ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (štvrtá komora)

z 9. septembra 2010 *

Vo veci C-64/08,

ktorej predmetom je návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 234 ES, podaný rozhodnutím Landesgericht Linz (Rakúsko) z 23. januára 2008 a doručený Súdnemu dvoru 19. februára 2008, ktorý súvisí s trestným konaním proti

Ernstovi Engelmannovi,

SÚDNY DVOR (štvrtá komora),

v zložení: predseda štvrtej komory J.-C. Bonichot, sudcovia C. Toader, K. Schiemann (spravodajca), P. Kūris a L. Bay Larsen,

generálny advokát: J. Mazák,
tajomník: K. Malacek, referent,

* Jazyk konania: nemčina.

so zreteľom na písomnú časť konania a po pojednávaní zo 14. januára 2010,

so zreteľom na pripomienky, ktoré predložili:

— E. Engelmann, v zastúpení: P. Ruth a T. Talos, Rechtsanwälte, ako aj A. Stadler,

— rakúska vláda, v zastúpení: C. Pesendorfer, splnomocnená zástupkyňa,

— belgická vláda, v zastúpení: L. Van den Broeck, splnomocnená zástupkyňa, za právnej pomoci P. Vlaemminck a A. Hubert, advocaten,

— helénska vláda, v zastúpení: A. Samoni-Rantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou a E.-M. Mamouna, splnomocnené zástupkyne,

— španielska vláda, v zastúpení: F. Díez Moreno, splnomocnený zástupca,

— portugalská vláda, v zastúpení: L. Inez Fernandes, P. Mateus Calado a A. Barros, splnomocnení zástupcovia,

— Európska komisia, v zastúpení: P. Dejmek, neskôr E. Traversa a H. Krämer, splnomocnení zástupcovia,

po vypočutí návrhov generálneho advokáta na pojednávaní 23. februára 2010,

vyhlásil tento

Rozsudok

1 Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka výkladu článkov 43 ES a 49 ES.

2 Tento návrh bol podaný v rámci trestného konania proti Ernstovi Engelmannovi za nedodržanie rakúskej právnej úpravy týkajúcej sa prevádzkovania herní.

Právny rámec

3 V Rakúsku sú hazardné hry upravené spolkovým zákonom o hazardných hrách (Glücksspielgesetz) v jeho znení uverejnenom v *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 620/1989 (ďalej len „GSpG“).

4 Podľa prípravných prác na GSpG účelom tohto zákona je jednak právna úprava hazardných hier a jednak sledovanie cieľa daňovej povahy.

5 Pokiaľ ide o cieľ spočívajúci v úprave hazardných hier, všeobecná časť vysvetliviek k GSpG uvádza, že v ideálnom prípade by najrozumnejšou úpravou bol úplný zákaz hazardných hier, ale vzhľadom na dobre známu skutočnosť, že hráčska vášeň sa predsa len zdá byť vlastná ľudskej povahe, je omnoho rozumnejšie v záujme jednotlivca a spoločnosti túto vášeň usmerňovať. Táto všeobecná časť upresňuje, že sa tak dosiahnu dva ciele, a to, že sa predíde stiahnutiu hazardných hier do ilegality, ako možno pozorovať v štátoch, ktoré úplne zakázali hazardné hry, a štát si zároveň zachová možnosť dohľadu nad hazardnými hrami prevádzkovanými na zákonnom základe, pričom hlavným cieľom tohto dohľadu má byť ochrana hráča.

6 Z daňového hľadiska uvedené vysvetlivky poukazujú na záujem spolkového štátu dosiahnuť čo možno najvyššie príjmy z monopolu na hazardné hry, spolková vláda preto musí v rámci navrhovania právnej úpravy hazardných hier, pri súčasnom rešpektovaní a chránení regulačného cieľa, dbať na to, aby sa hazardné hry prevádzkovali takým spôsobom, že tento monopol jej prinesie najvyššie možné príjmy.

7 § 3 GSpG zavádza „štátny monopol“ v oblasti hazardných hier, pričom stanovuje, že právo organizovať a prevádzkovať hazardné hry je v zásade vyhradené štátu okrem prípadu, keď ustanovenie uvedeného zákona stanovuje niečo iné.

8 Podľa § 21 ods. 1 GSpG je spolkový minister financií oprávnený udeliť právo organizovať a prevádzkovať hazardné hry vydaním koncesií na prevádzkovanie herní. Počet koncesií, ktoré možno vydať, bol obmedzený na celkový počet dvanásť a na jedno komunálne územie môže pripadať len jedna koncesia.

9 Podmienky vydania koncesií na prevádzkovanie herní sú upravené v § 21 ods. 2 GSpG. Upresňuje sa v ňom najmä to, že koncesionárom má byť akciová spoločnosť so sídlom v Rakúsku, ktorej základné imanie musí predstavovať najmenej 22 miliónov eur a že tento koncesionár musí vzhľadom na konkrétne okolnosti poskytovať najlepšie predpoklady optimálnych daňových príjmov pre miestne orgány verejnej moci za súčasného dodržania pravidiel GSpG týkajúcich sa ochrany hráčov.

10 Podľa § 22 GSpG dĺžka trvania platnosti koncesie nemôže presiahnuť 15 rokov.

11 Podľa § 31 ods. 1 GSpG má spolkové ministerstvo financií právo všeobecného dohľadu nad koncesionárom. Na tento účel môže nahliadať do účtovníctva koncesionára a jeho zamestnanci pri výkone práva dohľadu môžu vstupovať do obchodných priestorov koncesionára. Uvedené ministerstvo podľa tohto § 31 ods. 2 okrem toho deleguje do koncesionárskej spoločnosti štátneho komisára. V súlade s uvedeným § 31 ods. 3 musí byť overená ročná účtovná uzávierka predložená spolkovému ministrovi financií v lehote šesť mesiacov po uzavretí obchodného roka.

12 Organizovanie hazardných hier osobou, ktorá nie je držiteľom koncesie na prevádzkovanie, ako aj komerčné podieľanie sa na hrách organizovaných za takýchto podmienok má za následok trestné stíhanie. Podľa § 168 rakúskeho trestného zákona

(Strafgesetzbuch, ďalej len „StGB“) sa potrestá „každý, kto organizuje úradne zakázanú hru alebo hru, ktorej priaznivý či nepriaznivý výsledok závisí výlučne alebo hlavne od náhody, alebo kto napomáha stretnutiu na účely organizovania takej hry s cieľom získať majetkový prospech z tohto organizovania alebo takéhoto stretnutia, alebo získať takýto prospech pre tretiu osobu“.

Spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

13 Spoločnosť Casinos Austria AG je v súčasnosti držiteľkou dvanástich koncesií na prevádzkovanie herní upravených v § 21 GSpG.

14 Tieto koncesie boli pôvodne vydané tejto spoločnosti správnym nariadením z 18. decembra 1991 na dobu najviac 15 rokov.

15 Koncesie na prevádzkovanie šiestich herní v Bregenzi, Grazi, Insbrucku, Linzi, Salzburgu a Viedni boli potom predčasne obnovené na 15 rokov s účinnosťou od 1. januára 1998, takže ich platnosť skončí 31. decembra 2012. Rovnako koncesie týkajúce sa šiestich herní v Badene, Bad Gasteine, Kitzbühli, Kleinwalsertale, Seefelde a Veldene boli obnovené na 15 rokov s účinnosťou od 1. januára 2001 a ich platnosť teda skončí 31. decembra 2015.

16 Rakúska vláda v odpovedi na otázku položenú Súdnym dvorom potvrdila, že všetky tieto koncesie boli vydané bez predchádzajúceho verejného obstarávania.

17 E. Engelmann, ktorý je nemeckým štátnym príslušníkom, prevádzkoval v Rakúsku od začiatku roku 2004 do 19. júla 2006 herňu v Linzi a od apríla 2004 do 14. apríla 2005 herňu v Schärdingu. Svojej klientele ponúkal v týchto zariadeniach najmä hru nazývanú „pozorovacia ruleta" a kartové hry „Poker" a „Two Aces". E. Engelmann nepožiadal o vydanie koncesie na organizovanie hazardných hier a ani nebol držiteľom legálneho povolenia v inom členskom štáte.

18 Bezirksgericht Linz rozsudkom z 5. marca 2007 uznal E. Engelmanna vinným z organizovania hazardných hier na území Rakúska s cieľom získať majetkový prospech. E. Engelmann tak bol odsúdený za trestný čin nezákonného organizovania hazardných hier upravený v § 168 ods. 1 StGB. Na základe toho mu bol uložený peňažný trest vo výške 2 000 eur.

19 E. Engelmann sa odvolal proti tomuto rozsudku na Landesgericht Linz. Uvedený súd má pochybnosti, pokiaľ ide o zlučiteľnosť ustanovení StGB, v spojení s rakúskou právnou úpravou hazardných hier, s právom Únie a to najmä s článkami 43 ES a 49 ES.

20 Po prvé sa tieto pochybnosti zakladajú na skutočnosti, že podľa vedomostí vnútroštátneho súdu prijatiu uplatniteľných ustanovení GSpG nepredchádzala analýza rizík, ktoré hráčska vášeň predstavuje, a možností prevencie existujúcich *de iure* alebo *de facto*. Podľa Landesgerichtu Linz sú tieto ustanovenia v rozpore s judikatúrou Súdneho dvora, podľa ktorej k dôvodom, na ktoré sa členský štát môže odvolávať pri

odôvodňovaní obmedzenia slobodného poskytovania služieb, sa musí priložiť analýza vhodnosti a primeranosti obmedzujúceho opatrenia prijatého týmto štátom.

21 Po druhé vnútroštátny súd má pochybnosť o koherentnosti a systematike rakúskej politiky v oblasti hazardných hier prevádzkovaných na základe koncesie. Zastáva názor, že ku koherentnému a dôslednému vymedzeniu činnosti v súvislosti s hazardnými hrami a stávkami môže dôjsť, len keď zákonodarca vyhodnotí všetky oblasti a všetky odvetvia hazardných hier a bude zasahovať v závislosti od prípadnej hrozby či závislosti, ktoré každý typ hry môže predstavovať. To však nie je prípad Rakúska. Rakúsky monopol hazardných hier totiž umožňuje masívne organizovanie reklamy tohto odvetvia a v rámci toho sa dokonca akceptuje aktívne vyzývanie na hranie hazardných hier alebo uzatváranie stávok.

22 Po tretie Landesgericht Linz má pochybnosť o zlučiteľnosti obmedziť na účely boja proti hospodárskej kriminalite, proti praniu špinavých peňazí a proti hráčskej vášni vydávanie koncesií len na akciové spoločnosti, ktorých sídlo sa nachádza na vnútroštátnom území, s požiadavkami vhodnosti, nevyhnutnosti a primeranosti.

23 Po štvrté Landesgericht Linz poukazuje na aktívne vyhľadávanie zo strany vnútroštátnych orgánov daňových príjmov plynúcich z poplatkov odvádzaných herňami. Táto situácia je v rozpore s judikatúrou Súdneho dvora, podľa ktorej obmedzenia základných slobôd v oblasti hazardných hier musia mať skutočne za cieľ obmedziť hráčske príležitosti a nie vytvoriť nový zdroj financovania.

24 Podľa vnútroštátneho súdu, ak ustanovenia práva Únie umožňujú E. Engelmannovi priznať povolenie na prevádzkovanie herne hazardných hier bez toho, aby musel založiť alebo nadobudnúť akciovú spoločnosť so sídlom v Rakúsku, táto dotknutá osoba

by sa v zásade mohla považovať za uchádzača na získanie koncesie. V rozsahu, v akom by mu taká koncesia bola vydaná, znaky skutkovej podstaty trestného činu nezákonného organizovania hazardných hier v zmysle § 168 StGB by už neboli naplnené.

25 Za týchto okolností Landesgericht Linz rozhodol konanie prerušiť a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Má sa článok 43 [ES] vykladať v tom zmysle, že bráni právnemu ustanoveniu členského štátu, ktoré vyhradzuje prevádzkovanie hazardných hier v herniach výlučne obchodným spoločnostiam vo forme akciových spoločností so sídlom na území tohto členského štátu, a ktoré teda stanovuje založenie alebo nadobudnutie takej spoločnosti v tomto členskom štáte?

2. Majú sa články 43 [ES] a 49 ES vykladať v tom zmysle, že zakazujú akýkoľvek vnútroštátny monopol na určité hazardné hry, ako sú hazardné hry hrané v herniach, pokiaľ v dotknutom členskom štáte neexistuje koherentná a systematická politika obmedzovania hazardných hier, pretože organizátori, ktorí sú držiteľmi vnútroštátnej koncesie, vyzývajú na účasť na hazardných hrách, ako sú vnútroštátne športové stávky a lotérie, a robia reklamu v tomto zmysle v televízii, novinách či časopisoch, pričom reklama ide dokonca tak ďaleko, že krátko pred žrebovaním lotérie ponúkajú hotovosť na žreb (‚TOI TOI TOI – Glaub' ans Glück') (‚Veľa šťastia – ver šťastnej náhode')?

3. Majú sa články 43 [ES] a 49 ES vykladať v tom zmysle, že bránia vnútroštátnemu právnemu ustanoveniu, podľa ktorého sa všetky koncesie na prevádzkovanie hazardných hier a herní upravené vnútroštátnou právnou úpravou týkajúcou sa hazardných hier udeľujú na obdobie 15 rokov na základe právneho predpisu,

ktorý vylučuje z verejného obstarávania uchádzačov z územia Spoločenstva (ktorí nemajú štátnu príslušnosť tohto členského štátu)?“

O prejudiciálnych otázkach

26 E. Engelmann, ktorý nepopiera, že nepožiadal o vydanie koncesie na prevádzkovanie herne v Rakúsku, nemohol v každom prípade takú koncesiu získať, pretože jednak nespĺňal podmienky požadované predmetnou vnútroštátnou právnou úpravou, t. j. založenie akciovej spoločnosti so sídlom v tomto členskom štáte, a jednak všetky koncesie upravené vnútroštátnou právnou úpravou už boli vydané rakúskej obchodnej spoločnosti. Podľa vnútroštátneho súdu existencia znakov skutkovej podstaty trestného činu, z ktorého je E. Engelmann obžalovaný, súvisí s otázkou oprávnenosti tohto vylúčenia. Treba teda najskôr preskúmať prvú a tretiu otázku.

O prvej otázke

27 Vnútroštátny súd sa svojou prvou otázkou v podstate pýta, či článok 43 ES bráni dvom podmienkam stanoveným vnútroštátnou právnou úpravou držiteľom koncesií na prevádzkovanie herní, a to povinnosti mať právnu formu akciovej spoločnosti a mať sídlo na vnútroštátnom území.

O povinnosti koncesionárov mať právnu formu akciovej spoločnosti

28 Podmienka, podľa ktorej hospodárske subjekty zamýšľajúce prevádzkovať herne musia mať právnu formu akciovej spoločnosti, predstavuje obmedzenie slobody usadiť sa v zmysle článku 43 ES. Taká podmienka bráni najmä subjektom, ktoré sú fyzickými osobami, ako aj podnikom, ktoré si v ich krajine usadenia zvolili inú právnu formu, zriadiť si druhotnú prevádzku v Rakúsku (pozri v tomto zmysle rozsudky z 12. júla 1984, Klopp, 107/83, Zb. s. 2971, bod 19; zo 7. júla 1988, Stanton a L'Étoile 1905, 143/87, Zb. s. 3877, bod 11, ako aj z 29. apríla 2004, Komisia/Portugalsko, C-171/02, Zb. s. I-5645, bod 42).

29 Treba však preskúmať, v akom rozsahu toto obmedzenie môže byť prípustné ako odchýlka výslovne upravená Zmluvou ES, alebo odôvodnené v súlade s judikatúrou Súdneho dvora naliehavými dôvodmi všeobecného záujmu. Článok 46 ods. 1 ES pripúšťa obmedzenia odôvodnené verejným poriadkom, verejnou bezpečnosťou alebo verejným zdravím. V judikatúre Súdneho dvora boli stanovené niektoré naliehavé dôvody všeobecného záujmu, ktoré tiež môžu odôvodňovať uvedené obmedzenia, akými sú ciele ochrany spotrebiteľov, predchádzanie podvodom a podnecovaniu občanov k nadmerným výdavkom spojeným s hrami, ako aj predchádzanie narušeniam spoločenského poriadku vo všeobecnosti.

30 Ako uviedla Európska komisia vo svojich pripomienkach a generálny advokát v bode 68 svojich návrhov, niektoré ciele môžu prípadne odôvodňovať, že sa subjektu uloží povinnosť, aby mal konkrétnu právnu formu. Povinnosti, ktoré sa vzťahujú na akciové spoločnosti, najmä pokiaľ ide o ich vnútorné usporiadanie, vedenie ich účtovníctva, kontroly, ktoré sa v nich vykonávajú, a vzťahy s tretími subjektmi, môžu,

vzhľadom na osobitosti odvetvia hier a hrozby s nimi spojené, odôvodňovať takú povinnosť.

31 Pri chýbajúcich dodatočných informáciách nie je možné posúdiť, či v danom prípade sú také ciele skutočne sledované požiadavkou na subjekty mať právnu formu akciovej spoločnosti a či môžu predstavovať odôvodnenie na základe odchýlky výslovne upravenej Zmluvou alebo naliehavého dôvodu všeobecného záujmu uznaného judikatúrou Súdneho dvora, ako aj prípadne, či uvedená požiadavka dodržuje zásadu proporcionality. Za takých okolností bude prislúchať vnútroštátnym súdom, aby urobili toto posúdenie.

O povinnosti uloženej držiteľom koncesií na prevádzkovanie herní mať sídlo na vnútroštátnom území

32 Ako v podstate uviedol generálny advokát v bodoch 51 a 52 svojich návrhov, povinnosť uložená držiteľom koncesií na prevádzkovanie herní mať sídlo na vnútroštátnom území predstavuje obmedzenie slobody usadiť sa v zmysle článku 43 ES, pretože diskriminuje obchodné spoločnosti, ktorých sídlo sa nachádza v inom členskom štáte, a bráni týmto spoločnostiam prevádzkovať v Rakúsku herne prostredníctvom obchodného zastúpenia, organizačnej zložky alebo dcérskej spoločnosti.

33 Toto konštatovanie nijako nespochybňuje okolnosť uvádzaná rakúskou vládou, podľa ktorej sa táto povinnosť vzťahuje na hospodárske subjekty len od okamihu, keď sú vybrané, a po dobu trvania platnosti koncesie. Ako totiž uviedol generálny advokát v bode 62 svojich návrhov, taká povinnosť môže odrádzať spoločnosti usadené

v iných členských štátoch uchádzať sa o koncesiu z dôvodu nákladov na usadenie sa a usídlenie v Rakúsku, ktoré by v prípade vydania koncesie museli znášať. Tento systém okrem toho neumožňuje vyhnúť sa tomu, že obchodnej spoločnosti so sídlom v inom členskom štáte bráni prevádzkovať herne na rakúskom území prostredníctvom obchodného zastúpenia, organizačnej zložky alebo dcérskej spoločnosti.

34 V tejto súvislosti z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že pokiaľ obmedzenie, aké bolo zistené v danom prípade, má diskriminačný charakter, toto obmedzenie je zlučiteľné s právom Únie len vtedy, ak spadá pod ustanovenie výslovne pripúšťajúce odchýlku, ako je článok 46 ES odvolávajúci sa na verejný poriadok, verejnú bezpečnosť a verejné zdravie (rozsudky zo 16. januára 2003, Komisia/Taliansko, C-388/01, Zb. s. I-721, bod 19, a zo 6. októbra 2009, Komisia/Španielsko, C-153/08, Zb. s. I-9735, bod 37).

35 Také obmedzenie musí okrem toho spĺňať podmienky vyplývajúce z judikatúry Súdneho dvora v súvislosti s jeho primeranosťou a môže byť považované za vhodné na zaručenie dosiahnutia sledovaného cieľa len vtedy, ak skutočne zodpovedá úsiliu dosiahnuť ho koherentne a systematicky (pozri v tomto zmysle rozsudok z 8. septembra 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International, C-42/07, Zb. s. I-7633, body 59 až 61).

36 Rakúska vláda tvrdí, že povinnosť uložená držiteľom koncesií na prevádzkovanie herní mať sídlo na vnútroštátnom území má za cieľ umožniť účinnú kontrolu subjektov pôsobiacich v odvetví hazardných hier, aby sa predišlo prevádzkovaniu týchto činností na kriminálne alebo podvodné účely. Táto povinnosť najmä umožňuje, že určitá kontrola sa vykonáva na základe rozhodnutí prijatých štatutárnymi orgánmi z dôvodu, že členom takých orgánov, ako je dozorná rada, sú zástupcovia štátu.

37 Bez toho, aby bolo potrebné určiť, či tento cieľ môže spadať pod pojem verejného poriadku, stačí v tejto súvislosti uviesť, že kategorické vylúčenie subjektov so sídlom v inom členskom štáte sa zdá byť neprimerané, pretože ide nad rámec toho, čo je nevyhnutné na boj proti kriminalite. Existuje totiž viacero spôsobov kontroly činnosti a účtovníctva týchto subjektov (pozri v tomto zmysle rozsudky zo 6. novembra 2003, Gambelli a i., C-243/01, Zb. s. I-13031, bod 74; zo 6. marca 2007, Placanica a i., C-338/04, C-359/04 a C-360/04, Zb. s. I-1891, bod 62, ako aj Komisia/Španielsko, už citovaný, bod 39).

38 Možno najmä uviesť možnosť požadovať vedenie oddeleného účtovníctva pre každú herňu toho istého subjektu, ktoré bude overované externým audítorom, možnosť získavať systematické oznamovanie rozhodnutí štatutárnych orgánov držiteľov koncesií, ako aj možnosť získavania informácií o ich riadiacich zamestnancoch alebo ich hlavných akcionároch. Okrem toho, ako tiež uviedol generálny advokát v bode 60 svojich návrhov, kontroly môžu byť uskutočňované v akomkoľvek podniku usadenom v členskom štáte a sankcie mu môžu byť ukladané bez ohľadu na to, kde sa nachádza miesto bydliska jeho riadiacich zamestnancov.

39 V súvislosti s predmetnou činnosťou, t. j. prevádzkovaním herní nachádzajúcich sa na rakúskom území, inak nič nebráni, aby sa kontroly uskutočňovali v priestoroch týchto zariadení na účely predchádzania najmä akýmkoľvek podvodom zo strany hospodárskych subjektov na úkor spotrebiteľov.

40 Na prvú otázku teda treba odpovedať, že článok 43 ES sa má vykladať v tom zmysle, že bráni právnej úprave členského štátu, ktorá vyhradzuje prevádzkovanie hazardných hier v herniach výlučne subjektom so sídlom na území tohto členského štátu.

O tretej otázke

41 Hoci sa tretia otázka podľa jej samotného znenia týka diskriminačných podmienok uplatniteľných podľa vnútroštátnej právnej úpravy na verejné obstarávanie na účely vydania koncesií na prevádzkovanie herní v Rakúsku, vzhľadom na informácie poskytnuté rakúskou vládou je zrejmé, že žiadne verejné obstarávanie nebolo vyhlásené a žiadna transparentnosť nebola zaručená v súvislosti s vydaním dvanástich koncesií spoločnosti Casinos Austria AG s príslušnou účinnosťou od 1. januára 1998 a od 1. januára 2001, ktoré boli platné v čase skutkových okolností vo veci samej. Týchto dvanásť koncesií predstavuje okrem toho celkový počet koncesií, ktorý stanovila vnútroštátna právna úprava.

42 Tretiu otázku treba teda vykladať tak, že sa snaží zistiť, či články 43 ES a 49 ES bránia vydaniu všetkých koncesií na prevádzkovanie herní na území členského štátu na dobu 15 rokov bez akéhokoľvek vyhlásenia verejného obstarávania.

43 V tomto kontexte možno nájsť tri rôzne obmedzenia, a to po prvé obmedzenie počtu koncesií na prevádzkovanie herní, po druhé vydanie týchto koncesií na dobu 15 rokov a po tretie skutočnosť, že vydanie týchto koncesií sa uskutočnilo úplne netransparentne. Každé z týchto obmedzení treba skúmať oddelene, najmä či je vhodné na zaručenie dosiahnutia cieľa alebo cieľov uvádzaných predmetným členským štátom a či nejde nad rámec toho, čo je nevyhnutné na ich dosiahnutie (rozsudky Placanica a i., už citovaný, bod 49, ako aj z 8. septembra 2010, Carmen Media Group, C-46/08, Zb. s. I-8145, bod 60).

44 V prvom rade, pokiaľ ide o skutočnosť, že počet koncesií na prevádzkovanie herní je obmedzený, je nesporné, že také obmedzenie zahŕňa v sebe prekážku slobody usadiť sa, ako aj slobodného poskytovania služieb (rozsudok Placanica a i., už citovaný, body 50 a 51).

45 Zdá sa však, s výhradou overenia vnútroštátnym súdom, že v dotknutom odvetví obmedzenie počtu koncesií, a teda herní, na dvanásť, čo znamená, že podľa údajov poskytnutých rakúskou vládou jedna herňa pripadá na 750 000 obyvateľov, umožňuje samotnou svojou povahou obmedziť herné príležitosti a dosiahnuť tak cieľ všeobecného záujmu uznaný právom Únie (pozri v tomto zmysle rozsudky Gambelli a i., už citovaný, body 62 a 67; Placanica a i., už citovaný, bod 53, ako aj Carmen Media Group, už citovaný, bod 84). Vzhľadom na to, že spotrebitelia musia cestovať, aby navštívili herňu s cieľom zahrať si predmetné hazardné hry, obmedzenie počtu týchto zariadení má za následok zvýšenie prekážok hraniu takých hier.

46 V druhom rade, pokiaľ ide o dĺžku trvania platnosti koncesií, z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že vydávanie koncesií, ktorých dĺžka trvania platnosti môže dosahovať až 15 rokov, je spôsobilé voči subjektom nachádzajúcim sa v iných členských štátoch vytvárať prekážku, či dokonca brániť výkonu slobôd zaručených článkami 43 ES a 49 ES, a predstavuje preto obmedzenie výkonu týchto slobôd (pozri v tomto zmysle rozsudok z 9. marca 2006, Komisia/Španielsko, C-323/03, Zb. s. I-2161, bod 44).

47 Pokiaľ ide o posúdenie zlučiteľnosti tohto obmedzenia s právom Únie, je dôležité uviesť, že slobodu usadiť sa a slobodné poskytovanie služieb, ako základné zásady Zmluvy, možno obmedziť len úpravami odôvodnenými naliehavými dôvodmi všeobecného záujmu, ktoré sa uplatňujú na všetky osoby alebo podniky vykonávajúce určitú činnosť na území hostiteľského členského štátu. Okrem toho na účely takéhoto odôvodnenia musí byť daná vnútroštátna právna úprava spôsobilá zaručiť uskutočnenie cieľa, ktorý sleduje, a nepresahovať rámec toho, čo je na jeho dosiahnutie

nevyhnutné (rozsudok z 9. marca 2006, Komisia/Španielsko, už citovaný, bod 45 a citovaná judikatúra).

48 Tak sa to zdá byť v danom prípade, keďže vydanie koncesií s dĺžkou trvania platnosti, ktorá môže dosahovať až 15 rokov, sa javí byť, s výhradou overenia vnútroštátnym súdom, odôvodnené najmä vzhľadom na nevyhnutnosť pre koncesionára mať dostatočne dlhý čas na návratnosť investícií, ktoré si zriadenie herne vyžaduje.

49 V treťom rade, pokiaľ ide o konanie o vydanie predmetných koncesií vo veci samej, treba najskôr uviesť, že hoci za súčasného stavu práva Únie nie sú koncesie na služby upravené nijakou zo smerníc, ktorými normotvorca Únie upravil oblasť verejného obstarávania, orgány verejnej moci, ktoré vydávajú také koncesie, sú však povinné dodržiavať základné pravidlá Zmlúv, najmä články 43 ES a 49 ES, ako aj povinnosť transparentnosti, ktorá z nich vyplýva (pozri v tomto zmysle rozsudky zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Zb. s. I-10745, body 60 a 61; z 21. júla 2005, Coname, C-231/03, Zb. s. I-7287, body 16 až 19; z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, Zb. s. I-8585, body 46 až 48; z 13. apríla 2010, Wall, C-91/08, Zb. s. I-2815, bod 33, a z 3. júna 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Zb. s. I-4695, bod 39).

50 Aj keď povinnosť transparentnosti automaticky neznamená povinnosť vyhlásiť verejné obstarávanie, uvedená povinnosť transparentnosti, ktorá sa uplatňuje, keď dotknutá koncesia na služby môže vzbudiť záujem podniku nachádzajúceho sa v inom členskom štáte, ako v ktorom je táto koncesia vydávaná, orgánu vydávajúcemu koncesie ukladá, aby pre každého potenciálneho uchádzača zabezpečil adekvátny stupeň zverejnenia umožňujúci sprístupnenie koncesie na služby konkurencii, ako aj kontrolu nestrannosti postupov vydávania týchto koncesií (rozsudok Sporting Exchange, už citovaný, body 40 a 41, ako aj citovaná judikatúra).

51 Vydanie koncesie bez akejkoľvek transparentnosti subjektu usadenému v členskom štáte verejného obstarávateľa predstavuje totiž rozdielne zaobchádzanie na úkor podnikov usadených v iných členských štátoch, ktoré nemajú žiadnu reálnu možnosť prejaviť svoj záujem o vydanie predmetnej koncesie. Také rozdielne zaobchádzanie je v rozpore so zásadami rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie založenej na štátnej príslušnosti a predstavuje nepriamu diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti, ktorá je podľa článkov 43 ES a 49 ES zakázaná (pozri v tomto zmysle rozsudky Coname, už citovaný, bod 19; Parking Brixen, už citovaný, bod 50, ako aj zo 17. júla 2008, ASM Brescia, C-347/06, Zb. s. I-5641, body 59 a 60).

52 Skutočnosť, že vydanie povolenia na prevádzkovanie herní nie je rovnocenné s koncesnými zmluvami na služby, nemôže sama osebe odôvodniť porušenie požiadaviek, ktoré vyplývajú z článku 49 ES, najmä zásady rovnosti zaobchádzania a povinnosti transparentnosti (pozri v tomto zmysle rozsudok Sporting Exchange, už citovaný, bod 46).

53 Povinnosť transparentnosti sa totiž javí ako predbežná povinná podmienka práva členského štátu vydávať povolenia na prevádzkovanie herní bez ohľadu na spôsob výberu subjektov, keďže účinky vydania takých povolení vo vzťahu k podnikom usadeným v iných členských štátoch, ktoré by potenciálne mali záujem o výkon tejto činnosti, sú rovnaké ako účinky zmluvy o koncesii na služby.

54 Okrem toho treba pripomenúť, že keď členský štát zavádza systém povolenia sledujúci legitímne ciele uznané judikatúrou, taký systém nemôže odôvodňovať svojvoľné konanie vnútroštátnych orgánov, ktoré by mohlo zbaviť potrebného účinku ustanovenia práva Únie, najmä tie, ktoré sa týkajú základných slobôd, ako sú predmetné

slobody vo veci samej (pozri najmä rozsudky Sporting Exchange, už citovaný, bod 49, a Carmen Media Group, už citovaný, bod 86).

55 Podľa ustálenej judikatúry totiž na to, aby bol systém predchádzajúceho správneho povolenia odôvodnený, hoci predstavuje výnimku z takých základných slobôd, musí byť založený na objektívnych, nediskriminačných a vopred známych kritériách tak, že výkon voľnej úvahy vnútroštátnych orgánov rámcovo vymedzí takým spôsobom, aby ju tieto orgány nevykonávali svojvoľne. Okrem toho akákoľvek osoba, na ktorú sa vzťahuje obmedzujúce opatrenie založené na takejto výnimke, musí mať možnosť podať opravný prostriedok na súdny orgán (pozri rozsudky Sporting Exchange, už citovaný, bod 50, a Carmen Media Group, už citovaný, bod 87).

56 Vo veci samej treba uviesť, že úplná absencia transparentnosti pri vydaní koncesií na prevádzkovanie herní s účinnosťou od 1. januára 1998 a od 1. januára 2001 nie je v súlade s článkami 43 ES a 49 ES.

57 Rakúska vláda sa v tejto súvislosti obmedzila na tvrdenie, že konanie o vydanie koncesií je v súlade s vtedy platným vnútroštátnym právom, a uvádza, že žiadnu požiadavku transparentnosti nebolo možné v tom čase vyvodiť z judikatúry Súdneho dvora. Vláda tohto členského štátu tiež tvrdí, že subjekty spĺňajúce podmienky stanovené uplatniteľnou právnou úpravou mohli podávať z vlastného podnetu žiadosti o vydanie koncesie. Žiadna z týchto okolností však nepredstavuje odôvodnenie na základe odchýlky výslovne upravenej Zmluvou alebo naliehavého dôvodu všeobecného záujmu uznaného judikatúrou Súdneho dvora a odôvodňujúceho vydanie predmetných koncesií vo veci samej bez akejkoľvek transparentnosti.

58 Vzhľadom na všetky tieto úvahy treba na tretiu otázku odpovedať, že povinnosti transparentnosti vyplývajúcej z článkov 43 ES a 49 ES, ako aj zo zásad rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie založenej na štátnej príslušnosti bránia vydaniu všetkých koncesií na prevádzkovanie herní na území členského štátu bez akéhokoľvek vyhlásenia verejného obstarávania.

O druhej otázke

59 Vzhľadom na odpovede na prvú a tretiu otázku, ako aj na skutočnosť, že vnútroštátny súd pripúšťa, tak ako bolo uvedené v bode 26 tohto rozsudku, určitú súvislosť medzi znakmi skutkovej podstaty trestného činu, z ktorého je E. Engelmann obžalovaný, a otázkou, či E. Engelmannovi bola zákonným spôsobom odoprená možnosť získať koncesiu, nie je potrebné odpovedať na druhú otázku.

O trovách

60 Vzhľadom na to, že konanie pred Súdnym dvorom má vo vzťahu k účastníkom konania vo veci samej incidenčný charakter a bolo začaté v súvislosti s prekážkou postupu v konaní pred vnútroštátnym súdom, o trovách konania rozhodne tento vnútroštátny súd. Iné trovy konania, ktoré vznikli v súvislosti s predložením pripomienok Súdnemu dvoru a nie sú trovami uvedených účastníkov konania, nemôžu byť nahradené.

Z týchto dôvodov Súdny dvor (štvrtá komora) rozhodol takto:

1. **Článok 43 ES sa má vykladať v tom zmysle, že bráni právnej úprave členského štátu, ktorá vyhradzuje prevádzkovanie hazardných hier v herniach výlučne subjektom so sídlom na území tohto členského štátu.**

2. **Povinnosť transparentnosti vyplývajúcej z článkov 43 ES a 49 ES, ako aj zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie založenej na štátnej príslušnosti bránia vydaniu všetkých koncesií na prevádzkovanie herní na území členského štátu bez akéhokoľvek vyhlásenia verejného obstarávania.**

Podpisy