assim no crime de organização ilícita de jogos de fortuna ou azar previsto no § 168, n.º 1, do StGB. Por essa razão, foi condenado no pagamento de uma coima de 2 000 euros.

19 E. Engelmann interpôs recurso dessa decisão para o Landesgericht Linz. Este tem dúvidas quanto à compatibilidade das disposições do StGB, conjugadas com as normas austríacas relativas aos jogos de fortuna ou azar, com o direito da União, mais particularmente, com os artigos 43.º CE e 49.º CE.

20 Essas dúvidas baseiam-se, em primeiro lugar, no facto de, tanto quanto é do conhecimento do órgão jurisdicional de reenvio, a adopção das disposições da GSpG não ter sido precedida de uma análise dos perigos que representa a paixão do jogo e das possibilidades de prevenção que existem de direito ou de facto. Segundo o Landesgericht Linz, essas disposições são contrárias à jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual as razões susceptíveis de ser invocadas por um Estado-Membro para

justificar uma restrição à livre prestação de serviços devem ser acompanhadas de uma análise da oportunidade e da proporcionalidade da medida restritiva adoptada por esse Estado.

21 Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto ao carácter coerente e sistemático da política austríaca no domínio dos jogos de fortuna ou azar atribuídos em concessão. Considera que só pode haver uma limitação coerente e sistemática da actividade dos jogos de fortuna ou azar e de apostas se o legislador avaliar todos os domínios e sectores dos jogos de fortuna ou azar e intervier então em função do risco de dano ou de dependência que representa cada tipo de jogo. Tal não acontece no caso da Áustria. Com efeito, o monopólio austríaco dos jogos de fortuna ou azar permite organizar massivamente publicidade neste sector e, nessa medida, até aceita um incentivo activo à participação em jogos de fortuna ou azar ou em apostas.

22 Em terceiro lugar, o Landesgericht Linz tem dúvidas de que seja conforme com as exigências de adequação, de necessidade e de proporcionalidade limitar a outorga das concessões exclusivamente às sociedades anónimas cuja sede se situe em território nacional para lutar contra a criminalidade económica, o branqueamento de capitais ou a paixão pelo jogo.

23 Em quarto lugar, o Landesgericht Linz evoca a procura activa, pelas autoridades nacionais, de receitas fiscais provenientes das taxas pagas pelas casas de jogos. Essa situação está em contradição com a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual as restrições às liberdades fundamentais no domínio dos jogos de fortuna ou azar devem ter verdadeiramente por objectivo restringir as ocasiões de jogo e não criar uma nova fonte de financiamento.

24 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, se as disposições do direito da União permitirem conceder a E. Engelmann a autorização para explorar uma casa de jogos de fortuna ou azar sem que o mesmo esteja obrigado a constituir ou a adquirir uma sociedade anónima com sede no território austríaco, o interessado poderá, em

princípio, candidatar-se à obtenção de uma concessão. No caso de tal autorização lhe ser concedida, os elementos constitutivos do crime de organização ilícita de jogos de fortuna ou azar na acepção do § 168 do StGB já não estarão reunidos.

25 Nestas condições, o Landesgericht Linz decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 43.º [CE] deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição por força da qual a exploração de jogos de fortuna ou azar em casas de [jogos] é reservada exclusivamente a sociedades anónimas, com sede no território desse Estado-Membro, exigindo, deste modo, a constituição ou a aquisição de uma sociedade [desse tipo] situada nesse Estado-Membro?

2) Os artigos 43.º [CE] e 49.º [CE] devem ser interpretados no sentido de que se opõem a um monopólio nacional relativo a determinados jogos de fortuna ou azar, como, por exemplo, os que se realizam em casas de [jogos], quando o Estado-Membro em questão carece, de uma maneira geral, de uma política coerente e sistemática de restrição dos jogos de fortuna ou azar, porque os organizadores nacionais autorizados incentivam a participação em jogos de fortuna ou azar, como as apostas [em competições] desportivas e as lotarias, fazendo-lhes publicidade na televisão, em jornais e revistas, chegando mesmo a oferecer uma determinada quantia em dinheiro por um bilhete dessa lotaria, pouco antes da extracção da lotaria ["TOI TOI TOI — Glaub ans Glück"] ("acredita na sorte")?

3) Os artigos 43.º [CE] e 49.º [CE] devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição segundo a qual todas as concessões para a exploração de casas de [jogos] e jogos de fortuna ou azar, previstas na legislação nacional

relativa a esses jogos, são [outorgadas] por um período de quinze anos, com base num regime normativo que exclui do concurso candidatos do espaço comunitário (não nacionais desse Estado-Membro)?»

Quanto às questões prejudiciais

26 E. Engelmann, que não contesta não ter pedido a atribuição de uma concessão de exploração de uma casa de jogos na Áustria, não podia, de qualquer forma, obter tal concessão uma vez que, por um lado, não preenchia as condições exigidas pela legislação nacional em causa, a saber, constituir uma sociedade anónima que tenha a sua sede nesse Estado-Membro, e, por outro, já tinha sido outorgada a totalidade das concessões previstas pela legislação nacional a uma sociedade austríaca. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a existência dos elementos constitutivos do crime censurado a E. Engelmann está ligada à questão da licitude dessa exclusão. Cumpre, por conseguinte, examinar, em primeiro lugar, a primeira e terceira questões.

Quanto à primeira questão

27 Com a primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o artigo 43.º CE se opõe a duas das condições impostas pela legislação nacional aos titulares de concessões de exploração de casas de jogos, isto é, a obrigação de revestir a forma jurídica de uma sociedade anónima e a de ter a sua sede no território nacional.

Quanto à obrigação de os concessionários revestirem a forma jurídica de sociedade anónima

28 A condição segundo a qual os operadores que desejem explorar casas de jogos devem revestir a forma jurídica de sociedade anónima constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento na acepção do artigo 43.º CE. Tal condição impede, nomeadamente, os operadores que sejam pessoas singulares, bem como as empresas que escolheram, no seu país de estabelecimento, outra forma social, de criar um estabelecimento secundário na Áustria (v., neste sentido, acórdãos de 12 de Julho de 1984, Klopp, 107/83, Recueil, p. 2971, n.º 19; de 7 de Julho de 1988, Stanton e L'Étoile 1905, 143/87, Colect., p. 3877, n.º 11; e de 29 de Abril de 2004, Comissão/Portugal, C-171/02, Colect., p. I-5645, n.º 42).

29 Deve examinar-se em que medida essa restrição pode, contudo, ser admitida como medida derrogatória expressamente prevista pelo Tratado CE ou justificada, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, por razões imperiosas de interesse geral. O artigo 46.º, n.º 1, CE admite restrições justificadas por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. A jurisprudência do Tribunal de Justiça identificou um certo número de razões imperiosas de interesse geral susceptíveis de justificar igualmente as referidas restrições, tais como, nomeadamente, os objectivos de protecção dos consumidores, de prevenção da fraude e do incitamento dos cidadãos a uma despesa excessiva ligada ao jogo, bem como de prevenção das perturbações da ordem social em geral.

30 Como salientou a Comissão Europeia nas suas observações e o advogado-geral no n.º 68 das suas conclusões, certos objectivos podem eventualmente justificar que se imponha a um operador a obrigação de revestir uma forma jurídica particular. Com efeito, as obrigações a que estão adstritas as sociedade anónimas, nomeadamente no que diz respeito à sua organização interna, às suas contas, aos controlos de que elas

podem ser objecto e às relações com terceiros, poderão justificar tal obrigação, tendo em conta as especificidades do sector dos jogos e os perigos que lhe estão ligados.

31 A apreciação a fazer sobre a questão de saber se tais objectivos são, no caso vertente, efectivamente prosseguidos pela exigência de o operador revestir a forma jurídica de sociedade anónima e se são susceptíveis de constituir uma justificação como medida derrogatória expressamente prevista pelo Tratado ou a título de uma razão imperiosa de interesse geral reconhecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, bem como, se assim for, se a referida exigência respeita o princípio da proporcionalidade, não poderá ser feita na falta de elementos de informação suplementares. Caberá, em tais circunstâncias, aos órgãos jurisdicionais nacionais fazer essa apreciação.

Quanto à obrigação de os titulares de concessões de exploração de casas de jogos terem a sua sede em território nacional

32 Como salientou, no essencial, o advogado-geral nos n.os 51 e 52 das suas conclusões, a obrigação de os titulares de concessões de exploração de casas de jogos terem a sua sede em território nacional constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento na acepção do artigo 43.º CE, na medida em que faz uma discriminação em relação às sociedades cuja sede se encontra em outro Estado-Membro e impede essas sociedades de explorar casas de jogos na Áustria, por intermédio de uma agência, de uma sucursal ou de uma filial.

33 Esta conclusão não é posta em causa pela circunstância, invocada pelo Governo austríaco, de que essa obrigação só pende sobre os operadores a partir do momento em que forem seleccionados e enquanto durar a concessão. Com efeito, como salientou o advogado-geral no n.º 62 das suas conclusões, tal obrigação pode ser de molde a

dissuadir as sociedades estabelecidas em outros Estados-Membros de se candidatarem, devido aos custos de estabelecimento e de instalação na Áustria que terão de suportar no caso de a sua candidatura ser escolhida. Esse sistema não permite, por outro lado, evitar que uma sociedade que tenha a sua sede em outro Estado-Membro seja impedida de explorar casas de jogos no território austríaco, por intermédio de uma agência, de uma sucursal ou de uma filial.

34 Resulta, a este propósito, da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, na medida em que uma restrição, tal como a verificada no caso em apreço, tem um carácter discriminatório, só é compatível com o direito da União se estiver abrangida por uma disposição derrogatória expressa, tal como o artigo 46.º CE, a saber, a ordem pública, a segurança pública e a saúde pública (acórdãos de 16 de Janeiro de 2003, Comissão/Itália, C-388/01, Colect., p. I-721, n.º 19, e de 6 de Outubro de 2009, Comissão/Espanha, C-153/08, Colect., p. I-9735, n.º 37).

35 Tal restrição deve, por outro lado, satisfazer as condições que resultam da jurisprudência do Tribunal de Justiça no que se refere à proporcionalidade e só poderá ser considerada adequada para garantir a realização do objectivo invocado se satisfizer verdadeiramente a preocupação de o atingir de maneira coerente e sistemática (v., neste sentido, acórdão de 8 de Setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, C-42/07, Colect., p. I-7633, n.ºs 59 a 61).

36 O Governo austríaco sustenta que a obrigação de os titulares de concessões de exploração de casas de jogos terem a sua sede no território nacional tem por objectivo permitir um controlo eficaz dos operadores que exercem a actividade no sector dos jogos de fortuna ou azar, com a finalidade de prevenir a exploração dessas actividades para fins criminosos ou fraudulentos. Esta obrigação permite, nomeadamente, exercer um certo controlo sobre as decisões tomadas pelos órgãos sociais, em razão da presença de representantes do Estado no seio de órgãos como o conselho de supervisão.

37 Sem que seja necessário determinar se este objectivo é susceptível de ser abrangido pelo conceito de ordem pública, basta reconhecer, a este propósito, que a exclusão categórica dos operadores que tenham a sua sede em outro Estado-Membro se afigura desproporcionada, indo, pois, além do que é necessário para combater a criminalidade. Com efeito, existem diversos meios para controlar as actividades e as contas desses operadores (v., neste sentido, acórdãos de 6 de Novembro de 2003, Gambelli e o., C-243/01, Colect., p. I-13031, n.º 74; de 6 de Março de 2007, Placanica e o., C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Colect., p. I-1891, n.º 62; e Comissão/Espanha, já referido, n.º 39).

38 Podem, nomeadamente, ser citadas a possibilidade de exigir a manutenção de contas separadas para cada casa de jogos de um mesmo operador, verificadas por um técnico de contas externo, a de obter a comunicação sistemática das decisões dos órgãos titulares de concessões e a de recolher informações relativamente aos seus dirigentes ou aos seus principais accionistas. Além disso, como salientou o advogado-geral no n.º 60 das suas conclusões, podem ser efectuados controlos sobre qualquer empresa estabelecida num Estado-Membro e podem ser-lhe aplicadas sanções, qualquer que seja o lugar de residência dos seus dirigentes.

39 Por outro lado, tendo em conta a actividade em causa, a saber, a exploração de casas de jogos situadas no território austríaco, nada se opõe a que sejam efectuadas verificações nas instalações dessas casas, nomeadamente a fim de evitar qualquer fraude cometida pelos operadores em detrimento dos consumidores.

40 Por conseguinte, deve responder-se à primeira questão que o artigo 43.º CE deve ser interpretado no sentido de que se opõe à regulamentação de um Estado-Membro que reserve a exploração dos jogos de fortuna ou azar em casas de jogos exclusivamente aos operadores que tenham a sua sede no território desse Estado-Membro.

Quanto à terceira questão

41 Se bem que a terceira questão vise, segundo a sua própria redacção, as condições discriminatórias aplicáveis, por força da legislação nacional, aos concursos para efeitos da atribuição das concessões de exploração das casas de jogos na Áustria, é pacífico, à luz das informações fornecidas pelo Governo austríaco, que nenhum concurso foi organizado e que não foi assegurada a transparência na outorga à Casinos Austria AG, com efeito, respectivamente, a partir de 1 de Janeiro de 1998 e de 1 de Janeiro de 2001, das doze concessões existentes à data dos factos do processo principal. Essas doze concessões representavam, por outro lado, a totalidade das concessões previstas pela legislação nacional.

42 Por conseguinte, deve interpretar-se a terceira questão no sentido de que visa esclarecer a questão de saber se os artigos 43.º CE e 49.º CE se opõem à outorga da totalidade das concessões de exploração das casas de jogos no território de um Estado-Membro por uma duração de quinze anos, sem qualquer concurso.

43 Podem ser identificadas neste contexto três restrições distintas, a saber, em primeiro lugar, a limitação do número das concessões de exploração de casas de jogos, em segundo lugar, a outorga dessas concessões pelo período de quinze anos e, em terceiro lugar, o facto de essa outorga ter tido lugar sem qualquer transparência. Cumpre examinar em separado, para cada uma dessas restrições, nomeadamente, se ela é adequada para garantir a realização do ou dos objectivos invocados pelo Estado-Membro em causa e se não vai além do que é necessário para o atingir (acórdãos Placanica e o., já referido, n.º 49, e de 8 de Setembro de 2010, Carmen Media Group, C-46/08, Colect., p. I-8145, n.º 60).

44 Em primeiro lugar, no que se refere ao facto de o número de concessões de exploração de casas de jogos ser limitado, é claro que tal limitação comporta entraves à liberdade de estabelecimento, bem como à livre prestação de serviços (acórdão Placanica e o., já referido, n.os 50 e 51).

45 Contudo, sem prejuízo da averiguação a fazer pelo órgão jurisdicional de reenvio, parece claro que, no sector em causa, uma limitação do número de concessões, e, portanto, de casas de jogos, a doze, o que representa, segundo as indicações fornecidas pelo Governo austríaco, uma casa por 750 000 habitantes, permite, pela sua própria natureza, limitar as ocasiões de jogo e, assim, atingir um objectivo de interesse geral reconhecido pelo direito da União (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Gambelli e o., n.os 62 e 67; Placanica e o., n.º 53; e Carmen Media Group, n.º 84). Uma vez que os consumidores se devem deslocar para se dirigirem às instalações de uma casa para poderem participar nos jogos de fortuna ou azar em causa, uma limitação do número dessas casas tem por consequência reforçar os obstáculos à participação em tais jogos.

46 Em segundo lugar, no que se refere à duração das concessões, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a outorga de concessões de uma duração que pode ir até quinze anos é susceptível de perturbar ou até impedir o exercício das liberdades garantidas pelos artigos 43.º CE e 49.º CE por operadores situados em outros Estados-Membros e constitui, por isso, uma restrição ao exercício dessas liberdades (v., neste sentido, acórdão de 9 de Março de 2006, Comissão/Espanha, C-323/03, Colect., p. I-2161, n.º 44).

47 Para apreciar a compatibilidade dessa restrição com o direito da União, importa recordar que a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços, enquanto princípios fundamentais do Tratado, só podem ser limitadas por regulamentações justificadas por razões imperiosas de interesse geral e que se apliquem a qualquer pessoa ou empresa que exerça uma actividade no território do Estado-Membro de acolhimento. Além disso, a fim de ser assim justificada, a regulamentação nacional em causa deve ser adequada para garantir a realização do objectivo que prossegue e

não ir além do que é necessário para o atingir (acórdão de 9 de Março de 2006, Comissão/Espanha, já referido, n.º 45 e jurisprudência referida).

48 Parece ser isso que acontece no caso em apreço, uma vez que a outorga de concessões com uma duração que pode ir até quinze anos se afigura justificada, sob reserva da averiguação a fazer pelo órgão jurisdicional de reenvio, tendo em conta, nomeadamente, a necessidade de o concessionário dispor de um prazo suficientemente longo para amortizar os investimentos exigidos pela criação de uma casa de jogos.

49 Em terceiro lugar, no que respeita ao processo de outorga das concessões em causa no processo principal, deve recordar-se de imediato que, embora, no estado actual do direito da União, as concessões de serviços não sejam reguladas por nenhuma das directivas pelas quais o legislador da União regulamentou o domínio dos contratos públicos, as autoridades públicas que outorgam tais concessões estão, todavia, obrigadas a respeitar as regras fundamentais dos Tratados, nomeadamente, os artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como o dever de transparência que deles decorre (v., neste sentido, acórdãos de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, Colect., p. I-10745, n.os 60 e 61; de 21 de Julho de 2005, Coname, C-231/03, Colect., p. I-7287, n.os 16 a 19; de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Colect., p. I-8585, n.os 46 a 48; de 13 de Abril de 2010, Wall, C-91/08, Colect., p. I-2815, n.º 33; e de 3 de Junho de 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Colect., p. I-4695, n.º 39).

50 Sem implicar necessariamente uma obrigação de proceder à abertura de um concurso, o referido dever de transparência, que se aplica quando a concessão dos serviços em causa puder interessar a uma empresa situada em outro Estado-Membro que não aquele em que essa concessão é atribuída, impõe à autoridade concedente a obrigação de garantir um grau de publicidade adequado a favor de todos os potenciais proponentes, que permita a abertura da concessão de serviços à concorrência assim como o controlo da imparcialidade dos procedimentos de atribuição (acórdão Sporting Exchange, já referido, n.os 40, 41 e jurisprudência referida).

51 A atribuição de uma concessão, sem qualquer transparência, a um operador situado no Estado-Membro da autoridade adjudicante constitui, com efeito, uma diferença de tratamento em detrimento dos operadores estabelecidos em outros Estados-Membros, que não têm nenhuma possibilidade real de manifestar o seu interesse para obter a concessão em causa. Tal diferença de tratamento é contrária aos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade, e constitui uma discriminação indirecta em razão da nacionalidade, proibida nos termos dos artigos 43.º CE e 49.º CE, a menos que se justifique por circunstâncias objectivas (v., neste sentido, acórdãos Coname, já referido, n.º 19; Parking Brixen, já referido, n.º 50; e de 17 de Julho de 2008, ASM Brescia, C-347/06, Colect., p. I-5641, n.ºs 59 e 60).

52 O facto de a emissão de autorizações de explorar casas de jogos não equivaler a contratos de concessão de serviços não poderá, só por si, justificar que as exigências que decorrem do artigo 49.º CE, nomeadamente, o princípio da igualdade de tratamento e o dever de transparência, sejam ignoradas (v., neste sentido, acórdão Sporting Exchange, já referido, n.º 46).

53 Com efeito, o dever de transparência afigura-se como uma condição prévia obrigatória do direito de um Estado-Membro de atribuir autorizações de exploração de casas de jogos, qualquer que seja o modo de selecção dos operadores, pois que os efeitos da atribuição de tais autorizações em relação às empresas estabelecidas em outros Estados-Membros e que estejam potencialmente interessadas no exercício dessa actividade são os mesmos que os de um contrato de concessão de serviços.

54 Deve recordar-se, por outro lado, que, quando, num Estado-Membro, for instituído um regime de autorização que prossegue objectivos legítimos reconhecidos pela jurisprudência, tal regime de autorização não poderá legitimar um comportamento discricionário por parte das autoridades nacionais, de modo a privar do seu efeito útil as disposições do direito da União, nomeadamente as relativas às liberdades

fundamentais, tais como as que estão em causa no processo principal (v., designadamente, acórdãos, já referidos, Sporting Exchange, n.º 49, e Carmen Media Group, n.º 86).

55 Com efeito, nos termos de jurisprudência assente, para que um regime de autorização administrativa prévia seja justificado, mesmo quando derrogue tais liberdades fundamentais, deve basear-se em critérios objectivos, não discriminatórios e conhecidos antecipadamente, de forma a enquadrar o exercício do poder de apreciação das autoridades, para que este não seja utilizado de forma arbitrária. Além disso, qualquer pessoa atingida por uma medida restritiva baseada em tal derrogação deve poder dispor de uma via de recurso efectiva de natureza jurisdicional (v. acórdãos, já referidos, Sporting Exchange, n.º 50, e Carmen Media Group, n.º 87).

56 No processo principal, há que reconhecer que a falta total de transparência para efeitos da outorga das concessões de exploração das casas de jogos, com efeito a partir de 1 de Janeiro de 1998 e a partir de 1 de Janeiro de 2001, não é conforme com os artigos 43.º CE e 49.º CE.

57 O Governo austríaco limitou-se a salientar a esse respeito que o processo de outorga das concessões era conforme com o direito nacional então em vigor e a alegar que nenhuma exigência de transparência podia ter sido deduzida, nessa época, da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Esse governo sustenta igualmente que os operadores que preenchem as condições previstas pela legislação aplicável se poderiam ter candidatado espontaneamente à atribuição de uma concessão. Ora, nenhuma dessas circunstâncias constitui uma justificação como medida derrogatória expressamente prevista pelo Tratado ou uma razão imperiosa de interesse geral reconhecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que pudesse justificar a atribuição das concessões em causa no processo principal sem qualquer transparência.

58 Tendo em conta todas estas considerações, deve responder-se à terceira questão que o dever de transparência decorrente dos artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade, se opõe à outorga, sem qualquer concurso, da totalidade das concessões de exploração de casas de jogos no território de um Estado-Membro.

Quanto à segunda questão

59 Tendo em conta as respostas dadas à primeira e terceira questões, bem como o facto de o órgão jurisdicional de reenvio estabelecer, como foi salientado no n.º 26 do presente acórdão, um nexo entre os elementos constitutivos do crime censurado a E. Engelmann e a questão de saber se este está legalmente excluído da possibilidade de obter uma concessão, não é necessário responder à segunda questão.

Quanto às despesas

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

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

1) **O artigo 43.º CE deve ser interpretado no sentido de que se opõe à regulamentação de um Estado-Membro que reserve a exploração dos jogos de fortuna ou azar em casas de jogos exclusivamente aos operadores que tenham a sua sede no território desse Estado-Membro.**

2) **O dever de transparência decorrente dos artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade, opõe-se à outorga, sem qualquer concurso, da totalidade das concessões de exploração de casas de jogos no território de um Estado-Membro.**

Assinaturas