STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA DÁMASA RUIZ-JARABA COLOMERA

přednesené dne 16. května 2006 [1]

I – Úvod

1. „Rien ne va plus". Soudní dvůr se již nemůže déle vyhýbat hloubkovému přezkumu dopadu základních svobod stanovených Smlouvou o ES na odvětví hazardních her.

2. Již potřetí je Soudní dvůr vyzván, aby se k této oblasti vyjádřil v souvislosti s právními předpisy platnými v Itálii. Poprvé tak učinil na žádost Consiglio di Stato (státní rady) rozsudkem ze dne 21. října 1999, Zenatti [2], v němž prohlásil, že ustanovení Smlouvy o ES o volném pohybu služeb nebrání takovým právním předpisům, jako jsou italské předpisy, které vyhrazují některým orgánům právo řídit sázky na sportovní události, za podmínky, že jsou tyto právní předpisy odůvodněny na základě důvodů sociální politiky, jejichž cílem je snížení nepříznivých účinků uvedených činností, a že omezení, která z nich plynou, budou přiměřená dosažení těchto cílů.

3. Takto poskytnuté údaje však nerozptýlily pochybnosti přetrvávající v právním režimu této země a vedly k druhé žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, tentokrát ze strany Tribunale di Ascoli Piceno, která se vztahovala nejen k volnému pohybu služeb, ale i k právu na usazování. Rozsudek ze dne 6. listopadu 2003, Gambelli a další [3], upřesnil předchozí rozhodnutí, když prohlásil, že „[v]nitrostátní právní úprava, která – pod pohrůžkou trestních sankcí – zakazuje výkon činností sběru, přijímání, registrace a předávání návrhů sázek, zejména na sportovní události, bez koncese nebo povolení vydaného dotyčným členským státem, je omezením svobody usazování a volného pohybu služeb upravených v článku 43 ES, respektive v článku 49 ES", přičemž předkládajícímu soudu přísluší ověřit, zda je taková právní úprava s ohledem na konkrétní způsoby jejího použití odůvodněná a zda omezení, která zavádí, jsou přiměřená jejím cílům.

1 — Původní jazyk: španělština.

2 — Věc C-67/98, Recueil, s. I-7289.

3 — Věc C-243/01, Recueil, s. I-13031.

4. Předběžné otázky, které položily Tribunale di Larino a Tribunale di Teramo, dávají Soudnímu dvoru příležitost k upřesnění jeho stanoviska vzhledem k tomu, že Corte suprema di cassazione (nejvyšší soud) měl za to, že dotčený systém je slučitelný s ustanoveními Společenství, a vzhledem k okolnostem spojeným s udělováním koncesí k provozování sázek v Italské republice.

5. V těchto souvislostech mne obsah výše uvedených rozsudků a stanovisek generálních advokátů opravňuje k tomu, abych s výjimkou určitých přesných citací vynechal některé podrobnosti a soustředil se na prozkoumání dosud nevyřešených problémů nebo problémů, které se objevily později, a poukázal na jejich charakteristiky.

II – Právní rámec

A – *Právo Společenství*

6. Podle čl. 3 odst. 1 písm. c) ES zahrnují činnosti Společenství, pokud jde o dosažení cílů, které mu přísluší, „vnitřní trh, který se vyznačuje odstraněním překážek volného pohybu zboží, osob, služeb a kapitálu mezi členskými státy". Tyto tři posledně jmenované oblasti jsou upraveny v hlavě III třetí části Smlouvy, jejíž kapitola 2 je věnována „právu usazování" a kapitola 3 „službám".

1. Právo usazování

7. Obsah této zásady je uveden v článku 43 ES:

„V rámci níže uvedených ustanovení jsou zakázána omezení svobody usazování pro státní příslušníky jednoho členského státu na území státu druhého. Stejně tak jsou zakázána omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností státními příslušníky jednoho členského státu na území druhého státu.

Svoboda usazování zahrnuje přístup k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkon, jakož i zřizování a řízení podniků, zejména společností ve smyslu čl. 48 druhého pododstavce, za podmínek stanovených pro vlastní příslušníky právem

země usazení, nestanoví-li kapitola o pohybu kapitálu jinak."

8. Článek 46 odst. 1 ES stanoví různé výhrady:

„1. Ustanovení této kapitoly a opatření přijatá na jejich základě nevylučují užití těch ustanovení právních a správních předpisů, které stanoví zvláštní režim pro cizí státní příslušníky z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví.

[...]"

9. Pro účel výkonu tohoto práva staví článek 48 ES právnické osoby na roveň fyzickým:

„Se společnostmi založenými podle práva některého členského státu, jež mají své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní provozovnu uvnitř Společenství, se pro účely této kapitoly zachází stejně jako s fyzickými osobami, které jsou státními příslušníky členských států.

Společnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou neziskových organizací."

2. Volný pohyb služeb

10. Obecná zásada je uvedena v čl. 49 prvním pododstavci ES:

„Podle následujících ustanovení jsou zakázána omezení volného pohybu služeb uvnitř Společenství pro státní příslušníky členských států, kteří podnikají v jiném státě Společenství, než se nachází příjemce služeb.

[...]“

d) činnosti v oblasti svobodných povolání.

11. Pro doplnění je namístě uvést ustanovení článku 50 ES:

Aniž jsou dotčena ustanovení kapitoly týkající se práva usazování, může poskytovatel služby za účelem jejího poskytnutí dočasně provozovat svou činnost ve státě, kde je služba poskytována, za stejných podmínek, jaké tento stát ukládá svým vlastním státním příslušníkům.“

„Za služby se podle této smlouvy pokládají výkony poskytované zpravidla za úplatu, pokud nejsou upraveny ustanoveními o volném pohybu zboží, kapitálu a osob.

12. Článek 55 odkazuje na některá ustanovení, která upravují právo usazování:

Služby zahrnují zejména:

„Pro otázky upravené touto kapitolou se použijí články 45 až 48.“

a) činnosti průmyslové povahy;

b) činnosti obchodní povahy;

B – *Italská právní úprava*

c) řemeslné činnosti;

13. Vnitrostátní právní úprava je z velké části shodná s tou, která byla předmětem

přezkumu ve věci Gambelli, je však namístě ji připomenout a aktualizovat.

a) Koncese

15. Dohled nad hazardními hrami přísluší státu, a to prostřednictvím Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministerstvo hospodářství a financí), které využívá Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (autonomní správa státních monopolů; dále jen „AAMS") [6].

1. Koncese a povolení k výkonu dotyčné činnosti

16. Existují však dvě výjimky z této výhradní pravomoci státu, a to ve prospěch Comitato olimpico nazionale italiano (italský národní olympijský výbor, dále jen „CONI") a Unione italiana per l'incremento delle razze equine (národní unie pro zlepšení dostihových závodů, dále jen „UNIRE") [7], jež jsou oprávněny organizovat sázky [8] a svěřovat jejich provozování třetím osobám v oblastech, které podléhají jejich kontrole [9].

14. Článek 88 Testo Unico delle Leggi di Publica Sicurezza (jediné znění zákonů v oblasti veřejné bezpečnosti; dále jen „TULPS") [4], ve znění čl. 37 odst. 4 Legge financiaria (finanční zákon) pro rok 2001 [5], stanoví, že povolení k provozování sázek se udílí výhradně koncesionářům a osobám zmocněným ministerstvem nebo jinou entitou, jíž zákon vyhrazuje možnost organizovat sázky. Jakákoli osoba, která si přeje vykonávat činnost v oblasti veřejných sázek, musí tedy obdržet koncesi a povolení, jež TULPS označuje jako „policejní".

17. Udělování koncesí těmito subjekty je upraveno zvláštními pravidly, která se

4 — Schválený královským nařízením č. 773 ze dne 18. června 1931 (GURI č. 146 ze dne 26. června 1931).

5 — Zákon č. 388 ze dne 23. prosince 2000 (GURI č. 302 ze dne 29. prosince 2000, běžný doplněk č. 219). Text uvedený v bodu 7 rozsudku Gambelli neobsahuje změnu uvedenou v bodu 8, jako by se jednalo o rozdílné ustanovení.

6 — Článek 1 nařízení prezidenta republiky č. 33 ze dne 24. ledna 2002 (GURI č. 63 ze dne 15. března 2002) a článek 4 vládního nařízení č. 138 ze dne 8. července 2002 (GURI č. 158 ze dne 8. července 2002) – změněného na zákon č. 178 ze dne 8. srpna 2002 (GURI č. 187 ze dne 10. srpna 2002).

7 — Rossi, G., „Il mercato unico europeo e il monopolio dei CONI sui giuocchi e concorsi pronostici connessi alle manifestazioni sportive", *Rivista di diritto sportivo*, 1992, s. 229 a násl.

8 — Článek 6 legislativního nařízení č. 496 ze dne 14. dubna 1948 (GURI č. 118 ze dne 22. května 1948).

9 — Článek 3 odst. 229 zákona č. 549 ze dne 28. prosince 1995 (GURI č. 302 ze dne 2. listopadu 1995), pokud jde o CONI, a čl. 3 odst. 78 zákona č. 662 ze dne 23. prosince 1996 (GURI č. 303 ze dne 28. prosince 1996), pokud jde o UNIRE.

v průběhu času měnila. Zpočátku byl výběr příjemců podmíněn transparentností vlastnické struktury žadatelů; z tohoto důvodu podléhaly kapitálové společnosti různým omezením, neboť akcie, s nimiž je spojeno hlasovací právo, musely být emitovány na jméno fyzických osob, veřejných obchodních společností nebo komanditních společností a nemohly být převáděny prostým rubopisem [10], takže společnosti kótované na burze nemohly v tomto odvětví vyvíjet činnost.

18. V současnosti umožňuje čl. 22 odst. 11 Legge finanziaria pro rok 2003 [11] všem právnickým osobám účast v nabídkových řízeních, a to bez jakéhokoli omezení, pokud jde o jejich formu.

b) Policejní povolení

19. Aby bylo možno působit v odvětví sázek, je kromě koncese nutno obdržet povolení (článek 88 TULPS), které může být zrušeno a které nemůže být vydáno osobě, jež byla odsouzena k určitým trestům nebo za určité trestné činy, zejména činy v rozporu s poctivostí a dobrými mravy nebo činy v rozporu s právní úpravou hazardních her (články 11 a 14 TULPS).

20. Po vydání povolení musí jeho držitel kdykoli umožnit pořádkovým silám přístup na místo, kde je vykonávána povolená činnost (článek 16 TULPS).

2. Sankce

21. Zákon č. 401 ze dne 13. prosince 1989 o zásazích v oblasti her a ilegálních sázek a o ochraně řádného průběhu sportovních soutěží (dále jen zákon „č. 401/89“) [12] rozlišuje několik trestných činů.

22. Podle článku 4 bude potrestán trestem odnětí svobody od šesti měsíců do tří let

10 — Článek 2 odst. 1 písm. a) a čl. 2 odst. 6 nařízení Ministerstva financí č. 174 ze dne 2. června 1998 (GURI č. 129 ze dne 5. června 1998), pokud jde o CONI, a čl. 2 odst. 1 písm. a) a čl. 2 odst. 8 nařízení prezidenta republiky č. 169 ze dne 8. dubna 1998 (GURI č. 125 ze dne 1. června 1998), pokud jde o UNIRE.

11 — Zákon č. 289 ze dne 27. prosince 2002 (GURI č. 305 ze dne 31. prosince 2002, běžný doplněk č. 240).

12 — GURI č. 294 ze dne 18. prosince 1989.

každý, kdo se protiprávně účastní organizování loterií a sázek, jež jsou vyhrazeny státu nebo koncesionářům, a každý, kdo se protiprávně účastní organizování sázek vztahujících se ke sportovním soutěžím řízeným CONI nebo UNIRE; pokud jde o jiné soutěže, je ukládán trest odnětí svobody od tří měsíců do jednoho roku, jakož i pokuta (odstavec 1). Rovněž propagace uvedených her se trestá odnětím svobody do tří měsíců a pokutou (odstavec 2); jednou z těchto dvou posledně jmenovaných sankcí se pak trestá pouhá účast v těchto činnostech (odstavec 3).

23. Odstavce 4a a 4b [13] uvedeného článku 4 rozšiřují sankci na toho, kdo bez koncese stanovené v článku 88 TULPS přijímá nebo sbírá sázky všeho druhu, uzavírané v Itálii nebo v zahraničí, a to prostřednictvím telefonu nebo datovým přenosem, jakož i na toho, kdo tyto činnosti jakkoli usnadňuje (odstavec 4a) a na toho, kdo stejným způsobem přijímá kupony loterie nebo jiných sázek, aniž by měl k tomuto účelu povolení (odstavec 4b).

13 — Doplněné v čl. 37 odst. 5 výše uvedeného zákona č. 388/00. Bod 9 rozsudku Gambelli a další hovoří o „článku 4a" a o „článku 4c", i když se ve skutečnosti jedná o dva odstavce téhož článku 4.

III – Skutečnosti předcházející řízení: rozsudek Gambelli a odpověď Corte suprema di cassazione

24. Jak jsem již uvedl v úvodu tohoto stanoviska, Soudní dvůr byl již dotázán na přeshraniční rozměr hazardních her. K výše uvedeným rozsudkům Gambelli a Zenatti je namístě připojit rozsudky Schindler [14] a Läärä a další [15], ačkoliv se tyto rozsudky s výjimkou prvně jmenovaného zaměřily na volný pohyb služeb [16].

25. Předmětem věci bratří Schindlerových byl úplný zákaz loterií ve Spojeném království; věc Läärä a další analyzovala finskou právní úpravu týkající se automatů určených k ziskovým hrám; a věc Zenatti se týkala provozování sázek italskými agenturami na účet společnosti usazené v jiném členském

14 — Rozsudek ze dne 24. března 1994 (C-275/92, Recueil, s. I-1039).

15 — Rozsudek ze dne 21. září 1999 (C-124/97, Recueil, s. I-6067).

16 — Soudní dvůr přezkoumal rovněž jiné oblasti: v rozsudku ze dne 11. září 2003, Anomar a další (C-6/01, Recueil, s. I-8621) oblast automatů určených k hazardním hrám nebo ziskovým hrám; a v rozsudku ze dne 13. listopadu 2003, Lindman (C-42/02, Recueil, s. I-13519) oblast zdanění výher ve Finsku. Připravuje se k rozhodnutí ve věci United Utilities (C-89/05), v níž se House of Lords (Spojené království) dotazuje, zda „se použije osvobození sázkové činnosti uvedené v čl. 13 B písm. f) šesté směrnice Rady ze dne 17. května 1977 (směrnice 77/388/EHS), pokud osoba (dále jen ‚zástupce'), poskytuje na účet jiné osoby (dále jen ‚příkazce') služby [...]".

státě. Tento posledně jmenovaný případ vykazoval mnoho podobných rysů s případem, v němž byl vydán rozsudek Gambelli, a v mnoha bodech se shoduje s případem, jímž se nyní zabýváme, zejména pokud jde o skutkový stav, jakož i o právní rámec Společenství a vnitrostátní právní rámec.

26. Je tedy namístě hledat důvody, které vedly předkládající soudy k položení těchto předběžných otázek, což vyžaduje vysvětlení rozsudku Gambelli a uplatnění kritérií, která vyvodil Corte suprema di cassazione.

A – *Rozsudek Gambelli*

27. Piergiorgio Gambelli a dalších 137 osob bylo v rámci trestního řízení stíháno za to, že protiprávně organizovali nepovolené hazardní hry a bez povolení využívali místa, na nichž byly provozovány sázky prostřednictvím britského bookmakera.

28. Tribunale di Ascoli Piceno se obrátil na Soudní dvůr z důvodu svých pochyb ohledně slučitelnosti italských sankčních ustanovení, která měl použít, s články 43 ES a 49 ES [17].

29. Rozsudek Gambelli nejprve shrnul předložená vyjádření (body 25 až 43) a poté zkoumal otázku položenou Soudnímu dvoru, a to ze dvou hledisek, z hlediska práva usazování (body 44 až 49) a z hlediska volného pohybu služeb (body 50 až 58) [18].

30. Pokud jde o první hledisko, rozsudek se zaměřil na postavení společnosti ze Spojeného království, která působila v Itálii prostřednictvím italských agentur (bod 46) vzhledem k tomu, že nemohla působit přímo, neboť vnitrostátní ustanovení vylučovala udělování koncesí kapitálovým společnostem kótovaným na burze v jiných člen-

17 — Vznesl tuto otázku: „Existuje neslučitelnost (včetně dopadu na italský právní řád) mezi články 43 ES a násl. a články 49 ES a násl., týkajícími se svobody usazování a volného pohybu přeshraničních služeb, na straně jedné, a na straně druhé takové vnitrostátní právní úpravy, jako jsou italské právní předpisy uvedené v čl. 4 odst. 1 a násl., článku 4a a 4c zákona č. 401/89 (ve znění naposled změněném čl. 37 odst. 5 zákona č. 388 ze dne 23. prosince 2000), které pod pohrůžkou trestních sankcí zakazují komukoli a na jakémkoli místě výkon činností sběru, přijímání, registrace a předávání návrhů sázek, zejména na sportovní události, bez koncese nebo předběžného povolení předepsaných vnitrostátním právem?"

18 — Generální advokát S. Alber má ve svém stanovisku za to, že střediska pro přenos dat nepředstavují v rámci britského podnikání instituce druhořadého významu, nýbrž jsou poskytovateli služeb (bod 87), což ho přivedlo k uvedené odpovědi týkající se volného pohybu služeb.

ských státech – což byl případ této společnosti –, a to představovalo překážku práva usazování (bod 48).

31. Pokud jde o druhé hledisko, rozsudek na základě podrobné analýzy upřesnil, že italská ustanovení omezují volný pohyb služeb ve třech bodech: a) v případě britské entity, která přijímala návrhy sázek pocházejících z Itálie, což představuje činnost, která je ve smyslu článku 50 ES (bod 52) považována za „službu", ačkoli byly tyto sázky zasílány prostřednictvím internetu (body 53 a 54); b) v případě italských občanů, kteří provozovali sázky a byli za to trestně stíháni (body 55 až 57); a c) v případě zprostředkovatelů, kteří byli rovněž trestáni (bod 58).

32. V důsledku toho rozsudek prohlásil, že článek 4 zákona č. 401/89 je v rozporu se svobodou usazování a volného pohybu služeb (bod 59) a že je nezbytné ověřit, zda mohou být taková omezení přijata v rámci některé z odchylek stanovených v článcích 45 ES a 46 ES nebo z naléhavých důvodů obecného zájmu (bod 60).

33. Žádná z těchto dvou výjimek se nevztahuje na snížení daňových příjmů (bod 61) ani na financování sociálních činností prostřednictvím poplatku z výnosu, který musí „představovat dodatečný zisk" (bod 62).

34. Omezení musí odpovídat podmínkám vyplývajícím z judikatury (bod 64). Po vyjmenování těchto podmínek (bod 65) ponechal rozsudek Gambelli na předkládajícím soudu, aby posoudil, zda ve sporném případě byly tyto podmínky splněny [19], a poskytl mu k tomuto účelu některá měřítka (bod 66), přičemž požadoval, aby překážky:

— byly založeny na naléhavých důvodech obecného zájmu, jako je „ochrana spotřebitelů", „předcházení podvodům", odrazování od „nadměrných výdajů za hru" nebo předcházení „narušením společenského pořádku", s výhradou, že přijatá opatření přispějí ke „koherentnímu a systematickému omezení sázkových činností" (bod 67), takže sleduje-li

19 — Podobnými slovy i bod 37 rozsudku Zenatti ponechal na předkládajícím soudu, aby ověřil, zda jsou vnitrostátní právní předpisy oprávněné a zda uložená omezení nejsou nepřiměřená. Generální advokát S. Alber ve svém stanovisku k věci Gambelli a další potvrdil, že až dosud příslušel tento přezkum vnitrostátním soudům, zdůraznil však, že „se zdá, že jim [tento přezkum] zjevně působil jisté obtíže" (bod 116).

stát v oblasti sázkových her silně expanzivní politiku s cílem dosáhnout hospodářských výhod, není oprávněn „dovolávat se, jakožto důvodu veřejného pořádku, nezbytnosti snížení příležitostí ke hře“ (body 68 a 69) [20];

— byly používány stejným způsobem a na základě kritérií totožných pro všechny subjekty Společenství (bod 70), přičemž by zásada zákazu diskriminace nebyla dodržována, pokud by je italské subjekty mohly snáze splnit (bod 71);

— nepřekračovaly rámec toho, co je nezbytné pro dosažení sledovaného cíle. Tato přiměřenost musí být dodržována, jak pokud jde o sankce ukládané osobám, které provozovaly sázky (bod 72), a zprostředkovatelům, kteří usnadňovali poskytování služeb bookmakera usazeného v jiném členském státě (bod 73), tak i pokud jde o možnosti, aby i kapitálové společnosti kótované na regulovaných trzích v jiných členských státech mohly získat koncese k provozování her (bod 74).

20 — Je namístě poznamenat, že i když tento rozsudek pověřil vnitrostátní soud, aby posoudil, zda byla ve věci v původním řízení splněna kritéria vyvozená judikaturou, samotný Soudní dvůr si v tomto bodu ponechal svobodu vyjádření svého názoru.

B — *Odpověď Corte suprema di cassazione*

35. Několik měsíců po vydání rozsudku Gambelli měl Corte suprema di cassazione příležitost uplatnit jeho zásady v rámci žaloby Pubblico ministero (státní zástupce) proti usnesení Tribunale di Prato ze dne 15. července 2003, které v trestním řízení proti p. Gesualdimu a dalším ve věci trestného činu stanoveného v čl. 4 odst. 4a zákona č. 401/89 zrušilo zajištění středisek, jež obvinění provozovali, z důvodu, že výše uvedené ustanovení bylo v rozporu s právem Společenství [21].

36. Vysoký italský soud se stále domníval, že vnitrostátní ustanovení jsou slučitelná s pravidly Společenství [22]. Na základě rozsudku Gambelli byla žaloba postoupena Sezioni unite penali (plénum trestních senátů), a to na žádost třetího senátu, jemuž

21 — Jak vyplývá z rozsudku Corte suprema di cassazione, Tribunale di Prato se vyjádřil v tomto smyslu, protože vnitrostátní právní předpisy nebyly odůvodněné: jednak neposkytovaly žádnou záruku ochrany veřejného pořádku, neboť namísto snižování příležitostí ke hře zvyšovaly počet sázek a počet osob oprávněných k provozování této činnosti, a jednak nesměřovaly ani k posílení veřejné bezpečnosti, neboť postrádaly prostředky k zamezení vstupu kriminálních živlů. Podle názoru Tribunale di Prato jsou tato omezení svobod Společenství určena pouze finančním zájmem.

22 — Rozsudky Sezioni III č. 124 ze dne 27. března 2000, Foglia, rv. 216223; č. 7764 ze dne 4. července 2000, Vicentini, rv. 216986; a č. 36206 ze dne 6. října 2001, Publiese, rv. 220112.

byla žaloba přidělena; ve věci byl dne 26. dubna 2004 vydán rozsudek č. 111/04 (dále jen „rozsudek Gesualdi") [23].

37. Rozsudek Gesualdi se nevzdálil úvahám obsaženým v rozsudku Gambelli a další, které se staly součástí jednotné judikatury (bod 11.1), přinesl však dvě inovace: inovaci týkající se svobody usazování a volného pohybu služeb v oblasti hazardních her; a inovaci, která výslovně považuje článek 4 zákona č. 401/89 za omezení těchto svobod (bod 11.2.3).

38. Dále, vycházíme-li z data, od nějž italský zákonodárce začal na dlouhá léta sledovat v tomto odvětví expanzivní politiku, aby dosáhl zvýšení státních příjmů, rozsudek ověřil, že toto jednání je v souladu s důvody veřejného pořádku a bezpečnosti, které odůvodňují porušení svobod Společenství, vzhledem k tomu, že účelem ustanovení týkajících se her není omezení nabídky a poptávky, nýbrž jejich usměrnění do kontrolovatelných kruhů, aby bylo zabráněno trestným činům (bod 11.2.3).

39. V těchto souvislostech použil uvedený soud argument, podle nějž již britský bookmaker podléhal dohledu členského státu, a to z toho důvodu, že povolení udělené touto zemí má územní konotaci a že použití režimu koncesí na sázky nebylo na úrovni Společenství zpochybněno (bod 11.2.4).

40. Rovněž poukázal na to, že italský systém spočívá na dvou pilířích: koncesi a povolení. Důvody obecného zájmu, jimiž jsou odůvodněna omezení udělování koncesí, jsou alespoň zčásti zjevné. V případě povolení vyplývají však tyto důvody ze spojení různých subjektivních prvků zaměřených na preventivní kontrolu a na nepřetržitý dohled, jehož cílem je boj proti takové kriminální činnosti, jako jsou podvody, legalizace výnosů z trestné činnosti nebo lichva (bod 11.2.5).

41. Aby mohl rozsudek Gesualdi posoudit, zda jsou dotyčné překážky vhodné a přiměřené, odlišil od sebe podmínky výkonu a trestní sankce a připomněl, že soudům nepřísluší rozhodovat o opodstatněnosti nebo o závažnosti trestních sankcí (bod 12).

23 — Tento rozsudek je součástí přílohy 6 vyjádření M. Placanici a je možno jej konzultovat na http://www.ictlex.net/index.php/2004/04/26/cass-su-sent-11104/.

42. Rovněž popřel diskriminační povahu vnitrostátních ustanovení, a to z důvodu, že ta ustanovení, která zaručují transparentnost vlastnické struktury koncesionářů, postihují jak Italy, tak cizince. Krom toho jsou od 1. ledna 2004 všechny kapitálové společnosti oprávněny účastnit se nabídkových řízení, neboť překážky existující v této oblasti již byly zrušeny (bod 13).

43. Nakonec popřel relevanci argumentu týkajícího se vzájemného uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci, stanoveného v článku 47 ES (bod 14).

44. S ohledem na tyto skutečnosti uvedený soud prohlásil, že článek 4 zákona č. 401/89, a zejména odstavec 4a tohoto ustanovení ve spojení s článkem 88 TULPS, je slučitelný se zásadami svobody usazování a volného pohybu služeb zakotvenými právem Společenství (bod 15) [24].

IV – Skutkové okolnosti sporů v původním řízení

45. Podobnost skutkových základů věcí Zenatti a Gambelli se skutkovým základem původních řízení v rámci těchto předběžných otázek usnadňuje popis skutkového rámce, který tak může být zestručněn na několik souhrnných údajů.

46. „Střediska pro přenos dat" působí na místech přístupných veřejnosti a nabízejí různé prostředky přenosu dat umožňujících přístup k serverům provozovatelů sázek, usazeným v jiných členských státech. V těchto zařízeních zájemci hrají své hry, obdrží jejich potvrzení, platí své sázky a případně obdrží výhry.

47. Tyto podniky jsou provozovány nezávislými subjekty, které se omezují pouze na přijímání návrhů sázek, přičemž působí jako zprostředkovatelé mezi jednotlivci a bookmakery, s nimiž jsou spojeni na základě smlouvy [25].

24 — Consiglio di Stato se vyjádřil ve stejném smyslu ve svých rozhodnutích ze dne 1. března 2005 (N. 5203/2005, odvolání NRG. 4587 z roku 2004) a ze dne 14. června 2005 (N. 5898/2005, odvolání NRG. 2715 z roku 1998).

25 — Podle Tribunale di Teramo obviněný „přijímal ve své kanceláři seznamy sportovních událostí a jejich hodnocení, které zasílala anglická provozovatelská společnost, a zveřejňoval je, poté přijímal sázky podávané jednotlivci a předával [výše uvedené] společnosti údaje týkající se sázek".

48. M. Placanica, Ch. Palazzese a A. Sorrichio provozují kanceláře tohoto druhu na účet společnosti Stanley International Betting Ltd. se sídlem v Liverpoolu; tato společnost má povolení k výkonu dotyčné činnosti ve Spojeném království a v zahraničí, vydané orgány tohoto města [26], nemá však povolení k výkonu této činnosti v Itálii, které by jí umožnilo pracovat v této zemi po dobu šesti let, s možností obnovení na další období šesti let; pokoušela se toto povolení získat v rámci nabídkového řízení uskutečněného v této zemi v roce 1999, byla z něj však vyloučena, neboť se jedná o kapitálovou společnost kótovanou na burze.

49. Pubblico ministero zahájil proti M. Placanicovi trestní řízení u Tribunale di Larino, v rámci něhož byl obviněn ze spáchání trestného činu uvedeného v čl. 4 odst. 4a zákona č. 401/89, z důvodu, že jakožto jediný správce společnosti Neo Service Srl. sbíral na dálku sportovní a jiné sázky na účet Stanley International Betting Ltd, aniž by k tomu byl oprávněn.

50. Podobně tomu bylo i u Tribunale di Teramo ve věci proti Ch. Palazzesemu a A. Sorricchiovi, kteří rovněž provozovali sázky na účet anglické společnosti, avšak před započetím svých činností podali u Questura (policejní prefektury) di Atri žádost o povolení, aniž by obdrželi odpověď.

V – Předběžné otázky a řízení u Soudního dvora

51. Tribunale di Larino přerušil řízení, neboť měl pochybnosti o tom, zda je systém koncesí odůvodněný pro účely usměrnění hazardních her do kontrolovatelných kruhů. Ve svém usnesení ze dne 8. července 2004, kterým byl dán podnět k věci C-338/04, podal Soudnímu dvoru tyto otázky:

„Je čl. 4 odst. 4a zákona č. 401/89 v souladu se zásadami zakotvenými v článcích 43 [ES] a násl. a v článku 49 [ES] týkajících se svobody usazování a volného pohybu přeshraničních služeb, i ve světle rozdílů ve výkladu vyplývajících z rozhodnutí Soudního dvora Evropských společenství (zejména z rozsudku Gambelli a další) ve srovnání

26 — Body 10 a 11 stanoviska generálního advokáta S. Albera a body 12 a 14 rozsudku Gambelli a další podrobně popisují charakteristiku výše uvedené společnosti a způsob její činnosti na italském trhu.

s rozhodnutím Corte suprema di cassazione, sezioni unite č. 23271/04? Je v italském státě zejména použitelný sankční režim uvedený v obžalobě a uplatněný vůči Massimilianu Placanicovi?"

52. Tribunale di Teramo ve dvou usneseních ze dne 23. července 2004, podobného obsahu, kterými byl dán podnět k věcem C-359/04 a C-360/04, rovněž přerušil řízení, která u něj probíhala, a z hlediska podmínek účasti v nabídkových řízeních na udělení koncesí položil Soudnímu dvoru následující otázku:

„Mohou být čl. 43 první pododstavec [ES] a čl. 49 první pododstavec [ES] vykládány tak, že členským státům umožňují dočasně se odchýlit (po dobu šesti až dvanácti let) od režimu svobody usazování a volného pohybu služeb Evropské unie:

1) při udělování některým osobám koncese pro výkon činností poskytování určitých služeb po dobu šesti až dvanácti let na základě normativního režimu, který vedl k vyloučení některých (neitalských) soutěžitelů z nabídkového řízení;

2) poté, co byla zjištěna neslučitelnost se zásadami uvedenými v článcích 43 [ES] a 49 ES, při změně tohoto právního režimu tak, aby se nabídkových řízení mohly v budoucnu účastnit i subjekty, které z nich byly předtím vyloučeny;

3) aniž by však byly zrušeny koncese udělené v době platnosti předchozího právního režimu, který, jak bylo řečeno, porušoval zásady svobody usazování a volného pohybu služeb, a aniž by bylo uspořádáno nové nabídkové řízení na základě nových pravidel, jež jsou v souladu s uvedenými zásadami;

4) a naproti tomu však pokračovat v trestním stíhání jakékoli osoby, která je ve spojení se subjekty, které, [byť] mají povolení k provozování takové činnosti v členském státě, z něhož pocházejí, však nemohly získat koncesi k provozování činnosti právě z důvodu omezení stanovených předchozím režimem udělování koncesí, jenž byl následně zrušen?"

53. Předseda Soudního dvora usnesením ze dne 14. října 2004 nařídil spojení věcí C-359/04 a C-360/04 a usnesením ze dne 27. ledna 2006 k nim připojil věc C-338/04 [27].

54. Ve věci C-338/04 obdržel Soudní dvůr ve lhůtě stanovené článkem 23 svého statutu písemná vyjádření M. Placanici a belgické, německé, španělské, francouzské, italské, rakouské, portugalské a finské vlády, jakož i Komise; ve věcech C-359/04 a C-360/04 písemná vyjádření Ch. Palazzeseho, A. Sorricchia a španělské, italské, rakouské a portugalské vlády, jakož i Komise.

55. Na jednání konaném dne 7. března 2006 přednesli zástupci M. Placanici, Ch. Palazzeseho a A. Sorrichia, belgické, španělské, francouzské, italské a portugalské vlády a Komise svá ústní vyjádření.

56. Konečně je namístě uvést, že Soudnímu dvoru byla rovněž předložena věc C-260/04, jejímž základem je žaloba na nesplnění povinnosti státem, podaná Komisí proti Italské republice, v níž se diskutuje o systému koncesí k službám sběru a přijímání sázek na dostihové soutěže [28].

VI – Přípustnost předběžných otázek

A – *Smysl předběžných otázek*

57. Oba předkládající soudy vycházejí z téhož východiska, a sice z trestního řízení zahájeného proti činnosti zprostředkovatele v oblasti sázek, vykonávané bez koncese a bez povolení, a z téhož cíle, jímž jsou námitky vznesené ohledně slučitelnosti vnitrostátních ustanovení se svobodou usazování a volného pohybu služeb, ubírají se však odlišnými cestami.

58. Tribunale di Larino nesouhlasí s použitím judikatury Gambelli ze strany Corte suprema di cassazione, neboť zřejmě

27 — Další žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, předložené rovněž italskými soudy, očekávají výsledek tohoto sporu (věci D'Antonio a další, C-395/05; Di Maggio a Buccola, C-397/05, a Damonte, C-466/05).

28 — Úř. věst. 2004, C 217, s. 14.

není přesvědčen o tom, že účelem vnitrostátní právní úpravy je kontrola veřejného pořádku, ani o tom, že tato právní úprava zabraňuje diskriminaci subjektů z jiných členských států.

59. Tribunale di Teramo zdůrazňuje okolnosti, za jakých bookmaker, na jehož účet pracovali obvinění, nemohl obdržet oprávnění před ukončením platnosti povolení udělených v roce 1999. Pokud tato časová mezera zahrnuje „dočasnou odchylku" od základních svobod v rámci Společenství, pak pochybuje o její právní platnosti.

60. Tato upřesnění usnadňují přezkum překážek, které se objevily v souvislosti s hledisky nesouvisejícími s meritem žádostí o rozhodnutí o předběžné otázce.

B – *Prezentace žádostí o rozhodnutí o předběžné otázce*

61. Vlády, které předložily vyjádření ve věci C-338/04, se s výjimkou belgické vlády domnívají, že předběžná otázka je nepřípustná, avšak z odlišných důvodů. Zmocněnci portugalské a finské vlády mají za to, že neobsahuje poznatky dostatečné k tomu, aby bylo možné dát odpověď; podle zástupců německé, španělské, francouzské a italské vlády je účelem předběžné otázky výklad vnitrostátního práva, nikoli práva Společenství; rakouský mluvčí má za to, že tato otázka je totožná s tou, v rámci níž byl vydán rozsudek Gambelli, a navrhuje, aby Soudní dvůr vydal usnesení na základě čl. 104 odst. 3 svého jednacího řádu; tento návrh podpůrně uvedly i německá, italská a finská vláda.

62. Ve věcech C-359/04 a C-360/04 opakují španělská a italská vláda argument ve prospěch nepřípustnosti, který byl formulován v jiné věci; italská vláda navrhuje případně použít výše uvedenou cestu prostřednictvím usnesení podle čl. 104 odst. 3 jednacího řádu.

63. Za těchto podmínek je namístě přezkoumat, zda má Soudní dvůr tyto žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce přijmout.

C – *Uplatněné důvody nepřípustnosti*

1. Formální úprava předkládacího usnesení

64. Soudní dvůr mnohokrát zopakoval, že může odmítnout rozhodnutí o předběžné otázce pouze tehdy, pokud žádaný výklad nebo posouzení platnosti práva Společenství nemají žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení, jestliže se jedná o hypotetický problém nebo také pokud Soudní dvůr nedisponuje skutkovými nebo právními poznatky nezbytnými pro užitečnou odpověď [29].

65. Je namístě připomenout, že aby byla umožněna účinná analýza, vnitrostátní soud musí vymezit skutkový a právní rámec svých otázek nebo alespoň vysvětlit skutkové předpoklady, na kterých jsou tyto otázky založeny [30], jakož i uvést důvody, které jej vedly k tomu, že zvolil cestu spolupráce v rámci řízení o předběžné otázce, a uvést alespoň minimální množství údajů týkajících se výběru ustanovení Společenství, o jejichž výklad žádá, a souvislosti mezi nimi a vnitrostátními právními předpisy [31].

66. Účelem těchto podmínek je umožnit, aby Soudní dvůr mohl dospět k užitečné odpovědi [32], a umožnit vládám členských států a zúčastněným osobám, aby v souladu s článkem 23 statutu Soudního dvora předložily svá vyjádření [33].

67. V projednávané věci předkládací usnesení splňují právně dostačujícím způsobem výše uvedené podmínky, neboť obsahují jak skutkovou, tak právní analýzu základu otázky. Je sice pravda, že neobsahují přepis italských ustanovení, na něž je odkazováno, tento nedostatek lze však jednoduše napravit použitím rozsudku Gambelli. Krom toho

29 — Rozsudky ze dne 15. prosince 1995, Bosman (C-415/93, Recueil, s. I-4921, body 59 až 61); ze dne 5. června 1997, Celestini (C-105/94, Recueil, s. I-2971, bod 22); ze dne 7. září 1999, Beck a Bergdorf (C-355/97, Recueil, s. I-4977, bod 22); ze dne 13. července 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Recueil, s. I-6049, bod 20); ze dne 19. února 2002, Arduino (C-35/99, Recueil, s. I-1529, body 24 a 25); ze dne 22. května 2003, Korhonen a další (C-18/01, Recueil, s. I-5321, body 19 a 20); ze dne 9. září 2003, Milk Marque a National Farmers' Union (C-137/00, Recueil, s. I-7975, bod 37); ze dne 25. března 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi a další (spojené věci C-480/00 až C-482/00, C-484/00, C-489/00 až C-491/00 a C-497/00 až C-499/00, Recueil, s. I-2943, bod 72); nebo ze dne 10. listopadu 2005, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-316/04, Sb. rozh. s. I-9759, body 29 a 30).

30 — Usnesení ze dne 8. října 2002, Viacom (C-190/02, Recueil, s. I-8287, bod 15); a rozsudky ze dne 17. února 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Sb. rozh. s. I-1167, bod 22); ze dne 12. dubna 2005, Keller (C-145/03, Sb. rozh. s. I-2529, bod 29); a ze dne 6. prosince 2005, ABNA a další (spojené věci C-453/03, C-11/04, C-12/04 a C-194/04, Sb. rozh. s. I-10423, bod 45).

31 — Výše uvedené usnesení Viacom (bod 16); rozsudky ze dne 16. prosince 1981, Foglia (244/80, Recueil, s. 3045, bod 17); ze dne 12. června 1986, Bertini a další (spojené věci 98/85, 162/85 a 258/85, Recueil, s. 1885, bod 6); ze dne 17. května 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Recueil, s. I-1783, bod 14); ze dne 8. června 2000, Carra a další (C-258/98, Recueil, s. I-4217, bod 19); a ze dne 21. ledna 2003, Bacardi-Martini a Cellier des Dauphins (C-318/00, Recueil, s. I-905, bod 43).

32 — Rozsudek ze dne 26. ledna 1993, Telemarsicabruzzo a další (spojené věci C-320/90 až C-322/90, Recueil, s. I-393, bod 6).

33 — Rozsudky ze dne 30. dubna 1998, Testa a Modesti (spojené věci C-128/97 a C-137/97, Recueil, s. I-2181, bod 6); ze dne 2. března 1999, Colonia Versicherung a další (C-422/98, Recueil, s. I-1279, bod 5); ze dne 11. května 1999, Anssens (C-325/98, Recueil, s. I-2969, bod 8); ze dne 28. června 2000, Laguillaumie (C-116/00, Recueil, s. I-4979, bod 15); a výše uvedený Viacom (bod 14); jakož i rozsudky ze dne 21. září 1999, Albany (C-67/96, Recueil, s. I-5751, bod 40); ze dne 11. září 2003, Altair Chimica (C-207/01, Recueil, s. I-8875, bod 25); a výše uvedený rozsudek Keller (bod 30).

poukazují na základ problému, a to tak, že se soustředí na rozpor mezi tímto rozsudkem Soudního dvora a argumentací, kterou použil Corte suprema di cassazione, a vyjadřují tím míru relevance požadovaného výkladu pro probíhající spor.

69. Nedomnívám se, že by předložené otázky měly být prohlášeny za nepřípustné, i když se zdá, že formulace předkládacího usnesení Tribunale di Larino odpovídají tvrzení, jež uplatňují výše uvedené státy.

2. Použití vnitrostátních ustanovení

68. V rámci rozdělování funkcí mezi Soudní dvůr a soudy členských států přísluší podle ustálené judikatury posledně jmenovaným soudům výklad a použití vnitrostátního práva, přičemž musí posoudit jeho dosah a jeho slučitelnost s právním řádem Společenství [34], aniž je dotčen zvláštní případ, kdy vnitrostátní zákonodárce za účelem regulace čistě vnitrostátních záležitostí odkazuje na ustanovení Společenství [35].

70. Pouhá změna v pořadí použitých slov totiž umožňuje upravit otázku z hlediska rámce Společenství, takže již nepůjde o přezkum skutečnosti, zda je čl. 4 odst. 4a zákona č. 401/89 v souladu s články 43 ES a 49 ES – což odpovídá doslovnému znění usnesení –, nýbrž o přezkum významu těchto ustanovení Smlouvy ve vztahu k vnitrostátním předpisům a k základu daného sporu, i když tento problém, o němž pojednáme níže, ve skutečnosti vyplývá z rozporu mezi italským soudem a Corte suprema di cassazione.

34 — Rozsudky ze dne 13. března 1986, Sinatra (296/84, Recueil, s. 1047, bod 11); ze dne 21. ledna 1993, Deutsche Shell (C-188/91, Recueil, s. I-363, bod 27); ze dne 7. prosince 1995, Ayuntamiento de Ceuta (C-45/94, Recueil, s. I-4385, bod 26); ze dne 26. září 1996, Allain (C-341/94, Recueil, s. I-4631, bod 11); ze dne 24. října 1996, Dietz (C-435/93, Recueil, s. I-5223, bod 39); ze dne 30. dubna 1998, Thibault (C-136/95, Recueil, s. I-2011, bod 21); nebo ze dne 19. ledna 2006, Bouanich (C-265/04, Sb. rozh. s. I-923, bod 51).

35 — Rozsudky ze dne 26. září 1985, Thomasdünger (166/84, Recueil, s. 3001); ze dne 8. listopadu 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Recueil, s. I-4003); ze dne 24. ledna 1991, Tomatis a Fulchiron (C-384/89, Recueil, s. I-127); ze dne 28. března 1995, Kleinwort Benson (C-346/93, Recueil, s. I-615); ze dne 17. července 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Recueil, s. I-4161); viz rovněž rozsudek ze dne 17. května 2005, Feron (C-170/03, Recueil, s. I-2299). Bartoloni, M.E., „La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale 'modellato' sulla normativa comunitaria", *Il diritto dell'Unione europea*, ročník VI, č. 2--3, 2001, s. 311 až 349.

71. Tribunale di Teramo poukazuje na změnu platného vnitrostátního systému v oblasti udělování koncesí k provozování sázek, jejímž cílem je umožnit všem kapitálovým společnostem účast v budoucích nabídkových řízeních, jakmile bude ukončena platnost koncesí, které byly uděleny v rámci řízení o udělení koncese, jichž se nemohly účastnit. Zdá se, že tyto body souvisí se svobodami Společenství a v rozsudku Gambelli o nich nebylo pojednáno.

72. Krom toho soudu Společenství přísluší poskytnout veškeré užitečné údaje o ustanoveních Společenství a usnadnit tím jejich posouzení ve sporné věci [36].

3. Rozhodnutí o předběžné otázce prostřednictvím usnesení

73. Článek 104 odst. 3 jednacího řádu s ohledem na hospodárnost řízení umožňuje Soudnímu dvoru rozhodnout usnesením s odůvodněním, pokud se předběžná otázka shoduje s otázkou, o níž již Soudní dvůr rozhodl, nebo pokud lze odpověď na tuto otázku jasně vyvodit z dosavadní judikatury, nebo pokud o odpovědi na tuto otázku nelze rozumně pochybovat.

74. Tento nástroj Soudní dvůr používá obezřetně [37], neboť s sebou nese použití řízení omezujících práva obhajoby. Proto se tedy od jeho použití upouští, existuje-li nějaká výhrada ohledně splnění výše uvedených podmínek.

75. V tomto stanovisku jsem poukázal na některé shodné rysy s věcí Gambelli, ale jejich konstatování nepostačuje k tomu, aby odůvodnilo usnesení, jímž se ukončuje řízení o předběžné otázce odkazem na předchozí rozhodnutí. Předkládající soudy nepožadují věc, kterou již znají, ale přejí si získat upřesnění týkající se rozsudku Gambelli, který, a na to nezapomínejme, souvisí s rozsudkem Zenatti. Potíže, jimž čelí italské soudy, by přetrvávaly, pokud by se Soudní dvůr omezil na pouhé připomínání své judikatury [38].

D – *Příslušnost Soudního dvora*

76. Podle mého názoru spočívá jádro problému v otázce, zda má Soudní dvůr

36 — Rozsudky ze dne 30. dubna 1998, Sodiprem a další (spojené věci C-37/96 a C-38/96, Recueil, s. I-2039, bod 22); a ze dne 12. července 2001, Ordine degli Architetti a další (C-399/98, Recueil, s. I-5409, bod 48).

37 — Příklady použití čl. 104 odst. 3 jednacího řádu lze nalézt v usneseních ze dne 26. května 2005, Sozialhilfeverband Rohrbach (C-297/03, Sb. rozh. s. I-4305) a ze dne 13. prosince 2005, Guerrero Pecino (C-177/05, Sb. rozh. s. I-10887), která jsou postavena na skutečnosti, že odpověď jednoznačně vyplývá z předchozích rozhodnutí; a v usneseních ze dne 14. července 2005, Personalrat der Feuerwehr Hamburg (C-52/04, Sb. rozh. s. I-7111) a ze dne 1. prosince 2005, Ostermann (C-447/04, Sb. rozh. s. I-10407), jejichž základem je neexistence rozumné pochybnosti. Další kritérium stanovené v tomto ustanovení – totožnost otázek – se objevuje zřídka; najdeme jej však v usnesení ze dne 7. července 1998, Beton Express a další (spojené věci C-405/96 až C-408/96, Recueil, s. I-4253).

38 — Šestá část vyjádření M. Placanici a Ch. Palazzeseho a druhá část devátá kapitola vyjádření A. Sorricchia poukazují na rozdíly ve výkladu mezi vnitrostátními soudy. V poznámce pod čarou 27 jsem uvedl jiné obdobné žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, rovněž předložené italskými soudy, které očekávají výsledek této věci.

pravomoc k vyřešení předběžných otázek, jsou-li založeny na nesouhlasu nižších soudů se způsobem, jímž Corte suprema di cassazione uplatnil kritéria rozsudku Gambelli [39]. Jinými slovy jde o určení, zda mezi pravomoci Soudního dvora patří odstraňování rozkolů mezi vnitrostátními soudy vzniklých při výkladu ustanovení Společenství za účelem ověření jejich slučitelnosti s vnitrostátními předpisy, když Soudní dvůr již stanovil pravidla pro vyřešení těchto otázek.

77. Existuje několik argumentů pro zápornou odpověď na tuto otázku: zaprvé v oblasti řízení o předběžných otázkách přísluší výklad vnitrostátního ustanovení soudu členské země, který má nejlepší postavení k provedení tohoto přezkumu, a to vždy s ohledem na probíhající řízení a v souladu s výkladovými prvky poskytnutými Soudním dvorem.

78. V souladu s touto zásadou rozsudek Gambelli výslovně vyzval italské soudy k posouzení toho, zda právní ustanovení, která používají, dodržují svobody Společenství [40].

79. Zadruhé, dospějí-li soudy k odlišným nebo protichůdným výsledkům, přísluší jejich právnímu řádu, aby uplatnil nástroje umožňující sjednocení těchto názorů. V tomto smyslu rozhodnutí nejvyššího soudu zavazuje soudy nižší, které nemají možnost se *per saltum* obrátit na evropské soudy, vzhledem k tomu, že Smlouva nestanoví žádné přímé odvolání proti rozhodnutím vnitrostátních soudů, a to ani tehdy, pokud přistoupí v posledním stupni k chybnému použití práva Unie [41].

80. Výše uvedené řešení však i přes svou relativní jednoduchost vyvolává vážné výhrady.

81. Především, pokud Soudní dvůr pověří soudy členských zemí, aby posoudily vnitrostátní ustanovení ve vztahu k pravidlům Společenství, nevzdává se tím pravomocí, které mu v této oblasti přísluší [42], nýbrž

39 — Tribunale di Teramo relativizoval tento rozpor, když, jak jsem již poznamenal, uvedl nové aspekty. Na tento rozpor poukazuje i právní nauka; Botella, A.S., „La responsabilité du juge national", *Revue trimestrielle de droit européen*, č. 2, 2004, s. 307, uvádí případné rozdíly mezi různými právními řády nebo mezi soudy v rámci téhož právního řádu, přičemž uvádí francouzský příklad.

40 — Viz zejména body 66, 71, 73 a 75.

41 — Generální advokát P. Léger ve stanovisku k věci, v níž byl vydán rozsudek dne 30. září 2003, Köbler (C-224/01, Recueil, s. I-10239), připomíná, že v roce 1975 Soudní dvůr ve svých připomínkách k Evropské unii prohlásil, že by bylo vhodné stanovit ve Smlouvě vhodnou záruku pro ochranu práv jednotlivců v případě porušení článku 234 ES vyššími soudy (poznámka pod čarou 126).

42 — Ossenbühl, F., „Der Entwurf eines Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland – Verfassungs- und europarechtliche Fragen", *Deutsches Verwaltungsblatt*, červenec 2003, s. 892, tvrdí, že i když mohou vnitrostátní soudy kontrolovat jednak to, zda jsou omluvy, jimiž členské státy odůvodňují vnitrostátní omezení, opodstatněné, a jednak dodržování zásady proporcionality, Soudní dvůr se této kontroly zcela nevzdal; předpoklad, že Soudní dvůr tuto pravomoc přenesl, je podle něj chybný.

uplatňuje zásady, jimiž se řídí dialog v rámci řízení o předběžné otázce, přičemž uznává výhody, jež přináší blízkost ke sporu, vyhrazuje si však konečné rozhodnutí v dané oblasti. Přijal tak nové otázky, když vnitrostátní soud čelil problémům vztahujícím se k porozumění jeho rozsudku nebo k jeho použití, když mu položil jinou právní otázku nebo když mu předložil nové prvky posouzení, na jejichž základě mohl Soudní dvůr odpovědět jinak [43].

82. Je namístě doporučit tuto úvahu i v případě, že potíže pramení z rozsudku nejvyššího vnitrostátního soudu při uplatnění zásad vyvozených Soudním dvorem.

83. Pokud by bylo italským soudům znemožněno obrátit se na Soudní dvůr v takových případech, jako je projednávaná věc, pak by případné právní vady mohly být odstraňovány jedině prostřednictvím žaloby na nesplnění povinnosti státem, jak tomu bylo v rozsudku ze dne 9. prosince 2003, Komise v. Itálie [44].

84. Použití této cesty naráží na různé problémy: zaprvé, posouzení míry porušení [45] a výběr okamžiku, kdy bude toto porušení oznámeno Soudnímu dvoru, zůstává v rukou toho, kdo má právo aktivní legitimace, přičemž v postavení ideálním pro provedení obou operací se nacházejí vnitrostátní soudy; zadruhé, tento nástroj zahrnuje skutečnost, že v průběhu postupu před zahájením soudního řízení o žalobě na nesplnění povinnosti státem mají na výzvu Komise orgány legislativní a výkonné moci členského státu přednost před mocí soudní, přičemž mohou hrozit narušením její nezávislosti; a zatřetí, toto řešení vybízí k úvahám o obsahu a důsledcích prohlášení o nesplnění povinnosti státem, neboť výše uvedený rozsudek Komise v. Itálie je zčásti založen na skutečnosti, že ve vnitrostátním právním řádu existuje předpis připouštějící výklad, který protiřečí duchu Společenství.

85. Nelze zapomenout ani na jednotlivce, kteří mohou požádat o podání žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce Soudnímu dvoru, ačkoli rozhodnutí přísluší soudu, který spor rozhoduje [46]. Pokud je řízení

43 — Usnesení ze dne 5. března 1986, Wünsche (69/85, Recueil, s. 947, bod 15); rozsudky ze dne 11. června 1987, Pretore di Salò (14/86, Recueil, s. 2545, bod 12); a ze dne 6. března 2003, Kaba II (C-466/00, Recueil, s. I-2219, bod 39), v této věci vznesl Immigration Adjudicator otázku, která byla až na některá posouzení shodná s otázkou vyřešenou rozsudkem ze dne 11. dubna 2000, Kaba I (C-356/98, Recueil, s. I-2623).

44 — C-129/00, Recueil, s. I-14637.

45 — Komise nesmlouvavě postihuje státy za nesplnění povinností, která jsou přičitatelná jejich soudům, Cobreros Mendazona, E., „La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario", *Revista Española de Derecho Europeo*, č. 10, 2004, zejména s. 291 až 299; ke skutečnostem předcházejícím sporu Ortúzar Andéchaga, L., *La aplicación judicial del derecho comunitario*, Trivium, Madrid, 1992, s. 184 a 185.

46 — Aniž by byla dotčena skutečnost, že Soudní dvůr případně přezkoumá podmínky, za nichž se na něj obrací vnitrostátní soud, aby tím ověřil svou vlastní příslušnost (výše uvedený rozsudek Foglia, body 21 a 27; rozsudky ze dne 26. září 2000, Kachelmann, C-322/98, Recueil, s. I-7505, bod 17; ze dne 13. března 2001, PreussenElektra, C-379/98, Recueil, s. I-2099, bod 39; ze dne 17. května 2001, TNT Traco, C-340/99, Recueil, s. I-4109, bod 31; a ze dne 16. prosince 2004, My, C-293/03, Sb. rozh. s. I-12013, bod 25).

o předběžné otázce předem vyloučeno, zbývá jim pouze cesta finanční odpovědnosti, kterou zakotvil výše uvedený rozsudek Köbler [47].

86. Použití tohoto nástroje je rovněž nepostačující, neboť vzhledem k tomu, že jeho účelem je zaručení dodržování práva Společenství v případech zvláště závažných [48], je vázán na velmi přísné podmínky [49], např. na podmínku, že porušení musí mít „zjevnou povahu", a proto, že představuje komplexní procesní prostředek, který často vyústí v předběžnou otázku podobnou té, jíž se hodlalo zabránit.

87. Je namístě brát v úvahu i další, závažnější argument. Základní funkcí Soudního dvora je výhradním způsobem zaručovat správný výklad a správné použití evropských předpisů. Podle rozsudku ze dne 24. května 1977, Hoffmann-La Roche, je cílem řízení o předběžné otázce „předcházet tomu, aby se v členském státě zaváděla vnitrostátní judikatura, která není v souladu s pravidly práva Společenství" [50]. Prostředkem, jak k tomu přímo dospět, může být zásah do právního sporu probíhajícího mezi soudy v určité zemi ohledně výkladu právního řádu Unie, provedeného nejvyšším soudem.

88. V tomtéž smyslu rozsudek ze dne 16. ledna 1974, Rheinmühlen Düsseldorf [51], uznal, že řízení o předběžné otázce splňuje základní funkci, jíž je zajistit, aby právo zavedené Smlouvou mělo tentýž účinek na celém území Společenství; dodal, že účelem tohoto řízení je rovněž zajištění jednotného použití tohoto práva „tím, že je vnitrostátnímu soudu poskytnut prostředek k odstranění obtíží, jež mohou být vyvolány požadavkem týkajícím se umožnění plného účinku práva Společenství v rámci právních

47 — Martín Rodríguez, P., „La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, č. 19, 2004, s. 859, poukazuje na to, jak je v této věci obtížné určit osobu odpovědnou za nesplnění povinností v rámci Společenství, neboť lze tuto odpovědnost přičíst zákonodárné moci, která vydala ustanovení zavádějící diskriminační náhradu, nebo výkonné moci, jelikož rakouský správní orgán měl dát přednost ustanovením Společenství, nebo moci soudní, k čemuž skutečně došlo, z důvodu, že účinně nezaručila dodržování práv, které občanu přiznává právní řád Společenství.

48 — Simon, D., „The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law", v O'Keeffe, vyd., *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, Haag, 2000, s. 275 a násl.

49 — I rozsudek Köbler označuje takový případ za „výjimečný" (bod 53).

50 — 107/76, Recueil, s. 957, bod 5.

51 — 166/73, Recueil, s. 33. Základem této věci jsou žaloby na vrácení vývozních náhrad, které zamítl německý intervenční orgán pro obilniny a pícniny, a které přijal soudní cestou Hessisches Finanzgericht. Bundesfinanzhof na základě odvolání podal Soudnímu dvoru několik předběžných otázek; po obdržení odpovědi na tyto otázky (rozsudek ze dne 27. října 1971, Rheinmühlen Düsseldorf, 6/71, Recueil, s. 823) částečně vyhověl odvolání a vrátil věc soudu prvního stupně, aby znovu rozhodl; avšak než k tomu došlo, Hessisches Finanzgericht podal k Soudnímu dvoru několik otázek prostřednictvím usnesení, k němuž bylo podáno odvolání k Bundesfinanzhof, který rovněž vznesl otázku k Soudnímu dvoru, což dalo podnět k rozsudku, o němž zde pojednávám – otázky, které podal Hessisches Finanzgericht, byly přezkoumány rozsudkem ze dne 12. února 1974, Rheinmühlen Düsseldorf (146/73, Recueil, s. 139).

systémů členských států“ (bod 2); vnitrostátní soudy mají širokou posuzovací pravomoc pro položení předběžné otázky Soudnímu dvoru (bod 3), takže „pokud se soud, který nerozhoduje v posledním stupni, domnívá, že by v důsledku právního posouzení provedeného na vyšším stupni mohl vydat rozsudek v rozporu s právem Společenství, musí mít možnost položit Soudnímu dvoru otázky, které ho zajímají“; pokud by totiž byl vázán, aniž by se mohl obrátit na Soudní dvůr, pak „by tím byly narušeny“ jak pravomoc Soudního dvora, jakož i použití práva Společenství na všech stupních vnitrostátních právních systémů, ledaže by byly tyto otázky „věcně shodné“ s otázkami formulovanými soudem posledního stupně (bod 4) [52].

89. Tento přístup má však zajisté i nevýhody, a sice zvýšení počtu řízení o předběžné otázce nebo zdánlivé narušení hierarchie státní soudní organizace. První nevýhoda je irelevantní, neboť výběr vhodného právního řešení by neměl záviset na pracovní náročnosti [53]. Druhá nevýhoda nebere v úvahu funkci Soudního dvora jakožto orgánu, který na nejvyšším stupni zajišťuje výklad evropského právního řádu; tato funkce je vrcholem existence skutečného právního společenství. V každém případě budou nevýhody méně významné, než by tomu bylo v případě jakéhokoliv jiného řešení.

90. Neuniklo mi ani to, že vzhledem k nepřesně vymezené soudní pravomoci Unie má některé z nesrovnalostí na svědomí samotný Soudní dvůr, neboť není jednoduché dosáhnout v jakékoli situaci vyhovujícího stupně přesnosti; v právu je totiž nejpodstatnější nalézt určité meze.

VII – Přezkum předběžných otázek

91. Připouští-li tedy Soudní dvůr předběžné otázky, které položily Tribunale di Larino a Tribunale di Teramo, nelze se obejít bez úvahy o právu, hře a sázkách.

A – *Právo, hra a sázky*

92. V současné době neexistuje nic, co by se více vzdalovalo myšlence „práva“, než právě

52 — Soudní dvůr prohlásil, že „skutečnost, že ve vnitrostátním právu existuje pravidlo, na jehož základě se musí soudy řídit právním posouzením provedeným soudem vyššího stupně, nemůže sama o sobě zbavit tyto soudy oprávnění obrátit se na Soudní dvůr Evropských společenství, stanoveného v článku [234 ES]“.

53 — Přestože tato volba vybízí k diskusi, v důsledku institucionální reformy by mohla být možnost pokládat předběžné otázky přiznána pouze soudům posledního stupně, tak jak již tomu je v některých oblastech (článek 68 ES).

pojem „hazardu“, neboť hazard nevyplývá z lidské vůle ani z obecných přesvědčení; není ani veden žádným záměrem, nýbrž libovůlí a náhodou [54]. V jiných obdobích však existovala úzká souvislost mezi těmito dvěma pojmy, neboť za účelem zachování sociálního smíru bylo vyžadováno podřízení se soudním rozhodnutím a tomu, kdo je pronášel, byla přisuzována „magická“ nebo „kněžská“ moc [55].

93. Ordály nebo boží soudy, mající pradávný původ [56], tuto symbiózu potvrzují, neboť podřizují rozhodnutí náhodným událostem. Později se již soudní rozhodnutí stále více a více zakládalo na rozumových kritériích, až do doby moderních právních řádů, které, s výjimkou některých případů [57], učinily těmto hrátkám osudu přítrž.

94. Existují i jiná hlediska dosvědčující tuto paradoxní souvislost, např. naturální obligace, kde sázky představují vhodný příklad, podmínečné dohody, u nichž budoucí nejistá skutečnost závisí na náhodě, nepředvídatelná událost nebo, tak jako v projednávané věci, aleatorní smlouvy.

95. Hra, jakožto herní činnost, existovala v minulosti ve všech společnostech; rozdělujeme ji do čtyř úrovní s rozdílným právním dosahem. Na první úrovni nacházíme ten nejspontánnější a nejzákladnější projev hry, a to čirou zábavu a rozptýlení [58]. Na druhé úrovni se objevuje soutěž, která nabízí vítězi současně potěšení ze soutěžení s ostatními, sebevědomí a společenskou prestiž. Na třetí úrovni již zábava a prokázání kvalit nestačí; nastupují finanční zájmy [59]. Na čtvrté úrovni

54 — Rivas Torralba, R.A., *Juegos de azar*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 1996, s. 11.

55 — Díez Picazzo, L., *Experiencia jurídica y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, s. 18 a 21.

56 — Chamurapiho zákoník ve vrcholné fázi babylonské říše během 18. století př. n. l. se často uchyloval k ordálu vodou: obžalovaný byl vhozen do řeky a pokud přežil, byl prohlášen za nevinného.

57 — Při výběru členů komise nebo při jmenování soudních znalců se běžně používá losování. Někdy dochází k extrémním řešením, jako v případě U.S. v. William Holmes, kdy při ztroskotání lodi vyhodila posádka čtrnáct cestujících přes palubu přeplněného záchranného člunu; soud rozhodl, že dramatického losování určeného k výběru obětí se měli účastnit jak námořníci, tak cestující.

58 — Výzva často slouží pouze k odpovědi partnerovi nebo k jeho zesměšnění, tak jako Don Quijote popichuje svého panoše: „Pojďme si udělat takovou sázku, Sancho: jestli vydržíte mluvit a nikdo vás nezastaví, nebude vás v celém těle nic bolet“ (Cervantes Saavedra, M., *Důmyslný rytíř don Quijote de la Mancha*, druhá část, kapitola XXVIII, Espasa Calpe, Madrid, 2004, s. 466). *(volný překlad)*

59 — Kant, I., poukazuje na tato hlediska, když uvádí, že dětské hry jako míč, zápas, závody, na vojáky, slouží k zábavě a k osobnímu rozvoji; později pak hry dospělých jako šachy, karty, jsou zároveň orientovány čistě na výhru; a konečně hry městských lidí, kteří zkoušejí své štěstí veřejně v ruletě nebo při hře v kostky, jsou vždy podvědomě hnány lidskou povahou *(Antropología en sentido pragmático*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, s. 216).

nacházíme sázky, které nejen uvádějí do hry peněžní částky, ale navíc způsobují závislost [60].

96. První z těchto úrovní nemá nic společného se světem práva a druhá z nich prakticky také nikoli. Pokud je však hrou ohrožen kapitál, zákonodárce zasahuje, a to ze dvou důvodů. Jednak kontroluje vliv hry na majetek [61] a na zdraví účastníka [62], jakož i na stabilitu jeho rodiny; jednak zohledňuje obchodní povahu zařízení, v nichž je hra provozována.

97. Tyto důvody vysvětlují pozornost, kterou právo věnuje hazardním hrám a jejich dopadu na právo Společenství. V tomto ohledu měl Soudní dvůr za to, „že činnosti týkající se loterie představují hospodářské činnosti ve smyslu Smlouvy" [63], neboť „představují poskytování určité služby za úplatu" [64], a zařadil je mezi poskytování služeb [65]. Nelze opomenout ani dopad her na jiné oblasti, jako např. v hospodářském odvětví na právo usazování, nebo, mimo finanční oblast, na již uvedené lidské aspekty.

B – *K omezením základních svobod*

98. Ve věci Gambelli měl generální advokát S. Alber za to, že je namístě nejprve upravit otázku slučitelnosti vnitrostátního právního řádu s právem usazování a pak se teprve vyjádřit k volnému pohybu služeb, neboť Smlouva upřednostňuje prvně jmenovanou

60 — Dostojevskij, F., známý milovník her, mistrovsky popisuje ty, kdo jsou pohlceni démonem hry: „[...] hráči dobře vědí, že je možné zůstat na místě čtyřiadvacet hodin a neodtrhnout přitom oči od karet" *(Hráč,* Ed. Bruguera, Barcelona, 1974, s. 247) *(volný překlad)* a dále dodává, že „[...] v jednom okamžiku jsem pocítil, že mne již nezajímají peníze, ale pocit nebezpečí, pocit dobrodružství, zdánlivě odporující veškeré logice. Mnoho jsem pak o tom přemýšlel a dospěl jsem k závěru, že je pravděpodobné, že namísto toho, aby se po vstřebání tolika dojmů duch nasytil, více se rozjitří a žádá dojmy nové, stále silnější, až k úplnému vyčerpání". *(volný překlad)* Tentýž pocit se objevuje i v tomto textu Gabriela y Galán, J. A. : „[...] je pravdou, že jsem trávil den tím, že jsem myslel na peníze, byl na nich závislý a žil v jejich rytmu, a přesto, tak jako všichni hráči, jsem s nimi nebyl ve spojení, zajímaly mne pouze žetony [...]" *(Muchos años después,* Alfaguara, Madrid, 1992, s. 324). *(volný překlad)* Chateaubriand, F. R., přiznává podobný pocit poté, co prohrál velkou část z obnosu, který mu byl právě zapůjčen: „Nikdy jsem nehrál: hra ve mně vyvolávala jakýsi druh bolestné opilosti; kdyby mne tato vášeň ovládla, rozvrátila by mi mozek" *[Mémoires d'Outre-Tombe* (díl devátý – kapitola 6, Garnier, Paříž, 1989, s. 495 a 496]. *(volný překlad)*

61 — Dostojevskij vkládá do úst hrdiny svého románu tuto úvahu: „V čem je hra horší než jakýkoli jiný způsob, jak získat peníze, například obchod? Jistěže ze sta hráčů vyhrává jen jeden. Ale co je mi po tom?" *(Hráč,* výše uvedený, s. 68). *(volný překlad)*

62 — Don Juan Tenorio, slavný hrdina Josého Zorrilly, projevuje toto znepokojení, když je jakožto vítěz sázky vyzván svým protivníkem na souboj a odpoví mu: „Což to znamená/že když jsem vyhrál sázku/chcete ukončit slavnost/a jít na souboj?" (*D. Juan Tenorio,* Alianza, Madrid, 1998, první část, čtvrtý akt, scéna VI) *(volný překlad)*.

63 — Výše uvedené rozsudky Schindler, bod 19; a Anomar a další, bod 46.

64 — Výše uvedené rozsudky Anomar a další, bod 47; v tomtéž smyslu rozsudek Zenatti, bod 24.

65 — Výše uvedené rozsudky Schindler, body 25 a 34; Läärä a další, bod 27; a Anomar a další, bod 52.

otázku (bod 76) [66], a to i když není namístě kvalifikovat střediska přenosu dat jakožto vedlejší provozovny (bod 87), neboť v tomto případě představuje právní úprava překážku práva usazování (bod 104), jakož i porušení uvedené svobody (bod 132).

99. Soudní dvůr, zaměřující se na osoby věnující se hře, na společnosti zabývající se těmito činnostmi a na zprostředkovatele, neposuzoval tyto dvě svobody jakožto navzájem se vylučující, avšak po jejich zvážení konstatoval, že „taková vnitrostátní právní úprava, jako jsou italské předpisy o sázkách, zejména článek 4 zákona č. 401/89, představuje omezení svobody usazování a volného pohybu služeb" (bod 59), dále pak analyzoval, zda jsou shledány výjimky stanovené Smlouvou nebo odůvodnění z naléhavých důvodů obecného zájmu (bod 60).

100. Není namístě zpochybnit tyto úvahy, které se objevují i v rozsudku Zenatti, pokud jde o poskytování služeb, zdá se však užitečné zabývat se hledisky souvisejícími s dotyčnými překážkami, jakož i osobami, které jsou jimi dotčeny.

101. Z tohoto pohledu odhalil rozsudek Gambelli v podmínkách, které ukládá italské právo těm, kdo se účastní nabídkových řízení na koncese umožňující provoz sázkových kanceláří, překážky svobody usazování, neboť vylučují některé druhy společností (body 46 až 48); rovněž kvalifikoval jakožto překážky služeb podmínky kladené poskytovatelům usazeným v jiném členském státě k výkonu jeho činnosti (bod 54), jakož i podmínky uložené občanům, kteří si přejí účastnit se sázkových her organizovaných v jiných zemích Společenství (bod 57) a těm, kdo usnadňují činnost poskytovatelů usazených na těchto územích (bod 58), a to v těchto dvou posledně jmenovaných případech pod pohrůžkou trestní sankce [67].

102. Je překvapující, že i když základem předběžné otázky jsou trestní řízení proti zástupcům sázkového bookmakera, přezkum Soudního dvora je zaměřen na výše jmenovaný trojí okruh osob [68]. Nelze však zapomínat na funkci Soudního dvora ani na dopad *erga omnes* jeho rozsudků v rámci řízení o předběžných otázkách, neboť je možno stíhat pouhé sázkaře; krom toho zahraniční společnost nemá možnost se usadit, takže vykonává své činnosti na základě smluv s jinými podnikateli, kteří jsou pak trestně stíháni za plnění těchto smluv.

66 — Opírá se o rozsudek ze dne 30. listopadu 1995, Gebhard (C-55/94, Recueil, s. I-4165, bod 22).

67 — Korte, S., „Das Gambelli-Urteil des EuGH", *Neue Zeitschrift für Veraltungsrecht*, 2004, s. 1449, popisuje, že tyto pohrůžky týkající se spolupráce v rámci činností týkajících se provozování sázek představují překážku trhu služeb.

68 — Korte, S., výše uvedený, s. 1451.

C – *K existenci odůvodnění*

1. Prezentace

103. Na rozdíl od toho, co uvedl generální advokát S. Alber ve svém stanovisku, rozsudek Gambelli přezkoumal zároveň překážky vyplývající z italských právních předpisů a upřesnil, že bez ohledu na to, která ze svobod je považována za porušenou, musí být splněny určité podmínky: omezení musí být odůvodněna naléhavými důvody obecného zájmu, musí být vhodná pro záruku dosažení sledovaného cíle, nesmí překročit rámec toho, co je nezbytné pro dosažení tohoto cíle a musí být používána nediskriminačním způsobem (bod 65) [69].

104. Rozsudek Gambelli propracovanějším způsobem než rozsudek Zenatti uložil vnitrostátním soudům, aby konkrétně posoudily, zda jsou tyto podmínky dodržovány italskými právními předpisy, přičemž stanovil určité parametry, které mají tvořit rámec tohoto přezkumu.

69 — Rozsudek ze dne 31. března 1993, Kraus (C-19/92, Recueil, s. I-1663, bod 32); a výše uvedený rozsudek Gebhard, bod 37.

105. Soudní dvůr měl být přesnější a vyjádřit se k dopadu svobod Společenství na vnitrostátní ustanovení, jak požadoval generální advokát, s důrazem na obtíže, které vnitrostátním soudům působí úkol, který je od nich vyžadován [70].

106. Nepochybuji o tom, že rozsudek Gambelli určil stupeň přesnosti, kterou si Soudní dvůr může dovolit, aniž by překročil své pravomoci; avšak pokud jde o skutkový základ rozsudku Zenatti, který se nevyhnul nové žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, provinil se přílišnou opatrností, neboť disponoval poznatky dostatečnými k provedení hlubší analýzy, což by v projednávaném případě umožnilo vyhnout se položení předběžných otázek [71].

107. V této chvíli je namístě učinit další krok a upřesnit odpověď, aby se vyvolaná nejistota rozptýlila, i když se tento úkol jeví složitějším, protože je namístě zkoumat, zda existuje důvod, který může ospravedlnit údajné pře-

70 — Bod 116 stanoviska generálního advokáta S. Albera k věci Gambelli a další; bod 120 však trvá na myšlence, že jsou-li skutečnosti dostatečně známy, aby mohl Soudní dvůr vykonat svůj přezkum, nic by mu nemělo zabránit v tom, aby přistoupil k požadovanému posouzení.

71 — Brouwer, L., a Docquir, B., komentují rozsudek Gambelli a další v *Revue de droit commercial belge*, č. 3, 2004, s. 314, bod 7, přičemž tvrdí, že Soudní dvůr nepřipustil žádnou pochybnost: přestože posouzení slučitelnosti přísluší v zásadě předkládajícímu soudu, Soudní dvůr jasně rozhodl, že italské právní předpisy nesplnily podmínky stanovené pro to, aby byly uvedeny v soulad s pravidly Společenství.

kážky svobod Společenství, a posoudit, zda je jejich povaha nediskriminační, vhodná a přiměřená.

2. Naléhavé důvody obecného zájmu

108. Rozsudek Gambelli vymezil důvody, které ospravedlňují překážky svobody usazování a volného pohybu služeb, způsobem kladným i záporným, neboť odmítl „omezení nebo snížení daňových příjmů" a „financování společenských činností prostřednictvím daně z příjmu pocházejícího z povolených her" (body 61 a 62)[72], avšak připustil „ochranu spotřebitelů", „předcházení podvodům a podněcování občanů k nadměrným výdajům za hru", jakož i „potřebu předcházení narušením společenského pořádku" (bod 67).

109. Podle názoru Corte suprema di cassazione se italské právní předpisy zakládají na skutečnosti, že dohled nad sázkami umožňuje snížení trestné činnosti[73].

110. Podle názoru italské vlády spočívá tento základ na ochraně veřejného pořádku[74] a spotřebitelů, jakož i na boji proti podvodům[75].

111. Soudní dvůr poukázal na rozpor, který nastává, snažíme-li se vyhnout tomu, aby činnost, která je podporována, způsobila škodu[76], k čemuž dochází v případě, že stát sleduje velmi expanzivní politiku v odvětví her a sázek[77]; v důsledku toho se zdá, že boj

72 — Soudní dvůr nepovažoval důvody hospodářské povahy za důvody veřejného pořádku ve smyslu článku 46 ES (mimo jiné rozsudky ze dne 25. července 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda, C-288/89, Recueil, s. I-4007, bod 11; a ze dne 29. dubna 1999, Ciola, C-224/97, Recueil, s. I-2517, bod 16).

73 — Výše uvedený rozsudek Gesualdi, bod 11.2.3. V právní nauce Beltrani, S., *La disciplina penale dei giochi e delle scommesse*, Giuffrè, Milán, 1999, s. 313, tvrdí, že daný systém směřuje zejména k ochraně finančních a daňových zájmů státu; ve stejném smyslu Coccia, M., „Rien ne va plus': la corte di giustizia pone un freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo", *Foro italiano*, 1994, s. 521.

74 — Bod D) písm. a) písemných vyjádření předložených ve věci Placanica a ve věcech Palazzese a Sorricchio.

75 — Bod D) písm. b) stejných vyjádření.

76 — Rozsudek Gambelli a další, body 68 a 69.

77 — V bodu 11.2.3 rozsudku Gesualdi uvedl Corte suprema di cassazione loterie „Gratta e vinci", kterou zavedl v roce 1994 AAMS; „Totogol", kterou zavedl CONI rovněž v roce 1994; „SuperEnalotto", která byla v říjnu 1997 udělena společnosti Sisal; „Totosei", kterou zavedl CONI v roce 1998; „Formula 101" upravenou nařízením ze srpna 1999 a zavedenou Ministerstvem hospodářství v dubnu 2000; „Totobingol", kterou od ledna 2001 řídí CONI; a „Bingo", povolenou Ministerstvem hospodářství v roce 2000.

proti podvodům představuje jediné odůvodnění sporných omezení.

112. V tomto ohledu dosud nebyly poskytnuty přesnější poznatky, které by umožnily pochopit dopad trestných činností na hazardní hry, např. podvodů nebo legalizace výnosů z trestné činnosti [78].

113. Výše uvedený rozsudek Läärä a další měl za to, že „omezené povolení" sázek představuje ve výjimečné situaci výhodu usměrnění touhy po hře a provozování her do kontrolovaného kruhu, prevence rizika tohoto provozování k podvodným a kriminálním účelům a využití zisku, který z nich plyne, k veřejnému užitku (bod 37) [79].

114. K tomu, aby byla dodržována pravidla Společenství, však nestačí mít pádné důvody, které vedou k právní úpravě hry takovým způsobem, že, aniž by byla zcela zakázána, je určitým způsobem omezena, neboť stanovená opatření musí být mimo jiné rovná, vhodná a přiměřená.

3. Případná diskriminace

115. Rozsudek Gambelli se nevyjádřil k porušení zásady zákazu diskriminace ze strany italské právní úpravy [80], ale toto posouzení ponechává na vnitrostátním soudu [81].

116. Tribunale di Teramo nyní doplnil poznatky obsažené v tomto rozsudku, čímž pomohl Soudnímu dvoru vyřešit tuto otázku, aniž by se hájil omluvou, že legislativní reformy v roce 2003 změnily situaci v zemi; podle jeho názoru bude totiž dopad těchto změn patrný zřejmě až v roce 2011, takže důsledky bývalého režimu nadále přetrvávají, včetně jejich dopadů na trestní řízení, která dala podnět k řízením o předběžné otázce. Krom toho se tyto legislativní změny dotkly pouze jedné části tohoto systému – koncesí –, a nikoli ostatních – povolení a sankcí.

78 — Prevence trestné činnosti představuje podle Buschle, D., „'Der Spieler' – Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts", *European Law Reporter*, č. 12, 2003, s. 471, důvod veřejného pořádku a zároveň naléhavý důvod obecného zájmu.

79 — Výše uvedené rozsudky Zenatti (bod 35) a Anomar a další (bod 74) tuto myšlenku převzaly.

80 — Generální advokát S. Alber uplatňuje v bodech 95 až 97 svého stanoviska různé argumenty, které prokazují takové porušení.

81 — Body 70 a 71.

117. Ve světle údajů obsažených ve spisech a údajů vyplývajících z předchozích rozsudků je v rámci koncesí a povolení zjištěno nerovné zacházení.

a) Koncese

118. Kapitálové společnosti kótované na regulovaných trzích ve Společenství neměly přístup k nabídkovým řízením týkajícím se udělování koncesí. Tyto podmínky byly ukládány všem zájemcům včetně tuzemců [82], avšak společnosti usazené na jiných územích Společenství čelily navíc překážkám vyplývajícím z italských právních předpisů [83], neboť pokud by si přály se zúčastnit, musely by tomu přizpůsobit svou vnitřní strukturu, takže neměly skutečnou možnost usadit se v uvedené zemi [84].

119. Tento závěr potvrzuje i střídmost, s níž byly koncese udělovány [85], která však nebyla spojena s požadavky boje proti trestné činnosti [86], neboť povolení jsou sice předmětem předběžných kontrol, avšak k tomu, aby byla společnost přijata do nabídkového řízení, postačí složit kauci, která zaručuje úhradu příslušných poplatků do státní pokladny [87].

120. Nerovností jsou dotčeni rovněž zprostředkovatelé, kterým je pod pohrůžkou trestní sankce bráněno v poskytování služeb bookmakerům usazeným v jiných členských státech, kteří se nemohou usadit v Itálii ani nejsou oprávněni vykonávat tam svou činnost.

b) Povolení

121. Podle názoru Soudního dvora režim předběžného správního povolení neodůvod-

82 — Rozsudek Zenatti, bod 26.

83 — Jak připomněly výše uvedené rozsudky Schindler (bod 43) a Anomar a další (bod 65), právo Společenství rovněž brání vnitrostátní právní úpravě, která, aniž by přihlížela k státní příslušnosti, zakazuje nebo ztěžuje činnost poskytovatele usazeného v jiném členském státě, v němž poskytuje obdobné služby. Rozsudek Zenatti v bodu 27 prohlásil, že italská právní úprava zabraňovala „hospodářským subjektům z jiných členských států, a to přímo nebo nepřímo, samostatně provádět na italském území sběr sázek".

84 — Korte, S., výše uvedený, s. 1450. V tomto ohledu zástupce italské vlády přiznal v odpovědi na jednu z otázek, které jsem mu položil na jednání, že osm zahraničních společností získalo koncesi většinou na základě koupě od orgánu vyhlašujícího nabídkové řízení.

85 — CONI udělil v roce 1998 1 000 koncesí; Ministro delle Finanze a Ministro per le Politiche Agricole v rámci svých příslušných pravomocí udělily 671 nových licencí na základě nabídkového řízení a automaticky obnovily 329 stávajících licencí. Tyto posledně jmenované kroky jsou základem žaloby na nesplnění povinnosti, kterou podala Komise proti Italské republice – věc C-260/04, dosud probíhající, na niž jsem již odkazoval.

86 — Nabídková řízení týkající se koncesí na dostihové sázky, vyhlášené ministerským nařízením ze dne 7. dubna 1999, Approvazione del piano di potenziamento della rete di raccolta ed accettazione delle scommesse ippiche (GURI č. 86 ze dne 14. dubna 1999) ozřejmují, že tento počet byl stanoven podle jiných měřítek.

87 — Tento bod je obsažen v usnesení Tribunale di Teramo, který se obrátil na Soudní dvůr ve věci C-359/04.

ňuje diskreční jednání vnitrostátních soudů, které zbavuje ustanovení Společenství jejich účinnosti [88]. Musí být založen jednak na objektivních kritériích, která jsou nediskriminační a jsou známa předem, takže vymezí rámec pro uplatnění posuzovací pravomoci a zabrání tomu, aby byla tato pravomoc vykonávána svévolným způsobem; a jednak musí spočívat na procesním systému, který je snadno přístupný a způsobilý zaručit zúčastněným, že jejich žádost bude vyřízena v přiměřené lhůtě, objektivně a nestranně [89].

122. Při prvním pohledu vzniká dojem, že povolení stanovené v článku 88 TULPS splňuje výše uvedené prvky, avšak podrobnější analýza článků 8 až 14 TULPS poukazuje na prostor pro uvážení, který je v rozporu s objektivním přezkumem, např. pokud článek 10 stanoví zrušení „v případě zneužití ze strany osoby, která je držitelem povolení", bez dalšího upřesnění [90]. Neexistence vázané pravomoci vyplývá rovněž z nemožnosti konstatovat nebo vyvodit taxativní povahu kritérií stanovených pro zamítnutí těchto povolení.

123. Policejní povolení krom toho předpokládá existenci koncese a je tedy stiženo vadami stejně jako tato koncese, právě z důvodu své předběžné povahy.

4. Vhodnost a přiměřenost

124. Italská ustanovení omezují právo usazování a volný pohyb služeb ve jménu legitimního cíle, ale jsou diskriminační, což postačuje k tomu, aby nebyly používány. Rovněž nejsou ani vhodné pro dosažení sledovaných cílů, ani přiměřené vytýčenému právnímu zájmu.

a) Překážky práva usazování

125. Vyloučení některých druhů společností z nabídkového řízení týkajícího se udělování koncesí je založeno na transparentnosti společností, existují však i jiná řešení, která jsou méně omezující a ve vyšší míře dodržují Smlouvu [91]. Jak potvrdil rozsudek Gambelli,

88 — Rozsudky ze dne 23. února 1995, Bordessa a další (spojené věci C-358/93 a C-416/93, Recueil, s. I-361, bod 25); ze dne 14. prosince 1995, Sanz de Lera a další (spojené věci C-163/94, C-165/94 a C-250/94, Recueil, s. I-4821, body 23 až 28); ze dne 20. února 2001, Analir a další (C-205/99, Recueil, s. I-1271, bod 37); a ze dne 12. července 2001, Smits a Peerbooms (C-157/99, Recueil, s. I-5473, bod 90).

89 — Výše uvedený rozsudek Smits a Peerbooms (bod 90).

90 — Komise uvádí čl. 11 druhý pododstavec TULPS, který umožňuje zamítnout povolení, pokud žadatel neprokáže řádné chování; Corte constituzionale (ústavní soud) však rozsudkem ze dne 16. prosince 1994, č. 440, prohlásil tuto větu za protiústavní z důvodu, že ukládá důkazní břemeno žadateli.

91 — Pokud jde o německou právní úpravu, která je z mnohých hledisek podobná italskému systému, Hoeller, B., a Bodemann, R., „Das 'Gambelli'-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen auf Deutschland", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, s. 125, mají za to, že právní předpisy, které neumožňují přístup k trhu se sázkami všem podnikům bez ohledu na jejich právní formu, mají být považovány za nepřiměřený zásah do svobody usazování.

„existují jiné nástroje kontroly účtů a činností takových společností“ [92]; Soudní dvůr tak potvrdil stanovisko generálního advokáta S. Albera, když uvedl, že bezúhonnost společností lze ověřit např. tím, že se shromáždí informace o jejich zástupcích nebo hlavních akcionářích [93].

126. Ve vztahu k těmto argumentům italský stát nezhodnotil dosah ohlášených opatření, která porovnal s ostatními možnostmi, a neprokázal, že představují nejlepší volbu pro dosažení cíle, který si určil.

127. Skutečnost, že je zdánlivě nemožné, aby společnost usazená v členském státě vykonávala svou obchodní činnost v jiném členském státě, jakož i zákaz působit prostřednictvím zprostředkovatele a využívat nabízených služeb překračují rámec toho, co je nezbytné pro dosažení cílů stanovených vnitrostátními právními předpisy [94].

128. Skutečnost, že jsou přehlíženy nebo porušovány provedené přezkumy a záruky poskytnuté v jiných zemích Unie, tak jak to s odvoláním na územní povahu oprávnění činí Corte suprema di cassazione, brzdí utváření Evropy a dotýká se přímo jejích základů, a to v rozporu s ustanoveními článku 10 ES, na jehož základě je nutno se zdržet „jakýchkoli opatření, jež by mohla ohrozit dosažení cílů Smlouvy“, jakož i zásadou vzájemné důvěry ve vztazích uvnitř Společenství.

b) Omezení volného pohybu služeb

129. V tomto ohledu prohlásil rozsudek ze dne 4. února 1986, Komise v. Německo [95], že orgány státu určení musí zohlednit kontroly a ověření již provedené v členském státě usazení (bod 47) a dodržovat přitom zásadu rovnocennosti [96], a rozsudek ze dne 10. května 1995, Alpine Investments [97], implicitně poukázal na zásadu účinnosti,

92 — Bod 74.

93 — Bod 99.

94 — Brouwer, L., a Docquir, B., výše uvedený, s. 314, bod 8.

95 — 205/84, Recueil, s. 3755.

96 — Generální advokát A. La Pergola upozorňuje v bodu 36 svého stanoviska k věci, v níž byl vydán výše uvedený rozsudek Läärä a další, na toto kritérium, které však Soudní dvůr nepřijal.

97 — Věc C-384/93, Recueil, s. I-1141, body 46 až 49.

pokud jde o telefonické služby poskytované případným příjemcům z jiných členských států.

130. S ohledem na obě tyto zásady sdílím názor generálního advokáta S. Albera vyjádřený v bodu 118 jeho stanoviska k věci Gambelli, kde prohlašuje, že hazardní hry podléhají právní úpravě ve všech členských zemích a že důvody této právní úpravy se obvykle shodují [98]. Pokud tedy organizátor z jiného členského státu splňuje podmínky stanovené jeho právními předpisy, orgány státu, v němž je poskytována služba, by měly uvážit, že se jedná o dostatečnou záruku jeho bezúhonnosti [99].

131. Samotný Corte suprema di cassazione uvedl, že britská společnost, na jejíž účet jednali italští obvinění, měla povolení k výkonu svých činností na základě rozhodnutí Betting Licensing Committee v Liverpoolu na základě Betting Gaming and Lotteries Act (zákon o sázkách a loteriích) z roku 1963, že platila poplatky ze sázek (General Betting Duty) a podléhala dohledu anglických daňových a celních orgánů (Inland Revenues and Custom & Excise), komisařů pro soukromé účty a dozorčích orgánů společností kótovaných na burze.

132. Za těchto okolností, které většina států, které předložily v projednávaném řízení o předběžné otázce svá vyjádření, v tichosti přehlíží, se zdá být jasné, že britské orgány mohou lépe ověřit legalitu dotčených činností než orgány italské, přičemž neshledávám argumenty, které by hovořily pro dvojí kontrolu [100]. Rozsudek ze dne 25. července 1991, Säger [101], připustil překážky volného pohybu služeb z důvodů obecného zájmu, „pokud není tento zájem chráněn již pravidly, jimž poskytovatel podléhá v členském státě, v němž je usazen“ (bod 15).

133. Pokud jde o zprostředkovatele, ti obdrželi od Ministero dei Comunicazioni (ministerstvo komunikací) povolení nezbytná k dálkovému přenosu dat; za tímto účelem se museli zapsat do obchodní komory, získat osvědčení *nulla osta antimafia* a nemít záznam v rejstříku trestů, poté podléhají kontrole ze strany příslušných

98 — Toto hledisko je upřesněno v úvodu stanoviska generálního advokáta C. Gulmanna k výše uvedené věci Schindler.

99 — Z obecnějšího hlediska viz zpráva Komise Radě a Evropskému parlamentu – Stav vnitřního trhu v oblasti služeb (Zpráva předložená v rámci první fáze strategie vnitřního trhu v oblasti služeb) [KOM(2002) 441 konečná], zejména s. 36 a násl.

100 — Podle Schütz, H.-J., Bruha, T., a König, D., *Europarecht Casebook*, Mnichov, 2004, s. 752, může členský stát zavést přísnější podmínky až na základě přísného přezkumu přiměřenosti, zejména pokud jde o důkaz o neexistenci méně restriktivních opatření.

101 — C-76/90, Recueil, s. I-4221.

vnitrostátních orgánů. Přes to všechno je jim bráněno v tom, aby poskytovali služby na účet společnosti, která je legálně usazena v jiném členském státě.

135. Nejde tedy o zpochybnění trestního práva daného státu, který může nejlépe posoudit použití, vhodnost a možné represivní reakce [104], nýbrž o ujištění, že pokud je sankční režim v rozporu s právním řádem Společenství, sankce samotná je jistě *a fortiori* protiprávní [105], neboť oba tyto právní předpisy nejsou izolovanými prvky, nýbrž součástmi jediného systému, který by měl vytvářet širší celek. Soudnímu dvoru nepřísluší výběr [106], ale ověření toho, že je provedená volba v souladu s právem Společenství.

5. Trestní sankce

134. Jednání sankcionovaná čl. 4 odst. 4a a 4b zákona č. 401/89 vycházejí z nepovoleného výkonu činností spojených se sázkami. Jsou důsledkem systému zavedeného italským zákonodárcem, disponujícího širokou posuzovací pravomocí, která sahá od svobody zákazu [102], tedy že s ohledem na analyzovaná hlediska, na úroveň ochrany, kterou považuje za vhodnou, a s ohledem na zvláštnosti dané země zvolí určitý stupeň ochrany. Tento výběr však musí být v souladu s právem Společenství [103].

136. Obecně je namístě poznamenat, že článek 4 zákona č. 401/89 stanoví vyšší trest v případě, že se porušení týká sázek vyhrazených státu, CONI, UNIRE nebo jejich koncesionářům; tato okolnost je úzce spjata s předcházením trestné činnosti a je lépe sladěna s hospodářským zájmem, jejž hra představuje pro státní finance.

137. Nicméně je namístě pojednat i o přiměřenosti sankcí, které podle údajů obsažených zejména v bodech 72 a 73

102 — Výše uvedené rozsudky Schindler (bod 61); Läärä a další (bod 35); Zenatti (bod 33); a Anomar a další (body 79 a 87).

103 — Jak uvádí generální advokát A. La Pergola v bodu 34 svého stanoviska k věci Läärä a další, „přestože mají přijatá restriktivní opatření diskreční povahu, podléhají i nadále soudnímu přezkumu; otázka, zda odpovídají požadavkům obecného zájmu, může být totiž předmětem přezkumu vnitrostátního soudu, který je má použít, přičemž uvedený soud musí v rámci tohoto přezkumu odkazovat na pravidla odůvodnění – včetně zásady proporcionality – zavedená judikaturou Společenství a týkající se zákonných mezí stanovených pro výkon práv a svobod vyplývajících ze Smlouvy", což, jak jsem již uvedl, nevylučuje přezkum ze strany Soudního dvora.

104 — Jak jsem uvedl v bodu 48 stanoviska k věci, v níž byl vydán rozsudek dne 13. září 2005, Komise v. Rada (C-176/03, Sb. rozh. s. I-7879).

105 — Zde je převzata formulace použitá generálním advokátem S. Alberem v bodech 97 a 99 stanoviska k věci Gambelli a další.

106 — Výše uvedený rozsudek Schindler (bod 32).

rozsudku Gambelli rozlišují mezi sázkařem a zprostředkovatelem.

138. Pokud jde o sázkaře, Soudní dvůr doporučil vnitrostátnímu soudu, aby zvážil tresty uložené všem osobám, které podávají sázky prostřednictvím internetu ze svého bydliště v Itálii, s bookmakerem usazeným v jiném členském státě, s ohledem na podporu účasti v hrách organizovaných povolenými vnitrostátními entitami; za tímto účelem se Soudní dvůr dovolal několika rozsudků [107].

139. Pokud jde o zprostředkovatele, ponechal rovněž předkládajícímu soudu, aby zvážil, zda sankce nepřekračují rámec toho, co je nezbytné k boji proti podvodu, neboť poskytovatel služeb podléhá kontrolnímu režimu a sankcím v členském státě usazení.

140. Corte suprema di cassazione neprovedl tento požadovaný úkol pod záminkou, že je pro něj zakázán. Je překvapivé, že ačkoli tento soud poukázal na tři základní prvky italského právního režimu týkajícího se provozování sázek, při svém rozhodování se zastavil pouze u hlediska povolení, přičemž zcela opomněl uskutečnit přezkum sankcí a koncesemi se zabýval pouze částečně.

141. V takové situaci by se měl Soudní dvůr vyjádřit, neboť disponuje veškerými poznatky nezbytnými k tomuto účelu, a bez jakéhokoli studu prohlásit, že sankce dosahující až tří let odnětí svobody je nepřiměřená okolnostem popsaným v tomto stanovisku, zejména okolnostem vztahujícím se k právnímu zájmu, který je chráněn prostřednictvím dotyčných sankcí, jakož i okolnostem, jež tvoří jednání samotného státu, který hru podporuje [108].

142. Krom toho odsouzení přináší tomu, koho se týká, důsledky, které podle článků 11 a 14 TULPS zabraňují vydání požadovaného policejního povolení, a tím mu zakazují vykonávat jakoukoli činnost spojenou se sázkami.

107 — Rozsudky ze dne 29. února 1996, Skanavi a Chryssanthakopoulos (C-193/94, Recueil, s. I-929, body 34 až 39); a ze dne 25. července 2002, MRAX (C-459/99, Recueil, s. I-6591, body 89 až 91).

108 — Korte, S., výše uvedený, s. 1451, vyjadřuje vážné pochyby týkající se užitečnosti trestních sankcí, přičemž poukazuje na politiku podpory her v Itálii; Mignone, C. I., „La Corte di giustizia si pronuncia sul gioco d'azzarso nell'era di Internet", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, s. 401, zjišťuje úměrnost chráněných zájmů vzhledem k obětované osobní svobodě; v německém právu mají Hoeller, B., a Bodemann, R., výše uvedený, s. 125, za to, že tento nepoměr vyplývá ze skutečnosti, že stát je neúspěšný v dosahování svých vlastních cílů.

143. Nelze zapomínat ani na to, že jsou porušeny základní svobody Společenství, takže každá odchylka musí být vykládána restriktivně [109], a že trest odnětí svobody představuje překážku volného pohybu osob [110].

D – *Závěrečné poznámky*

144. S ohledem na skutečnost, že neexistují ustanovení sekundárního práva použitelná na hazardní hry, je namístě vyřešit předběžné otázky na základě primárního práva, ačkoli pokud jde o dotyčné oblasti, bylo by vhodnější přistoupit k harmonizaci dané oblasti v rámci pravomocí Společenství; nabízí se k tomu dostatek příležitostí.

145. K prvnímu pokusu došlo v roce 1991, když Komise na základě studie „Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation" [111] tvrdila, že právní úprava her vyplývá z režimu společného trhu; tato snaha však nenalezla odezvu vzhledem k nesouhlasu některých členských států [112].

146. Další příležitost se objevila společně se směrnicí 2000/31/ES o elektronickém obchodu [113]; ta však výslovně vylučovala „ziskové hry spojené s peněžitým vkladem v případě hazardních her včetně loterií a sázek" [čl. 1 odst. 5 písm. d) třetí odrážka].

147. V současné době se diskutuje o návrhu významné směrnice o službách [114], jejímž účelem je vytvořit právní rámec, „který

109 — Viz mimo jiné rozsudek ze dne 19. ledna 1999, Calfa (C-348/96, Recueil, s. I-11, bod 23), který konkrétně odkazuje na dodržování „veřejného pořádku".

110 — Rozsudky ze dne 3. července 1980, Pieck (157/79, Recueil, s. 2171, bod 19); ze dne 12. prosince 1989, Messner (C-265/88, Recueil, s. 4209, bod 14); a výše uvedený rozsudek Skanavi a Chryssanthakopoulos (bod 36).

111 — Úřad pro úřední tisky Evropských společenství, Lucemburk, 1991. Tuto studii komentoval generální advokát C. Gulmann ve svém stanovisku k výše uvedené věci Schindler.

112 — Coccia, M., výše uvedený, s. 524. Za účelem zastavení této iniciativy se Komise dovolávala zásady subsidiarity (závěry předsednictví Evropské rady ze zasedání v Edinburghu ve dnech 11.a 12. prosince 1992, příloha 2 části A: „Subsidiarita – Příklady opětovného přezkumu neprojednaných návrhů a platných právních předpisů", uveřejněné v publikaci zvané *Bulletin Evropských společenství*, č. 2, 1992).

113 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 8. června 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu („směrnice o elektronickém obchodu") (Úř. věst. L 178, s. 1).

114 — Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o službách na vnitřním trhu [KOM(2004) 2 konečný].

umožní zjednodušit výkon svobody usazování poskytovatelů služeb, jakož i volný pohyb služeb" (článek 1); tato směrnice by se týkala hazardních her (článek 2, a *contrario sensu)*, ačkoliv stanoví přechodné období, během kterého se „zásada země původu" [115] nepoužije na „činnosti týkající se ziskových her spojených s peněžitým vkladem v případě hazardních her včetně loterií a sázek" [čl. 18 odst. 1 písm. a)], pro něž se předpokládá případná dodatečná harmonizace „ve světle zprávy Komise a široké konzultace zúčastněných stran" (článek 40) [116], vzhledem k významu předmětu diskuse [117].

148. Pokud bude tato harmonizace v rámci Společenství úspěšná, dojde k vyřešení mnoha problémů spojených se sázkami po internetu. Mezitím však musí být jednostranně přijatá opatření analyzována s ohledem na Smlouvu [118].

149. Přeshraniční rozměr těchto her ostatně překračuje územní hranice Evropské unie, jak dokazuje napětí panující v rámci Světové obchodní organizace [119], jejíž dohody, zejména Všeobecná dohoda o obchodu službami, mají dopad na právo Společenství v případě účasti třetí země, k čemuž v projednávaném případě nedošlo.

115 — V souladu s touto zásadou podléhá poskytovatel služeb pouze právu členského státu bydliště a tento je pověřen prováděním kontroly, i když je činnost vykonávána v jiné zemi Společenství (článek 16).

116 — Nemohlo mi uniknout, že liberalizaci tohoto odvětví zdaleka nelze nazvat klidným procesem. Například Ohlmann, W., „Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli", *Wettbewerb in Recht und Praxis,* č. 1, 2005, s. 55 a 58, tvrdí, že by zde neměla panovat hospodářská soutěž; Walz, S., „Gambling um Gambelli? – Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* 2004, s. 524, vyjadřuje obavy, pokud jde o platnost zahraničních povolení; a Campegiani, C., a Pati, C., „Il sistema di monopolio statale delle scommesse e la sua compatibilità con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (arts. 43 e 49 CE)", *Giustizia civile,* 2004-I, s. 2532, dokládají státní dohled nad provozováním her. Geeroms, S., „Cross-Border Gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC Rules Compared: A Justified Restriction on the Freedom to Provide Services?", *Cross-Border Gambling on the Internet – Challenging National and International Law,* Curych/Basilej/Ženeva, 2004, s. 180, se vyjadřuje ve prospěch zavedení liberalizovaného trhu podléhajícího nadnárodní nebo mezinárodní kontrole, s přísnými pravidly za účelem prevence trestné činnosti.

117 — Buschle, D., výše uvedený, s. 471, uvádí, že v Německu existuje 90 000 až 500 000 osob závislých na hazardních hrách, z nichž dvě třetiny tvoří lidé s nízkým příjmem. Podle deníku El País, vycházejícího z údajů poradního kabinetu Christiansen Capital Advisors, existuje 1 800 až 2 500 internetových stránek věnovaných hazardním hrám, s celosvětovým ziskem více než 8 200 milionů dolarů, přičemž v roce 2009 by toto číslo mělo dosáhnout 23 500 milionů (Ciberpaís, 13. října 2005).

118 — V současnosti diskuse pokračuje. Francouzské soudy nedávno čelily podobným obtížím jako jejich italští kolegové, a to v souvislosti se sázkami na dostihové závody, které provozovala prostřednictvím internetu společnost Zeturf, registrovaná na Maltě; Cour d'appel (odvolací soud) v Paříži rozsudkem ze dne 4. ledna 2006 potvrdil rozsudek Tribunal de grande instance (soud vysokého stupně) v Paříži a aniž by položil Soudnímu dvoru předběžnou otázku, prohlásil dané vnitrostátní právní předpisy za slučitelné s právem Společenství, což vyvolalo první kritiky (Verbiest, T., „Paris hippiques en ligne: la Cour d'appel de Paris confirme la condamnation de Zeturf", *Droit et Nouvelles Technologies,* http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1150).

119 — Například konflikt mezi Spojenými státy a Antiguou, vyřešený zprávou odvolacího orgánu uvedené organizace, Spojené státy – Opatření k poskytování přeshraničních služeb týkajících se her a sázek, WT/DS285/AB/R, přijatou dne 7. dubna 2005.

VIII – Závěry

150. S ohledem na výše uvedené úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky, které položily Tribunale di Teramo a Tribunale di Larino, odpověděl takto:

„Články 43 ES a 49 ES musejí být vykládány v tom smyslu, že brání vnitrostátní právní úpravě, která pod pohrůžkou trestních sankcí odnětí svobody až na tři roky zakazuje sběr, přijímání, registraci a předávání návrhů sázek bez koncese nebo policejního povolení vydaných dotyčným členským státem na účet společnosti, která nemůže získat koncesi a toto povolení k výkonu takových služeb v této zemi, která však disponuje povolením k poskytování takových služeb, vydané jiným členským státem, v němž je usazena."