OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
DÁMASA RUIZA-JARABA COLOMERA
przedstawiona w dniu 16 maja 2006 r. [1]

I — Wstęp

1. „Rien ne va plus". Trybunał nie może dłużej unikać dokładnego zbadania wpływu podstawowych swobód traktatu WE na sektor gier losowych.

2. Trybunał ma po raz trzeci orzekać w tej dziedzinie w stosunku do ustawodawstwa obowiązującego we Włoszech. Pierwszy raz Trybunał uczynił to na wniosek Consiglio di Stato w wyroku z dnia 21 października 1999 r. w sprawie Zenatti [2], w którym stwierdził, że postanowienia traktatu dotyczące swobody świadczenia usług nie stoją na przeszkodzie takiemu ustawodawstwu jak włoskie, które zastrzegało dla pewnych jednostek prawo do prowadzenia zakładów wzajemnych na imprezy sportowe, pod warunkiem że jest ono uzasadnione celami polityki społecznej zmierzającymi do ograniczenia szkodliwych skutków takiej działalności oraz że wynikające z niego ograniczenia są proporcjonalne w stosunku do realizacji tych celów.

3. Powyższe wskazówki nie uchyliły wątpliwości, jakie rodził system prawny tego państwa i doprowadziły do drugiego pytania prejudycjalnego, tym razem od Trybunale di Ascoli Piceno, które to pytanie poza swobodą świadczenia usług dotyczyło prawa przedsiębiorczości. Wyrok z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie Gambelli i in. [3] doprecyzował poprzednie orzeczenie, stwierdzając, że „przepis krajowy, który — pod rygorem sankcji karnych — zakazuje wykonywania czynności zbierania, przyjmowania, rejestrowania i przekazywania propozycji zakładów wzajemnych, w szczególności na imprezy sportowe, bez koncesji lub zezwolenia wydanego przez dane państwo, stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług wyrażonych odpowiednio w art. 43 WE i 49 WE", a sąd krajowy jest zobowiązany do sprawdzenia, czy w świetle szczegółowych zasad jego stosowania taki przepis jest uzasadniony i czy ograniczenia, jakie się z nim wiążą, są proporcjonalne do jego celów.

1 — Język oryginału: hiszpański.
2 — C-67/98, Rec. str. I-7289.
3 — C-243/01, Rec. str. I-13031.

4. Pytania prejudycjalne przedstawione przez Tribunale di Larino oraz Tribunale di Teramo dają Trybunałowi możliwość doprecyzowania swego stanowiska, mając na względzie fakt, że Corte suprema di cassazione uznał, iż omawiany system jest zgodny z przepisami wspólnotowymi, a także okoliczności, jakie towarzyszyły przyznawaniu koncesji na prowadzenie zakładów wzajemnych we Włoszech.

5. W tym kontekście treść wspomnianych wyżej wyroków oraz opinii rzeczników generalnych daje mi prawo pominięcia niektórych szczegółów, choć zastrzegam sobie prawo okazjonalnego ich cytowania w celu skupienia się na zbadaniu jeszcze nierozwiązanych problemów i tych, które niezależnie od powyższych zaistniały od tego czasu.

II — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

6. Zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. c) WE działalność Wspólnoty obejmuje w celu realizacji przyznanych jej zadań „rynek wewnętrzny, charakteryzujący się zniesieniem między państwami członkowskimi przeszkód w swobodnym przepływie towarów, usług i kapitału". Te trzy ostatnie dziedziny są uregulowane w tytule III części trzeciej traktatu, którego rozdział 2 poświęcony jest „prawu przedsiębiorczości", a rozdział 3 — „usługom".

1. Prawo przedsiębiorczości

7. Treść tej zasady jest zawarta w art. 43 WE:

„Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane w ramach poniższych postanowień. Zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego państwa członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego państwa członkowskiego.

Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego kapitału, swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 48 akapit drugi, na warunkach określonych przez

ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli".

8. Artykuł 46 ust. 1 WE zawiera szereg zastrzeżeń:

„1. Postanowienia niniejszego rozdziału oraz środki podjęte na ich podstawie nie przesądzają o zastosowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych przewidujących szczególne traktowanie cudzoziemców, uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego.

[…]".

9. W celu wykonywania tego prawa art. 48 WE zrównuje osoby prawne z osobami fizycznymi:

„Na potrzeby stosowania postanowień niniejszego rozdziału spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty są traktowane jak osoby fizyczne mające przynależność państwa członkowskiego.

Przez spółki rozumie się spółki prawa cywilnego lub handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysków".

2. Swoboda świadczenia usług

10. Zasada ogólna wyrażona jest w art. 49 akapit pierwszy WE:

„W ramach poniższych postanowień ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia.

[…]”.

11. Należy jeszcze przywołać przepisy art. 50 WE:

„Usługami w rozumieniu niniejszego traktatu są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób.

Usługi obejmują zwłaszcza:

a) działalność o charakterze przemysłowym;

b) działalność o charakterze handlowym;

c) działalność rzemieślniczą;

d) wykonywanie wolnych zawodów.

Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego prawa przedsiębiorczości, świadczący usługę może, w celu spełnienia świadczenia, wykonywać przejściowo działalność w państwie świadczenia na tych samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych obywateli”.

12. Artykuł 55 WE odsyła do niektórych przepisów regulujących prawo przedsiębiorczości:

„Postanowienia artykułów 45–48 mają zastosowanie do spraw uregulowanych w niniejszym rozdziale”.

B — *Uregulowania włoskie*

13. Ustawodawstwo krajowe jest w dużym stopniu zbieżne z ustawodawstwem badanym

w sprawie Gambelli i in., należy jednak je przypomnieć i uaktualnić.

1. Koncesje i zezwolenia na wykonywanie przedmiotowej działalności

14. Artykuł 88 Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (tekstu jednolitego ustaw w dziedzinie bezpieczeństwa publicznego, zwanego dalej „TULPS”) [4], w brzmieniu nadanym art. 37 ust. 4 Legge financiaria (ustawy finansowej) na rok 2001 r. [5], stanowi, że zezwolenie na prowadzenie zakładów wzajemnych jest przyznawane wyłącznie osobom posiadającym koncesję oraz osobom upoważnionym przez ministra lub inną jednostkę, na rzecz której prawo zastrzega uprawnienie do organizowania zakładów wzajemnych. Tym samym każdy, kto pragnie prowadzić działalność w dziedzinie publicznych zakładów wzajemnych, musi otrzymać koncesję lub zezwolenie, które TULPS nazywa „zezwoleniem policji”.

a) Koncesje

15. Kontrola gier losowych jest sprawowana przez państwo za pośrednictwem Ministero dell’Economia e delle Finanze (ministra gospodarki i finansów), który w tym celu korzysta z Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (autonomicznej administracji monopoli państwowych, zwanej dalej „AAMS”) [6].

16. Jednak od wyłączności państwa istnieją wyjątki, wprowadzone dla Comitato olimpico nazionale italiano (włoskiego krajowego komitetu olimpijskiego, zwanego dalej „CONI”) oraz Unione nazionale per l’incremento delle razze equine (krajowego związku ds. uszlachetniania rasy koni, zwanego dalej „UNIRE”) [7], upoważnionych do organizowania zakładów wzajemnych [8] i powierzania organizowania zakładów wzajemnych osobom trzecim w należących do ich właściwości dziedzinach kontroli [9].

17. Przyznawanie koncesji przez te instytucje podlega przepisom szczególnym, które

4 — Zatwierdzonej dekretem królewskim nr 773 z dnia 18 czerwca 1931 r. (GURI nr 146 z dnia 26 czerwca 1931 r.).

5 — Ustawa nr 388 z dnia 23 grudnia 2000 r. (GURI nr 302 z dnia 29 grudnia 2000 r., dodatek zwyczajny nr 219). Tekst znajdujący się w pkt 7 wyroku Gambelli i in. nie uwzględnia zmiany, o której mowa w pkt 8, tak jakby chodziło o inny przepis.

6 — Artykuł 1 dekretu prezydenta Republiki nr 33 z dnia 24 stycznia 2002 r. (GURI nr 63 z dnia 15 marca 2002 r.) oraz art. 4 dekretu ustawodawczego nr 138 z dnia 8 lipca 2002 r. (GURI nr 158 z dnia 8 lipca 2002 r.), przekształconego w ustawę nr 178 z dnia 8 sierpnia 2002 r. (GURI nr 187 z dnia 10 sierpnia 2002 r.).

7 — G. Rossi, „Il mercato unico europeo e il monopolio dei CONI sui giuocchi e concorsi pronostici connessi alle manifestazioni sportive”, *Rivista di diritto sportivo*, 1992, str. 229 i nast.

8 — Artykuł 6 dekretu ustawodawczego nr 496 z dnia 14 kwietnia 1948 r. (GURI nr 118 z dnia 22 maja 1948 r.).

9 — Artykuł 3 ust. 229 ustawy nr 549 z dnia 28 grudnia 1995 r. (GURI nr 302 z dnia 2 listopada 1995 r.) dla CONI oraz art. 3 ust. 75 ustawy nr 662 z dnia 23 grudnia 1996 r. (GURI nr 303 z dnia 28 grudnia 1996 r.) dla UNIRE.

z czasem ulegały zmianom. Początkowo wybór beneficjentów był uwarunkowany przejrzystością akcjonariatu zainteresowanych, z tego powodu spółki kapitałowe podlegały różnym ograniczeniom, ponieważ akcje z prawem głosu musiały być wystawione imiennie na osobę fizyczną, spółkę jawną lub komandytową i nie mogły być przenoszone w drodze zwykłego indosu [10]; spółki notowane na giełdzie nie mogły tym samym działać w tym sektorze.

18. Obecnie art. 22 ust. 11 Legge finanziaria (ustawy finansowej) na 2003 r. [11] zezwala każdej osobie prawnej na uczestniczenie w przetargach bez jakichkolwiek ograniczeń co do jej formy.

b) Zezwolenia policji

19. Aby prowadzić działalność w sektorze zakładów wzajemnych, trzeba, obok koncesji, uzyskać zezwolenie (art. 88 TULPS), które może zostać cofnięte, a którego nie udziela się nikomu, kto był skazany na niektóre kary lub za niektóre czyny zabronione, dotyczące na przykład moralności i dobrych obyczajów lub naruszające przepisy w sprawie gier losowych (art. 11 i 14 TULPS).

20. Po wydaniu zezwolenia jego posiadacz musi w każdym czasie umożliwić służbom porządkowym dostęp do pomieszczeń, w których prowadzona jest działalność, na którą wydano zezwolenie (art. 16 TULPS).

3. Sankcje

21. Ustawa nr 401 z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie interwencji w sektorze nielegalnych gier i zakładów oraz ochrony prawidłowego przebiegu zawodów sportowych [12] (zwana dalej „ustawą nr 401/89”) przewiduje pewne sankcje karne.

22. Zgodnie z art. 4 każdy, kto organizuje nielegalne gry losowe lub zakłady wza-

10 — Artykuł 2 ust. 1 lit. a) oraz art. 6 dekretu nr 174 Ministero delle Finanze z dnia 2 czerwca 1998 r. (GURI nr 129 z dnia 5 czerwca 1998 r.) dla CONI oraz art. 2 ust. 1 lit. a) oraz art. 8 dekretu nr 169 prezydenta Republiki z dnia 8 kwietnia 1998 r. (GURI nr 125 z dnia 1 czerwca 1998 r.) dla UNIRE.

11 — Ustawa nr 289 z dnia 27 grudnia 2002 r. (GURI nr 305 z dnia 31 grudnia 2002 r. zwykły dodatek nr 240).

12 — GURI nr 294 z dnia 18 grudnia 1989 r.

jemne zastrzeżone na rzecz państwa lub koncesjonariuszy oraz każdy, kto je organizuje na imprezy sportowe zarządzane przez CONI lub UNIRE, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do trzech lat; w odniesieniu do innych zawodów grozi mu kara pozbawienia wolności od trzech miesięcy do jednego roku oraz kara grzywny (ust. 1). Reklamowanie gier, o których mowa powyżej, jest zagrożone karą pozbawienia wolności do trzech miesięcy oraz karą grzywny (ust. 2); wreszcie zwykłe uczestniczenie w tych czynnościach podlega jednej z dwóch wymienionych ostatnio kar (ust. 3).

23. Rzeczony art. 4 ust. 4a i 4b [13] obejmuje sankcjami każdą osobę, która bez zezwolenia, o którym mowa w art. 88 TULPS, przyjmuje lub zbiera zakłady wszelkiego typu, zawierane na terenie Włoch lub za granicą, w tym drogą telefoniczną lub telematyczną, lub ułatwia takie działania (art. 4a) lub też przy użyciu tych samych środków przyjmuje loterie liczbowe lub inne zakłady wzajemne, bez posiadania w tym celu zezwolenia (art. 4b).

13 — Dodane przez art. 37 ust. 5 ustawy nr 388/00. W pkt 9 wyroku w sprawie Gambelli i in. mowa jest o „art. 4a" i „art. 4b", mimo że w rzeczywistości chodzi o dwa ustępy tego samego art. 4.

III — Poprzednie wyroki: wyrok w sprawie Gambelli i in. oraz odpowiedź Corte suprema di cassazione

24. Jak wskazałem na początku niniejszej opinii, Trybunał był już pytany o transgraniczny wymiar gier losowych. Do wyżej wymienionych wyroków Gambelli i in. i Zenatti należy dodać wyroki w sprawie Schindler [14] i w sprawie Läärä i in. [15], mimo że z wyjątkiem pierwszego, wyroki te koncentrują się na swobodzie świadczenia usług [16].

25. Przedmiotem sprawy braci Schindler był całkowity zakaz gier liczbowych w Zjednoczonym Królestwie; sprawa Läärä i in. dotyczyła fińskich przepisów dotyczących automatów do gry na pieniądze; w końcu sprawa Zenatti dotyczyła organizowania zakładów wzajemnych przez włoskie agencje na rzecz przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym państwie członkowskim. Ten ostatni przypa-

14 — Wyrok z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92, Rec. str. I-1039.

15 — Wyrok z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-124/97, Rec. str. I-6067.

16 — Trybunał badał także inne dziedziny: w wyroku z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-6/01 Anomar i in., Rec. str. I-8621, maszyny do gier losowych lub pieniężnych oraz w wyroku z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie C-42/02 Lindman, Rec. str. I-13519, opodatkowanie wygranych w Finlandii. Trybunał przygotowuje się do wydania orzeczenia w sprawie C-89/05 United Utilities, w której House of Lords zapytuje, czy „zwolnienie zakładów wzajemnych, o których mowa w art. 13 B lit. f) szóstej dyrektywy Rady z dnia 17 maja 1977 r. (dyrektywa 77/388/EWG), stosuje się […], gdy osoba (zwana dalej »zleceniobiorcą«) świadczy usługi na rzecz innej osoby (zwanej dalej »zleceniodawcą«) […]".

dek zawierał sporo analogii z przypadkiem leżącym u podstaw sprawy Gambelli i in. i jest zbieżny w wielu punktach z zajmującym nas obecnie przypadkiem, zwłaszcza odnośnie do okoliczności faktycznych oraz wspólnotowych i krajowych ram prawnych.

26. Należy tym samym poszukać powodów, jakie doprowadziły sądy krajowe do postawienia pytań prejudycjalnych, co wymaga wyjaśnienia wyroku w sprawie Gambelli i in. oraz zastosowania kryteriów wypracowanych przez Corte suprema di cassazione.

A — *Wyrok w sprawie Gambelli i in.*

27. Pan Gambelli i 137 innych osób zostało oskarżonych w ramach jednego postępowania karnego o nielegalne zorganizowanie gier losowych bez zezwolenia i wykorzystywanie pomieszczeń, w których bez zezwolenia realizowano zakłady wzajemne za pośrednictwem brytyjskiego bukmachera.

28. Tribunale di Ascoli Piceno zwrócił się do Trybunału w związku z wątpliwościami, jakie powziął odnośnie do zgodności z art. 43 WE i 49 WE włoskich przepisów karnych, jakie miał zastosować [17].

29. W wyroku w sprawie Gambelli i in., po zrelacjonowaniu przedłożonych wyjaśnień (pkt 25–43), zbadano kwestię przedłożoną Trybunałowi pod kątem dwóch aspektów, prawa przedsiębiorczości (pkt 44–49) oraz swobody świadczenia usług (pkt 50–58) [18].

30. W pierwszym aspekcie oparto się na sytuacji przedsiębiorstwa ze Zjednoczonego Królestwa prowadzącego działalność we Włoszech za pośrednictwem agencji włoskich (pkt 46) ze względu na to, że nie może ono działać bezpośrednio, ponieważ przepisy krajowe wykluczały przyznanie koncesji spółkom kapitałowym notowanym na giełdzie w innych państwach członkowskich —

17 — Sąd postawił następujące pytanie: „Czy zachodzi niezgodność (ze skutkami, jakie pociąga ona w prawie włoskim) z jednej strony pomiędzy art. 43 i nast. oraz art. 49 i nast. traktatu WE dotyczącymi transgranicznej swobody przedsiębiorczości oraz transgranicznej swobody świadczenia usług, a z drugiej strony uregulowaniem krajowym, takim jak ustawodawstwo włoskie ujęte w art. 4 ust. 1 i nast., art. 4a i 4b ustawy nr 401/89 (zmienionej ostatnio art. 37 ust. 5 ustawy nr 388 z dnia 23 grudnia 2000 r.), które zakazuje — pod groźbą sankcji karnych — prowadzenia działalności, przez każdego i w każdym miejscu, zbierania, przyjmowania, rejestrowania i przekazywania propozycji zakładów wzajemnych, zwłaszcza dla imprez sportowych, przy niespełnieniu warunków koncesji i zezwolenia wymaganych przez prawo krajowe?".

18 — W swojej opinii rzecznik generalny S. Alber uważa, że centra transmisji danych nie stanowią filii przedsiębiorstwa brytyjskiego, ale działają w oparciu o świadczenie usług (pkt 87), co doprowadziło go do zaproponowania odpowiedzi ograniczonej do swobody świadczenia usług.

a tak było w tym przypadku — co oznaczało przeszkodę dla prawa przedsiębiorczości (pkt 48).

31. Odnośnie do drugiego aspektu pogłębiono analizę celem doprecyzowania, że przepisy włoskie ograniczały swobodę świadczenia usług na trzech poziomach: a) podmiotu brytyjskiego, przyjmującego zakłady wzajemne pochodzące z Włoch, która to działalność w rozumieniu art. 50 WE (pkt 52) stanowiła „usługi", nawet jeśli te propozycje były wysyłane przez Internet (pkt 53 i 54); b) obywateli włoskich, którzy dokonywali przelewów stawek zakładów, narażając się tym samym na sankcje karne (pkt 55–57), i wreszcie c) pośredników, którzy również podlegali prawu karnemu (pkt 58).

32. W konsekwencji w wyroku stwierdzono, że art. 4 ustawy nr 401/89 ogranicza swobodę przedsiębiorczości oraz swobodę świadczenia usług (pkt 59) oraz że konieczne jest sprawdzenie, czy takie ograniczenia mogą być dopuszczalne na podstawie jednego z wyłączeń, o których mowa w art. 45 WE i 46 WE, lub nadrzędnych wymogów interesu ogólnego (pkt 60).

33. Żaden z tych dwóch wyjątków nie obejmuje zmniejszenia wpływów fiskalnych (pkt 61) lub finansowania akcji społecznych poprzez pobieranie opłaty od wpływów, które powinny „stanowić […] dodatkowy korzystny skutek" (pkt 62).

34. Ograniczenia muszą spełniać warunki wynikające z orzecznictwa (pkt 64). Po ich wyliczeniu (pkt 65) w wyroku w sprawie Gambelli i in. pozostawiono sądowi krajowemu ocenę, czy są one spełnione w rozpatrywanej sprawie [19], i wskazano w tym celu niektóre parametry (pkt 66). Konieczne jest, aby przeszkody:

— były oparte na nadrzędnych wymogach interesu ogólnego, takich jak „ochrona konsumentów", „zapobieganie oszustwom", zniechęcanie do ponoszenia „zbyt wysokich wydatków […] na grę" czy walka z „zakłóceniami porządku społecznego", z zastrzeżeniem, że przyjęte środki przyczyniają się do „ograniczenia działalności w zakresie zakładów wzajemnych w sposób spójny i systematyczny" (pkt 67); tym samym w sytuacji gdy państwo realizuje politykę silnej

19 — Punkt 37 wyroku w sprawie Zenatti w podobny sposób pozostawił sądowi krajowemu sprawdzenie, czy ustawodawstwo krajowe jest uzasadnione i czy nałożone ograniczenia nie są nieproporcjonalne. W swojej opinii w sprawie Gambelli i in. rzecznik generalny S. Alber potwierdził, że do tej pory to do sądów krajowych należało przeprowadzenie tego badania, podkreślając równocześnie, że „najwyraźniej zdaje się to sprawiać im pewne trudności" (pkt 116).

ekspansji zakładów wzajemnych w celu osiągania z nich zysków ekonomicznych, nie ma prawa powoływać się na wzgląd społecznego porządku publicznego polegający na konieczności ograniczenia sposobności do gry (pkt 68 i 69) [20];

— były stosowane w ten sam sposób i w oparciu o te same kryteria w stosunku do wszystkich podmiotów wspólnotowych (pkt 70), przy czym zaznaczono, że zasada niedyskryminacji nie byłaby przestrzegana, jeśli łatwiej byłoby je spełnić podmiotom włoskim (pkt 71);

— nie wykraczały poza to, co konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu. Tej proporcjonalności należy przestrzegać odnośnie do sankcji nakładanych na osoby dokonujące zakładów wzajemnych (pkt 72) oraz do pośredników, którzy ułatwiają świadczenie usług przez bukmachera mającego siedzibę w innym państwie członkowskim (pkt 73), jak również odnośnie do możliwości otrzymania koncesji na prowadzenie gier przez spółki kapitałowe notowane na rynkach reglamentowanych innych państw członkowskich (pkt 74).

20 — Należy zauważyć, że mimo iż wyrok powierzył sędziemu krajowemu obowiązek oceny, czy w sprawie przed sądem krajowym zostały spełnione kryteria wypracowane przez orzecznictwo, Trybunał sam skorzystał w tym zakresie ze swobody wyrażenia swojego stanowiska.

B — *Odpowiedź Corte suprema di cassazione*

35. Kilka miesięcy po ogłoszeniu wyroku w sprawie Gambelli i in. Corte suprema di cassazione miał okazję wcielić w życie te zasady w ramach skargi prokuratora na postanowienie Tribunale di Prato z dnia 15 lipca 2003 r., który w postępowaniu karnym przeciwko Gesualdi i in. o wykroczenie, o którym mowa w art. 4 ust. 4a ustawy nr 401/89, stwierdził nieważność zajęcia centrów zarządzanych przez zatrzymanych na tej podstawie, że wyżej wspomniany przepis naruszał prawo wspólnotowe [21].

36. Włoski sąd najwyższy wciąż utrzymywał, że przepisy krajowe są zgodne z zasadami wspólnotowymi [22]. Wyrok w sprawie Gambelli i in. spowodował przekazanie sprawy do Sezioni unite penali (pełny skład izb karnych), na wniosek trzeciej izby, której została przydzielona. W sprawie tej wydano wyrok nr 111/04 z dnia 26 kwietnia

21 — Jak wynika z wyroku Corte suprema di cassazione, Tribunale di Prato wypowiedział się w ten sposób, ponieważ ustawodawstwo wewnętrzne nie było uzasadnione; z jednej strony nie dawało żadnej gwarancji ochrony porządku publicznego, ponieważ zamiast ograniczać możliwości gry, zwiększało liczbę zakładów i osób upoważnionych do prowadzenia tej działalności; z drugiej strony nie zmierzało także do wzmocnienia bezpieczeństwa publicznego, ponieważ było pozbawione środków dla zapobieżenia infiltracji przez związki kryminalne. Dla Tribunale di Prato jedynie interes finansowy państwa wyznaczał ograniczenia wspólnotowych swobód.

22 — Wyroki Sezioni III nr 124 z dnia 27 marca 2000 r. w sprawie Foglia, rv. 216223; nr 7764 z dnia 4 lipca 2000 r. w sprawie Vicentini, rv. 216986 oraz nr 36206 z dnia 6 października 2001 r. w sprawie Publiese, rv. 220112.

2004 r. [23] (zwany dalej „wyrokiem w sprawie Gesualdi").

37. W wyroku w sprawie Gesualdi nie zastosowano odejścia od rozważań zawartych w wyroku w sprawie Gambelli i in., które zaliczono do jednolitego orzecznictwa (pkt 11.1); zawarto w nim jednak dwie nowości: dotyczącą swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług w dziedzinie gier losowych oraz nowość, zgodnie z którą art. 4 ustawy nr 401/89 został wyraźnie uznany za ograniczenie tych swobód (pkt 11.2.3).

38. Następnie przyjmując za punkt wyjścia informację, że ustawodawca włoski od lat prowadzi ekspansywną politykę w tym sektorze w celu zwiększenia dochodów budżetowych, potwierdzono w wyroku, że takie podejście jest zgodne z celami porządku i bezpieczeństwa publicznego uzasadniającymi ograniczenia swobód wspólnotowych, zważywszy, że przepisy dotyczące gier nie zmierzały do ograniczenia podaży i popytu, ale do ich skupienia w obszarach podlegających kontroli w celu zapobieżenia przestępstwom (pkt 11.2.3).

39. W tym kontekście Corte suprema di cassazione odrzucił argument, zgodnie z którym bukmacher brytyjski podlegał już nadzorowi państwa członkowskiego, a to na podstawie, że zezwolenie wydane przez to państwo miało powiązanie terytorialne i że na szczeblu wspólnotowym nie kwestionuje się stosowania systemu koncesji dla zakładów wzajemnych (pkt 11.2.4).

40. Podniesiono także, że system włoski jest oparty na dwóch filarach: koncesji i zezwoleniu. Względy interesu ogólnego uzasadniające ograniczenia co do koncesji są oczywiste, przynajmniej częściowo. Względy te w odniesieniu do zezwolenia wynikają natomiast ze zgromadzenia różnych subiektywnych elementów zmierzających w kierunku kontroli prewencyjnej i stałego nadzoru mającego na celu zwalczanie zjawisk przestępczych, takich jak oszustwa, pranie brudnych pieniędzy czy lichwa (pkt 11.2.5).

41. W celu oceny, czy przeszkody te są właściwe i proporcjonalne, w wyroku w sprawie Gesualdi dokonano rozróżnienia pomiędzy zezwoleniami oraz sankcjami karnymi, stwierdzając, że do sądu nie należy orzekanie w przedmiocie właściwości lub surowości kar (pkt 12).

23 — Wyrok ten został dołączony w załączniku 6 do uwag M. Placaniki i można się z nim zapoznać na http://www.ictlex.net/index.php/2004/04/26/cass-su-sent-11104/.

42. Włoski sąd najwyższy odrzucił także dyskryminacyjny charakter przepisów krajowych na tej podstawie, że przepisy gwarantujące przejrzystość akcjonariatu koncesjonariuszy dotyczą w ten sam sposób podmiotów krajowych i zagranicznych. Poza tym od dnia 1 stycznia 2004 r. wszystkie spółki kapitałowe są uprawnione do uczestniczenia w przetargach, jako że istniejące w tej dziedzinie przeszkody zostały zniesione (pkt 13).

43. Wreszcie stwierdził, że nieistotny jest argument dotyczący wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji, o których mowa w art. 47 WE (pkt 14).

44. Mając powyższe na względzie, sąd orzekł, że art. 4 ustawy nr 401/89, a przede wszystkim przepisy art. 4a w związku z art. 88 TULPS, nie są sprzeczne ze wspólnotowymi zasadami swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług (pkt 15) [24].

24 — Consiglio di Stato orzekła w ten sam sposób w swoich orzeczeniach z dnia 1 marca 2005 r. (N. 5203/2005, skarga NRG. 4587 z 2004 r.) oraz z dnia 14 czerwca 2005 r. (N. 5898/2005, skarga NRG. 2715 z 1998 r.).

IV — Okoliczności faktyczne sporów przed sądami krajowymi

45. Podobieństwo między okolicznościami poprzedzającymi sprawy Zenatti oraz Gambell i in. z jednej strony, a z drugiej strony sprawami przed sądami krajowymi, które legły u podstaw niniejszych pytań prejudycjalnych, ułatwia opis kontekstu faktycznego, który można ograniczyć do kilku zwięzłych objaśnień.

46. „Centra transmisji danych" działają w publicznie dostępnych lokalach i udostępniają różne urządzenia telematyczne pozwalające na dostęp do serwerów operatorów zakładów wzajemnych mających siedzibę w innych państwach członkowskich. W zakładach tych zainteresowany proponuje zakład, otrzymuje potwierdzenie, wpłaca swoją stawkę zakładu i w razie wygranej pobiera zyski.

47. Przedsiębiorstwa te są zarządzane przez niezależne podmioty, które jedynie umożliwiają przyjmowanie zakładów wzajemnych, występując jako pośrednicy pomiędzy jednostkami a bukmacherami, z którymi są związani na podstawie umów [25].

25 — Według Tribunale di Teramo oskarżony „otrzymywał w swojej agencji listy zawodów sportowych i notowania z nimi związane, wysyłane przez angielską spółkę zarządzającą i informował o nich publiczność, następnie przyjmował proponowane przez osoby zakłady i przekazywał dane dotyczące zakładów [wyżej wspomnianej] spółce".

48. Massimiliano Placanica, Christian Palazzese i Angelo Sorrichio prowadzą biura tego typu na rzecz Stanley International Betting Ltd., z siedzibą w Liverpoolu, w celu wykonywania rzeczonej działalności w Zjednoczonym Królestwie i za granicą spółka ta posiada zezwolenie wydane przez władze tego miasta [26]; nie posiada ona zezwolenia we Włoszech, które pozwoliłoby jej na prowadzenie tam działalności przez okres sześciu lat, odnawialnego na okres kolejnych sześciu lat; spółka starała się uzyskać takie zezwolenie w ramach przetargu przeprowadzonego w tym kraju w 1999 r., z którego została wykluczona, ponieważ chodziło o spółkę kapitałową notowaną na giełdzie.

49. Prokurator wszczął przeciwko M. Placanice postępowanie karne przed Tribunale di Larino, w ramach którego oskarżył go o popełnienie przestępstwa, o którym mowa w art. 4 ust. 4a ustawy nr 401/89, na tej podstawie, że jako jedyny zarządzający spółki Neo Service Srl zbierał bez zezwolenia drogą telematyczną zakłady sportowe oraz inne zakłady na rzecz Stanley International Betting Ltd.

50. Przed Tribunale di Teramo wpłynęła analogiczna sprawa przeciwko Ch. Palazzese i A. Sorricchiowi, którzy także zarządzali zakładami wzajemnymi na rzecz spółki angielskiej, z tym że przed rozpoczęciem tej działalności wystąpili do Questura (prefektura policji) w Atri z wnioskiem o wydanie zezwolenia, ale nie otrzymali odpowiedzi.

V — Pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

51. Tribunale di Larino zawiesił postępowanie, ponieważ powziął wątpliwości, czy system koncesji jest uzasadniony skupieniem gier losowych w podlegających kontroli obszarach. W postanowieniu z dnia 8 lipca 2004 r., które stało się podstawą sprawy C-338/04, zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem:

„Czy Trybunał uważa postanowienia art. 4 ust. 4a ustawy nr 401/89 za zgodne z zasadami wyrażonymi w art. 43 [WE] i nast. oraz art. 49 WE, dotyczącymi swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług transgranicznych, mając na względzie rozbieżności w ich wykładni pomiędzy orzeczeniami Trybunału Sprawiedliwości (w szczególności w wyroku w sprawie Gambelli i in.) a orzeczniem Corte suprema di cassazione, Sezioni Unite nr 2327/04; w szczególno-

26 — Punkty 10 i 11 opinii rzecznika generalnego S. Albera oraz pkt 12 i 14 wyroku w sprawie Gambelli i in. przedstawiają szczegółowo cechy wyżej wspomnianej spółki i sposób jej działania na rynku włoskim.

ści oczekuje się od Trybunału wyjaśnienia, czy we Włoszech należy stosować przepisy karne przywołane w akcie oskarżenia, będące podstawą zarzutów przedstawionych Massimilianowi Placanice".

52. Dwoma postanowieniami o podobnej treści z dnia 23 lipca 2004 r., które stały się podstawą spraw C-359/04 oraz C-360/04, Tribunale di Teramo także zawiesił toczące się przed nim postępowania i pod kątem warunków uczestnictwa w przetargach na otrzymanie koncesji zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem:

„Czy możliwa jest taka wykładnia art. 43 akapit pierwszy [WE] i art. 49 akapit pierwszy WE, która pozwala państwom członkowskim na czasowe odstępstwo (na okres od 6 do 12 lat) od stosowania zasady swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług na terytorium Unii Europejskiej poprzez:

1) udzielenie niektórym podmiotom koncesji na wykonywanie określonych rodzajów działalności polegającej na świadczeniu usług, przez okres od 6 do 12 lat, na podstawie regulacji prawnej, która wykluczała z przetargów pewne grupy kandydatów (niebędących podmiotami włoskimi);

2) następnie zmianę tej regulacji prawnej po spostrzeżeniu, że jest ona sprzeczna z zasadami wyrażonymi w art. 43 [WE] i art. 49 WE, w celu umożliwienia w przyszłości wzięcia udziału w przetargach podmiotom, które były z nich uprzednio wykluczone;

3) zaniechanie cofnięcia koncesji wydanych na podstawie poprzednio obowiązującej regulacji prawnej, która — jak wspomniano wyżej — została uznana za naruszającą zasadę swobody przedsiębiorczości i zasadę swobody świadczenia usług, i nieogłoszenie nowego przetargu na podstawie nowej regulacji, zgodnej już z powołanymi wyżej zasadami;

4) kontynuowanie ścigania karnego podmiotów prowadzących działalność w powiązaniu z podmiotami, które [pomimo] uprawnień do wykonywania danej działalności na terenie państwa członkowskiego ich siedziby, nie mogły ubiegać się o koncesję z powodu tych ograniczeń zawartych w poprzednio obowiązujących przepisach prawnych, które zostały następnie uchylone?".

53. Postanowieniem z dnia 14 października 2004 r. prezes Trybunału zarządził połączenie spraw C-359/04 i C-360/04, do których dołączył sprawę C-338/04 postanowieniem z dnia 27 stycznia 2006 r. [27].

54. W sprawie C-338/04 Placanica rządy belgijski, niemiecki, hiszpański, francuski, włoski, austriacki, portugalski i fiński oraz Komisja przedstawili uwagi pisemne w terminie przewidzianym w art. 23 statutu; w sprawach C-359/04 i C-360/04 uwagi przedstawili Ch. Palazzese i A. Sorrichio, rządy hiszpański, włoski, austriacki i portugalski oraz Komisja Wspólnot Europejskich.

55. W trakcie rozprawy w dniu 7 marca 2006 r. pełnomocnicy M. Placaniki, Ch. Palazzese i A. Sorrichia oraz rządów belgijskiego, hiszpańskiego, francuskiego, włoskiego i portugalskiego, a także Komisji ustnie przedstawili swoje stanowiska.

56. Należy wreszcie wskazać, że Trybunał został również powołany do rozstrzygnięcia sprawy C-260/04, u podstaw której leży skarga o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego wniesiona przez Komisję przeciwko Republice Włoskiej, dotycząca systemu koncesjonowania usług zbierania i przyjmowania zakładów na wyścigi konne [28].

VI — Dopuszczalność pytań prejudycjalnych

A — *Sens pytań prejudycjalnych*

57. Sprawy przed obydwoma sądami krajowymi mają ten sam punkt wyjścia, czyli postępowanie karne wszczęte przeciwko działalności pośrednictwa w zakresie zakładów wzajemnych, wykonywanej bez koncesji ani zezwolenia, i to samo zakończenie, czyli wątpliwości podniesione wobec zgodności przepisów krajowych ze swobodą przedsiębiorczości i świadczenia usług; podążają jednak innymi ścieżkami.

58. Tribunale di Larino nie zgadza się z zastosowaniem orzecznictwa Gambelli i in. przez Corte suprema di cassazione, ponie-

27 — Podobne postanowienia odsyłające, również od sądów włoskich, oczekują na rozwiązanie niniejszego sporu (sprawy C-395/05 D'Antonio i in.; C-397/05 Di Maggio i Buccola oraz C-466/05 Damonte).

28 — Dz.U. 2004, C 217, str. 14.

waż nie wydaje się przekonany, aby przepisy krajowe miały na celu kontrolę porządku publicznego i unikały dyskryminacji podmiotów z innych państw członkowskich.

59. Tribunale di Teramo kładzie nacisk na okoliczności, które sprawiły, że bukmacher, na rzecz którego pracowali oskarżeni, nie mógł otrzymać upoważnienia przed wygaśnięciem zezwoleń wydanych w 1999 r. W zakresie, w jakim ten upływ czasu powoduje „czasowe wyłączenie" podstawowych swobód wspólnotowych, Tribunale di Teramo wątpi w jego prawną zasadność.

60. Te wyjaśnienia ułatwią zbadanie przeszkód, jakie powstały odnośnie do kwestii niezwiązanych z istotą wniosków o wydanie orzeczeń w trybie prejudycjalnym.

B — *Podniesiony problem*

61. Rządy, które przedstawiły uwagi w sprawie C-338/04, z wyjątkiem rządu belgijskiego, uważają, że pytanie prejudycjalne jest niedopuszczalne, aczkolwiek z różnych powodów. Pełnomocnicy rządu portugalskiego i fińskiego uważają, że nie zawiera ono wystarczających informacji, by umożliwić udzielenie odpowiedzi; według przedstawicieli rządu niemieckiego, hiszpańskiego, francuskiego i włoskiego pytanie dotyczy wykładni prawa krajowego, a nie wspólnotowego; rzecznik rządu austriackiego uważa, że pytanie jest identyczne jak pytanie, które legło u podstaw wyroku w sprawie Gambelli i in., i proponuje, aby Trybunał wydał postanowienie na podstawie art. 104 § 3 regulaminu; sugestię tę powtarzają dodatkowo rządy niemiecki, włoski i fiński.

62. W sprawach C-359/04 i C-360/04 rządy hiszpański i włoski powtarzają argument sformułowany w tamtej sprawie na poparcie niedopuszczalności; rząd włoski proponuje, na wypadek niestwierdzenia niedopuszczalności, wyżej wspomniane postanowienie na podstawie art. 104 § 3 regulaminu.

63. W tych okolicznościach należy zbadać, czy Trybunał powinien dopuścić wnioski o wydanie orzeczeń prejudycjalnych.

C — *Stawiane zarzuty niedopuszczalności*

1. Formalna poprawność postanowienia odsyłającego

64. Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że musi orzekać w sprawie pytań prejudycjalnych, z wyjątkiem sytuacji, gdy interpretacja lub ocena ważności zasady wspólnotowej, o które do niego wystąpiono, pozostaje w sposób oczywisty bez związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem postępowania przed sądem krajowym bądź gdy problem ma charakter hipotetyczny lub też gdy Trybunał nie dysponuje informacjami, co do okoliczności faktycznych i prawnych niezbędnymi do udzielenia przydatnej odpowiedzi [29].

65. Należy przypomnieć, że w celu umożliwienia skutecznej analizy sąd krajowy musi zakreślić ramy faktyczne i prawne, w które wpisują się postawione przez niego pytania, lub przynajmniej wyjaśnić założenia faktyczne, na których pytania te są oparte [30], oraz wskazać powody, które doprowadziły go do wyboru drogi współpracy prejudycjalnej, oraz choćby minimum wyjaśnień dotyczących powodów wyboru przepisów wspólnotowych, o których wykładnię się zwraca, oraz ich związku z ustawodawstwem krajowym [31].

66. Wymogi te mają umożliwić Trybunałowi znalezienie użytecznej odpowiedzi [32] i pozwolić rządom państw członkowskich i zainteresowanym na przedstawienie uwag zgodnie z art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości [33].

67. W niniejszej sprawie postanowienia odsyłające spełniają w sposób prawnie wystarczający wyżej wymienione warunki, ponieważ analizują powstanie pytania tak od stron faktycznej, jak i prawnej. Nie zawierają co prawda zapisów odnośnych przepisów włoskich, ale można zaradzić temu brakowi poprzez odniesienie się do wyroku w sprawie Gambelli i in. Poza tym uwidaczniają istotę

29 — Wyroki: z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 Bosman, Rec. str. I-4921, pkt 59–61; z dnia 5 czerwca 1997 r. w sprawie C-105/94 Celestini, Rec. str. I-2971, pkt 22; z dnia 7 września 1999 r. w sprawie C-355/97 Beck i Bergdorf, Rec. str. I-4977, pkt 22; z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie C-36/99 Idéal tourisme, Rec. str. I-6049, pkt 20; z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-35/99 Arduino, Rec. str. I-1529, pkt 24 i 25; z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 Korhonen i in., Rec. str. I-5321, pkt 19 i 20; z dnia 9 września 2003 r. w sprawie C-137/00 Milk Marque i National Farmers' Union, Rec. str. I-7975, pkt 37; z dnia 25 marca 2004 r. w sprawach połączonych od C-480/00 do C-482/00, C-484/00, od C-489/00 do C-491/00 i od C-497/00 do C-499/00 Azienda Agricola Ettore Ribaldi i in., Rec. str. I-2943, pkt 72, oraz z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-316/04 Stichting Zuid-Hollandse Miliefederatie, Zb.Orz. str. I-9759, pkt 29 i 30.

30 — Postanowienie z dnia 8 października 2002 r. w sprawie C-190/02 Viacom, Rec. str. I-8287, pkt 15, oraz wyroki: z dnia 17 lutego 2005 r. w sprawie C-134/03 Viacom Outdoor, Zb.Orz. str. I-1167, pkt 22; z dnia 12 kwietnia 2005 r. w sprawie C-145/03 Keller, Zb.Orz. str. I-2529, pkt 29; z dnia 6 grudnia 2005 r. w sprawach połączonych C-453/03, C-11/04, C-12/04 i C-194/04 ABNA i in., Zb.Orz. str. I-10423, pkt 45.

31 — Wyżej wymienione postanowienie w sprawie Viacom, pkt 16; wyroki: z dnia 16 grudnia 1981 r. w sprawie 244/80 Foglia, Rec. str. 3045, pkt 17; z dnia 12 czerwca 1986 r. w sprawach połączonych 98/85, 162/85 i 258/85 Bertini i in., Rec. str. 1885, pkt 6; z dnia 17 maja 1994 r. w sprawie C-18/93 Corsica Feries, Rec. str. I-1783, pkt 14; z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie C-258/98 Carra i in., Rec. str. I-4217, pkt 19, oraz z dnia 21 stycznia 2003 r. w sprawie C-318/00 Bacardi-Martini i Cellier des Dauphins, Rec. str. I-905, pkt 43.

32 — Wyrok z dnia 26 stycznia 1993 r. w sprawach połączonych od C-320/90 do C-322/90 Telemarsicabruzzo i in., Rec. str. I-393, pkt 6.

33 — Postanowienia: z dnia 30 kwietnia 1998 r. w sprawach połączonych C-128/97 i C-137/97 Testa i Modesti, Rec. str. I-2181, pkt 6; z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie C-422/98 Colonia Versicherung i in., Rec. str. I-1279, pkt 5; z dnia 11 maja 1999 r. w sprawie C-325/98 Anssens, Rec. str. I-2969, pkt 8; dnia 28 czerwca 2000 r. w sprawie C-116/00 Laguillaumie, Rec. str. I-4979, pkt 15; oraz ww. w sprawie Viacom, pkt 14; jak również wyroki z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-67/96 Albany, Rec. str. I-5751, pkt 40; z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-207/01 Altair Chimica, Rec. str. I-8875, pkt 25, oraz ww. wyrok w sprawie Keller, pkt 30.

debaty poprzez skoncentrowanie się na różnicy pomiędzy tym wyrokiem Trybunału, a argumentacją wypracowaną przez Corte suprema di cassazione, precyzując w ten sposób, w jakim zakresie wykładnia, o jaką występują, ma znaczenie dla zawisłego sporu.

4. Stosowanie przepisów krajowych

68. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach podziału kompetencji między Trybunałem a sądami krajowymi, do sądów krajowych należy dokonanie wykładni i stosowanie prawa krajowego oraz ocena jego zakresu i zgodności ze wspólnotowym porządkiem prawnym [34], z zastrzeżeniem przypadku szczególnego, gdy ustawodawca krajowy, w celu uregulowania czysto wewnętrznych spraw, odsyła do przepisów wspólnotowych [35].

69. Nie sądzę, aby należało stwierdzić niedopuszczalność pytań przedstawionych w niniejszej sprawie, nawet jeśli brzmienie postanowienia Tribunale di Larino zdaje się odpowiadać hipotezie stawianej przez wyżej wspomniane państwa.

70. Zwykła zmiana porządku użytych wyrażeń pozwala bowiem na przeformułowanie pytania z punktu widzenia wspólnotowego, tak że nie będzie już chodziło o badanie, czy art. 4 ust. 4a ustawy nr 401/89 da się pogodzić z art. 43 WE i 49 WE — co jest dosłownym brzmieniem postanowienia — ale o analizę znaczenia tych przepisów traktatu w celu ich powiązania z zasadami wewnętrznymi i okolicznościami leżącymi u podstaw sporu, nawet gdy podniesiony problem, który zostanie zbadany dalej, wynika w rzeczywistości z wyrażonej przez sąd włoski niezgody z Corte suprema di cassazione.

71. Tribunale di Teramo ze swojej strony zwraca uwagę na zmiany krajowego systemu obowiązującego w dziedzinie przyznawania koncesji na prowadzenie zakładów wzajemnych, zmierzające do umożliwienia każdej spółce kapitałowej uczestniczenia w przyszłych przetargach, jak tylko wygasną koncesje wydane w ramach postępowań wydawania koncesji, w których nie mogły uczestniczyć. Te kwestie wydają się związane ze swobodami wspólnotowymi i nie zostały poruszone w wyroku wydanym w sprawie Gambelli i in.

34 — Wyroki z dnia 13 marca 1986 r. w sprawie 296/84 Sinatra, Rec. str. 1047, pkt 11; z dnia 21 stycznia 1993 r. w sprawie C-188/91 Deutsche Shell, Rec. str. I-363, pkt 27; z dnia 7 dnia grudnia 1995 r. w sprawie C-45/94 Ayuntamiento de Ceuta, Rec. str. I-4385, pkt 26; z dnia 26 września 1996 r. w sprawie C-341/94 Allain, Rec. str. I-4631, pkt 11; z dnia 24 października 1996 r. w sprawie C-435/93 Dietz, Rec. str. I-5223, pkt 39; z dnia 30 kwietnia 1998 r. w sprawie C-136/95 Thibault, Rec. str. I-2011, pkt 21, lub z dnia 19 stycznia 2006 r. w sprawie C-265/04 Bouanich, Zb.Orz. str. I-923, pkt 51.

35 — Wyroki: z dnia 26 września 1985 r. w sprawie 166/84 Thomasdünger, Rec. str. 3001; z dnia 8 listopada 1990 r. w sprawie C-231/89 Gmurzynska-Bscher, Rec. str. I-4003; z dnia 24 stycznia 1991 r. w sprawie C-384/89 Tomatis i Fulchiron, Rec. str. I-127; z dnia 28 marca 1995 r. w sprawie C-346/93 Kleinwort Benson, Rec. str. I-615; z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-28/95 Leur-Bloem, Rec. str. I-4161; zob. także wyrok z dnia 17 marca 2005 r. w sprawie C-170/03 Feron, Zb.Orz. str. I-2299. M.E. Bartolini, „La competenza delle Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale »modellato« sulla normativa comunitaria", *Il diritto dell'Unione europea*, załącznik szósty, nr 2–3, 2001, str. 311–349.

72. Poza tym do sądu wspólnotowego należy dostarczenie wszelkich użytecznych wyjaśnień odnośnie do przepisów wspólnotowych w celu ułatwienia ich oceny w spornej sprawie [36].

3. Rozstrzygnięcie w sprawie pytania prejudycjalnego w drodze postanowienia

73. Artykuł 104 § 3 regulaminu pozwala Trybunałowi, z przyczyn ekonomiki postępowania, na wydanie postanowienia z uzasadnieniem, jeśli pytanie prejudycjalne jest identyczne z pytaniem, w przedmiocie którego Trybunał już orzekał, lub jeśli odpowiedź na to pytanie może być jednoznacznie wyprowadzona z orzecznictwa lub gdy odpowiedź nie pozostawia żadnej uzasadnionej wątpliwości.

74. Trybunał ostrożnie korzysta z tego mechanizmu [37], zważywszy, że oznacza to stosowanie procedur, które ograniczają prawa do obrony. Z tego powodu, gdy tylko istnieje zastrzeżenie w stosunku do występowania wszystkich przesłanek, rezygnuje się z jego stosowania.

75. W niniejszej opinii wskazuję na pewne analogie ze sprawą Gambelli i in., jednak ich stwierdzenie nie wystarcza, by uzasadnić zakończenie postępowania prejudycjalnego postanowieniem zawierającym odwołania do wcześniejszych orzeczeń. Sądy krajowe nie chcą się dowiedzieć tego, co już wiedzą, ale pragną otrzymać wyjaśnienia odnośnie do wyroku w sprawie Gambelli i in., który — nie zapominajmy — nastąpił w ślad za wyrokiem w sprawie Zenatti. Niedogodności, jakie napotykają sądy włoskie, pozostaną, jeśli Trybunał ograniczy się do przypomnienia swojego orzecznictwa [38].

D — *Właściwość Trybunału*

76. Moim zdaniem właściwe pytanie dotyczy tego, czy Trybunał jest właściwy do rozpa-

36 — Wyroki: z dnia 30 kwietnia 1998 r. w sprawach połączonych C-37/96 i C-38/96 Sodiprem i in., Rec. str. I-2039, pkt 22, oraz z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. str. I-5409, pkt 48.

37 — Przykłady zastosowania art. 104 § 3 regulaminu znajdują się w postanowieniach z dnia 26 maja 2005 r. w sprawie C-297/03 Sozialhilfeverband Rohrbach, Zb.Orz. str. I-4305, oraz z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-177/05 Guerrero Pecino, Zb.Orz. str. I-10887, które zostały oparte na okoliczności, że odpowiedź można było jasno wydedukować z wcześniejszych decyzji, i w postanowieniach z dnia 14 lipca 2005 r. w sprawie C-52/04 Personatlat der Feuerwehr Hamburg, Zb.Orz. str. I-7111, oraz z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie C-447/04 Ostermann, Zb.Orz. str. I-10407, których podstawą jest brak rozsądnych wątpliwości. Inne kryterium przewidziane w tym przepisie — identyczność pytań — pojawia się rzadko; znajdujemy je jednak w postanowieniu z dnia 7 lipca 1998 r. w sprawach połączonych od C-405/96 do C-408/96 Beton Express i in., Rec. str. I-4253.

38 — Część szósta uwag M. Placaniki i Ch. Palazzese oraz część druga, rozdział dziewiąty uwag A. Sorrichia opisują rozbieżności wykładni pomiędzy sądami krajowymi. W przypisie 27 wspomniałem inne podobne wnioski o wydanie orzeczeń prejudycjalnych, pochodzące także od sądów włoskich, które czekają na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

trzenia pytań prejudycjalnych, gdy są oparte na braku zgody niższych instancji ze sposobem, w jaki Corte suprema di cassazione zastosował kryteria wypracowane w wyroku w sprawie Gambelli i in. [39]. Innymi słowy chodzi o ustalenie, czy do kompetencji Trybunału należy usuwanie rozbieżności pojawiających się między sądami krajowymi, w trakcie dokonywania przez nie wykładni przepisów wspólnotowych w celu sprawdzenia zgodności z wewnętrznymi regulacjami, w sytuacji gdy Trybunał udzielił już wskazań, jakimi należy się kierować przy rozstrzyganiu tych kwestii.

77. Różne argumenty przemawiają na rzecz odmownej odpowiedzi na to pytanie. Po pierwsze, w dziedzinie wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wykładnia przepisów wewnętrznych należy do sądu państwa członkowskiego, będącemu w lepszej sytuacji dla przeprowadzenia tego zadania — zawsze w świetle zawieszonego postępowania, przy uwzględnieniu elementów wykładni dostarczonych przez Trybunał.

78. Zgodnie z tą zasadą w wyroku w sprawie Gambelli i in. wyraźnie wezwano sądy włoskie do oceny, czy w przepisach prawa, które stosują, poszanowane są swobody wspólnotowe [40].

79. Po drugie, jeśli sędziowie dojdą do różnych lub sprzecznych wniosków, to do ich własnego porządku prawnego należy zastosowanie instrumentów pozwalających na ujednolicenie stanowisk. W tym względzie decyzja sądu najwyższego wiąże niższe instancje, które nie mają uprawnień do zwrócenia się, idąc na skróty, do europejskiego wymiaru sprawiedliwości, zważywszy, że traktat nie przewiduje żadnego bezpośredniego środka odwoławczego od decyzji sądów krajowych, nawet jeśli orzekając w ostatniej instancji, stosują prawo Unii w sposób nieprawidłowy [41].

80. Jednak pomimo swojej relatywnej prostoty proponowane powyżej rozwiązanie budzi poważne zastrzeżenia.

81. Przede wszystkim w przypadku gdy Trybunał zobowiązuje sądy państw członkowskich do oceny przepisów wewnętrznych w świetle zasad wspólnotowych, nie rezygnuje z posiadanych przez siebie w tej dziedzinie uprawnień [42], ale stosuje zasady, które

39 — Tribunale di Teramo zrelatywizował tę niezgodność, wprowadzając, jak to już sygnalizowałem, nowe aspekty. Dotyczące tego kontrowersje zostały podniesione w doktrynie; A.S. Botella „La responsabilité du juge national", *Revue trimestrielle de droit européen*, nr 2, 2004, str. 307, wspomina ewentualne rozbieżności pomiędzy różnymi szczeblami jurysdykcji lub sądami tego samego szczebla, podając przykład francuski.

40 — Zobacz w szczególności pkt 66, 71, 73 i 75.

41 — W opinii, która poprzedziła wydanie wyroku z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-224/01 Köbler, Rec. str. I-10239, rzecznik generalny P. Léger przypomniał, że Trybunał w 1975 r. w swoich sugestiach na temat Unii Europejskiej stwierdził, że warto byłoby przewidzieć w traktacie właściwą gwarancję dla przestrzegania praw jednostek w razie naruszenia art. 234 WE przez sądy najwyższe, przypis 126.

42 — F. Ossenbühl, „Der Entwurf eines Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland — Verfassungs- und europarechtliche Fragen", *Deutsches Verwaltungsblatt*, lipiec 2003, str. 892, podnosi, że nawet jeśli sądy krajowe mogą kontrolować z jednej strony zasadność usprawiedliwień przedstawianych przez państwa członkowskie na uzasadnienie ograniczeń krajowych, a z drugiej strony przestrzeganie zasady proporcjonalności, to Trybunał nie porzucił całkowicie tej kontroli: uważa za błędne założenie, zgodnie z którym Trybunał delegował tę kompetencję.

rządzą dialogiem prejudycjalnym, poprzez uznanie korzyści wynikających z bliskości sporu, zachowując jednak dla siebie ostateczną decyzję w sprawie. Podobnie Trybunał dopuszcza nowe pytania, jeśli sąd krajowy napotyka trudności w zrozumieniu lub stosowaniu jego wyroku, jeśli zadał Trybunałowi inne pytanie co do prawa lub jeśli przedstawił mu nowe elementy oceny mogące doprowadzić Trybunał do udzielenia odmiennej odpowiedzi [43].

82. Należy zalecić takie samo rozumowanie, w przypadku gdy przeszkody wynikają z wyroku sądu krajowego najwyższej instancji, stosującego zasady wypracowane przez Trybunał.

83. Jeśli uniemożliwilibyśmy włoskim sądom zwrócenie się do Trybunału w przypadkach takich jak ten w niniejszej sprawie, ewentualnym odstępstwom można byłoby zaradzić jedynie poprzez wniesienie skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, jak to się stało w wyroku z dnia 9 grudnia 2003 r. wydanym w sprawie Komisja przeciwko Włochom [44].

84. Skorzystanie z tej drogi pociąga za sobą różne komplikacje: po pierwsze, określenie wagi naruszenia oraz wybór momentu jego zgłoszenia do Trybunału należą do podmiotu posiadającego czynną legitymację [45], podczas gdy sądy krajowe najlepiej nadają się do tego, by to zrobić; po drugie, mechanizm ten oznacza, że w trakcie fazy poprzedzającej wniesienie skargi w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, na etapie wezwania do usunięcia uchybienia przez Komisję, władze ustawodawcze i wykonawcze państwa członkowskiego uzależnią od siebie władzę sądowniczą, co zagraża naruszeniem jej niezależności, wreszcie po trzecie, to rozwiązanie każe zastanowić się nad treścią i skutkami stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego: wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom jest bowiem w części oparty na obecności w wewnętrznym porządku prawnym normy tolerującej wykładnię sprzeczną z duchem wspólnotowym.

85. Nie należy także zapominać o jednostkach, które mogą żądać wystąpienia do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia prejudycjalnego, choć decyzja należy do sędziego rozstrzygającego spór [46]. Jeśli od

43 — Postanowienie z dnia 5 marca 1986 r. w sprawie 69/85 Wünsche, Rec. str. 947, pkt 15; wyroki: z dnia 11 czerwca 1987 r. w sprawie 14/86 Pretore di Salò, Rec. str. 2445, pkt 12, oraz z dnia 6 marca 2003 r. w sprawie C-466/00 Kaba II, Rec. str. I-2219, pkt 39; w tej sprawie Immigration Adjudicator zadał pytanie identyczne, jak pytanie rozstrzygnięte wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2000 r. w sprawie C-356/98 Kaba I, Rec. str. I-2623, którego pewnych rozstrzygnięć nie podzielał.

44 — C-129/00, Rec. str. I-14637.

45 — Komisja niechętnie pociąga do odpowiedzialności państwa członkowskie za uchybienia przypisywane ich organom sądowym, E. Cobreros Mendazona „La responsabilidad por actuaciones judicialestr. El ùltimo gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario", *Revista Espanõla de Derecho Europeo*, nr 10, 2004, dokładniej str. 291–299; odnośnie do poprzednich spraw, L. Ortúzar Andéchaga *La aplicación judicial del derecho comunitario*, Trivium, Madrid 1992, str. 184 i 185.

46 — Z zastrzeżeniem, że w razie potrzeby Trybunał bada warunki, w jakich został powołany do rozstrzygania sporu, w celu sprawdzenia swoich własnych uprawnień (ww. wyrok w sprawie Foglia, pkt 21 i 27; wyroki: z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-322/98 Kachelmann, Rec. str. I-7505, pkt 17; z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 PreussenElektra, Rec. str. I-2099, pkt 39; z dnia 17 maja 2001 r. w sprawie C-340/99 TNT Traco, Rec. str. I-4109, pkt 31, oraz z dnia 16 grudnia 2004 r. w sprawie C-293/03 My, Zb.Orz. str. I-12013, pkt 25).

początku wiedzieliby o niemożności zastosowania odesłania prejudycjalnego, pozostawałaby im jedynie droga odpowiedzialności finansowej, potwierdzona w wyżej wymienionym wyroku w sprawie Köbler [47].

86. Zastosowanie tego ostatniego mechanizmu wydaje się ponadto mało zadowalające, ponieważ — jako że stworzono go z myślą o zapewnieniu przestrzegania prawa wspólnotowego w szczególnie poważnych przypadkach [48] — podlega bardzo surowym warunkom [49], jak ten zgodnie z którym naruszenie musi nastąpić „w sposób oczywisty", i stanowi skomplikowany środek odwoławczy, który często doprowadza do pytania prejudycjalnego podobnego do tego, o którego uniknięcie chodziło.

87. Należy także uwzględnić inny argument większej wagi. Podstawową funkcją Trybunału jest zapewnianie, na zasadzie wyłączności, prawidłowości wykładni i stosowania przepisów wspólnotowych. Zgodnie z wyrokiem z dnia 24 maja 1977 r. w sprawie Hoffman-La Roche, wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym ma na celu „zapobieżenie utrwalenia się w jakimkolwiek państwie członkowskim orzecznictwa krajowego, niezgodnego z zasadami prawa wspólnotowego" [50]. Bezpośredni sposób na osiągnięcie tego celu może polegać na podejmowaniu działania w przypadku zaistnienia między sądami danego kraju kontrowersji prawnych odnośnie do wykładni porządku prawnego Unii dokonywanej przez sąd wyższej instancji.

88. Zgodnie z tym tokiem rozumowania w wyroku z dnia 16 stycznia 1974 r. w sprawie Rheinmühlen Düsseldorf [51] Trybunał uznał, że odesłanie prejudycjalne pełni zasadniczą funkcję polegającą na zagwarantowaniu, iż prawo ustanowione traktatem ma ten sam skutek na całym terytorium Wspólnoty; Trybunał dodał, że ma on na celu również zapewnienie jednolitego stosowania tego prawa, „dając sądowi krajowemu sposób wyeliminowania trudności, jakie mógłby stwarzać wymóg przyznania prawu wspólnotowemu

47 — P. Martín Rodríguez, „La responsabilidad des Estado por actos judiciales en derecho comunitario", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nr 19, 2004, str. 859, wskazuje na trudności w ustalaniu podmiotu odpowiedzialnego za uchybienie wspólnotowe w ramach tej sprawy, zważywszy że można by je przypisać władzy ustawodawczej, która wydała przepis wprowadzający dyskryminujące odszkodowanie, władzy wykonawczej w zakresie, w jakim administracja austriacka powinna była przyznać priorytet przepisom wspólnotowym lub władzy sądowej, jak to zostało uczynione, na tej podstawie, że nie gwarantowała skutecznie praw przyznanych obywatelowi przez wspólnotowy porządek prawny.

48 — D. Simon, „The Sanction of Member States Serious Violation of Community Law" w: O'Keeffe, ed. *Judicial Review in European Law — Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, The Hague 2000, str. 275 i nast.

49 — W samym wyroku w sprawie Köbler taki przypadek został zakwalifikowany jako „wyjątkowy", pkt 53.

50 — 107/76, Rec. str. 957, pkt 5.

51 — 166/76, Rec. str. 33. U podstaw tej sprawy legły wnioski o refundacje wywozowe odrzucone przez niemiecki organ interwencyjny dla zbóż i pasz i przyjętych, w całości spornych spraw, przez Hessiches Finanzgericht. Bundenfinanzhof, do którego wniesiono skargę, przedstawił Trybunałowi różne pytania prejudycjalne; po otrzymaniu odpowiedzi na te pytania (wyrok z dnia 27 października 1971 r. w sprawie 6/71 Rheinmühlen Düsseldorf, Rec. str. 823) uwzględnił częściowo skargę i przekazał sprawę sądowi pierwszej instancji, aby orzekł ponownie, jednakże przed wydaniem wyroku Hessiches Finanzgericht wystąpił do Trybunału z kilkunastoma pytaniami w drodze postanowienia, które stało się przedmiotem skargi przed Bundesfinanzhof, który z kolei wystąpił do Trybunału, co stanowiło podstawę do wydania omawianego wyroku — pytania Hessiches Finanzgericht zostały zbadane w wyroku z dnia 12 lutego 1974 r. w sprawie 146/73 Rheinmühlen Düsseldorf, Rec. str. 139.

pełnej skuteczności w ramach systemów sądowych państw członkowskich" (pkt 2); sądom krajowym przysługuje szeroki zakres swobodnej oceny w przedmiocie wystąpienia do Trybunału (pkt 3), tak że „sąd, który nie orzeka w ostatniej instancji, powinien mieć swobodę wystąpienia do Trybunału Sprawiedliwości z nurtującymi go zagadnieniami, jeśli uzna, że ocena prawa dokonana przez wyższą instancję mogłaby doprowadzić do wydania orzeczenia sprzecznego z prawem wspólnotowym", zważywszy, że gdyby sąd ten nie miał uprawnienia do wystąpienia do Trybunału, kompetencja Trybunału i stosowanie prawa wspólnotowego na wszystkich szczeblach krajowych systemów prawnych „byłoby utrudnione", chyba że pytania byłyby „identyczne co do meritum" z pytaniami postawionymi przez sąd ostatniej instancji (pkt 4) [52].

89. Oczywiście takie podejście powoduje niedogodności, takie jak wzrost liczby wniosków o wydanie orzeczeń w trybie prejudycjalnym lub widoczny rozłam w hierarchii organizacji sądów w państwie. Pierwsza niedogodność jest pozbawiona znaczenia, zważywszy, że obciążenie pracą nie może warunkować wyboru właściwej opcji prawnej [53]. Druga pomija funkcję Trybunału jako najwyższego organu dokonującego wykładni europejskiego porządku prawnego, która stanowi szczytowy punkt istnienia prawdziwej wspólnoty prawa. W każdym razie niedogodności byłyby mniejsze niż w przypadku każdej innej opcji.

90. Nie umyka mi też fakt, że mając na względzie nieprecyzyjne zarysy władzy sądowniczej w Unii, sam Trybunał wywołał kilka problemów; nie jest bowiem łatwą sprawą osiągnięcie w każdym przypadku odpowiedniego stopnia precyzji, biorąc pod uwagę, że w prawie najistotniejsze jest właściwe określenie granic.

VII — Badanie pytań prejudycjalnych

91. Jeśli Trybunał dopuści pytania Tribunale di Larino oraz Tribunale di Teramo nie można obyć się bez refleksji na temat prawa, gry i zakładów wzajemnych.

A — *Prawo, gra i zakłady wzajemne*

92. Obecnie nic nie jest bardziej odległe od idei „prawa" niż pojęcie „przypadku", ponieważ nie jest ono emanacją woli człowieka

52 — Trybunał stwierdził, że „istnienie w prawie wewnętrznym zasady wiążącej sądy oceną co do prawa dokonaną przez sąd wyższej instancji nie może z tej tylko przyczyny pozbawiać je możliwości wystąpienia do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, o której mowa w art. [234 WE]."

53 — Mimo że wybór ten jest dyskusyjny, reforma instytucjonalna mogłaby przyznać jedynie sądom ostatnich instancji możliwość zadawania pytań prejudycjalnych, na podobieństwo tego, co ma miejsce w pewnych dziedzinach (art. 68 WE).

ani powszechnych przekonań; nie działa także w sposób umyślny, a kapryśny i arbitralny [54]. Jednakże w dawniejszych czasach istniała ścisła współzależność między tymi dwoma pojęciami, ponieważ w celu zachowania ładu społecznego decyzje sądowe pociągały za sobą podporządkowanie i ten, który je ogłaszał, posiadał władzę „magiczną" lub „kapłańską" [55].

93. Ordalia, czyli sądy boskie, o bardzo starym rodowodzie [56], uwidaczniają tę symbiozę, uzależniając decyzję od przypadkowego zdarzenia. Później wyrok opierał się w coraz większym stopniu na kryteriach racjonalnych, aż do współczesnych porządków prawnych, które z wyjątkiem pewnych przypadków [57], wyrugowały te kaprysy przeznaczenia.

94. Istnieją inne aspekty odzwierciedlające ten paradoksalny związek, jak zobowiązania naturalne, których dobrym przykładem jest zakład wzajemny, umowy warunkowe, gdy przyszłe niepewne zdarzenie zależy od przypadku, nieprzewidziane okoliczności lub tak jak w niniejszej sprawie umowy losowe.

95. Gra, jako działalność rozrywkowa, istniała we wszystkich społeczeństwach na przestrzeni historii; rozróżniamy w niej cztery poziomy o różnym zasięgu prawnym. Na pierwszym poziomie znajduje się jej najbardziej spontaniczny i podstawowy przejaw: zwykła zabawa i rozrywka [58]. Na drugim poziomie pojawia się współzawodnictwo, które daje zwycięzcy równocześnie z przyjemnością rywalizowania z innymi, poczucie własnej wartości i prestiż społeczny. Na trzecim poziomie rozrywka lub zademonstrowanie swoich zdolności nie wystarczy; istnieje interes finansowy [59]. Wreszcie na czwartym poziomie znajdują się zakłady, w których nie tylko kładzie się na szali

54 — R.A. Rivas Torralba, „Juegos de azar", Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcja 1996, str. 11.

55 — L. Díez Picazzo „Experiencia jurídica y teoría del derecho", Ariel, Barcelona 1987, str. 18 i 21.

56 — Kodeks Hammurabiego, w apogeum cesarstwa babilońskiego w XVIII wieku.p.n.e, często przewidywał próbę wody: oskarżony był wrzucany do rzeki i jeśli przeżył, był uznawany za niewinnego.

57 — Zwyczajowo korzysta się z losowania przy wyborze członków ławy przysięgłych lub biegłych sądowych. Czasami trzeba zastosować ekstremalne rozwiązania, tak jak w przypadku USA *versus* Wiliam Holmes, kiedy to po rozbiciu się statku załoga statku wyrzuciła za burtę przeciążonej szalupy ratunkowej czternastu pasażerów; sąd uznał jednak, że wszyscy, zarówno marynarze, jak i pasażerowie, musieli byli uczestniczyć w dramatycznym losowaniu, które miało wskazać ofiary.

58 — Często wyzwanie służy jedynie do sprowokowania partnera lub ośmieszenia go, jak wtedy gdy Don Kichot rzucił do swego stajennego: „Poszedłbym o dobry zakład z wami, Sancho, że teraz, kiedy możecie tak pleść bez żadnej przeszkody, nic was w ciele waszym nie boli" (M. de Cervantes Saavedra „Przemyślny szlachcic Don Kichote z Manchy", tłum. A.L. Czerny i Z. Czerny, PIW, Warszawa 1972, część druga, rozdział XXVIII, str. 238).

59 — E. Kant powołuje te oblicza, stwierdzając, że dziecinne gry, jak: pelota, walka, wyścig, żołnierze, mają na celu rozrywkę i wspomagają rozwój osobisty; później gry męskie, jak: szachy, karty, mają na celu również po prostu zysk, wreszcie gry obywatela, które dowodzą ogółowi jego pomyślnej gwiazdy w ruletce czy w kościach, są wszystkie powodowane, nieświadomie, ludzką naturą (*Antropologia z pragmatycznego punktu widzenia*, tłumaczenie z tekstu hiszpańskiego, który ukazał się w Alianza Editorial, Madrid 1991, str. 216).

pieniądze, ale są także często przyczyną uzależnienia [60].

96. Spośród tych czterech poziomów pierwszy pozostaje poza światem prawa, a i drugi w praktyce także. Natomiast w sytuacji gdy w grze ryzykuje się pieniądze, ustawodawca wkracza, i to z dwóch powodów: z jednej strony czuwa nad reperkusjami gry dla majątku [61] i zdrowia uczestnika [62], jak również stabilności rodziny, z drugiej strony bierze pod uwagę komercyjny charakter obiektów, w których odbywa się gra.

97. Przyczyny te wyjaśniają uwagę, jaką prawo poświęca grom losowym i ich wpływowi na prawo wspólnotowe. W tym względzie Trybunał uznał, „że loterie stanowią działalność gospodarczą w rozumieniu traktatu" [63], zważywszy, że „są świadczeniem określonej usługi w zamian za wynagrodzenie" [64] i zaliczył je do świadczenia usług [65]. Nie można także pomijać wpływu gier na inne dziedziny, należące również do sfery gospodarczej, takie jak prawo przedsiębiorczości, czy — poza sferą majątkową — przywołane już aspekty ludzkie.

B — *W przedmiocie ograniczeń podstawowych swobód*

98. W sprawie Gambelli i in. rzecznik generalny S. Alber stwierdził, że przed zajęciem stanowiska w sprawie swobody świadczenia usług należy rozstrzygnąć kwestię zgodno-

60 — F. Dostojewski, sam znany jako nałogowy gracz, mistrzowsko opisuje tych, którzy są zniewoleni przez demona gry: „Zresztą gracze wiedzą, że można przesiedzieć na miejscu prawie całą dobę nad kartami, prawie nie przerywając gry." (*Gracz. Opowiadania 1862–1863,* Puls Publications Ltd, London 1992, str. 204); a dalej dodaje: „[…] już tylko przez próżność, owładnęła mną straszna żądza ryzyka. Może po doznaniu tych wrażeń dusza przestaje się nimi nasycać i, tylko rozdrażnia się i żąda wrażeń coraz mocniejszych, aż do zupełnego wyczerpania" (str. 217). To samo odczucie znajdujemy w tekście J.A. Gabriela y Galána: „[…] prawdą jest, że spędzał dnie na rozmyślaniu o pieniądzach, na uzależnieniu od nich, życiu w ich rytmie; jednakże, jak wszyscy gracze, nie był do nich wcale przywiązany, aczkolwiek był przywiązany do żetonów […]" („Muchos años despues", tłumaczenie oryginalnego tekstu wydanego przez Alfaguara, Madrid 1992, str. 324). F.R. Chateaubriand przyznaje się do podobnego odczucia po tym, jak przegrał większość kwoty, jaka została mu pożyczona: „Nigdy nie grałem: gra wprawiła mnie w rodzaj bolesnego upojenia; gdyby ta namiętność mną zawładnęła, doszedłbym do obłędu." [*Pamiętniki zza grobu*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1991, kstr. 9, rozdz. 6, str. 176].

61 — Dostojewski wkłada w usta bohatera swojej powieści następującą dygresję: „Dlaczego gra ma być gorsza od jakiegokolwiek sposobu zdobywania pieniędzy, na przykład choćby handlu? To prawda, że na stu wygrywa jeden. Ale co mnie to obchodzi?" (op.cit. str. 122).

62 — Słynna postać Joségo Zorilli, Don Juan Tenorio, daje wyraz tej trosce, gdy zwyciężając partię, zostaje wyzwany przez przegrywającego, któremu odpowiada: „Legalnie wgrałem przecie/Zakład i nie jam zaczynał/Spór, więc po co krwawy finał w tej grze?" (*Don Juan Tenorio*, tłum. S. Miłoszewskiego, egzemplarz teatralny, sygn. 2785 ze zbiorów Archiwum Artystycznego Biblioteki Teatru im J. Słowackiego w Krakowie, część pierwsza, akt czwarty, scena VI).

63 — Wyżej wspomniane wyroki w sprawach Schindler, pkt 19, oraz Anomar i in., pkt 46.

64 — Wyżej wspomniany wyrok w sprawie Anomar i in., pkt 47, zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Zenatti, pkt 24.

65 — Wyżej wspomniane wyroki w sprawach Schindler, pkt 25 i 34, Läärä i in., pkt 27, oraz Anomar i in., pkt 52.

ści krajowego systemu prawnego z prawem przedsiębiorczości, zważywszy, że traktat wyznacza mu wyższą rangę (pkt 76) [66], nawet jeśli nie należy uznawać centrów transmisji danych za filie (pkt 87), gdyż wtedy uregulowanie stanowiłoby, obok naruszenia swobody świadczenia usług (pkt 132), także naruszenie prawa przedsiębiorczości (pkt 104).

99. Trybunał, rozpatrując sprawę pod kątem graczy, przedsiębiorstw prowadzących tę działalność oraz pośredników, nie uznał tych dwóch swobód za wzajemnie się wykluczające, ale wyważył je i stwierdził, że „przepisy krajowe, takie jak ustawodawstwo włoskie dotyczące zakładów wzajemnych, zwłaszcza art. 4 ustawy nr 401/89, stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług" (pkt 59); Trybunał zbadał następnie, czy wchodzą w grę wyjątki przewidziane traktatem lub uzasadnienie nadrzędnymi względami interesu ogólnego (pkt 60).

100. Nie należy kwestionować tych odniesień, które w zakresie świadczenia usług znajdują się także w wyroku wydanym w sprawie Zenatti, wydaje się jednak pożytecznym, aby zastanowić się nad ograniczeniami oraz osobami, których one dotyczą.

101. W tym względzie wyrok wydany w sprawie Gambelli i in. wskazał na bariery w swobodzie przedsiębiorczości w ramach wymogów nałożonych przez prawo włoskie na osoby biorące udział w przetargach na koncesje umożliwiające otwarcie agencji zakładów wzajemnych, zważywszy, że wykluczały one pewne formy spółek (pkt 46–48); zakwalifikował poza tym jako przeszkody w usługach wymogi, jakie musiał spełnić usługodawca z siedzibą w innym państwie członkowskim, aby prowadzić działalność (pkt 54), jak również wymogi nałożone na obywateli chcących uczestniczyć w zakładach organizowanych w innych krajach Wspólnoty (pkt 57) oraz na osoby, które ułatwiają działalność usługodawców mających siedzibę na tych terytoriach (pkt 58), w tych dwóch ostatnich przypadkach pod rygorem sankcji karnej [67].

102. Zadziwiające jest, że chociaż podstawą wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym były postępowania karne przeciwko agentom bukmachera, analiza Trybunała dotyczyła potrójnego kręgu wyżej wymienionych osób [68]. Nie należy jednak zapominać o funkcji Trybunału ani o skutkach erga omnes jego wyroków prejudycjalnych, zważywszy, że zwykli gracze mogliby być oskarżeni; poza tym zagraniczne przedsiębiorstwo nie ma możliwości ustanowienia siedziby, więc prowadzi działalność, podzlecając ją innym handlowcom, którzy podlegają ściganiu za wykonanie umowy.

66 — Opiera się on na wyroku z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, Rec. str. I-4165, pkt 22.

67 — S. Korte, „Das Gambelli-Urteil des EuGH", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, str. 1449, pisze, że te groźby dotyczące udziału w prowadzeniu zakładów stanowią barierę na rynku usług.

68 — S. Korte, op.cit., str. 1451.

C — *W przedmiocie istnienia uzasadnienia*

1. Podniesiony problem

103. W odróżnieniu od tego, co zasugerował rzecznik generalny S. Alber w swojej opinii, w wyroku w sprawie Gambelli i in. zbadano łącznie przeszkody wynikające z ustawodawstwa włoskiego i sprecyzowano, że bez względu na to, którą ze swobód uznano za naruszoną, pewne warunki muszą być spełnione, ograniczenia muszą być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, muszą być odpowiednie dla osiągnięcia zamierzonego celu i nie mogą wykraczać ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu; wreszcie nie mogą być stosowane w sposób dyskryminujący (pkt 65) [69].

104. W sposób bardziej szczegółowy niż wyrok w sprawie Zenatti wyrok w sprawie Gameblli i in. pozostawił sądowi krajowemu konkretną ocenę poszanowania tych warunków przez ustawodawstwo włoskie, wskazując równocześnie parametry, które powinny posłużyć jako ramy tej analizy.

105. Trybunał powinien był być dokładniejszy i orzec w kwestii wpływu swobód wspólnotowych na przepisy krajowe, jak zasugerował rzecznik generalny, kładąc nacisk na trudności, jakie powodowało dla sądów krajowych nałożone na nie zadanie [70].

106. Nie ma w mojej ocenie wątpliwości, że wyrok wydany w sprawie Gambelli i in. zawierał taki stopień szczegółowości, na jaki mógł sobie pozwolić Trybunał bez przekraczania swoich kompetencji; jednakże przy wcześniejszym wyroku w sprawie Zenatti, który nie zapobiegł nowemu odesłaniu prejudycjalnemu, Trybunał zgrzeszył nadmiarem ostrożności, jako że posiadał informacje wystarczające do głębszej analizy, która pozwoliłaby na uniknięcie obecnego postępowania [71].

107. Tym samym należy obecnie zrobić kolejny krok naprzód i dać klarowną odpowiedź w celu rozwiania wywołanych wątpliwości, nawet jeśli zadanie wydaje się bardziej skomplikowane; dlatego też należy zbadać, czy istnieje przyczyna mogąca uzasadnić przeszkody dla swobód wspólnotowych, jakie zostały podniesione, i ocenić ich niedyskry-

69 — Wyrok z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 Kraus, Rec. str. I-163, pkt 32, oraz ww. wyrok w sprawie Gebhard, pkt 37.

70 — Punkt 116 opinii rzecznika generalnego S. Albera w sprawie Gambelli i in., pkt 120 kładzie nacisk na tę ideę, ponieważ jeśli fakty są znane na tyle, by pozwolić Trybunałowi na dokonanie oceny, nic nie powinno stanąć na przeszkodzie przeprowadzenia żądanej oceny.

71 — L. Brouwer i B. Docquir, komentując w: *Revue de droit commercial belge*, nr 3, 2004, str. 317, wyrok w sprawie Gambelli i in., twierdzą, że Trybunał nie pozostawił jakichkolwiek wątpliwości, mimo że ocena zgodności należy co do zasady do sądu krajowego, Trybunał uznał wyraźnie, że ustawodawstwo włoskie nie spełniało warunków, które pozwoliłyby na jego zgodność z zasadami wspólnotowymi.

minacyjny, odpowiedni i proporcjonalny charakter.

2. Nadrzędne względy interesu ogólnego

108. Wyrok w sprawie Gambelli i in. określił podstawy uzasadniające przeszkody dla swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w sposób negatywny i pozytywny, jako że odrzucił „zmniejszenie wpływów z podatków" oraz „finansowania akcji społecznych poprzez pobieranie opłaty od wpływów pochodzących z dozwolonych gier" (pkt 61 i 62) [72], dopuszczając jednocześnie „ochronę konsumentów", „zapobieganie oszustwom i nakłanianiu obywateli do ponoszenia nadmiernych wydatków związanych z grą", jak również „konieczność zapobiegania naruszaniu porządku społecznego" (pkt 67).

109. Według Corte suprema di cassazione ustawodawstwo włoskie jest oparte na okoliczności, że nadzór nad zakładami pozwala na obniżenie liczby popełnianych przestępstw [73].

110. Dla rządu włoskiego podstawa leży w ochronie porządku publicznego [74] i konsumentów, jak również w zwalczaniu oszustw [75].

111. Trybunał wskazał sprzeczność zachodzącą, gdy próbuje się uniknąć uszczerbku spowodowanego promowanym przez nas działaniem [76], co zachodzi, gdy państwo prowadzi politykę intensywnego rozwoju gier i zakładów wzajemnych [77]; w konsekwencji

72 — Trybunał odrzucił przyczyny natury ekonomicznej jako względy porządku publicznego w rozumieniu art. 46 WE (wyroki: z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-288/89 Collectieve Antennevoorziening Gouda, Rec. str. I-4007, pkt 11, oraz z dnia 29 kwietnia 1999 r. w sprawie C-224/97 Ciola, Rec. str. I-2517, pkt 16).

73 — Wyżej wspomniany wyrok w sprawie Gesualdi, pkt 11.2.3. W doktrynie, S. Beltrani, „La disciplia penale dei giochi e delle scommesse", Giuffrè, Milano 1999, str. 33, uważa, że system ma na celu przede wszystkim ochronę finansowych i podatkowych interesów państwa; podobnie M. Coccia, „»Rien ne va plus«: la corte di giustizia pone freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo", *Foro italiano*, 1994, str. 521.

74 — Punkt D) lit. a) uwag na piśmie przedłożonych w sprawie Placanica oraz w sprawach Palazesse i Sorricchio.

75 — Punkt D) lit.b) tych uwag.

76 — Wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 68 i 69.

77 — W pkt 11.2.3 wyroku w sprawie Gesualdi Corte suprema di cassazione wymienił loterie „Gratta e vinci", wprowadzone w 1994 r. przez AAMS; „Totogol" wprowadzony przez CONI także w 1994 r.; „SuperEnalotto", przyznane spółce Sisal w październiku 1997 r.; „Totosei" zainicjowane przez CONI w 1998 r.; „Formula 101", regulowane dekretem z sierpnia 1999 r. i uruchomione przez Ministero dell'Economia w kwietniu 2000 r.; „Totobingol" zarządzany przez CONI od stycznia 2001 r. oraz „Bingo", na które zezwoliło Ministero dell'Economia w 2000 r.

zwalczanie oszustw zdaje się stanowić jedyne uzasadnienie spornych ograniczeń.

112. Nie dostarczono w tym względzie bardziej szczegółowych informacji, które pozwoliłyby na ocenę wpływu zachowań przestępczych na gry losowe, na przykład oszustw lub prania brudnych pieniędzy [78].

113. W wyżej wspomnianym wyroku w sprawie Läärä i in. stwierdzono, że „ograniczone zezwolenie" na zakłady wzajemne na zasadzie wyłączności daje korzyść polegającą na skanalizowaniu ochoty do gry i prowadzenia gier w kontrolowanym obiegu, zapobieganiu niebezpieczeństwom takim jak ich prowadzenie w oszukańczych i przestępczych celach oraz na wykorzystywaniu pochodzących z nich zysków na cele użyteczności publicznej [79].

114. Tym nie mniej w celu poszanowania norm wspólnotowych nie wystarczą solidne przyczyny prowadzące do uregulowania gier w sposób, który nie zakazując ich, ogranicza je w określony sposób, zważywszy, że przyjęte środki muszą być między innymi równe dla wszystkich, odpowiednie i proporcjonalne.

3. Możliwa dyskryminacja

115. W wyroku w sprawie Gambelli i in. nie poruszono kwestii naruszenia zasady niedyskryminacji przez ustawodawstwo włoskie [80], pozostawiając sądowi krajowemu obowiązek dokonania tej oceny [81].

116. Tribunale di Teramo uzupełnił w niniejszej sprawie informacje, którymi Trybunał dysponował, orzekając w tamtej sprawie, pomagając mu w samodzielnym rozstrzygnięciu kwestii, bez uciekania się do wymówki, według której reformy ustawodawcze w 2003 r. zmieniły sytuację w tym kraju; zdaniem Tribunale di Teramo konsekwencje tych zmian zostały bowiem prawdopodobnie odsunięte do 2011 r., tak że daje się jeszcze odczuć następstwa poprzedniego systemu, ze skutkami, jakie z tego wynikają dla postępowań karnych, które są podstawą odesłań prejudycjalnych. Ponadto te zmiany ustawodawcze wpłynęły jedynie na jeden aspekt systemu — koncesje — a nie na inne — zezwolenia i sankcje.

78 — Dla D. Buschle'a „»Der Spieler« — Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts", *European Law Reporter*, nr 12, 2003, str. 471, zapobieganie przestępczości oznacza wzgląd porządku publicznego i równocześnie nadrzędny wzgląd interesu ogólnego.

79 — Tę samą myśl powtarzają ww. wyroki w sprawie Zenatti, pkt 35, oraz Anomar i in., pkt 74.

80 — Rzecznik generalny S. Alber przedstawia w pkt 95–97 swojej opinii szereg argumentów wskazujących na takie naruszenie.

81 — Punkty 70 i 71.

117. W świetle informacji zawartych w aktach sprawy oraz wynikających z poprzednich wyroków można stwierdzić nierówne traktowanie w ramach koncesji i zezwoleń.

a) Koncesje

118. Spółki kapitałowe notowane na rynkach regulowanych Wspólnoty nie mogą brać udziału w przetargach na przydział koncesji. Wymogi te dotyczyły wszystkich zainteresowanych, w tym posiadających przynależność państwową tego kraju [82]; jednakże przedsiębiorstwa posiadające siedzibę w innych krajach wspólnotowych były bardziej narażone na bariery wynikające z ustawodawstwa włoskiego [83], zważywszy, że jeśli chciały startować w przetargu, musiały dostosować swoją strukturę wewnętrzną i że tym samym nie miały rzeczywistych możliwości założenia siedziby we Włoszech [84].

119. Wniosek ten znajduje poparcie w przesadnej oszczędności, z jaką przyznaje się koncesje [85], która nie jest związana z nadrzędnymi względami walki z przestępczością [86], zważywszy, że choć zezwolenia są przedmiotem uprzednich kontroli, celem dopuszczenia do procedur przetargowych, wystarczy wpłacenie kaucji gwarantującej zapłatę fiskusowi właściwych opłat [87].

120. Nierówność dotyka także pośredników, którzy nie mogą, pod rygorem sankcji karnych, świadczyć usług bukmacherom mającym siedzibę w innych państwach członkowskich, którzy nie mogą ustanowić siedziby we Włoszech ani zdobyć uprawnień do prowadzenia tam swojej działalności.

b) Zezwolenia

121. Według Trybunału system uprzednich zezwoleń administracyjnych nie uzasadnia

82 — Wyrok w sprawie Zenatti, pkt 26.

83 — Jak przypomniano w ww. wyrokach w sprawie Schindler, pkt 43, oraz Anomar i in., pkt 65, prawo wspólnotowe sprzeciwia się również uregulowaniu krajowemu, które nawet w oderwaniu od obywatelstwa, zakazuje działalności usługodawcy mającemu siedzibę w innym państwie członkowskim, gdzie świadczy on analogiczne usługi, lub utrudnia taką działalność. Wyrok w sprawie Zenatti stwierdził, w pkt 27, że ustawodawstwo włoskie uniemożliwiało „podmiotom z innych państw członkowskich, bezpośrednio lub pośrednio, samodzielne zbieranie zakładów wzajemnych na terytorium włoskim".

84 — S. Korte, op.cit., str. 1450. W tym względzie przedstawiciel rządu włoskiego, w odpowiedzi na jedno z pytań, jakie zadałem mu w trakcie rozprawy, przyznał, że osiem przedsiębiorstw zagranicznych otrzymało koncesje, w większości odkupiwszy je od wygrywającego przetarg.

85 — CONI wydało 1000 koncesji w 1998 r.; Ministero delle Finanze i Ministero per le Politiche Agricole, w ramach swojej właściwości, przeprowadziły przetargi na 671 nowych licencji i odnowiły automatycznie 329 istniejące licencje. To ostatnie działanie stało się podstawą do skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego wniesionej przez Komisję przeciwko Republice Włoskiej — sprawa C-260/04, w toku, do której się już odwoływałem.

86 — Przetargi na koncesje w zakresie zakładów na wyścigi konne, przeprowadzane na podstawie dekretu ministerialnego z dnia 7 kwietnia 1999 r., Approvazione del piano di potenziamento delle rete di raccolta ed accettazione delle scommesse ippiche (GURI nr 86, z dnia 14 kwietnia 1999 r.), pozwalają sądzić, że liczba ta została określona na podstawie innych parametrów.

87 — Ta kwestia znajduje się w postanowieniu Tribunale di Teramo, który wniósł do Trybunału sprawę C-359/04.

uznaniowości instancji krajowych pozbawiających skuteczności przepisy wspólnotowe [88]. Z jednej strony musi opierać się na obiektywnych, niedyskryminacyjnych i z góry znanych kryteriach, po to, by określić granice korzystania przez krajowe organy z uprawnień dyskrecjonalnych, aby nie były one sprawowane w sposób arbitralny, z drugiej strony musi opierać się na systemie proceduralnym łatwo dostępnym i gwarantującym, że wniosek będzie rozpatrzony obiektywnie i bezstronnie w rozsądnym terminie [89].

122. Na pierwszy rzut oka ma się wrażenie, że zezwolenie, o którym mowa w art. 88 TULPS zawiera wyżej wspomniane elementy, ale bardziej szczegółowa analiza art. 8 i 14 tego aktu ujawnia zakres władzy dyskrecjonalnej niedający się pogodzić z obiektywizmem, na przykład w sytuacji gdy art. 10 przewiduje cofnięcie „w przypadku nadużycia popełnionego przez osobę posiadającą zezwolenie", bez dalszych objaśnień [90]. Brak związania władzy przepisami wynika także z niemożności stwierdzenia lub wywnioskowania wyczerpującego charakteru kryteriów odmowy tych zezwoleń.

123. Ponadto zezwolenie policji wymaga istnienia koncesji i tym samym dotknięte jest wadami, które dotykają samą koncesję, właśnie z powodu jej uprzedniego charakteru.

4. Odpowiedni i proporcjonalny charakter

124. Przepisy włoskie ograniczają prawo przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług w imię uzasadnionego celu, ale są dyskryminacyjne, co wystarczyłoby, aby ich nie stosować. Nie są także odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu ani proporcjonalne w stosunku do zamierzonego interesu prawnego.

a) Przeszkody w zakresie prawa przedsiębiorczości

125. Wykluczenie niektórych form spółek z przetargów na uzyskanie koncesji jest oparte na przejrzystości tych przedsiębiorstw; jednakże istnieją inne, mniej restrykcyjne rozwiązania przestrzegające w większym stopniu traktatu [91]. Jak potwierdzono

88 — Wyroki: z dnia 23 lutego 1995 r. w sprawach połączonych C-358/93 i C-416/93 Bordessa i in., Rec. str. I-361, pkt 25; z dnia 14 grudnia 1995 r. w sprawach połączonych C-163/94, C-165/94 i C-250/94 Sanz de Lera i in., Rec. str. I-4821, pkt 23–28; z dnia 20 lutego 2001 r. w sprawie C-205/99 Analir i in., Rec. str. I-1271, pkt 37, oraz z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-157/99 Smits i Peerbooms, Rec. str. I-5473, pkt 90.

89 — Wyżej wspomniany wyrok w sprawie Smits i Peerbooms, pkt 90.

90 — Komisja przywołuje art. 11 akapit drugi TULPS, który zezwala na odmowę wydania zezwolenia, jeśli zainteresowany nie wykaże swej moralności, jednakże Corte constituzionale w wyroku z dnia 16 grudnia 1994 r., nr 440, uznał to zdanie za niezgodne z konstytucją, na tej podstawie, że nakłada ciężar dowodu na zainteresowanego.

91 — B. Hoeller i R. Bodemann „Das »Gambelli«-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen auf Deutschland", *Neue Juritische Wochenschrift*, 2004, str. 125, uważają odnośnie do uregulowania niemieckiego, pod pewnymi względami podobnego do uregulowania włoskiego, że ustawodawstwo, które nie pozwala na dostęp do rynku zakładów wzajemnych wszystkim przedsiębiorstwom, bez względu na ich formę prawną, musi być uznane za nieproporcjonalne naruszenie swobody przedsiębiorczości.

w wyroku w sprawie Gambelli i in., „istnieją inne sposoby na kontrolowanie rachunków oraz działalności takich spółek” [92]; Trybunał potwierdził to, co stwierdził w tym względzie rzecznik generalny S. Alber w swojej opinii, wskazując, że można sprawdzać moralność spółek, zbierając na przykład informacje odnośnie do ich przedstawicieli lub głównych akcjonariuszy [93].

126. Wobec tej argumentacji Republika Włoska nie wyważyła zakresu zaskarżonych przepisów w porównaniu do innych możliwości i nie wykazała, że stanowią one najlepszy wybór dla osiągnięcia celu, który sobie wyznaczyła.

b) Ograniczenia swobody świadczenia usług

127. Praktyczny brak możliwości prowadzenia przez przedsiębiorstwa mające siedzibę w jednym państwie członkowskim działalności handlowej w innym państwie członkowskim, jak również zakaz działania przy pomocy pośredników i korzystania z oferowanych usług wykraczają poza to, co konieczne dla osiągnięcia celów wyznaczonych przez ustawodawstwo krajowe [94].

128. Lekceważenie lub pomijanie przeprowadzonych badań lub gwarancji złożonych w innych państwach Unii, powołując się, jak to uczynił Corte suprema di cassazione, na terytorialny charakter upoważnienia, hamuje integrację europejską i zagraża samym jej podstawom, z naruszeniem nakazu, znajdującego się w art. 10 WE, powstrzymania się „od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu celów traktatu”, jak również zasady wzajemnego zaufania, która rządzi stosunkami wewnątrzwspólnotowymi.

129. W tym względzie w wyroku z dnia 4 grudnia 1986 r. w sprawie Komisja przeciwko Niemcom [95] uznano, że władze państwa będącego adresatem decyzji muszą „uwzględniać kontrole i oceny już przeprowadzone w państwie członkowskim siedziby” (pkt 47), w uznaniu zasady równoważności [96]; poza tym wyrok z dnia 10 maja 1995 r. w sprawie Alpine Investments [97], która dotyczyła świadczenia usług telefonicznych potencjalnym adresatom z innych państw

92 — Punkt 74.

93 — Punkt 99.

94 — L. Brouwer i B. Docquir, op.cit., str. 314, pkt 8.

95 — Sprawa 205/84, Rec. str. 3755.

96 — Rzecznik generalny A.M. La Pergola w pkt 36 swojej opinii, która stanowiła podstawę do wydania wyżej wspomnianego wyroku w sprawie Läärä i in., zwrócił uwagę na to kryterium, którego jednak Trybunał nie podniósł.

97 — Sprawa C-384/93, Rec. str. I-1141, pkt 46–49.

członkowskich, zawiera dorozumiane odniesienie do zasady skuteczności.

130. Te dwie zasady skłaniają mnie do podzielenia stanowiska rzecznika generalnego S. Albera, wyrażonego w pkt 118 jego opinii w sprawie Gambelli i in., gdy stwierdza, że gry losowe są regulowane w każdym państwie członkowskim i że powody tych uregulowań bardzo często są ze sobą zbieżne [98]. Tym samym, jeśli organizator z danego państwa członkowskiego spełnia warunki nałożone jego ustawodawstwem, władze państwa, w którym usługa jest świadczona, powinny uznać, że mają do czynienia z wystarczającą gwarancją jego uczciwości [99].

131. Sam Corte suprema di cassazione opisywał, że spółka brytyjska, na rzecz której działali włoscy oskarżeni, uzyskała zezwolenie na prowadzenie działalności na podstawie decyzji Betting Licensing Committee z Liverpoolu w oparciu o Betting Gaming and Lotteries Act 1963 (ustawę w sprawie zakładów wzajemnych i loterii z 1963 r.), że płaci podatki od zakładów wzajemnych (General Betting Duty) i podlega nadzorowi angielskich władz skarbowych i celnych (Inland Revenues oraz Custom & Excise), prywatnych biegłych rewidentów oraz organów nadzoru spółek notowanych na giełdzie.

132. W tych okolicznościach, przemilczanych przez większość państw, które złożyły uwagi w niniejszej sprawie o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jasne wydaje się, że władze brytyjskie są w stanie lepiej niż władze włoskie sprawdzić zgodność z prawem rzeczonych działań, i nie dostrzegam argumentów, które przemawiałyby za podwójną kontrolą [100]. Wyrok z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie Säger [101] zezwolił na przeszkody w swobodzie świadczenia usług ze względu na nadrzędne względy interesu ogólnego, w zakresie w jakim „ten interes nie jest chroniony regułami, którym świadczący usługi podlega w państwie jego siedziby" (pkt 15).

133. Co się tyczy pośredników, to otrzymali oni konieczne zezwolenia od Ministero dei Comunizacioni (ministerstwa łączności) na transmisję danych drogą telematyczną; w tym celu muszą zapisać się do izby handlowej, otrzymać certyfikat „nulla osta antimafia" i nie posiadać kartoteki karnej; wreszcie

98 — Kwestia ta jest szczegółowo wyłożona na początku opinii rzecznika generalnego C. Gulmanna w wyżej wspomnianej sprawie Schindler.

99 — Zobacz ogólniej raport Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego — Stan rynku wewnętrznego usług — Raport przedstawiony w ramach pierwszego etapu strategii dla rynku wewnętrznego usług [COM(2002) 441 wersja ostateczna], dokładniej str. 36 i nast.

100 — Dla H.-J. Schütza., T. Bruhy i D. Königa, *Europarecht Casebook*, Munich 2004, str. 725, wprowadzenie przez państwo członkowskie surowszych warunków wymaga rygorystycznego badania proporcjonalności, zwłaszcza odnośnie do tego, co dotyczy dowodu, że nie istnieją mniej restrykcyjne środki.

101 — Sprawa C-76/90, Rec. str. I-4221.

poddani są kontroli właściwych organów krajowych. Pomimo tego nie mogli świadczyć usług na rzecz spółki mającej legalną siedzibę w innym państwie członkowskim.

5. Przepisy karne

134. Zachowania podlegające karze na mocy art. 4 ust. 4a i 4b ustawy nr 401/89 polegają na wykonywaniu bez zezwolenia czynności związanych z zakładami wzajemnymi. Chodzi o skutki systemu wprowadzonego przez ustawodawcę włoskiego, który przyznał sobie szeroki zakres swobodnego uznania, od swobody aż do zakazu [102], w ten sposób, że mając na względzie analizowane aspekty, poziom ochrony, który uważa za właściwy, i cechy szczególne kraju, znajdujemy wreszcie określony poziom ochrony. Jednakże wybrana opcja musi być zgodna z prawem wspólnotowym [103].

135. Nie chodzi tym samym o kwestionowanie prawa karnego państwa, które lepiej może ocenić wykonalność, adekwatność i skuteczność reakcji represyjnej [104], ale o stwierdzenie, że w przypadku gdy system przewidujący karę jest sprzeczny z porządkiem prawnym Wspólnoty, to sankcja ta tym bardziej [105] również jest bezprawna, ponieważ obydwie zasady nie stanowią odizolowanych od siebie części, ale są elementami systemu, który musi wpisywać się w szerszy układ. Do Trybunału nie należy wybór [106], ale upewnienie się, że dokonany wybór jest zgodny z prawem wspólnotowym.

136. Ogólnie należy zauważyć, że art. 4 ustawy nr 401/89 przewiduje wyższą karę, jeśli naruszenie dotyczy zakładów wzajemnych zastrzeżonych dla państwa, CONI, UNIRE lub ich koncesjonariuszy; ta okoliczność ma niewielki związek z zapobieganiem przestępczości i dotyczy raczej interesu gospodarczego, jaki stanowi hazard dla finansów państwa.

137. Tak czy inaczej należy także zastanowić się nad proporcjonalnością sankcji, zgodnie z treścią wyroku w sprawie Gambelii i in.,

102 — Wyżej wspomniane wyroki w sprawach Schindler, pkt 61, Läärä i in., pkt 35, Zenatti, pkt 33, i Anomar i in., pkt 79 i 87.

103 — Jak wskazuje rzecznik generalny M.A. La Pergola w pkt 34 swojej opinii w sprawie Läärä i in., „pomimo swojej uznaniowej istoty, restrykcyjne środki, które zostały przyjęte, podlegają kontroli sądowej; spełnianie przez nie wymogów interesu ogólnego może w rezultacie być przedmiotem kontroli ze strony sędziego krajowego, który ma obowiązek je stosować i który będzie musiał odnieść się w ramach tego badania do reguł uzasadniania — w tym do zasady proporcjonalności — które zostały wypracowane przez orzecznictwo wspólnotowe odnośnie do granic, jakie mogą legalnie ograniczać wykonywanie praw i swobód wynikających z traktatu", co jak wyjaśniłem nie wyklucza kontroli ze strony Trybunału.

104 — Jak wyjaśniłem w pkt 48 opinii, która stanowiła podstawę do wydania wyroku z dnia 13 września 2005 r. w sprawie C-176/03 Komisja przeciwko Radzie, Zb.Orz. str. I-7879.

105 — Używając słów rzecznika generalnego S. Albera zastosowanych w pkt 97 i 99 jego opinii w sprawie Gambelli i in.

106 — Wyżej wspomniany wyrok w sprawie Schindler, pkt 32.

zawartą zwłaszcza w pkt 72 i 73, w którym dokonano rozróżnienia między graczem a pośrednikiem.

138. Odnośnie do gracza Trybunał zalecił sądowi krajowemu wyważenie kar nakładanych na każdą osobę, która zawiera zakłady wzajemne w swoim miejscu zamieszkania we Włoszech za pośrednictwem Internetu u bukmachera mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, przy uwzględnieniu zachęt do uczestniczenia w grach organizowanych przez uprawnione podmioty krajowe; w tym względzie Trybunał powołał się na różne wyroki [107].

139. Co się tyczy pośrednika, Trybunał również pozostawił sądowi krajowemu zadanie ocenienia, czy sankcje wykraczają poza to, co jest konieczne do zwalczania oszustw, zważywszy, że świadczący usługi poddany był systemowi kontroli i sankcjom państwa członkowskiego swojej siedziby.

140. Corte suprema di cassazione nie wywiązał się z zadania, które zostało mu powierzone, tłumacząc się, że mu nie wolno. Zadziwiające jest to, że pomimo iż wskazał trzy podstawowe elementy włoskiego systemu prawnego odnośnie do prowadzenia zakładów wzajemnych, poprzestał w celu wydania orzeczenia jedynie na kwestii zezwolenia, wstrzymując się całkowicie od zbadania sankcji i jedynie częściowo badając koncesje.

141. Nadszedł czas, aby Trybunał wydał orzeczenie, zważywszy, że posiada on wszystkie informacje konieczne w tym celu, i stwierdził bez ogródek, że sankcja zawierająca aż do trzech lat ograniczenia wolności jest nieproporcjonalna w stosunku do okoliczności opisanych w tej opinii, zwłaszcza co się tyczy interesu prawnego chronionego omawianymi rodzajami kar i wynikających z zachowania samego państwa, które polega na zachęcaniu do gry [108].

142. Poza tym skazanie powoduje dla tego, kogo dotyczy, skutki, które zgodnie z art. 11 i 14 TULPS uniemożliwiają policji wydanie wymaganego zezwolenia, uniemożliwiając mu w ten sposób wykonywania wszelkiej działalności związanej z zakładami wzajemnymi.

107 — Wyroki: z dnia 29 lutego 1996 r. w sprawie C-193/94 Skanavi i Chryssanthekpoulos, Rec. str. I-929, pkt 34–39, i z dnia 25 lipca 2002 r. w sprawie C-459/99 MRAX, Rec. str. I-6591, pkt 89–91.

108 — S. Korte, op.cit., str. 1451, wyraża poważne wątpliwości odnośnie do użyteczności tych sankcji karnych, powołując się na ekspansywną politykę dotyczącą gier we Włoszech; C.I. Mignone „La Corte di giustizia si pronuncia sul gioco d'assarso nell'era di Internet", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, str. 401, zastanawia się nad proporcjami pomiędzy chronionymi interesami a wolnością osobistą, którą się przy tym poświęca; B. Hoeller i R. Bodemann, op.cit., str. 125, uważają, co do prawa niemieckiego, że dysproporcje wynikają z faktu, że państwu nie udaje się zrealizować jego własnych celów.

143. Nie należy także zapominać, że podstawowe swobody wspólnotowe są naruszone, co sprawia, że każde wyłączenie musi być interpretowane w sposób wąski [109] i że kara więzienia stoi na przeszkodzie swobodzie przepływu osób [110].

D — *Uwagi końcowe*

144. Brak przepisów prawa pochodnego mających zastosowanie do gier losowych wymaga udzielenia odpowiedzi na pytania prejudycjalne na podstawie prawa pierwotnego, nawet jeśli mając na uwadze dane dziedziny, dobrze byłoby dokonać w ramach kompetencji Wspólnoty harmonizacji w tym przedmiocie; okazji ku temu nie brakowało.

145. Pierwsza próba miała miejsce w 1991 r., kiedy Komisja na podstawie badania „Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation" [111] podniosła, że uregulowanie gier losowych wchodzi w zakres wspólnego rynku; jednakże nie kontynuowano tej próby z powodu niechęci niektórych państw członkowskich [112].

146. Kolejna okazja pojawiła się wraz z dyrektywą 2000/31/WE o handlu elektronicznym [113]; jednakże dyrektywa ta wyraźnie wykluczyła „działalności w zakresie gier hazardowych wiążących się z ustalaniem stawek mających wartość pieniężną w grach losowych, łącznie z loteriami i zakładami wzajemnymi" [art. 1 ust. 5 lit. d) tiret trzecie].

147. Obecnie dyskutowany jest projekt ważnej dyrektywy o usługach [114], która ma na celu stworzenie ram prawnych „umożliwiających ułatwienie wykonywania swobody przedsiębiorczości, jak również swobody

109 — Zobacz między innymi wyrok z dnia 19 stycznia 1999 r. w sprawie C-348/96 Calfa, Rec. str.I-11, pkt 23, który odnosi się dokładnie do zastrzeżenia „porządku publicznego".

110 — Wyroki: z dnia 3 lipca 1980 r. w sprawie 157/80 Pieck, Rec. str. 2171, pkt 19; z dnia 12 grudnia 1989 r. w sprawie C-265/88 Messner, Rec. str. 4209, pkt 14, oraz ww. wyrok w sprawie Skanavi i Chryssanthakopoulos, pkt 36.

111 — Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Luxembourg 1991. To badanie zostało skomentowane przez rzecznika generalnego C. Gulmanna w jego opinii w wyżej wspomnianej sprawie Schindler.

112 — M. Coccia, op.cit., str. 524. Komisja powołała się na zasadę subsydiarności w celu sparaliżowania tej inicjatywy (wnioski prezydencji Rady Europejskiej ze szczytu w Edynburgu w dniach 11 i 12 grudnia 1992 r., załącznik 2 części A: „Subsydiarność — Przykłady ponownego badania istniejących projektów i obowiązującego ustawodawstwa", które ukazały się w periodyku o nazwie *Biuletyn Wspólnot Europejskich*, nr 2, 1992).

113 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz.U. L 178, str. 1).

114 — Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie usług na rynku wewnętrznym [COM(2004) 2 wersja ostateczna].

świadczenia usług" (art. 1); dotyczyłaby ona gier losowych (art. 2, a contrario), mimo że przewiduje się w niej okres przejściowy, kiedy „zasada państwa pochodzenia" [115] nie będzie miała zastosowania do „działalności hazardowej ze stawkami pieniężnymi w grach losowych, włącznie z loterią, grami hazardowymi w kasynach i zakładami wzajemnymi" [art. 18 ust. 1 lit. a)], w stosunku do których jest przewidywana ewentualna dodatkowa harmonizacja „w świetle raportu Komisji i szeroko zakrojonych konsultacji z zainteresowanymi stronami" (art. 40) [116], mając na względzie wagę omawianego tematu [117].

148. Jeśli zostanie osiągnięte porozumienie w ramach Wspólnoty wiele problemów wynikających z zakładów wzajemnych przez Internet zostanie rozwiązanych. W tym czasie środki podejmowane jednostronnie muszą być badane w świetle traktatu [118].

149. Wreszcie transgraniczny wymiar tych gier wykracza poza granice terytorialne Unii Europejskiej, na co wskazują tarcia w ramach Światowej Organizacji Handlu [119], której konwencje, zwłaszcza ogólne porozumienie w sprawie handlu usługami, wywierają skutki na prawo wspólnotowe, jeśli zamieszane jest państwo trzecie, co jednak nie zachodzi w niniejszej sprawie.

115 — Zgodnie z tą zasadą świadczący usługi podlega wyłącznie prawu państwa członkowskiego swojego miejsca zamieszkania, na którym spoczywa obowiązek kontroli, w tym także w sytuacji, gdy działalność wykonywana jest w innym państwie członkowskim, art. 16.

116 — Zauważam, że liberalizacja tego sektora nie przebiega w sposób spokojny. Na przykład W. Ohlmann, „Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nr 1, 2005, str. 55 i 58, twierdzi, że nie ma tu sprzeczności; S. Walz, „Gambling um Gambelli? — Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* 2004, str. 524, waha się co do ważności zagranicznych zezwoleń; wreszcie C. Campegiani i C. Pati „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 (art. 43 WE i 49 WE)", *Giustizia civile,* 2004-I, str. 2532, uzasadniają ujęcie w państwowe ramy prowadzenia gier. S. Geeroms, „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,* Zurich/Basle/Geneva, 2004, str. 180, opowiada się za stworzeniem zliberalizowanego rynku, pod kontrolą ponadnarodowego lub międzynarodowego ustawodawstwa ze ścisłymi zasadami zmierzającymi do zapobiegania przestępstwom.

117 — D. Buschle, op.cit., str. 471, wskazuje, że w Niemczech istnieje miedzy 90 000 a 500 000 osób cierpiących na uzależnienie od gier losowych, z czego dwie trzecie stanowią mężczyźni o niskich dochodach. Według gazety *El Paí,* w świetle danych doradców z Christiansen Capital Advisors istnieje między 1800 a 2500 stron internetowych poświęconych grom losowym, osiągających dochody ponad 8200 milionów dolarów na całym świecie, z 23 500 milionami w roku 2009 (Ciberpaís, 13 października 2005 r.).

118 — Obecnie debata jest w toku. Sądy francuskie napotkały ostatnio na podobne trudności, co ich włoscy odpowiednicy, odnośnie do zakładów na wyścigi konne, prowadzonych przez Internet przez przedsiębiorstwo Zeturf, zarejestrowane na Malcie; wyrokiem z dnia 4 stycznia 2006 r. Cour d'appel w Paryżu potwierdził wyrok sadu pierwszej instancji w Paryżu i stwierdził bez występowania z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału, że ustawodawstwo krajowe jest zgodne z prawem wspólnotowym, co wywołało pierwsze uwagi krytyczne (T. Verbiest, „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_2asp?actu_id=1150).

119 — Na przykład spór pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Antiguą, który został wywołany przez sprawozdanie organu odwoławczego tej organizacji, Stany Zjednoczone — Środki zmierzające do zapewniania transgranicznych usług w dziedzinie gier i zakładów wzajemnych, WT/DS285/AB/R, przyjęty w dniu 7 kwietnia 2005 r.

VIII — Wnioski

150. Mając na względzie całość powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne postawione przez Tribunale di Teramo i Tribunale di Larino w następujący sposób:

Artykuły 43 WE i 49 WE należy interpretować w ten sposób, że pozostają one w sprzeczności z uregulowaniem krajowym, które zakazuje pod groźbą sankcji karnych aż do trzech lat pozbawienia wolności zbierania, przyjmowania, rejestracji i przekazywania ofert zakładów wzajemnych, bez koncesji i zezwolenia wydawanego przez dane państwo członkowskie, na rzecz przedsiębiorstwa, które nie może otrzymać takiej koncesji lub zezwolenia na świadczenie takich usług w tym kraju, ale które jest uprawnione do ich świadczenia w innym państwie członkowskim, w którym ma swoją siedzibę.