SODBA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 9. septembra 2010*

V zadevi C-64/08,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Landesgericht Linz (Avstrija) z odločbo z dne 23. januarja 2008, ki je prispela na Sodišče 19. februarja 2008, v kazenskem postopku proti

Ernstu Engelmannu,

SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi J.-C. Bonichot, predsednik senata, C. Toader, sodnica, K. Schiemann (poročevalec), P. Kūris in L. Bay Larsen, sodniki,

generalni pravobranilec: J. Mazák,
sodni tajnik: K. Malacek, administrator,

* Jezik postopka: nemščina.

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 14. januarja 2010,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za E. Engelmanna P. Ruth in T. Talos, odvetnika, in A. Stadler,

– za avstrijsko vlado C. Pesendorfer, zastopnica,

– za belgijsko vlado L. Van den Broeck, zastopnica, skupaj s P. Vlaemminckom in A. Hubertom, odvetnikoma,

– za grško vlado A. Samoni-Rantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou in E.-M. Mamouna, zastopnice,

– za špansko vlado F. Díez Moreno, zastopnik,

– za portugalsko vlado L. Inez Fernandes, P. Mateusz Calado in A. Barros, zastopniki,

– za Evropsko komisijo P. Dejmek, nato E. Traversa in H. Krämer, zastopniki,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 23. februarja 2010

izreka naslednjo

Sodbo

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

2 Ta predlog je bil vložen v okviru kazenskega postopka proti E. Engelmannu zaradi kršitev avstrijske zakonodaje o upravljanju igralnic.

Pravni okvir

3 V Avstriji so igre na srečo urejene z zveznim zakonom o igrah na srečo (Glücksspielgesetz) v različici, ki je bila objavljena v Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 620/1989 (v nadaljevanju: GSpG).

4 V skladu s pripravljalnimi dokumenti za GSpG je namen tega zakona, da uredi igre na srečo in sledi proračunskim ciljem.

5 Glede cilja ureditve iger na srečo je v splošnem delu pojasnjevalnih opomb k GSpG navedeno, da bi bila, idealno, popolna prepoved iger na srečo najrazumnejša ureditev, vendar je ob upoštevanju dobro znanega dejstva, da je strast do igranja iger na srečo človeku prirojena, to strast veliko razumneje usmerjati v interesu posameznika in družbe. Navedeno je, da sta tako dosežena dva cilja, in sicer da se prepreči prehod iger na srečo na območje nezakonitega, kar je mogoče opaziti v državah, ki so igre na srečo povsem prepovedale, in da lahko država hkrati ohrani možnost nadzora nad igrami na srečo, ki se prirejajo na zakoniti podlagi, pri čemer mora biti glavni namen tega nadzora varstvo igralcev.

6 Iz proračunskega vidika je v omenjenih pojasnjevalnih opombah poudarjeno, da ima zvezna država interes, da pridobi čim večje prihodke iz monopola nad igrami na srečo, zato mora pri sprejemanju ureditve iger na srečo ob spoštovanju in zaščiti cilja, da se igre uredijo, zagotoviti, da se igre prirejajo tako, da ji ta monopol prinese čim večje prihodke.

7 Člen 3 GSpG na področju iger na srečo uvaja „državni monopol“ s tem, da določa, da sta organiziranje in prirejanje iger na srečo načeloma pridržana državi, razen če navedeni zakon ne določa drugače.

8 Na podlagi člena 21(1) GSpG lahko zvezno ministrstvo za finance podeli pravico do organiziranja in prirejanja iger na srečo tako, da dodeli koncesije za poslovanje igralnic. Število vseh koncesij, ki jih je mogoče dodeliti, je omejeno na dvanajst, za ozemlje posamezne občine pa se lahko dodeli samo ena koncesija.

9 Pogoji za dodelitev teh koncesij za upravljanje so določeni v členu 21(2) GSpG. V tem členu je določeno zlasti, da mora biti koncesionar delniška družba, ki ima sedež v Avstriji in najmanj 22 milijonov EUR osnovnega kapitala, ter da mora ta koncesionar lokalnim oblastem nuditi najboljše možnosti za davčne prihodke glede na okoliščine ob upoštevanju pravil GSpG o varstvu igralcev.

10 Na podlagi člena 22 GSpG lahko koncesije za igre na srečo trajajo največ petnajst let.

11 V skladu s členom 31(1) GSpG ima zvezno ministrstvo za finance splošno pravico do nadzora nad koncesionarjem. Zato ima dostop do računovodskih izkazov koncesionarja, za izvajanje pravice do nadzora pa imajo uslužbenci ministrstva dostop do koncesionarjevih poslovnih prostorov. Med drugim to ministrstvo na podlagi člena 31(2) v koncesijsko družbo napoti državnega komisarja. V skladu z omenjenim členom 31(3) je treba v šestih mesecih po koncu poslovnega leta revidirane letne računovodske izkaze predložiti zveznemu ministru za finance.

12 Če igre na srečo prireja oseba, ki nima koncesije za prirejanje in gospodarsko sodelovanje pri igrah, ki se prirejajo v takih okoliščinah, je to kaznivo. Člen 168 avstrijskega kazenskega zakonika (Strafgesetzbuch, v nadaljevanju: StGB) določa, da se kaznuje

„vsak, ki organizira formalno prepovedano igro, katere ugoden ali neugoden izid je odvisen izključno ali predvsem od naključja, in vsak, ki spodbuja srečevanje z namenom organiziranja take igre, da bi s tem organiziranjem ali srečevanjem zase ali za tretjo osebo pridobil premoženjsko korist“.

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

13 Dvanajst koncesij za upravljanje igralnic, ki jih določa člen 21 GSpG, ima trenutno družba Casinos Austria AG.

14 Te koncesije so bile tej družbi najprej dodeljene z upravnim odlokom z dne 18. decembra 1991 za največ petnajst let.

15 Koncesije za upravljanje igralnic v Bregenzu, Gradcu, Innsbrucku, Linzu, Salzburgu in na Dunaju so bile nato predhodno podaljšane za petnajst let z začetkom veljave 1. januarja 1998, tako da bodo potekle 31. decembra 2012. Prav tako so bile za petnajst let – z začetkom veljave 1. januarja 2001– podaljšane koncesije za šest igralnic v Badnu, Bad Gasteinu, Kitzbühlu, Kleinwalsertalu, Seefeldu in Veldnu, ki bodo tako potekle 31. decembra 2015.

16 Avstrijska vlada je v odgovoru na vprašanje Sodišča potrdila, da so bile vse te koncesije dodeljene brez kakršnega koli predhodnega javnega razpisa.

17 E. Engelmann, nemški državljan, je v Avstriji upravljal igralnici, v Linzu od začetka leta 2004 do 19. julija 2006 in v Schärdingu od aprila 2004 do 14. aprila 2005. V teh igralnicah je svojim strankam ponujal različne igre, med njimi zlasti tako imenovano „opazovalno ruleto“ in igri s kartami „Poker“ in „Two Aces“. Pri avstrijskih organih ni zaprosil za koncesijo za organiziranje iger na srečo niti ni imel zakonitega dovoljenja pristojnih organov druge države članice.

18 Bezirksgericht Linz je s sodbo z dne 5. marca 2007 E. Engelmanna spoznalo za krivega nezakonitega organiziranja iger na srečo na avstrijskem ozemlju z namenom ustvarjanja premoženjske koristi. S tem je bil spoznan za krivega kaznivega dejanja organiziranja iger na srečo iz člena 168(1) StGB. Na podlagi tega mu je bilo naloženo plačilo denarne kazni 2000 EUR.

19 E. Engelmann se je zoper to sodbo pritožil pri Landesgericht Linz. To sodišče dvomi o skladnosti določb iz StGB v povezavi z avstrijskimi pravili o igrah na srečo s pravom Unije, predvsem s členoma 43 ES in 49 ES.

20 Ti dvomi temeljijo, prvič, na mnenju predložitvenega sodišča, da pred sprejetjem veljavnih določb GSpG ni bila opravljena analiza nevarnosti, povezanih z zasvojenostjo z igrami na srečo, ter pravnih in dejanskih možnosti njenega preprečevanja. Po mnenju Landesgericht Linz je to v nasprotju s sodno prakso Sodišča, po kateri mora država članica razlogom, s katerimi bi lahko bila utemeljena omejitev svobode opravljanja

storitev, priložiti tudi analizo primernosti in sorazmernosti omejevalnega ukrepa, ki ga je ta država sprejela.

21 Drugič, predložitveno sodišče dvomi o doslednosti in sistematičnosti avstrijske politike na področju iger na srečo, za katere se dodeljujejo koncesije. Meni, da dosledna in sistematična omejitev dejavnosti, povezanih z igrami na srečo in stavami, obstaja le, če zakonodajalec oceni vsa področja in sektorje iger na srečo in nato v njih deluje glede na verjetnost nevarnosti in odvisnosti, ki jo predstavlja vsaka vrste igre. V Avstriji pa naj ne bi bilo tako. Avstrijski monopol nad igrami na srečo naj bi namreč omogočal množično oglaševanje tega sektorja in tako naj bi bilo aktivno spodbujanje k sodelovanju pri igrah na srečo ali stavah celo sprejemljivo.

22 Tretjič, Landesgericht Linz dvomi o združljivosti omejitve dodeljevanja koncesij na delniške družbe s sedežem na nacionalnem ozemlju z zahtevami po ustreznosti, nujnosti in sorazmernosti ter o utemeljitvi take omejitve s cilji boja proti gospodarskemu kriminalu, pranju denarja in zasvojenosti z igrami na srečo.

23 Četrtič, Landesgericht Linz navaja, da si nacionalni organi celo aktivno prizadevajo za čim večje davčne prihodke iz naslova dajatev igralnic. Ta položaj naj bi bil v nasprotju s sodno prakso Sodišča, v skladu s katero mora biti cilj omejitev temeljnih svoboščin na področju iger na srečo dejansko zmanjšanje priložnosti za igro, in ne ustvarjanje novih virov financiranja.

24 Po mnenju predložitvenega sodišča pa bi E. Engelmann ob predpostavki, da je v skladu s pravom Unije dovoljeno, da se mu izda dovoljenje za upravljanje igralnice, ne da bi moral za to ustanoviti ali pridobiti delniško družbo s sedežem v Avstriji, načeloma

lahko zaprosil za pridobitev koncesije. Če bi to dovoljenje dobil, znaki kaznivega dejanja organiziranja nezakonitih iger na srečo v smislu člena 168 StGB kazenskega zakonika ne bi bili več podani.

25 V teh okoliščinah je Landesgericht Linz prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba člen 43 [ES] razlagati tako, da nasprotuje predpisu države članice, ki določa, da lahko igre na srečo v igralnicah prirejajo le delniške družbe s sedežem v tej državi članici, kar torej narekuje ustanovitev ali pridobitev kapitalske družbe v tej državi članici?

2. Ali je treba člena 43 [ES] in 49 ES razlagati tako, da nasprotujeta državnemu monopolu nad nekaterimi igrami na srečo, na primer nad tistimi, ki se prirejajo v igralnicah, če v zadevni državi članici ni dosledne in sistematične politike omejevanja iger na srečo, saj prireditelji, imetniki državne koncesije, spodbujajo k sodelovanju pri igrah na srečo, kot so športne stave in loterije, in jih oglašujejo na televiziji, v časopisih in v revijah celo tako, da neposredno pred žrebanjem za srečko ponujajo izplačilo v gotovini (‚TOI TOI TOI – Glaub ans Glück') (‚Srečno – Zaupaj sreči')?

3. Ali je treba člena 43 [ES] in 49 ES razlagati tako, da nasprotujeta nacionalnemu predpisu, v skladu s katerim se vse koncesije, ki so za igre na srečo in igralnice določene v nacionalni ureditvi iger na srečo, dodeljujejo za obdobje petnajst let

na podlagi zakonodaje, ki konkurentom z območja Skupnosti (ki ne pripadajo tej državi članici) onemogoča sodelovanje v postopkih javnih razpisov?“

Vprašanja za predhodno odločanje

26 E. Engelmann, ki ne zanika, da ni zaprosil za koncesijo za upravljanje igralnice v Avstriji, take koncesije vsekakor ne bi mogel pridobiti, ker ne izpolnjuje pogojev, določenih z zadevno nacionalno zakonodajo, to je ustanovitev delniške družbe s sedežem v tej državi članici, in ker so bile vse koncesije, predvidene z nacionalno zakonodajo, že dodeljene avstrijski družbi. Predložitveno sodišče navaja, da je obstoj znakov kaznivega dejanja, ki se očita E. Engelmannu, povezan z vprašanjem dopustnosti te izključitve. Zato je treba najprej odgovoriti na prvo in tretje vprašanje.

Prvo vprašanje

27 Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali člen 43 ES nasprotuje dvema od pogojev, ki jih nacionalna zakonodaja določa za imetnike koncesij za upravljanje igralnic, to je obveznosti, da imajo pravno obliko delniške družbe in da imajo sedež na nacionalnem ozemlju.

Obveznosti koncesionarjev, da imajo pravno obliko delniške družbe

28 Pogoj, po katerem morajo poslovni subjekti, ki želijo upravljati igralnice, imeti pravno obliko delniške družbe, pomeni omejitev svobode opravljanja storitev v smislu člena 43 ES. Tak pogoj namreč predvsem tistim poslovnim subjektom, ki so fizične osebe, ter tistim podjetjem, ki so v državi ustanovitve izbrala drugo obliko družbe, preprečuje, da ustanovijo sekundarni sedež v Avstriji (glej v tem smislu sodbe z dne 12. julija 1984 v zadevi Klopp, 107/83, Recueil, str. 2971, točka 19; z dne 7. julija 1988 v zadevi Stanton in L'Étoile 1905, 143/87, Recueil, str. 3877, točka 11, in z dne 29. aprila 2004 v zadevi Komisija proti Portugalski, C-171/02, Recueil, str. I-5645, točka 42).

29 Treba je preučiti, v kolikšni meri je taka omejitev vseeno lahko dopustna na podlagi izjem, izrecno določenih v Pogodbi ES, ali pa jo je mogoče v skladu s sodno prakso Sodišča upravičiti z nujnimi razlogi v splošnem interesu. Člen 46(1) ES dopušča omejitve, ki jih upravičujejo javni red, javna varnost ali javno zdravje. S sodno prakso Sodišča je bilo opredeljenih nekaj nujnih razlogov v splošnem interesu, ki bi tudi lahko upravičili omenjene omejitve, kot so zlasti cilji varstva potrošnikov, preprečevanja goljufij in spodbujanja državljanov k čezmerni porabi pri igranju ter ohranjanja družbenega reda na splošno.

30 Kot je navedla Evropska komisija v svojih stališčih in generalni pravobranilec v sklepnih predlogih, bi nekateri cilji morda lahko upravičili, da se poslovnemu subjektu naloži obveznost, da ima določeno pravno obliko. Obveznosti, ki jih namreč morajo izpolnjevati delniške družbe predvsem glede notranje organizacije, vodenja knjigovodstva, nadzora, ki se lahko opravi pri njih, in odnosov s tretjimi, bi glede na

posebnosti sektorja iger na srečo in nevarnosti, ki so z njim povezane, lahko upravičevale tako obveznost.

31 Presoje vprašanj, ali se takim ciljem dejansko sledi z zahtevo, da ima poslovni subjekt pravno obliko delniške družbe, in ali so ti cilji lahko utemeljitev na podlagi izjem, ki jih izrecno določa Pogodba ES, ali na podlagi razlogov v splošnem interesu, priznanih s sodno prakso Sodišča, in če je odgovor pritrdilen, ali se s to zahtevo spoštuje načelo sorazmernosti, ni mogoče opraviti brez dodatnih podatkov. V teh okoliščinah so nacionalna sodišča tista, ki opravijo to presojo.

Obveznost imetnikov koncesij za upravljanje igralnic, da imajo sedež na nacionalnem ozemlju

32 Kot je v bistvu navedel generalni pravobranilec v točkah 51 in 52 sklepnih predlogov, pomeni obveznost, da imajo imetniki koncesij za upravljanje igralnic sedež na nacionalnem ozemlju, omejitev svobode ustanavljanja iz člena 43 ES, ker gre za diskriminacijo družb s sedežem v drugi državi članici in ker tem družbam preprečuje, da bi upravljale igralnice v Avstriji prek agencije, podružnice ali hčerinske družbe.

33 Te ugotovitve v ničemer ne izpodbije okoliščina, ki jo je navedla avstrijska vlada, da ta obveznost zavezuje poslovne subjekte šele od trenutka, ko so izbrani, in med trajanjem koncesije. Kot je navedel generalni pravobranilec v točki 62 sklepnih predlogov, gre namreč za obveznost, ki lahko odvrne družbe s sedežem v drugih državah

članicah od tega, da bi kandidirale, saj bi morale nositi stroške ustanavljanja sedeža in poslovne enote v Avstriji, če bi bile izbrane. Ta sistem tudi ne onemogoča preprečevanja družbam s sedežem v drugi državi članici, da bi upravljale igralnice na avstrijskem ozemlju prek agencije, podružnice ali hčerinske družbe.

34 Iz sodne prakse Sodišča glede tega izhaja, da če je omejitev, kakršna je ugotovljena v obravnavani zadevi, diskriminatorna, je skladna s pravom Unije le, če izrecno spada v določbe o odstopanju, kot je člen 46 ES, in sicer glede javnega reda, javne varnosti in javnega zdravja (sodbi z dne 16. januarja 2003 v zadevi Komisija proti Italiji, C-388/01, Recueil, str. I-721, točka 19, in z dne 6. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Španiji, C-153/08, ZOdl., str. I-9735, točka 37).

35 Za tako omejitev morajo biti med drugim izpolnjeni pogoji sorazmernosti, ki so razvidni iz sodne prakse Sodišča, za uresničevanje omenjenega cilja pa je primerna le, če je z njo resnično zagotovljena dosledna in sistematična dosega tega cilja (glej v tem smislu sodbo z dne 8. septembra 2009 v zadevi Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International, C-42/07, ZOdl., str. I-7633, točke od 59 do 61).

36 Avstrijska vlada navaja, da je obveznost nosilcev koncesij za upravljanje igralnic, da imajo sedež na nacionalnem ozemlju, namenjena omogočanju učinkovitejšega nadzora nad poslovnimi subjekti, ki delujejo v sektorju iger na srečo, da bi se preprečilo izkoriščanje teh dejavnosti v kriminalne in goljufive namene. Ta obveznost naj bi omogočala zlasti opravljanje določenega nadzora nad odločitvami, ki jih sprejmejo organi družbe, prek prisotnosti predstavnikov države v organih, kot je nadzorni svet.

37 Brez potrebe po ugotavljanju, ali ta cilj lahko izhaja iz pojma javnega reda, glede tega zadostuje ugotovitev, da je kategorična izključitev poslovnih subjektov s sedežem v drugi državi članici nesorazmerna, saj presega to, kar je nujno za boj proti kriminalu. Za nadzor njihovih dejavnosti in računov so namreč na voljo različna sredstva (glej v tem smislu sodbi z dne 6. novembra 2003 v zadevi Gambelli in drugi, C-243/01, Recueil, str. I-13031, točka 74 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, točka 62, in zgoraj navedeno sodbo Komisija proti Španiji, točka 39).

38 Med drugim je mogoče navesti možnost, da se zahteva vodenje ločenih računov za vsako igralnico istega poslovnega subjekta, ki jih revidira zunanji računovodja, možnost, da se redno pošiljajo odločitve organov imetnikov koncesij, in tudi možnost, da se pridobijo podatki o njihovih poslovodjih in glavnih delničarjih. Poleg tega, kot je navedel generalni pravobranilec v točki 60 sklepnih predlogov, je nadzor mogoče izvajati nad vsemi podjetji s sedežem v državi članici, ki so jim lahko izrečene kazni ne glede na kraj prebivališča njihovih poslovodij.

39 Med drugim glede zadevne dejavnosti, to je upravljanja igralnic na avstrijskem ozemlju, nič ne nasprotuje temu, da bi se v prostorih teh igralnic opravljal nadzor, da bi se preprečila kakršna koli goljufija v škodo potrošnikov.

40 Zato je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da je treba člen 43 ES razlagati tako, da nasprotuje ureditvi države članice, ki prirejanje iger na srečo v igralnicah omejuje na poslovne subjekte s sedežem na ozemlju te države članice.

Tretje vprašanje

41 Čeprav se tretje vprašanje glede na svoje besedilo nanaša na diskriminatorne pogoje, ki na podlagi nacionalne zakonodaje veljajo za javne razpise za dodelitev koncesij za upravljanje igralnic v Avstriji, glede na podatke, ki jih je predložila avstrijska vlada, ni sporno, da ni bil organiziran noben javni razpis in da ni bila zagotovljena preglednost dodelitve dvanajstih koncesij z začetkom veljavnosti 1. januarja 1998 oziroma 1. januarja 2001, ki so obstajale v času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari, družbi Casinos Austria AG. Teh dvanajst koncesij so, poleg tega, vse koncesije, ki jih predvideva nacionalna zakonodaja.

42 Zato je treba tretje vprašanje razlagati tako, kot da je namen tega vprašanja ugotoviti, ali člena 43 ES in 49 ES nasprotujeta dodelitvi vseh koncesij za upravljanje igralnic na ozemlju države članice za obdobje petnajst let brez kakršnega koli postopka javnega razpisa.

43 V tem okviru je mogoče najti tri različne omejitve, in sicer, prvič, omejitev števila koncesij za upravljanje igralnic, drugič, dodelitev teh koncesij za obdobje petnajst let in, tretjič, dejstvo, da je bila dodelitev opravljena povsem nepregledno. Za vsako od teh omejitev je treba posebej preučiti zlasti, ali zagotavlja uresničevanje cilja ali ciljev, ki jih navaja zadevna država članica, in ali ne presega tega, kar je nujno za dosego tega cilja (zgoraj navedena sodba Placanica in drugi, točka 49, in sodba z dne 8. septembra 2010 v zadevi Carmen Media Group, C-46/08, ZOdl., str. I-8145, točka 60).

44 Glede, na prvem mestu, dejstva, da je število koncesij za upravljanje igralnic omejeno, ni sporno, da je taka omejitev ovira za pravico do ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev (zgoraj navedena sodba Placanica in drugi, točki 50 in 51).

45 Kljub temu pa je videti, kar mora preveriti predložitveno sodišče, da v zadevnem sektorju omejitev števila koncesij in torej igralnic na dvanajst, kar glede na podatke, ki jih je predložila avstrijska vlada, pomeni eno igralnico na 750.000 prebivalcev, že sama po sebi omogoča omejitev priložnosti za igranje in tako dosego cilja v splošnem interesu, ki ga pravo Unije priznava (glej v tem smislu zgoraj navedene sodbe Gambelli in drugi, točki 62 in 67; Placanica in drugi, točka 53, in Carmen Media Group, točka 84). Če morajo potrošniki potovati, da bi prišli v prostore igralnice in bi lahko sodelovali pri zadevnih igrah na srečo, je posledica omejitve števila teh igralnic okrepitev ovir za sodelovanje pri teh igrah.

46 Glede, na drugem mestu, trajanja koncesij je iz sodne prakse Sodišča razvidno, da lahko dodelitev koncesij za obdobje, ki lahko traja do petnajst let, moti ali celo onemogoči, da bi poslovni subjekti v drugih državah članicah uveljavljali svoje svoboščine, ki jih zagotavljata člena 43 ES in 49 ES, zato pomeni omejitev izvrševanja teh svoboščin (glej v tem smislu sodbo z dne 9. marca 2006 v zadevi Komisija proti Španiji, C-323/03, ZOdl., str. I-2161, točka 44).

47 Glede presoje skladnosti te omejitve s pravom Unije je treba spomniti, da je svobodo ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev kot temeljni načeli Pogodbe mogoče omejiti le s predpisi, ki so utemeljeni z nujnimi razlogi v splošnem interesu in veljajo za vse osebe ali podjetja, ki opravljajo dejavnost na ozemlju države članice gostiteljice. Poleg tega morajo biti zadevni nacionalni predpisi, da bi lahko bili upravičeni, taki, da zagotavljajo uresničitev cilja, ki mu sledijo, in ne presegajo tega, kar je potrebno za

njegovo dosego (zgoraj navedena sodba Komisija proti Španiji z dne 9. marca 2006, točka 45 in navedena sodna praksa).

48 To je v tej zadevi očitno izpolnjeno, ker je videti, da je dodelitev koncesij za obdobje do petnajst let, kar mora sicer preveriti predložitveno sodišče, upravičena zlasti glede na potrebo koncesionarja, da ima dovolj časa, da se mu investicije, potrebne za postavitev igralnice, povrnejo.

49 Glede, na tretjem mestu, postopka za dodelitev koncesij, ki je obravnavan v zadevi v glavni stvari, je treba na začetku ponoviti, da glede na trenutno stanje prava Unije koncesijskih pogodb za storitve sicer ne ureja nobena od direktiv, s katerimi je zakonodajalec Unije uredil področje javnih razpisov, vendar pa morajo javni organi, ki sklepajo take pogodbe, vseeno spoštovati temeljna pravila pogodb, zlasti člena 43 ES in 49 ES ter obveznost preglednosti, ki iz njiju izhaja (glej v tem smislu sodbe z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress, C-324/98, Recueil, str. I-10745, točki 60 in 61; z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname, C-231/03, ZOdl., str. I-7287, točke od 16 do 19; z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen, C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točke od 46 do 48; z dne 13. aprila 2010 v zadevi Wall, C-91/08, ZOdl., str. I-2815, točka 33, in z dne 3. junija 2010 v zadevi Sporting Exchange, C-203/08, ZOdl., str. I-4695, točka 39).

50 Čeprav ne vključuje nujno obveznosti, da se opravi javni razpis, omenjena obveznost preglednosti, ki velja, če bi koncesija za storitve lahko zanimala podjetje v državi članici, ki ni država članica, v kateri se dodeljuje ta koncesija, nalaga organu, ki dodeljuje koncesijo, da v korist vseh potencialnih ponudnikov zagotovi ustrezno stopnjo javnosti, ki koncesijo za storitve odpre za konkurenco in omogoča nadzor nad tem, ali so bili postopki dodelitve izvedeni nepristransko (zgoraj navedena sodba Sporting Exchange, točki 40 in 41 ter navedena sodna praksa).

51 Povsem nepregledna dodelitev koncesije poslovnemu subjektu v državi članici, v kateri je organ, ki koncesijo dodeljuje, je različno obravnavanje v škodo podjetij iz drugih držav članic, ki nimajo nobene dejanske možnosti, da izkažejo svoj interes za zadevno koncesijo. Tako različno obravnavanje je v nasprotju z načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi nacionalnosti in je posredna diskriminacija glede na nacionalnost, ki jo prepovedujeta člena 43 ES in 49 ES, razen če to ni upravičeno z objektivnimi okoliščinami (glej v tem smislu zgoraj navedeni sodbi Coname, točka 19, in Parking Brixen, točka 50, in sodbo z dne 17. julija 2008 v zadevi ASM Brescia, C-347/06, ZOdl., str. I-5641, točki 59 in 60).

52 Dejstvo, da podelitev dovoljenj za upravljanje igralnic ni enakovredna koncesijski pogodbi za storitve, samo po sebi ne upravičuje tega, da se ne bi spoštovale zahteve iz člena 49 ES, in sicer zlasti načelo enakega obravnavanja in obveznost preglednosti (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Sporting Exchange, točka 46).

53 Obveznost preglednosti je namreč nujni temeljni pogoj pravice države članice, da podeli dovoljenja za upravljanje igralnic ne glede na način izbire poslovnih subjektov, saj so učinki podelitve takih dovoljenj za podjetja, ki imajo sedež v drugih državah članicah in bi bila lahko zainteresirana za opravljanje te dejavnosti, enaki kot tisti, ki nastanejo pri koncesijski pogodbi za storitve.

54 Treba je ponoviti, da čeprav je v državi članici v veljavi sistem dovoljenj, ki sledi legitimnim ciljem, ki jih sodna praksa priznava, tak sistem kljub temu ne more upravičiti takšnega diskrecijskega ravnanja državnih organov, ki bi povzročilo, da določbe prava Unije, zlasti tiste, ki se nanašajo na temeljne pravice, kakršne so obravnavane v tej

zadevi, ne bi imele polnega učinka (glej zlasti zgoraj navedeni sodbi Sporting Exchange, točka 49, in Carmen Media Group, točka 86).

55 V skladu z ustaljeno sodno prakso mora namreč sistem predhodnega upravnega dovoljenja – da bi bil upravičen, čeprav je izjema glede na take temeljne svoboščine – temeljiti na objektivnih, nediskriminatornih in vnaprej znanih merilih, ki določajo meje diskrecijske pravice nacionalnih organov, da se ta ne bi uporabljala arbitrarno. Poleg tega mora imeti vsaka oseba, ki jo tovrstni omejevalni ukrep prizadene, na voljo učinkovito pravno sredstvo za sodno varstvo (glej zgoraj navedeni sodbi Sporting Exchange, točka 50, in Carmen Media Group, točka 87).

56 V zadevi v glavni stvari je treba ugotoviti, da popolna nepreglednost dodelitve koncesij za upravljanje igralnic z veljavnostjo po 1. januarju 1998 in po 1. januarju 2001 ni v skladu s členoma 43 ES in 49 ES.

57 Avstrijska vlada je glede tega navedla le, da je bila dodelitev koncesij v skladu s takrat veljavnim nacionalnim pravom, in zatrjevala, da v tem obdobju ni bilo mogoče razbrati nobene zahteve po preglednosti iz sodne prakse Sodišča. Ta vlada je navedla tudi, da bi poslovni subjekti, ki so izpolnjevali pogoje, ki jih je določala veljavna zakonodaja, lahko samoiniciativno podali svojo kandidaturo za dodelitev koncesije. Nobena od teh okoliščin pa ni utemeljitev na podlagi izjem, ki so izrecno določene v pogodbi, ali na podlagi nujnega razloga v splošnem interesu, priznanega s sodno prakso Sodišča, s katero je mogoče upravičiti povsem nepregledno dodelitev koncesij v postopku v glavni stvari.

58 Glede na vse navedeno je treba na tretje vprašanje odgovoriti, da obveznost preglednosti, ki izhaja iz členov 43 ES in 49 ES ter iz načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi nacionalnosti, nasprotuje dodelitvi vseh koncesij za upravljanje igralnic na ozemlju države članice brez kakršnega koli javnega razpisa.

Drugo vprašanje

59 Glede na odgovora na prvo in tretje vprašanje ter glede na dejstvo, da predložitveno sodišče – kot je poudarjeno v točki 26 te sodbe – vzpostavlja povezavo med znaki kaznivega dejanja, ki se očita E. Engelmannu, in vprašanjem, ali mu je bilo zakonito onemogočena pridobitev koncesije, na drugo vprašanje ni treba odgovoriti.

Stroški

60 Ker je ta postopek za stranki 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. **Člen 43 ES je treba razlagati tako, da nasprotuje ureditvi države članice, ki prirejanje iger na srečo v igralnicah omejuje na poslovne subjekte s sedežem na ozemlju te države članice.**

2. **Obveznost preglednosti, ki izhaja iz členov 43 ES in 49 ES ter iz načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi nacionalnosti, nasprotuje dodelitvi vseh koncesij za upravljanje igralnic na ozemlju države članice brez kakršnega koli javnega razpisa.**

Podpisi