SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA, predstavljeni 16. maja 2006[1]

I – Uvod

1. „Rien ne va plus.“ Sodišče se ne bo moglo več dolgo izogibati temeljiti preučitvi posledic temeljnih svoboščin iz Pogodbe ES za sektor iger na srečo.

2. Že tretjič je pozvano, naj na tem področju odloči glede zakonodaje, ki velja v Italiji. Prvič je na predlog Consiglio di Stato to storilo s sodbo z dne 21. oktobra 1999 v zadevi Zenatti[2], v kateri je razsodilo, da določbe Pogodbe v zvezi s svobodo opravljanja storitev ne nasprotujejo zakonodaji, ki nekaterim organom podeljuje pravico do sprejemanja športnih stav, kot je na primer italijanska zakonodaja, če jo upravičujejo cilji socialne politike, namenjeni omejevanju škodljivih učinkov takih dejavnosti, in če so omejitve, ki jih nalaga, sorazmerne z uresničitvijo teh ciljev.

3. S tem pa niso bili odpravljeni dvomi, ki jih je zbujal pravni red te države, in Tribunale di Ascoli Piceno je vložilo drugi predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki se je nanašal ne samo na svobodo opravljanja storitev, ampak tudi na pravico do ustanavljanja. Prejšnja odločitev je bila s sodbo z dne 6. novembra 2003 v zadevi Gambelli in drugi[3] preoblikovana, saj je bilo razsojeno, da „[n]acionalna ureditev, ki prepoveduje – in predvideva kazenske sankcije – opravljanje dejavnosti zbiranja, sprejemanja, registriranja in prenašanja predlogov stav, zlasti športnih, brez koncesije ali dovoljenja zadevne države članice, predstavlja omejitev svobode ustanavljanja in opravljanja storitev, opredeljenih v členih 43 ES in 49 ES“, predložitveno sodišče pa je moralo preveriti, ali je taka ureditev glede na svoja konkretna podrobna izvedbena pravila upravičena in ali so omejitve, ki jih vsebuje, sorazmerne z njenimi cilji.

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2 – C-67/98, Recueil, str. I-7289.

3 – C-243/01, Recueil, str. I-13031.

4. Sodišče ima na podlagi vprašanj za predhodno odločanje, ki sta jih predložili Tribunale di Larino in Tribunale di Teramo, priložnost, pojasniti svoje stališče glede na to, da je Corte suprema di cassazione menilo, da je zadevni sistem združljiv z določbami Skupnosti, in glede na okoliščine, v katerih so bile podeljene koncesije za stave v Italiji.

5. V teh okoliščinah lahko glede na vsebino zgoraj navedenih sodb in sklepnih predlogov generalnih pravobranilcev izpustim nekatere podrobnosti – če navedem natančna sklicevanja – in se osredotočim na preučitev odprtih vprašanj in posebnih vprašanj, ki so se še pojavila.

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

6. V skladu s členom 3(1)(c) ES ukrepi Skupnosti, namenjeni uresničitvi zastavljenih ciljev, vključujejo „notranji trg, za katerega je značilna odprava ovir pri prostem pretoku blaga, oseb, storitev in kapitala med državami članicami“. Ta tri področja ureja naslov III tretjega dela Pogodbe, katerega poglavje 2 je posvečeno „pravici do ustanavljanja“, poglavje 3 pa „storitvam“.

1. Pravica do ustanavljanja

7. Vsebina tega načela je določena v členu 43 ES:

„V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo. Ta prepoved se uporablja tudi za omejitve pri ustanavljanju agencij, podružnic ali hčerinskih družb državljanov katere koli države članice s sedežem na ozemlju katere koli države članice.

Pravica do ustanavljanja zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij, zlasti družb ali podjetij iz drugega odstavka člena 48, pod pogoji, ki jih

ob upoštevanju določb poglavja o kapitalu za svoje državljane določa zakonodaja države, v kateri se taka ustanovitev izvede."

8. Člen 46(1) ES določa več izjem:

„Določbe tega poglavja in ukrepi, sprejeti v skladu z njimi, ne vplivajo na uporabo določb zakonov ali drugih predpisov, ki predvidevajo posebno obravnavo tujih državljanov zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja.

[…]"

9. Za izvajanje te pravice so v členu 48 ES pravne osebe izenačene s fizičnimi osebami:

„Družbe ali podjetja, ustanovljena v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti, se v tem poglavju obravnavajo enako kakor fizične osebe, ki so državljani držav članic.

‚Družbe ali podjetja' pomeni družbe ali podjetja, ustanovljena po civilnem ali gospodarskem pravu, vključno z zadrugami, in druge pravne osebe javnega ali zasebnega prava z izjemo neprofitnih."

2. Svoboda opravljanja storitev

10. Splošno načelo je določeno v členu 49, prvi odstavek, ES:

„V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve svobode opravljanja storitev v Skupnosti prepovejo za državljane držav članic, ki imajo sedež v eni od držav Skupnosti, vendar ne v državi osebe, ki so ji storitve namenjene.

[…]“

11. Navesti je treba še določbe člena 50 ES:

„V tej pogodbi so storitve ‚storitve‘ takrat, kadar se praviloma opravljajo za plačilo in kolikor jih ne urejajo določbe, ki se nanašajo na prosti pretok blaga, kapitala in oseb.

K ‚storitvam‘ se štejejo zlasti:

(a) dejavnosti industrijskega značaja;

(b) dejavnosti trgovinskega značaja;

(c) obrtne dejavnosti;

(d) dejavnosti samostojnih poklicev.

Brez poseganja v določbe poglavja o pravici do ustanavljanja lahko ponudnik, zato da zagotovi storitev, začasno izvaja svojo dejavnost v državi, v kateri se ta storitev opravlja, pod enakimi pogoji, kakršne ta država predpisuje svojim državljanom.“

12. Člen 55 ES vsebuje sklicevanje na nekatere določbe, ki urejajo pravico do ustanavljanja:

„Določbe členov od 45 do 48 se uporabljajo za zadeve, ki jih obravnava to poglavje.“

B – *Italijanski predpisi*

13. Nacionalna zakonodaja se v veliki meri ujema s tisto, ki je bila obravnavana v zadevi

Gambelli in drugi; vseeno pa jo je treba povzeti in upoštevati dopolnitve.

a) Koncesije

15. Za nadzor nad igrami na srečo je pristojna država, in sicer prek Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministrstvo za gospodarstvo in finance), ki mu pri tem pomaga Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (neodvisna uprava državnih monopolov, v nadaljevanju: AAMS). [6]

1. Koncesije in dovoljenja za opravljanje zadevne dejavnosti

16. Vendar sta za to izključno pristojnost države značilni dve izjemi, ki veljata za Comitato olimpico nazionale italiano (italijanski nacionalni olimpijski komite, v nadaljevanju: CONI) in Unione italiana per l'incremento delle razze equine (italijanska zveza za razvoj konjskih dirk, v nadaljevanju: UNIRE) [7], ki sta pooblaščena za prirejanje stav [8] in za to, da njihovo organizacijo vsak na svojem področju nadzora zaupata tretjim osebam. [9]

14. Člen 88 enotnega besedila zakonov na področju socialne varnosti (Testo Unico delle Leggi di Publica Sicurezza, v nadaljevanju: TULPS) [4] v različici iz člena 37(4) finančnega zakona (Legge financiaria) za leto 2001 [5] določa, da se dovoljenje za stave dodeli izključno koncesionarjem in osebam, ki jih pooblasti ministrstvo ali drug organ z zakonsko pridržano pravico do prirejanja stav. Kdor želi opravljati dejavnost na področju javnih stav, mora torej pridobiti koncesijo in dovoljenje, ki se v TULPS imenuje „dovoljenje policije".

17. Oba organa koncesije dodeljujeta ob upoštevanju posebnih pravil, ki so se sčasoma

4 – Odobren s kraljevim dekretom št. 773 z dne 18. junija 1931 (GURI št. 146 z dne 26. junija 1931).

5 – Zakon št. 388 z dne 23. decembra 2000 (GURI št. 302 z dne 29. decembra 2000, redni dodatek št. 219). Besedilo v točki 7 sodbe Gambelli in drugi ne vključuje spremembe, ki je v točki 8 navedena, kot bi šlo za drugo določbo.

6 – Člen 1 dekreta predsednika republike št. 33 z dne 24. januarja 2002 (GURI št. 63 z dne 15. marca 2002) in člen 4 zakonske uredbe št. 138 z dne 8. julija 2002 (GURI št. 158 z dne 8. julija 2002) – postal zakon št. 178 z dne 8. avgusta 2002 (GURI št. 187 z dne 10. avgusta 2002).

7 – Rossi, G., „Il mercato unico europeo e il monopolio dei CONI sui giuocchi e concorsi pronostici connessi alle manifestazioni sportive", *Rivista di diritto sportivo*, 1992, str. 229 in naslednje.

8 – Člen 6 zakonodajnega dekreta št. 496 z dne 14. aprila 1948 (GURI št. 118 z dne 22. maja 1948).

9 – Člen 3(229) zakona št. 549 z dne 28. decembra 1995 (GURI št. 302 z dne 2. novembra 1995) za CONI in člen 3(78) zakona št. 662 z dne 23. decembra 1996 (GURI št. 303 z dne 28. decembra 1996) za UNIRE.

spreminjala. Prvotno je bila izbira prejemnikov odvisna od preglednosti lastništva delnic zainteresiranih strank; iz tega razloga so za kapitalske družbe veljale različne omejitve, saj so se morale delnice z glasovalno pravico glasiti na ime fizičnih oseb, družbe z omejeno odgovornostjo ali komanditne družbe in niso bile prosto prenosljive;[10] družbe, ki so kotirale na borzi, torej niso mogle delovati v tem sektorju.

18. Člen 22(11) finančnega zakona (Legge financiaria) za leto 2003[11] trenutno določa, da lahko pri razpisih sodelujejo vse pravne osebe, ne glede na njihovo obliko.

b) Dovoljenja policije

19. Za delovanje v sektorju stav je treba poleg koncesije pridobiti preklicno dovoljenje (člen 88 TULPS), ki se ne izda osebi, ki je bila obsojena na določena kazniva dejanja ali na določene prekrške, na primer za tiste v zvezi s poštenostjo in sprejetimi moralnimi načeli ali za kršitve pravil iger na srečo (člena 11 in 14 TULPS).

20. Po izdaji dovoljenja mora imetnik organom kazenskega pregona ob katerem koli času dovoliti dostop v lokale, kjer se opravlja dovoljena dejavnosti (člen 16 TULPS).

2. Sankcije

21. Zakon št. 401 z dne 13. decembra 1989 o sektorju nezakonitih iger in stav ter varstvu pravilnega poteka športnih tekmovanj[12] (v nadaljevanju: zakon št. 401/89) vsebuje določene opredelitve kaznivih dejanj.

22. Člen 4 tega zakona določa, da kdor nezakonito organizira loterije ali stave, ki jih lahko prireja izključno država ali koncesionarji, in

10 – Člen 2(1)(a) in (6) dekreta št. 174 ministrstva za finance z dne 2. junija 1998 (GURI št. 129 z dne 5. junija 1998) za CONI ter člen 2(1)(a) in (8) dekreta predsednika republike št. 169 z dne 8. aprila 1998 (GURI št. 125 z dne 1. junija 1998) za UNIRE.

11 – Zakon št. 289 z dne 27. decembra 2002 (GURI št. 305 z dne 31. decembra 2002, redni dodatek št. 240).

12 – GURI št. 294 z dne 18. decembra 1989.

kdor jih organizira za športna tekmovanja, ki jih vodi CONI ali UNIRE, mu grozi zaporna kazen od šestih mesecev do treh let; v primeru drugih tekmovanj zadevni osebi grozita zaporna kazen od treh mesecev do enega leta in globa (odstavek 1). Oglaševanje navedenih iger se kaznuje z zaporno kaznijo do treh mesecev in globo (odstavek 2); in nazadnje, že za sodelovanje pri teh dejavnostih je zagrožena ena od teh dveh sankcij (odstavek 3).

23. Navedeni člen 4(4a) in (4b) [13] te sankcije razširja na vsako osebo, ki brez dovoljenja iz člena 88 TULPS sprejema ali pobira kakršne koli stave, ki se izvajajo v Italiji ali tujini, tudi prek telefona ali telematsko, ali omogoča taka dejanja (odstavek 4a) oziroma na enak način sprejema loterijske ali stavne listke, ne da bi za to imela dovoljenje (odstavek 4b).

13 – Navedena odstavka sta bila dodana s členom 37(5) zakona št. 388/00. Točka 9 sodbe Gambelli in drugi govori o „členu 4a“ in „členu 4b“, medtem ko gre v resnici za dva odstavka istega člena 4.

III – Dejansko stanje: sodba Gambelli in drugi ter odgovor Corte suprema di cassazione

24. Kot sem navedel na začetku teh sklepnih predlogov, je bilo na Sodišče že naslovljeno vprašanje o čezmejni razsežnosti iger na srečo. Zgoraj navedenima sodbama Gambelli in drugi ter Zenatti je treba dodati sodbi v zadevah Schindler [14] ter Läärä in drugi [15], čeprav so bile te sodbe razen prve osredotočene na svobodo opravljanja storitev. [16]

25. Predmet zadeve bratov Schindler je bila popolna prepoved prirejanja loterij v Združenem kraljestvu; zadeva Läärä in drugi se je nanašala na finske predpise v zvezi z igralnimi avtomati; in nazadnje, zadeva Zenatti se je nanašala na stave, ki so jih italijanske agencije prirejale v imenu podjetja s sedežem v drugi državi članici. Zadnji

14 – Sodba z dne 24. marca 1994 (C-275/92, Recueil, str. I-1039).

15 – Sodba z dne 21. septembra 1999 (C-124/97 P, Recueil, str. I-6067).

16 – Sodišče je preučilo še druga področja: v sodbi z dne 11. septembra 2003 v zadevi Anomar in drugi (C-6/01, Recueil, str. I-8621) igralne avtomate, v sodbi z dne 13. novembra 2003 v zadevi Lindman (C-42/02, Recueil, str. I-13519) pa obdavčitev dobitkov na Finskem. Pripravlja se na razsodbo v zadevi United Utilities (C-89/05), v kateri House of Lords sprašuje, ali „se oprostitev stav, določena v členu 13(B)(f) Šeste direktive Sveta z dne 17. maja 1977 (Direktiva 77/388/EGS), uporablja […], ko neka oseba (v nadaljevanju: posrednik) opravi storitve za račun druge osebe (v nadaljevanju: naročnik) […]“.

primer je zelo podoben zadevi, v kateri je bila izdana sodba Gambelli in drugi, in se v številnih točkah ujema z obravnavano zadevo, zlasti kar zadeva dejansko stanje ter pravni okvir Skupnosti in nacionalni pravni okvir.

26. Treba je torej poiskati razloge, zaradi katerih sta predložitveni sodišči predložili ta vprašanja za predhodno odločanje, kar pomeni, da je treba pojasniti sodbo Gambelli in drugi in v njej določena merila, kot jih je uporabilo Corte suprema di cassazione.

A – *Sodba Gambelli in drugi*

27. Zoper P. Gambellija in 137 drugih oseb je bil sprožen kazenski postopek zaradi nezakonitega prirejanja nedovoljenih iger na srečo in uporabe prostorov, v katerih je stave brez dovoljenja obdeloval posrednik britanskega pobiralca stav.

28. Tribunale di Ascoli Piceno se je na Sodišče obrnilo, ker je dvomilo o združljivosti italijanskih kazenskih določb, ki naj bi jih uporabilo, s členoma 43 ES in 49 ES. [17]

29. V sodbi Gambelli in drugi je bilo vprašanje, predloženo Sodišču, ki ga je to obravnavalo po navedbi predloženih stališč (točke od 25 do 43), preučeno z dveh vidikov, in sicer z vidika pravice do ustanavljanja (točke od 44 do 49) in z vidika svobode opravljanja storitev (točke od 50 do 58). [18]

30. Pri prvem vidiku se je Sodišče oprlo na položaj podjetja iz Združenega kraljestva, ki je dejavnost v Italiji izvajalo prek italijanskih agencij (točka 46), ker ni moglo delovati neposredno, saj so nacionalne določbe izključevale dodelitev koncesij kapitalskim

17 – Podalo je naslednje vprašanje: „Ali obstaja nezdružljivost (s posledicami, ki jih to prinaša v italijanskem pravu) med členom 43 in naslednjimi ter členom 49 in naslednjimi Pogodbe ES v zvezi s svobodo ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev na eni strani ter nacionalnimi predpisi, kot je italijanska zakonodaja, določena v členu 4(1) in naslednjih ter členih 4a in 4b zakona št. 401/89 (kakor je bil nazadnje spremenjen s členom 37(5) zakona št. 388 z dne 23. decembra 2000), ki komur koli in kjer koli prepoveduje – s kazenskimi sankcijami – opravljanje dejavnosti zbiranja, sprejemanja, registriranja in prenašanja stavnih predlogov, zlasti pri športnih stavah, če niso izpolnjeni pogoji v zvezi s koncesijo in dovoljenjem, določeni z notranjim pravom, na drugi strani?"

18 – Generalni pravobranilec S. Alber v sklepnih predlogih meni, da središča za prenos podatkov niso podružnice britanskega podjetja, temveč delujejo v okviru opravljanja storitev (točka 87), zaradi česar je predlagal odgovor, ki je zadeval samo svobodo opravljanja storitev.

družbam, ki kotirajo na borzah v drugih državah članicah – enako kot zadevno podjetje –, kar je pomenilo oviranje svobode ustanavljanja (točka 48).

31. Pri drugem vidiku je preučitev še poglobilo, pri čemer je podrobno navedlo, da italijanske določbe omejujejo svobodo opravljanja storitev na treh ravneh: (a) na ravni britanskega subjekta, ki je sprejemal stavne predloge iz Italije, ta dejavnost pa v smislu člena 50 ES (točka 52) pomeni „storitev“, čeprav so se predlogi pošiljali prek interneta (točki 53 in 54); (b) na ravni italijanskih državljanov, ki so stave vplačevali in si tako nakopali kazenske sankcije (točke od 55 do 57), in, nazadnje, (c) na ravni posrednikov, ki so jim bile prav tako naložene kazenske sankcije (točka 58).

32. Posledično je bilo razsojeno, da člen 4 zakona št. 401/89 ovira svobodo ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev (točka 59) ter da je treba preveriti, ali so lahko take omejitve dovoljene v okviru enega od odstopanj iz členov 45 ES in 46 ES ali zaradi nujnih razlogov v splošnem interesu (točka 60).

33. Nobena od teh dveh izjem ne vključuje znižanja davčnih prihodkov (točka 61) ali financiranja socialnih ukrepov z davkom na prihodke, ki mora „biti […] koristen stranski učinek“ (točka 62).

34. Omejitve morajo izpolnjevati pogoje, ki izhajajo iz sodne prakse (točka 64). V sodbi Gambelli in drugi so ti pogoji našteti (točka 65), nato pa je nacionalnemu sodišču prepuščena presoja, ali so izpolnjeni v zadevnem primeru,[19] za kar so navedena nekatera merila (točka 66). Ovire:

– morajo temeljiti na nujnih razlogih v splošnem interesu, kot so „varstvo potrošnikov“, „preprečevanje goljufij“, odvračanje od „pretiranega trošenja […] za igre“ ali preprečevanje „vznemirjanja družbenega reda“, pod pogojem, da sprejeti ukrepi prispevajo k „doslednemu in sistematičnemu omejevanju dejavnosti stav“ (točka 67); zato se države, ki zaradi ekonomskih koristi izvajajo politiko močnega širjenja stav, „v zvezi s potrebo po

19 – V točki 37 sodbe v zadevi Zenatti je bilo v podobnem smislu predložitvenemu sodišču prepuščeno preverjanje, ali je nacionalna zakonodaja upravičena in ali naložene omejitve niso nesorazmerne. Generalni pravobranilec S. Alber je v sklepnih predlogih v zadevi Gambelli in drugi potrdil, da so bila za to preučitev doslej pristojna nacionalna sodišča, vendar je poudaril, da jim ta „očitno povzroča določene težave“ (točka 116).

zmanjšanju priložnosti za igre ne morejo sklicevati na javni red“ (točki 68 in 69); [20]

– se morajo enako in pod enakimi pogoji uporabljati za vse izvajalce v Skupnosti (točka 70), pri čemer je pojasnjeno, da načelo prepovedi diskriminacije ne bi bilo upoštevano, če lahko italijanski izvajalci te pogoje lažje izpolnijo (točka 71);

– ne smejo preseči tistega, kar je nujno potrebno za dosego zastavljenega cilja. To sorazmernost je treba upoštevati pri sankcijah, naloženih osebam, ki vplačujejo stave (točka 72), in posrednikom, ki pobiralcu stav s sedežem v drugi državi članici omogočajo opravljanje storitev (točka 73), pa tudi pri možnostih kapitalskih družb, ki kotirajo na organiziranih trgih drugih držav članic, da pridobijo koncesije za igre na srečo (točka 74).

20 – Navesti je treba, da je Sodišče izrazilo mnenje o tem vprašanju, čeprav je bilo v sodbi določeno, da mora nacionalno sodišče preučiti, ali so bili v zadevi v glavni stvari izpolnjeni pogoji iz sodne prakse.

B – *Odgovor Corte suprema di cassazione*

35. Corte suprema di cassazione je imelo nekaj mesecev po izreku sodbe Gambelli in drugi priložnost ta načela uporabiti v okviru pritožbe državnega tožilstva zoper sklep Tribunale di Prato z dne 15. julija 2003, ki je v kazenskem postopku proti M. Gesualdiju in drugim zaradi kaznivega dejanja iz člena 4(4a) zakona št. 401/89 razveljavilo prepoved opravljanja dejavnosti v središčih, ki so jih upravljali obtoženci, ker naj bi navedena določba kršila pravo Skupnosti. [21]

36. Italijansko vrhovno sodišče je vedno presodilo, da so nacionalne določbe združljive s pravili Skupnosti. [22] Na podlagi sodbe Gambelli in drugi je o pritožbi odločala Sezioni unite penali (plenarna seja kazenskih senatov), in sicer na zahtevo tretjega senata, ki mu je bila dodeljena. V zadevi je bila izdana

21 – Kot izhaja iz sodbe Corte suprema di cassazione, je Tribunale di Prato tako odločilo, ker nacionalna zakonodaja ni bila upravičena: po eni strani naj ne bi zagotavljala varovanja javnega reda, saj je z njo povečalo število stav in oseb, ki jim je bilo dovoljeno opravljanje te dejavnosti, namesto da bi se možnosti za igre na srečo zmanjšale; po drugi strani ni bila namenjena niti okrepitvi javne varnosti, saj ni zagotavljala sredstev za preprečitev infiltracije kriminalnih združb. Po mnenju Tribunale di Prato so bile te omejitve svoboščin Skupnosti določene samo zaradi finančnega interesa države.

22 – Sodbe Sezioni III št. 124 z dne 27. marca 2000 v zadevi Foglia, rv. 216223; št. 7764 z dne 4. julija 2000 v zadevi Vicentini, rv. 216986, in št. 36206 z dne 6. oktobra 2001 v zadevi Publiese, rv. 220112.

sodba št. 111/04 z dne 26. aprila 2004 [23] (v nadaljevanju: sodba Gesualdi).

37. V sodbi Gesualdi ni bilo preseneče-nja nad ugotovitvami iz sodbe Gambelli in drugi, saj so bile v skladu s sodno prakso (točka 11.1); kljub temu sta bili navedeni dve novosti: preučitev svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev na področju iger na srečo ter ugotovitev, da se člen 4 zakona št. 401/89 izrecno šteje za omejitev teh svo-boščin (točka 11.2.3).

38. Dalje, na podlagi dejstva, da italijanski zakonodajalec zaradi povečanja državnih prihodkov že več let izvaja politiko širjenja v tem sektorju, je bilo v sodbi ugotovljeno, da tak pristop sloni na razlogih javnega reda in javne varnosti, ki upravičujejo oviranje svoboščin Skupnosti, saj določbe o igrah na srečo niso namenjene omejevanju ponudbe in povpraševanja, ampak so namenjene njunemu usmerjanju na območja, ki jih je mogoče nadzorovati, da se preprečijo kršitve (točka 11.2.3).

39. Corte suprema di cassazione je v teh okoliščinah zavrnilo trditev, da britanskega pobiralca stav že nadzoruje država članica, ker naj bi imelo dovoljenje, ki ga je izdala ta država, ozemeljsko konotacijo in ker se upo-raba sheme koncesij za stave ni izpodbijala na ravni Skupnosti (točka 11.2.4).

40. Navedlo je tudi, da italijanski sistem temelji na dveh stebrih: koncesiji in dovolje-nju. Razlogi v splošnem interesu, s katerimi se pojasnjujejo omejitve pri dodeljevanju kon-cesij, so vsaj deloma očitni. Razlogi, povezani z dovoljenjem, pa izhajajo iz spleta različnih subjektivnih elementov, usmerjenih v pre-ventivni nadzor in stalno spremljanje za pre-prečitev kriminalnih ravnanj, kot so goljufije, pranje denarja ali oderuštvo (točka 11.2.5).

41. Da bi lahko presodili ustreznost in sora-zmernost zadevnih ovir, se je v sodbi Gesualdi razlikovalo med pogoji za opravljanje dejav-nosti in kazenskimi sankcijami, pri čemer je bilo opozorjeno, da sodišča niso pristojna za odločanje o utemeljenosti ali resnosti kazen-skih sankcij (točka 12).

23 – Ta sodba je bila v prilogi 6 k stališčem M. Placanice in je na voljo na spletni strani http://www.ictlex.net/index.php/2004/04/26/cass-su-sent-11104/.

42. Italijansko višje sodišče je tudi zanikalo, da bi bile nacionalne določbe diskriminatorne, in sicer z obrazložitvijo, da se določbe, ki zagotavljajo preglednost lastništva delnic koncesionarjev, enako uporabljajo za domače državljane in tujce. Poleg tega lahko od 1. januarja 2004 pri razpisih sodelujejo vse kapitalske družbe, saj so bile ovire na tem področju odpravljene (točka 13).

43. In nazadnje, zanikalo je upoštevnost trditve v zvezi z vzajemnim priznavanjem diplom, spričeval in drugih dokazil o formalnih kvalifikacijah iz člena 47 ES (točka 14).

44. Ob upoštevanju teh elementov je razsodilo, da člen 4 zakona št. 401/89, zlasti člen 4a v zvezi s členom 88 TULPS, ni nezdružljiv z načeli Skupnosti o svobodi ustanavljanja in svobodi opravljanja storitev (točka 15). [24]

IV – Dejansko stanje v sporih o glavni stvari

45. Zaradi podobnosti med dejanskim stanjem v zadevah Zenatti ter Gambelli in drugi ter dejanskim stanjem v postopkih v glavni stvari, na katere se nanašajo ta vprašanja za predhodno odločanje, lažje opišemo dejanske okoliščine, ki jih je mogoče povzeti na kratko.

46. „Središča za prenos podatkov“ delujejo v prostorih, odprtih za javnost, v njih pa so na voljo različni telematski instrumenti, ki omogočajo dostop do strežnikov upravljavcev stav s sedežem v drugih državah članicah. V teh središčih zadevna oseba položi stavo, prejme potrdilo o tem, vplača vložek in – če zmaga – prejme dobitek.

47. Ta podjetja upravljajo neodvisni subjekti, ki zgolj obdelujejo stavne predloge, pri čemer delujejo kot posredniki med posamezniki in pobiralci stav, na katere so pogodbeno vezani. [25]

24 – Consiglio di Stato se je v enaki smeri izreklo v odločbah z dne 1. marca 2005 (N. 5203/2005, pritožba NRG. 4587 iz leta 2004) in z dne 14. junija 2005 (N. 5898/2005, pritožba NRG. 2715 iz leta 1998).

25 – Kot je navedlo Tribunale di Teramo, je obdolženi „v svoji agenciji prejemal sezname športnih dogodkov in s tem povezane napovedi, ki mu jih je pošiljala angleška družba upravljavka, in jih objavljal, nato pa od posameznikov sprejemal ponujene vložke in podatke o stavah pošiljal [navedeni] družbi“.

48. Massimiliano Placanica, Christian Palazzese in Angelo Sorrichio upravljajo take agencije v imenu družbe Stanley International Betting Ltd, ki ima sedež v Liverpoolu; ta družba ima za opravljanje zadevne dejavnosti v Združenem kraljestvu in v tujini dovoljenje, ki so ga izdali organi v Liverpoolu; [26] v Italiji nima dovoljenja za opravljanje dejavnosti, to pa bi ji omogočilo opravljanje za obdobje šestih let, ki bi se lahko podaljšalo za nadaljnjih šest let; tako dovoljenje je skušala pridobiti na podlagi razpisa, ki je v tej državi potekal leta 1999, vendar je bila kot kapitalska družba, ki kotira na borzi, z njega izključena.

49. Državno tožilstvo je zoper M. Placanico uvedlo kazenski postopek pred Tribunale di Larino, v okviru katerega je bil obtožen za kaznivo dejanje iz člena 4(4a) zakona št. 401/89, ker naj bi kot edini upravitelj družbe Neo Service Srl brez dovoljenja telematsko sprejemal športne in druge stave v imenu družbe Stanley International Betting Ltd.

50. Na Tribunale di Teramo je bil sprožen podoben postopek zoper C. Palazzeseja in A. Sorricchia, ki sta prav tako sprejemala stave v imenu angleške družbe, vendar je bilo poudarjeno, da sta pred začetkom opravljanja te dejavnosti pri Questura (policijski urad) iz Atrija oddala vlogo za dovoljenje, vendar nista dobila odgovora.

V – Vprašanja za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

51. Tribunale di Larino je prekinilo odločanje, ker je dvomilo, da je sistem koncesij upravičen, zato da bi se igre na srečo tako usmerile na območja, ki jih je mogoče nadzorovati. V sklepu z dne 8. julija 2004, ki je predmet zadeve C-338/04, je Sodišču predložilo ta vprašanja:

„Sodišče naj presodi skladnost določbe člena 4(4a) zakona št. 401/89 z načeli iz člena 43 [ES] in naslednjih ter člena 49 Pogodbe ES glede ustanavljanja in svobodnega opravljanja čezmejnih storitev, tudi glede na razhajanje v razlagi, ki izhaja iz odločb Sodišča (predvsem v sodbi v zadevi Gambelli in drugi) v primerjavi s sodbo

26 – V točkah 10 in 11 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca S. Alberja ter točkah 12 in 14 sodbe Gambelli in drugi so podrobno opisane značilnosti navedene družbe in njeno delovanje na italijanskem trgu.

Corte suprema di cassazione, Sezioni Unite št. 23271/04; še posebej pa je pozvano, naj določi uporabo kazenskopravne ureditve v italijanski državi, ki izhaja iz obtožnega akta in na podlagi katere je bil Massimiliano Placanica obtožen."

52. Tudi Tribunale di Teramo je v dveh sklepih s podobno vsebino z dne 23. julija 2004, ki se vodita kot zadevi C-359/04 in C-360/04, prekinilo postopka, o katerih je odločalo, in Sodišču v zvezi s pogoji sodelovanja pri razpisih za dodelitev koncesij predložilo to vprašanje:

„Ali je člena 43, prvi odstavek, [ES] in 49, prvi odstavek, ES mogoče razlagati v tem smislu, da državam članicam dovoljujeta, da začasno odstopijo (za obdobje od 6 do 12 let) od ureditve pravice do ustanavljanja ter svobode opravljanja storitev v Evropski uniji, tako da:

(1) se nekaterim subjektom podelijo koncesije za določene dejavnosti opravljanja storitev, za obdobje od 6 do 12 let, na podlagi normativne ureditve, ki je od sodelovanja na razpisu izključila nekatere vrste konkurentov (ki niso iz Italije);

(2) se navedena pravna ureditev, potem ko je bilo naknadno ugotovljeno, da ta ni v skladu z načeloma iz členov 43 [ES] in 49 ES, spremeni v tem smislu, da bodo v prihodnje lahko sodelovali tudi tisti subjekti, ki so bili od sodelovanja izključeni;

(3) se koncesije, izdane na podlagi predhodne normativne ureditve, za katero je bilo ugotovljeno, da je kršila načelo pravice do ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, ne prekličejo ter se ne opravi nov razpis v skladu z novo ureditvijo, ki je sedaj v skladu z zgoraj navedenimi načeli;

(4) se nadaljuje pregon kogar koli, ki deluje v povezavi s subjekti, pooblaščenimi za opravljanje take dejavnosti v državi članici izvora in izključenimi od razpisa ravno zaradi omejitev, ki so bile vzpostavljene s prejšnjo ureditvijo dodelitve koncesij, ki je bila pozneje razveljavljena?"

53. Predsednik Sodišča je s sklepom z dne 14. oktobra 2004 združil zadevi C-359/04 in C-360/04 ter ju s sklepom z dne 27. januarja 2006 združil z zadevo C-338/04. [27]

54. V zadevi C-338/04 so pisna stališča Sodišču v predpisanem roku iz člena 23 Poslovnika predložili M. Placanica, belgijska, nemška, španska, francoska, italijanska, avstrijska, portugalska in finska vlada ter Komisija; v zadevah C-359/04 in C-360/04 so stališča predložili C. Palazzese in A. Sorrichio, španska, italijanska, avstrijska in portugalska vlada ter Komisija Evropskih skupnosti.

55. Zastopniki M. Placanice, C. Palazzeseja in A. Sorrichia, belgijske, španske, francoske, italijanske in portugalske vlade ter Komisije so na obravnavi 7. marca 2006 ustno predstavili stališča.

56. Nazadnje je treba navesti, da je bila Sodišču predložena tudi zadeva C-260/04, katere predmet je bila tožba zaradi neizpolnitve obveznosti, ki jo je Komisija vložila zoper Italijansko republiko in se je nanašala na sistem koncesij za storitve pobiranja in sprejemanja stav za konjske dirke. [28]

VI – Dopustnost vprašanj za predhodno odločanje

A – *Smer, v kateri gredo vprašanja za predhodno odločanje*

57. Zadeve, ki jih obravnavata obe predložitveni sodišči, imajo enako izhodišče, in sicer kazenski postopek, sprožen zoper dejavnost posredovanja pri stavah, ki se izvaja brez koncesije in dovoljenja, in enak rezultat, in sicer ugovore glede združljivosti nacionalnih določb s svobodo ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev; vendar ubirajo različne poti.

58. Tribunale di Larino se ne strinja z uporabo sodne prakse iz sodbe Gambelli in drugi s strani Corte suprema di cassazione, saj ni

27 – Od rešitve tega spora so odvisni še drugi podobni predlogi za sprejetje predhodne odločbe, ki so jih prav tako vložila italijanska sodišča (zadeve D'Antonio in drugi, C-395/05; Di Maggio in Buccola, C-397/05, ter Damonte, C-466/05).

28 – UL 2004, C 217, str. 14.

prepričano, da so nacionalni predpisi namenjeni nadzoru nad javnim redom in da ne pomenijo diskriminacije subjektov iz drugih držav članic.

59. Tribunale di Teramo opozarja na okoliščine, zaradi katerih pobiralec stav, v imenu katerega so delovali obtoženci, ni mogel pridobiti dovoljenja pred potekom dovoljenj, dodeljenih v letu 1999. Ker to obdobje povzroča „začasno odstopanje“ od temeljnih svoboščin Skupnosti, dvomi o njegovi pravni zakonitosti.

60. Na podlagi teh pojasnil lažje preučimo ovire v zvezi z vidiki, ki niso povezani z vsebino predlogov za sprejetje predhodne odločbe.

B – *Postavljeno vprašanje*

61. Vlade, ki so predložile stališča v zadevi C-338/04, se, z izjemo belgijske, strinjajo, da je vprašanje za predhodno odločanje nedopustno, vendar iz različnih razlogov. Zastopnika portugalske in finske vlade menita, da ne vsebuje zadostnih elementov, da bi nanj lahko odgovorili; po mnenju predstavnikov nemške, španske, francoske in italijanske vlade se vprašanje nanaša na razlago nacionalnega prava; avstrijski predstavnik meni, da je enako vprašanju v zadevi, v kateri je bila izdana sodba Gambelli in drugi, zato Sodišču predlaga, naj izda obrazloženi sklep na podlagi člena 104(3) Poslovnika; s takim predlogom so se podredno strinjale nemška, italijanska in finska vlada.

62. V zadevah C-359/04 in C-360/04 španska in italijanska vlada povzemata trditev, ki je bila v prid nedopustnosti navedena v drugi zadevi; italijanska vlada v nasprotnem primeru predlaga zgoraj navedeno rešitev z obrazloženim sklepom na podlagi člena 104(3) Poslovnika.

63. V teh okoliščinah je treba preučiti, ali mora Sodišče ugoditi predlogom za sprejetje predhodne odločbe.

C – *Navedeni razlogi za nedopustnost*

1. Formalna pravilnost predložitvenega sklepa

64. Sodišče je večkrat navedlo, da mora odločiti o vprašanjih za predhodno odločanje, razen če zahtevana razlaga ali presoja veljavnosti pravila Skupnosti nima nobene zveze z dejanskim stanjem ali s predmetom spora o glavni stvari, če je problem hipotetičen ali če Sodišče nima na voljo dejanskih ali pravnih elementov za to, da bi dalo koristen odgovor. [29]

65. Opozoriti je treba, da mora nacionalno sodišče za učinkovito analizo opredeliti dejanski in pravni okvir vprašanj ali vsaj pojasniti dejanske okoliščine, na katerih temeljijo ta vprašanja, [30] ter navesti razloge, zaradi katerih se je odločilo Sodišču predložiti vprašanja za predhodno odločanje, pri čemer mora vsaj nekoliko pojasniti izbiro določb Skupnosti, za katerih razlago prosi, in njihovo povezavo z nacionalno zakonodajo. [31]

66. Namen teh zahtev je omogočiti Sodišču, da poda koristen odgovor, [32] vladam držav članic in zainteresiranim strankam pa, da predložijo stališča v skladu s členom 23 Statuta Sodišča. [33]

67. Predložitvena sklepa iz obravnavane zadeve pravno zadostno izpolnjujeta navedene pogoje, saj je v njiju predmet vprašanja preučen z vidika dejanskega stanja in z vidika prava. Že res, da ne povzemata besedila referenčnih italijanskih določb, vendar se lahko ta izpust nadomesti s sklicevanjem na sodbo Gambelli in drugi. Poleg tega je iz njiju razvidno bistvo razprave, saj sta osredotočena na

29 – Sodbe z dne 15. decembra 1995 v zadevi Bosman (C-415/93, Recueil, str. I-4921, točke od 59 do 61); z dne 5. junija 1997 v zadevi Celestini (C-105/94, Recueil, str. I-2971, točka 22); z dne 7. septembra 1999 v zadevi Beck in Bergdorf (C-355/97, Recueil, str. I-4977, točka 22); z dne 13. julija 2000 v zadevi Idéal tourisme (C-36/99, Recueil, str. I-6049, točka 20); z dne 19. februarja 2002 v zadevi Arduino (C-35/99, Recueil, str. I-1529, točki 24 in 25); z dne 22. maja 2003 v zadevi Korhonen in drugi (C-18/01, Recueil, str. I-5321, točki 19 in 20); z dne 9. septembra 2003 v zadevi Milk Marque in National Farmers' Union (C-137/00, Recueil, str. I-7975, točka 37); z dne 25. marca 2004 v združenih zadevah Azienda Agricola Ettore Ribaldi in drugi (od C-480/00 do C-482/00, C-484/00, od C-489/00 do C-491/00 in od C-497/00 do C-499/00, Recueil, str. I-2943, točka 72) in z dne 10. novembra 2005 v zadevi Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-316/04, ZOdl., str. I-9759, točki 29 in 30).

30 – Sklep z dne 8. oktobra 2002 v zadevi Viacom (C-190/02, Recueil, str. I-8287, točka 15) ter sodbe z dne 17. februarja 2005 v zadevi Viacom Outdoor (C-134/03, ZOdl., str. I-1167, točka 22); z dne 12. aprila 2005 v zadevi Keller (C-145/03, ZOdl., str. I-2529, točka 29) in z dne 6. decembra 2005 v združenih zadevah ABNA in drugi (C-453/03, C-11/04, C-12/04 in C-194/04, ZOdl., str. I-10423, točka 45).

31 – Zgoraj navedeni sklep Viacom (točka 16); sodbe z dne 16. decembra 1981 v zadevi Foglia (244/80, Recueil, str. 3045, točka 17); z dne 12. junija 1986 v združenih zadevah Bertini in drugi (98/85, 162/85 in 258/85, Recueil, str. 1885, točka 6); z dne 17. maja 1994 v zadevi Corsica Ferries (C-18/93, Recueil, str. I-1783, točka 14); z dne 8. junija 2000 v zadevi Carra in drugi (C-258/98, Recueil, str. I-4217, točka 19) in z dne 21. januarja 2003 v zadevi Bacardi-Martini in Cellier des Dauphins (C-318/00, Recueil, str. I-905, točka 43).

32 – Sodba z dne 26. januarja 1993 v združenih zadevah Telemarsicabruzzo in drugi (od C-320/90 do C-322/90, Recueil, str. I-393, točka 6).

33 – Sklepi z dne 30. aprila 1998 v združenih zadevah Testa in Modesti (C-128/97 in C-137/97, Recueil, str. I-2181, točka 6); z dne 2. marca 1999 v zadevi Colonia Versicherung in drugi (C-422/98, Recueil, str. I-1279, točka 5); z dne 11. maja 1999 v zadevi Anssens (C-325/98, Recueil, str. I-2969, točka 8); z dne 28. junija 2000 v zadevi Laguillaumie (C-116/00, Recueil, str. I-4979, točka 15) in zgoraj navedeni sklep Viacom (točka 14); sodbi z dne 21. septembra 1999 v zadevi Albany (C-67/96, Recueil, str. I-5751, točka 40) in z dne 11. septembra 2003 v zadevi Altair Chimica (C-207/01, Recueil, str. I-8875, točka 25) ter zgoraj navedena sodba Keller (točka 30).

razhajanja med to sodbo Sodišča in utemeljitvami Corte suprema di cassazione, da bi se tako pokazalo, kako pomembna za obravnavani spor je razlaga, za katero prosita.

69. Ne strinjam se, da je treba vprašanja iz obravnavane zadeve razglasiti za nedopustna, čeprav se zdi, da besedilo sklepa Tribunale di Larino podpira trditev, ki jo zagovarjajo navedene države.

2. Uporaba nacionalnih določb

68. V skladu z ustaljeno sodno prakso so v okviru porazdelitve nalog med Sodiščem in nacionalnimi sodišči zadnja pristojna za razlago in uporabo nacionalnega prava ter presojo njegovega obsega in združljivosti s pravnim redom Skupnosti, [34] pri čemer to ne posega v posebni primer, ko se nacionalni zakonodajalec pri urejanju izključno notranjih zadev sklicuje na določbe Skupnosti. [35]

70. Že s spremembo vrstnega reda uporabljenih besed namreč lahko vprašanje preoblikujemo z vidika Skupnosti, tako da ne gre več za preučitev, ali je člen 4(4a) zakona št. 401/89 združljiv s členoma 43 ES in 49 ES – kot dobesedno izhaja iz sklepa –, ampak gre za preučitev pomena teh določb Pogodbe v povezavi z nacionalnimi pravili in okoliščinami, ki so predmet spora, čeprav vprašanje, preučeno v nadaljevanju, v resnici izhaja iz očitnega nestrinjanja enega od italijanskih sodišč s Corte suprema di cassazione.

71. Tribunale di Teramo se sklicuje na spremembo veljavnega nacionalnega sistema na področju dodeljevanja koncesij za stave, ki naj bi vsem kapitalskim družbam omogočal sodelovanje pri prihodnjih razpisih, ko se bodo iztekle koncesije, dodeljene na podlagi postopkov za dodelitev, pri katerih niso mogle sodelovati. Zdi se, da so ta vprašanja povezana s svoboščinami Skupnosti in niso bila obravnavana v sodbi Gambelli in drugi.

34 – Sodbe z dne 13. marca 1986 v zadevi Sinatra (296/84, Recueil, str. 1047, točka 11); z dne 21. januarja 1993 v zadevi Deutsche Shell (C-188/91, Recueil, str. I-363, točka 27); z dne 7. decembra 1995 v zadevi Ayuntamiento de Ceuta (C-45/94, Recueil, str. I-4385, točka 26); z dne 26. septembra 1996 v zadevi Allain (C-341/94, Recueil, str. I-4631, točka 11); z dne 24. oktobra 1996 v zadevi Dietz (C-435/93, Recueil, str. I-5223, točka 39); z dne 30. aprila 1998 v zadevi Thibault (C-136/95, Recueil, str. I-2011, točka 21) ali z dne 19. januarja 2006 v zadevi Bouanich (C-265/04, ZOdl., str. I-923, točka 51).

35 – Sodbe z dne 26. septembra 1985 v zadevi Thomasdünger (166/84, Recueil, str. 3001); z dne 8. novembra 1990 v zadevi Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Recueil, str. I-4003); z dne 24. januarja 1991 v zadevi Tomatis in Fulchiron (C-384/89, Recueil, str. I-127); z dne 28. marca 1995 v zadevi Kleinwort Benson (C-346/93, Recueil, str. I-615); z dne 17. julija 1997 v zadevi Leur-Bloem (C-28/95, Recueil, str. I-4161); glej tudi sodbo z dne 17. marca 2005 v zadevi Feron (C-170/03, ZOdl., str. I-2299). Bartoloni, M. E., „La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale ‚modellato' sulla normativa comunitaria", *Il diritto dell'Unione europea*, 6. letnik, št. 2–3, 2001, str. od 311 do 349.

72. Poleg tega mora sodišče Skupnosti zagotoviti vsa koristna pojasnila o določbah Skupnosti, da bi olajšalo njihovo presojo v sporni zadevi. [36]

3. Odločitev o vprašanju za predhodno odločanje s sklepom

73. Sodišče lahko na podlagi člena 104(3) Poslovnika zaradi ekonomičnosti postopka odloči z obrazloženim sklepom, če je vprašanje za predhodno odločanje enako vprašanju, o katerem je že odločalo, če je mogoče odgovor jasno razbrati iz sodne prakse, ali če ne dopušča razumnega dvoma.

74. Sodišče ta mehanizem previdno uporablja, [37] saj vključuje postopke, ki omejujejo pravico do obrambe. Iz tega razloga se ne uporabi, če obstaja kakršen koli dvom o resničnosti navedenih pogojev.

75. V teh sklepnih predlogih sem se skliceval na nekatere podobnosti z zadevo Gambelli in drugi, vendar njihova navedba ne zadostuje za utemeljitev sklepa, na podlagi katerega bi bil postopek za sprejetje predhodne odločbe končan s sklicevanjem na prejšnje odločitve. Predložitveni sodišči ne sprašujeta česa, kar že vesta, temveč želita pojasnila v zvezi s sodbo Gambelli in drugi, ki – tega ne smemo pozabiti – se je zgledovala po sodbi Zenatti. Nevšečnosti, s katerimi se spopadata italijanski sodišči, ne bi bile odpravljene, če bi se Sodišče zgolj sklicevalo na svojo sodno prakso. [38]

D – *Pristojnost Sodišča*

76. Po mojem mnenju gre v resnici za vprašanje, ali je Sodišče pristojno za odločanje

36 – Sodbi z dne 30. aprila 1998 v združenih zadevah Sodiprem in drugi (C-37/96 in C-38/96, Recueil, str. I-2039, točka 22) in z dne 12. julija 2001 v zadevi Ordine degli Architetti in drugi (C-399/98, Recueil, str. I-5409, točka 48).

37 – Primere uporabe člena 104(3) Poslovnika najdemo v sklepih z dne 26. maja 2005 v zadevi Sozialhilfeverband Rohrbach (C-297/03, ZOdl., str. I-4305) in z dne 13. decembra 2005 v zadevi Guerrero Pecino (C-177/05, ZOdl., str. I-10887), ki temeljita na dejstvu, da odgovor jasno izhaja iz prejšnjih odločitev, ter v sklepih z dne 14. julija 2005 v zadevi Personalrat der Feuerwehr Hamburg (C-52/04, ZOdl., str. I-7111) in z dne 1. decembra 2005 v zadevi Ostermann (C-447/04, ZOdl., str. I-10407), ki temeljita na neobstoju razumnega dvoma. Drugo merilo iz te določbe – enakost vprašanj – se redko pojavlja; kljub temu ga najdemo v sklepu z dne 7. julija 1998 v združenih zadevah Beton Express in drugi (od C-405/96 do C-408/96, Recueil, str. I-4253).

38 – V šestem delu stališč M. Placanice in C. Palazzeseja ter drugem delu, deveto poglavje, stališč A. Sorrichia so ponazorjena razhajanja v razlagah med nacionalnimi sodišči. V opombi 27 sem navedel še druge podobne predloge za sprejetje predhodne odločbe, ki so jih prav tako vložila italijanska sodišča in čakajo na odločitev v obravnavani zadevi.

o vprašanjih za predhodno odločanje, tudi če temeljijo na nestrinjanju nižjih sodišč s tem, kako je Corte suprema di cassazione uporabilo merila iz sodbe Gambelli in drugi.[39] Povedano drugače, ugotoviti je treba, ali je ena od pristojnosti Sodišča ta, da zgladi nesoglasja med nacionalnimi sodišči, ko razlagajo določbe Skupnosti, s preveritvijo njihove združljivosti z nacionalnimi pravili, čeprav je že določilo smernice za rešitev teh vprašanj.

77. Več trditev govori v prid nikalnemu odgovoru na to vprašanje. Prvič, v okviru predlogov za sprejetje predhodne odločbe mora nacionalno določbo razlagati sodišče države članice, ki je za to primernejše – vedno z vidika obravnavanega postopka –, pri čemer mora upoštevati elemente razlage, ki jih predloži Sodišče.

78. V skladu s tem načelom so bila italijanska sodišča v sodbi Gambelli in drugi izrecno pozvana, naj presodijo, ali pravne določbe, ki jih uporabljajo, spoštujejo svoboščine Skupnosti.[40]

79. Drugič, če so ugotovitve sodišč različne ali si nasprotujejo, je treba v njihovem pravnem redu uporabiti instrumente, s katerimi je mogoče poenotiti njihova mnenja. S tega vidika je odločba vrhovnega sodišča zavezujoča za nižja sodišča, ki ne morejo ubrati bližnjice in se obrniti na evropsko sodišče, saj Pogodba ne določa neposredne tožbe zoper odločbe nacionalnih sodišč, tudi če ta na zadnji stopnji napačno uporabijo pravo Unije.[41]

80. Čeprav je zgornja rešitev razmeroma preprosta, kljub vsemu dopušča pomembne pridržke.

81. Prvič, kadar Sodišče sodiščem držav članic odredi presojo nacionalnih določb z vidika pravil Skupnosti, se ne odpove svojim pristojnostim na tem področju,[42] temveč uporabi načela, na katerih temelji dialog v postopku predhodnega odločanja, pri čemer sicer priznava prednosti bližine predmeta spora,

39 – Tribunale di Teramo je to nestrinjanje relativiziralo tako, da je – kot sem že opozoril – uvedlo nove vidike. Tako protislovje je bilo ugotovljeno v pravni teoriji; Botella, A. S., „La responsabilité du juge national", *Revue trimestrielle de droit européen*, št. 2, 2004, str. 307, opozarja na morebitne razlike med različnimi pravnimi redi ali med sodišči znotraj istega pravnega reda, pri čemer navaja francoski primer.

40 – Glej zlasti točke 66, 71, 73 in 75.

41 – Generalni pravobranilec P. Léger je v sklepnih predlogih, na podlagi katerih je bila izdana sodba z dne 30. septembra 2003 v zadevi Köbler (C-224/01, Recueil, str. I-10239), opozoril, da je Sodišče leta 1975 v okviru predlogov o Evropski uniji izjavilo, da bi bilo treba v Pogodbi določiti ustrezno jamstvo za zaščito pravic posameznikov, če vrhovna sodišča kršijo člen 234 ES (opomba 126).

42 – Ossenbühl, F., „Der Entwurf eines Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland - Verfassungs- und europarechtliche Fragen", *Deutsches Verwaltungsblatt*, julij 2003, str. 892, trdi, da čeprav lahko nacionalna sodišča nadzorujejo, prvič, tehtnost opravičil, s katerimi države članice utemeljujejo nacionalne omejitve, in, drugič, upoštevanje načela sorazmernosti, pa se Sodišče temu nadzoru ni povsem odreklo: domneva, da je to pristojnost preneslo, je po njegovem mnenju napačna.

vendar si pridržuje pravico do končne odločitve v zadevi. Tako je dopustilo nova vprašanja, če je imelo nacionalno sodišče težave pri razumevanju ali uporabi njegove sodbe, če mu je postavilo ločeno pravno vprašanje ali mu predložilo nove elemente presoje, na podlagi katerih bi lahko Sodišče drugače odgovorilo. [43]

82. Enako je treba sklepati, če ovire izhajajo iz sodbe višjega nacionalnega sodišča, ki je uporabilo načela Sodišča.

83. Če bi italijanskim sodiščem preprečili, da se v primerih, kot je ta v obravnavani zadevi, obrnejo na Sodišče, bi lahko morebitna odstopanja odpravili samo s tožbo zaradi neizpolnitve obveznosti, kot v primeru sodbe z dne 9. decembra 2003 v zadevi Komisija proti Italiji [44].

84. Uporaba tega sredstva ustvarja precej zmede: prvič, pretehtanje kršitve in izbira ustreznega časa za njeno razkritje Sodišču sta prepuščena osebi s procesnim upravičenjem, [45] čeprav so nacionalna sodišča popolnoma primerna za izvedbo obeh postopkov; drugič, ta mehanizem pomeni, da v predhodnem postopku tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti – ob pisnih opominih Komisije – zakonodajna in izvršilna pristojnost države članice izpodrineta sodno pristojnost, kar bi lahko ogrozilo njeno neodvisnost; in še tretjič, ta rešitev vzbuja pomisleke glede vsebine in posledic ugotovitve o neizpolnitvi obveznosti: zgoraj navedena sodba Komisija proti Italiji namreč deloma temelji na dejstvu, da notranji pravni red vsebuje predpis, ki dovoljuje razlago v nasprotju z duhom Skupnosti.

85. Ne smemo pa pozabiti niti na posameznike, ki lahko zahtevajo, naj se Sodišču predloži vprašanje za predhodno odločanje, čeprav je to naloga sodišča, ki odloča o sporu. [46] Če se jim že vnaprej onemogoči predložitev zadeve Sodišču, jim ne preostane drugega kot tožba zaradi odškodninske

43 – Sklep z dne 5. marca 1986 v zadevi Wünsche (69/85, Recueil, str. 947, točka 15); sodbi z dne 11. junija 1987 v zadevi Pretore di Salò (14/86, Recueil str. 2545, točka 12) in z dne 6. marca 2003 v zadevi Kaba II (C-466/00, Recueil, str. I-2219, točka 39); v tej zadevi je Immigration Adjudicator postavilo enako vprašanje, kot je bilo obravnavano v sodbi z dne 11. aprila 2000 v zadevi Kaba I (C-356/98, Recueil, str. I-2623), pri čemer se ni strinjalo z vsemi ugotovitvami iz te sodbe.

44 – C-129/00, Recueil, str. I-14637.

45 – Komisija je oklevala s sprožitvijo postopkov proti državam zaradi neizpolnitev obveznosti njihovih pravosodnih organov, glej Cobreros Mendazona, E., „La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario“, *Revista Española de Derecho Europeo*, št. 10, 2004, še posebej str. od 291 do 299; v zvezi z dejanskim stanjem glej Ortúzar Andéchaga, L., *La aplicación judicial del derecho comunitario*, Trivium, Madrid, 1992, str. 184 in 185.

46 – Ne glede na to, da Sodišče zaradi preverjanja svoje pristojnosti po potrebi preuči okoliščine, v katerih mu je nacionalno sodišče predložilo zadevo (zgoraj navedena sodba Foglia, točki 21 in 27; sodbe z dne 26. septembra 2000 v zadevi Kachelmann, C-322/98, Recueil, str. I-7505, točka 17; z dne 13. marca 2001 v zadevi PreussenElektra, C-379/98, Recueil, str. I-2099, točka 39; z dne 17. maja 2001 v zadevi TNT Traco, C-340/99, Recueil, str. I-4109, točka 31, in z dne 16. decembra 2004 v zadevi My, C-293/03, ZOdl., str. I-12013, točka 25).

odgovornosti, kot je določeno v zgoraj navedeni sodbi Köbler. [47]

86. Uporaba tega mehanizma je poleg tega nezadovoljiva, saj glede na to, da je namenjen zagotovitvi spoštovanja prava Skupnosti v še posebno resnih primerih, [48] zanj veljajo zelo strogi pogoji, [49] kot je pogoj, da mora biti kršitev „očitna“, in ker pomeni zapleteno pravno sredstvo, ki pogosto privede do podobnega vprašanja za predhodno odločanje, kot naj bi ga preprečilo.

87. Upoštevati je treba še drugo tehtnejšo trditev. Bistvena vloga Sodišča je izključno zagotavljanje pravilne razlage in uporabe določb Skupnosti. V skladu s sodbo z dne 24. maja 1977 v zadevi Hoffmann-La Roche je namen predloga za sprejetje predhodne odločbe „preprečiti, da bi se v kateri koli državi članici uveljavila nacionalna sodna praksa, ki ne bi bila v skladu s pravili prava Skupnosti“ [50]. Neposredno lahko to dosežemo s posredovanjem v pravnem sporu med sodišči neke države glede razlage pravnega reda Unije, ki jo je podalo višje sodišče.

88. Tako je bilo v sodbi z dne 16. januarja 1974 v zadevi Rheinmühlen Düsseldorf [51] priznano, da je bistvena funkcija predloga za sprejetje predhodne odločbe zagotoviti, da ima pravo, določeno s Pogodbo, enake učinke v vsej Skupnosti; dodano je bilo še, da je njegov namen tudi zagotoviti enotno uporabo tega prava, „tako da se nacionalnemu sodišču da na voljo sredstvo za rešitev težav, ki bi jih lahko povzročila zahteva, da je treba pravu Skupnosti zagotoviti polni učinek v okviru pravosodnih sistemov držav članic“ (točka 2); nacionalna sodišča imajo široko

47 – Martín Rodíguez, P., „La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario“, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, št. 19, 2004, str. 859, navaja, kako težko je bilo v tej zadevi pripisati odgovornost za neizpolnitev obveznosti Skupnosti, saj bi jo lahko pripisali zakonodajnemu telesu, ki je potrdilo odločbo o diskriminacijski odškodnini, izvršilni oblasti, ker bi morala avstrijska uprava dati prednost določbam Skupnosti, ali sodni oblasti – kar se je dejansko zgodilo –, ker ni učinkovito zagotovila pravic, ki za državljane izhajajo iz pravnega reda Skupnosti.

48 – Simon, D., „The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law“, v: O'Keeffe, ur., *Judicial Review in European Law – Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, Haag, 2000, str. 275 in naslednje.

49 – V sodbi Köbler je tak primer opredeljen kot „izjemen“ (točka 53).

50 – 107/76, Recueil, str. 957, točka 5.

51 – 166/73, Recueil, str. 33. Predmet te zadeve so bili zahtevki za izvozna nadomestila, ki jih je nemška intervencijska agencija za žita in krmo zavrnila, v sodnih postopkih pred Hessiches Finanzgericht pa jim je bilo ugodeno. Bundesfinanzhof, ki je odločalo o pritožbi, je Sodišču predložilo različna vprašanja za predhodno odločanje; po prejetju odgovora na ta vprašanja (sodba z dne 27. oktobra 1971 v zadevi Rheinmühlen Düsseldorf, 6/71, Recueil, str. 823) je pritožbi deloma ugodilo in zadevo predložilo v ponovno odločanje prvostopenjskemu sodišču; vendar je Hessiches Finanzgericht pred razsodbo na Sodišče naslovilo več vprašanj s sklepom, ki se je izpodbijal na Bundesfinanzhof, to pa je prav tako postavilo vprašanja Sodišču, kar je privedlo do sodbe, ki jo navajam – vprašanja Hessiches Finanzgericht so bila preučena v sodbi z dne 12. februarja 1974 v zadevi Rheinmühlen Düsseldorf (146/73, Recueil, str. 139).

diskrecijsko pravico za predložitev zadeve Sodišču (točka 3), tako da „je treba sodišču, ki ne odloča na zadnji stopnji, omogočiti, da Sodišču predloži vprašanja, ki ga vznemirjajo, če meni, da bi lahko zaradi pravne presoje na višji stopnji izdalo sodbo, ki bi bila v nasprotju s pravom Skupnosti“, saj bi bili „ogroženi pristojnost“ Sodišča in uporaba prava Skupnosti na vseh stopnjah nacionalnih pravosodnih sistemov, če bi moralo nižje sodišče odločiti, ne da bi lahko Sodišču predložilo predlog za sprejetje predhodne odločbe, razen če bi bila vprašanja „vsebinsko enaka“ vprašanjem sodišča na zadnji stopnji (točka 4). [52]

89. Tak pristop seveda povzroča nevšečnosti, kot sta povečanje števila predlogov za sprejetje predhodne odločbe ali očitna porušitev hierarhije pravosodnega sistema države. Prva pomanjkljivost je neupoštevna, saj delovna obremenitev ne more pogojevati ustrezne pravne izbire. [53] Druga ne upošteva vloge Sodišča kot najvišjega razlagalca evropskega pravnega reda; na tej vlogi temelji resnična skupnost prava. Nevšečnosti bi bile vsekakor manjše pri kateri koli drugi izbiri.

90. Prav tako se dobro zavedam, da Sodišče zaradi nenatančne opredelitve sodne pristojnosti v Uniji samo ustvarja določeno zmedo; ni namreč lahko v vsakem položaju doseči potrebne stopnje natančnosti, če vemo, da je v pravu bistvena določitev njegovih meja.

VII – Obravnava vprašanj za predhodno odločanje

91. Če bo Sodišče dopustilo vprašanja za predhodno odločanje, ki sta jih predložili Tribunale di Larino in Tribunal di Teramo, je treba nujno navesti nekaj ugotovitev o pravu, igrah na srečo in stavah.

A – *Pravo, igre na srečo in stave*

92. Dandanes ni nič drugega bolj oddaljeno od pojma „pravo“ kot pojem „naključje“, saj

52 – Sodišče je izjavilo, da „[t]o, da v notranjem pravu obstaja predpis, ki sodišča zavezuje k pravni presoji sodišča višje stopnje, še ne pomeni, da jim je odvzeta možnost iz člena [234 ES], da zadevo predložijo Sodišču Evropskih skupnosti“.

53 – Čeprav je ta izbira vprašljiva, bi lahko z institucionalno reformo samo sodiščem na zadnji stopnji dali možnost, da postavijo vprašanja za predhodno odločanje, kot to velja na nekaterih področjih (člen 68 ES).

to ni odvisno od človekove volje ali splošnih prepričanj; niti ne deluje premišljeno, ampak je spremenljivo in samovoljno.[54] Kljub temu sta bila v preteklosti ta pojma med seboj tesno povezana, saj je bilo zaradi ohranjanja socialnega miru podrejanje razsodbam nujno, tisti, ki so jih izrekali, pa so imeli „čarobno“ ali „svečeniško“ moč.[55]

93. To simbiozo ponazarjajo ordali ali božje sodbe starodavnega izvora[56], ki razsodbo pogojujejo z naključjem. Pozneje je razsodba vedno bolj temeljila na razumnih merilih, vse do sodobnih pravnih redov, ki so razen v nekaterih primerih[57] muhasto usodo pustili ob strani.

94. Obstajajo še drugi vidiki, ki kažejo na to paradoksalno povezavo, kot so naravne obveznosti, katerih dober primer je stava, pogojne pogodbe, ko je prihodnji negotovi dogodek odvisen od naključja, nepredvidene okoliščine ali – kot v obravnavanem primeru – aleatorne pogodbe.

95. Igre na srečo so v smislu zabave poznale vse skupnosti skozi celotno zgodovino; s pravnega vidika jih delimo na štiri ravni. Na prvi ravni imajo najbolj spontano in osnovno obliko: namenjene so zgolj zabavi in razvedrilu.[58] Na drugi ravni se pojavi tekmovanje, ki zmagovalcu hkrati prinaša užitek merjenja z drugimi, samozavest in družbeni ugled. Na tretji ravni zabava ali dokazovanje sposobnosti ne zadostujeta več; pojavi se finančni interes.[59] In nazadnje, na četrti ravni najdemo

54 – Rivas Torralba, R. A., *Juegos de azar*, Real Academia de Legislación y Juriprudencia de Murcia, Murcia, 1996, str. 11.

55 – Díez Picazzo, L., *Experiencia jurídica y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, str. 18 in 21.

56 – Hamurabijev zakonik z vrhunca babilonskega imperija v 18. stoletju pr. n. št. pogosto določa ordale z vodo: obtoženi je bil vržen v reko, in če je preživel, je bil razglašen za nedolžnega.

57 – Žrebanje se običajno uporablja pri določanju članov porote ali imenovanju sodnih izvedencev. Včasih se najdejo skrajne rešitve, kot v primeru US proti William Holmes, ko je posadka po brodolomu vrgla 14 potnikov čez krov preobremenjenega rešilnega čolna; sodišče je menilo, da bi morali vsi, mornarji in potniki, sodelovati pri dramatičnem žrebanju za določitev žrtev.

58 – Stava se pogosto uporablja samo za izzivanje ali zasmehovanje partnerja, na primer ko don Kihot zbada svojega oprodo: „Brez tveganja bi stavil z vami, Sančo,“ je rekel don Kihot, „da vas sedajle, ko govorite, ne da bi vam kdo gledal na prste, na vsem vašem životu nič ne boli.“ (Cervantes Saavedra, M., *Veleumni plemič don Kihot iz Manče*, 2. del, 28. poglavje, prevedel Niko Košir, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1977, str. 236).

59 – Kant, E., omenja te vidike, ko navaja, da so otroške igre, na primer žoganje, rokoborba, merjenje v teku in vojskovanje, namenjene razvedrilu in spodbujajo osebni razvoj; v odrasli dobi ljudje igrajo na primer šah in karte tudi zaradi samega dobička; in nazadnje, igre, pri katerih državljan preskusi svojo srečo v družbi z igranjem rulete ali s kockanjem; vse te igre nezavedno usmerja človeška narava (Antropologija v pragmatičnem oziru, prosti prevod po francoskem prevodu iz španščine, založba Alianza Editorial, Madrid, 1991, str. 216).

stave, pri katerih v igri niso samo denarni zneski, ampak so se razvile v odvisnost. [60]

96. Prva in praktično tudi druga od teh štirih ravni nista povezani s pravom. Nasprotno pa zakonodajalec poseže, kadar igra na srečo vključuje denarna tveganja, in sicer iz dveh razlogov: po eni strani pazi na posledice iger za igralčevo premoženje [61] in zdravje [62] ter za stabilnost njegove družine; po drugi strani pa upošteva komercialno naravo ustanov, v katerih se igre na srečo prirejajo.

97. Ta razloga pojasnjujeta, zakaj pravo namenja toliko pozornosti igram na srečo in njihovim posledicam za pravo Skupnosti. V zvezi s tem je Sodišče menilo, da „so dejavnosti loterije gospodarske dejavnosti v smislu Pogodbe“ [63], ker pomenijo „opravljanje določene storitve za plačilo“ [64], in jih uvrstilo med opravljanje storitev. [65] Ne moremo prezreti niti vpliva iger na srečo na druga področja, na primer v gospodarskem sektorju na pravico do ustanavljanja ali zunaj premoženjske sfere na že omenjene človeške vidike.

B – *Omejitve temeljnih svoboščin*

98. Generalni pravobranilec S. Alber je v zadevi Gambelli in drugi menil, da je treba najprej preučiti združljivost nacionalnega pravnega sistema s pravico do ustanavljanja, preden se opredelimo glede svobode opravljanja storitev, saj je na podlagi Pogodbe

60 – Dostojevski, F., znan kot nepoboljšljiv kockar, mojstrsko opisuje ljudi, obsedene z igranjem na srečo: „Sicer pa vsi srečelovci dobro vejo, da lahko človek vztraja malone cel dan in celo noč kot pribit pri kartah,“ (*Srečelovec*, prevedel Drago Bajt, Založništvo slovenske knjige, Ljubljana, 1991, str. 91); pozneje pa dodaja: „[…] me je mahoma res prevzela grozna želja po tveganju, ne da bi bil resnično samoljuben. Morda se duša, ki doživi toliko občutenj, ne nasiči z njimi, ampak le še bolj razdraži in terja močnejše in močnejše občutke, dokler ni docela izčrpana.“ (str. 102). Enako občutje preveva delo Gabriela y Galána, J. A.: „[…] že res, da sem ves dan mislil na denar, ki je postal moja odvisnost, mi narekoval življenje; vendar me kot vseh kockarjev ni pritegoval denar, ampak žetoni […]“ (*Muchos anos después*, prosti prevod po francoskem prevodu izvirnika, ki je izšel pri založbi Alfaguara, Madrid, 1992, str. 324) Chateaubriand, F. R., izraža podobno občutje, ko izgubi večino izposojenega denarja: „Nikoli nisem igral: igra me je prevzela z nekakšno bolestno omamo; če bi me ta strast zagrabila, bi mi zmešalo pamet.“ (*Spomini z onkraj groba* (deveta knjiga – 6. poglavje), prevajalka Djurdja Flerè, Mladinska knjiga, Ljubljana, 1989, str. 65).

61 – Junak romana Dostojevskega takole na glas razmišlja: „Zakaj naj bi bilo igranje slabše od katerega koli drugega načina pridobivanja denarja, na primer od trgovine? Res je, da dobi eden izmed stotih. A kaj me to briga?“ (*op. cit.*, str. 19).

62 – Ta skrb po dobljeni igri prežema slavni lik Joséja Zorrille, Don Juana Tenoria, ko na izzivanje poraženca odgovori: „Ker sem zmagal jaz, je po vašem torej konec veselja in želite, da se spopadeva?“ (*Don Juan Tenorio*, prosti prevod po francoskem prevodu španskega izvirnika, ki je izšel pri založbi Alianza, Madrid, 1998, prvi del, 4. dejanje, 6. prizor).

63 – Zgoraj navedeni sodbi Schindler (točka 19) ter Anomar in drugi (točka 46).

64 – Zgoraj navedena sodba Anomar in drugi (točka 47); v enakem smislu zgoraj navedena sodba Zenatti (točka 24).

65 – Zgoraj navedene sodbe Schindler (točki 25 in 34), Läärä in drugi (točka 27) ter Anomar in drugi (točka 52).

prva drugi nadrejena (točka 76),[66] čeprav središč za prenos ne moremo šteti za podružnice (točka 87); v tem primeru bi namreč predpisi posegali v pravico do ustanavljanja (točka 104) in kršili svobodo opravljanja storitev (točka 132).

99. Sodišče s stališča igralcev na srečo, podjetij, ki se ukvarjajo s temi dejavnostmi, in posrednikov ni menilo, da se ti svoboščini medsebojno izključujeta, ampak je po njunem pretehtanju ugotovilo, da „nacionalni predpisi, kot je italijanska zakonodaja o stavah, zlasti člen 4 zakona št. 401/89, pomenijo omejevanje svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev“ (točka 59); dalje je preučilo, ali bi lahko veljale izjeme, določene s Pogodbo, oziroma ali jih upravičujejo nujni razlogi v splošnem interesu (točka 60).

100. O teh ugotovitvah, ki jih v zvezi z opravljanjem storitev najdemo tudi v sodbi Zenatti, ni treba dvomiti; kljub temu se zdi koristno preučiti vidike zadevnih ovir in osebe, na katere se nanašajo.

101. V sodbi Gambelli in drugi se je tako pokazalo, da zahteve, ki jih italijansko pravo nalaga sodelujočim pri razpisih za koncesije, na podlagi katerih je mogoče odpreti agencije za sprejemanje stav, ovirajo svobodo ustanavljanja (točke od 46 do 48); poleg tega je kot oviranje storitev opredelilo zahteve, s katerimi se pri opravljanju dejavnosti srečuje ponudnik storitev s sedežem v drugi državi članici (točka 54), pa tudi zahteve za državljane, ki želijo sodelovati pri stavah, organiziranih v drugih državah Skupnosti (točka 57), in osebe, ki ponudnikom s sedežem na teh ozemljih omogočajo opravljanje dejavnosti (točka 58); v zadnjih dveh primerih je ob neizpolnjevanju zahtev zagrožena kazenska sankcija[67].

102. Presenetljivo je, da se je – čeprav je predlog za sprejetje predhodne odločbe temeljil na kazenskih postopkih zoper zastopnike pobiralca stav – preučitev Sodišča nanašala na povezavo med navedenimi tremi osebami.[68] Vendar ne smemo pozabiti vloge Sodišča niti dejstva, da imajo njegove sodbe v postopkih predhodnega odločanja učinek *erga omnes*, saj je mogoče kazensko preganjati zgolj igralce iger na srečo; poleg tega tuje podjetje ne more imeti sedeža, tako da dejavnosti izvaja prek posrednikov, ki so kazensko odgovorni zaradi izpolnitve pogodbe.

66 – Opira se na sodbo z dne 30. novembra 1995 v zadevi Gebhard (C-55/94, Recueil, str. I-4165, točka 22).

67 – Korte, S., „Das Gambelli-Urteil des EuGH“, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, str. 1449, navaja, da te kazni zaradi sodelovanja pri dejavnostih stav ovirajo trg storitev.

68 – Korte, S., *op. cit.*, str. 1451.

C – *Obstoj utemeljitve*

1. Postavljeno vprašanje

103. V nasprotju s predlogi generalnega pravobranilca S. Alberja v sklepnih predlogih so bile v sodbi Gambelli in drugi skupaj preučene ovire, ki izhajajo iz italijanske zakonodaje, in navedeno je bilo, da morajo biti ne glede na to, katera svoboščina naj bi bila kršena, izpolnjeni nekateri pogoji: omejitve morajo biti utemeljene z razlogi v splošnem interesu, biti morajo primerne za zagotovitev uresničitve zastavljenega legitimnega cilja in ne smejo presegati tistega, kar je nujno potrebno za njegovo dosego; in nazadnje, uporabljati se morajo nediskriminatorno (točka 65). [69]

104. Podrobneje kot v sodbi Zenatti je bila v sodbi Gambelli in drugi nacionalnemu sodišču prepuščena konkretna presoja, ali italijanska zakonodaja izpolnjuje te pogoje, pri čemer so bila navedena nekatera merila, ki naj bi se uporabila kot okvir.

105. Sodišče bi moralo biti natančnejše in se izreči o posledicah svoboščin Skupnosti za nacionalne določbe, kot je predlagal generalni pravobranilec, ki je opozoril na težave nacionalnih sodišč pri izvajanju naložene naloge. [70]

106. Ne dvomim, da je bilo s sodbo Gambelli in drugi določeno, v kakšne podrobnosti se lahko spusti Sodišče, ne da bi preseglo svoje pristojnosti; kljub temu je bilo ob precedenčni sodbi Zenatti, ki se ni izognila novemu predlogu za sprejetje predhodne odločbe, pretirano previdno, saj je imelo na voljo zadostne elemente za temeljitejšo preučitev, na podlagi katere ta predložitev zadeve Sodišču ne bi bila potrebna. [71]

107. Treba je torej storiti korak dlje in podati natančnejši odgovor, da bi odpravili nastalo negotovost, čeprav se zdi, da to še otežuje nalogo; zato je treba ugotoviti, ali obstaja upravičen razlog za navedeno

69 – Sodba z dne 31. marca 1993 v zadevi Kraus (C-19/92, Recueil, str. I-1663, točka 32) in zgoraj navedena sodba Gebhard (točka 37).

70 – Točka 116 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca S. Alberja v zadevi Gambelli in drugi; v točki 120 tako zagovarja trditev, da je treba Sodišču, ki ima na voljo dovolj dokazanih dejstev za presojo, omogočitvi izvedbo želene preučitve.

71 – Brouwer, L., in Docquir, B., v komentarju sodbe Gambelli in drugi v *Revue de droit commercial belge*, št. 3, 2004, str. 314, točka 7, trdita, da Sodišče ni dopustilo nikakršnega dvoma: čeprav je za presojo združljivosti načeloma pristojno predložitveno sodišče, je jasno menilo, da italijanska zakonodaja ne izpolnjuje pogojev za združljivost s pravili Skupnosti.

oviranje svoboščin Skupnosti, in presoditi, ali je to oviranje nediskriminatorno, ustrezno in sorazmerno.

2. Nujni razlogi v splošnem interesu

108. Sodba Gambelli in drugi vsebuje negativno in pozitivno opredelitev razlogov, ki upravičujejo oviranje svobode ustanavljanja in opravljanja storitev, saj zavrača „zniževanje ali zmanjšanje davčnih prihodkov“ in „financiranje družbenih dejavnosti z davkom na prihodke od dovoljenih iger“ (točki 61 in 62),[72] priznava pa „varstvo potrošnikov“, „preprečevanje goljufij in spodbujanja državljanov k pretiranemu trošenju, povezanemu z igrami na srečo“, ter „potrebo po preprečevanju vznemirjanja javnega reda“ (točka 67).

109. Po navedbah Corte suprema di cassazione italijanska zakonodaja temelji na dejstvu, da lahko z nadzorom nad stavami zmanjšamo število kaznivih dejanj.[73]

110. Po mnenju italijanske vlade temelji na varstvu javnega reda[74] in potrošnikov ter preprečevanju goljufij.[75]

111. Sodišče je opozorilo na protislovnost tega, da skušamo preprečiti škodo, povzročeno z ukrepom, ki ga zagovarjamo,[76] kar se zgodi, če država izvaja politiko močnega širjenja iger na srečo in stav;[77] posledično se zdi

72 – Sodišče je kot razloge javnega reda v smislu člena 46 ES zavrnilo ekonomske cilje (med drugim sodbi z dne 25. julija 1991 v zadevi Collectieve Antennevoorziening Gouda, C-288/89, Recueil, str. I-4007, točka 11, in z dne 29. aprila 1999 v zadevi Ciola, C-224/97, Recueil, str. I-2517, točka 16).

73 – Zgoraj navedena sodba Gesualdi, točka 11.2.3. V pravni teoriji Beltrani, S., *La disciplina penale dei giochi e delle scommesse*, Giuffrè, Milano, 1999, str. 313, trdi, da je sistem namenjen predvsem varstvu finančnih in davčnih interesov države; v enakem smislu glej Coccia, M., „‚Rien ne va plus': la corte di giustizia pone un freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo“, *Foro italiano*, 1994, str. 521.

74 – Točka (D)(a) pisnih stališč, predloženih v zadevi Placanica ter v zadevah Palazzese in Sorricchio.

75 – Točka (D)(b) navedenih pripomb.

76 – Sodba Gambelli in drugi, točki 68 in 69.

77 – V točki 11.2.3 sodbe Gesualdi Corte suprema di cassazione omenja loterije „Gratta e vinci“, ki jih je leta 1994 uvedla AAMS; „Totogol“, ki jo je CONI prav tako začel leta 1994; „SuperEnalotto“, koncesijo za katero je družba Sisal pridobila oktobra 1997; „Totosei“, ki jo je CONI uvedel leta 1998; „Formula 101“, ki jo ureja dekret iz avgusta 1999 in jo je ministrstvo za gospodarstvo (Ministero dell'Economia) uvedlo aprila 2000; „Totobingol“, ki jo CONI vodi od januarja 2001, in „Bingo“, ki jo je ministrstvo za gospodarstvo odobrilo leta 2000.

preprečevanje goljufij edini upravičeni razlog za sporne omejitve.

112. V zvezi s tem niso bili predloženi podrobnejši dokazi, na podlagi katerih bi lahko zaobjeli učinek kriminalnih dejanj na igre na srečo, na primer goljufij in pranja denarja. [78]

113. V zgoraj navedeni sodbi Läärä in drugi je bilo navedeno, da je prednost „omejenega dovoljenja“ za igre na izključni podlagi v tem, da usmerja željo po igranju in prirejanje iger v nadzorovane okvire, da preprečuje, da bi se take igre prirejale v goljufive in kaznive namene, ter da ustvarjene dobičke uporablja za splošnokoristne namene (točka 37). [79]

114. Vendar za upoštevanje predpisov Skupnosti ni dovolj, da imamo na voljo tehtne razloge za tako zakonsko ureditev iger na srečo, da jih ne prepovemo, ampak jih na določen način omejimo, saj morajo biti odrejeni ukrepi tudi nediskriminatorni, ustrezni in sorazmerni.

3. Možnost diskriminacije

115. Sodišče se v sodbi Gambelli in drugi ni izreklo o tem, ali italijanski predpisi kršijo načelo prepovedi diskriminacije, [80] temveč je to presojo prepustilo nacionalnemu sodišču. [81]

116. Tribunale di Teramo je zdaj dopolnilo elemente, ki jih je imelo Sodišče na voljo pri odločanju o tej zadevi, tako da bo lahko samo odločilo o vprašanju, ne da bi se moralo izgovarjati, da se je zaradi zakonodajnih reform iz leta 2003 položaj v zadevni državi spremenil; kot navaja, so bile namreč posledice teh sprememb odložene najverjetneje do leta 2011, tako da se učinki prejšnje ureditve še vedno čutijo, skupaj z njenimi posrednimi učinki na kazenske postopke, iz katerih izhajajo predlogi za sprejetje predhodne odločbe. Poleg tega so te zakonodajne spremembe vplivale samo na en element sistema – koncesije –, ne pa tudi na druga dva – dovoljenja in sankcije.

78 – Kot navaja Buschle, D., „‚Der Spieler‘ – Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts“, *European Law Reporter*, št. 12, 2003, str. 471, preprečevanje kriminalitete vključuje razlog javnega reda in hkrati nujni razlog v splošnem interesu.

79 – Enako stališče je povzeto v zgoraj navedenih sodbah Zenatti (točka 35) ter Anomar in drugi (točka 74).

80 – Generalni pravobranilec S. Alber v točkah od 95 do 97 sklepnih predlogov navaja več trditev, ki dokazujejo tako kršitev.

81 – Točki 70 in 71.

117. Glede na podatke iz spisa in tiste, ki izhajajo iz prejšnjih sodb, lahko ugotovimo neenako obravnavanje v okviru koncesij in dovoljenj.

a) Koncesije

118. Kapitalske družbe, ki kotirajo na organiziranih trgih Skupnosti, niso mogle sodelovati pri razpisih za dodelitev koncesij. Te zahteve so veljale za vse zainteresirane stranke, skupaj z domačimi državljani; [82] vendar je italijanska zakonodaja bolj ovirala podjetja s sedežem na drugih ozemljih Skupnosti, [83] saj so ta morala – če so hotela oddati ponudbo – prilagoditi svojo notranjo strukturo in tako niso imela dejanskih možnosti za poslovanje v Italiji. [84]

119. To ugotovitev še krepi zelo omejeno dodeljevanje koncesij [85], ki ni povezano z nujnimi potrebami po preprečevanju kriminala [86], saj medtem ko se pri dovoljenjih opravijo predhodna preverjanja, za sodelovanje pri razpisnih postopkih zadostuje predložitev varščine kot jamstva za plačilo veljavnih dajatev v državno blagajno. [87]

120. Neenako obravnavanje prizadene tudi posrednike, ki jim ni dovoljeno – v nasprotnem primeru je zagrožena kazen – opravljati storitev za pobiralce stav s sedežem v drugih državah, ki v Italiji ne morejo imeti sedeža, niti ne morejo pridobiti dovoljenja za opravljanje dejavnosti v tej državi.

b) Dovoljenja

121. Sodišče meni, da sistem predhodnega upravnega dovoljenja ne upravičuje

82 – Sodba Zenatti, točka 26.

83 – Kot je bilo poudarjeno v zgoraj navedenih sodbah Schindler (točka 43) ter Anomar in drugi (točka 65), pravo Skupnosti nasprotuje tudi nacionalnim predpisom, ki sicer ne glede na državljanstvo prepovedujejo ali omejujejo dejavnosti ponudnika s sedežem v drugi državi članici, v kateri opravlja podobne storitve. V točki 27 sodbe Zenatti je bilo navedeno, da italijanska zakonodaja „subjektom iz drugih držav članic neposredno ali posredno preprečuje pobiranje stav na italijanskem ozemlju".

84 – Korte, S., *op. cit.*, str. 1450. V zvezi s tem je predstavnik italijanske vlade v odgovor na eno od vprašanj, ki sem jih zastavil na obravnavi, priznal, da je koncesije pridobilo osem tujih podjetij, večinoma z odkupom od izbranega ponudnika.

85 – CONI je leta 1998 razpisal 1000 koncesij; ministrstvo za finance (Ministero delle Finanze) in ministrstvo za kmetijsko politiko (Ministero per le Politiche Agricole) sta vsako v okviru svojih pristojnosti oddali 671 novih koncesij in samodejno podaljšali 329 obstoječih koncesij. Komisija je na podlagi zadnjega ukrepa zoper Italijansko republiko vložila tožbo zaradi neizpolnitve obveznosti – zadeva C-260/04, trenutno v teku –, na katero sem se skliceval.

86 – Iz razpisov koncesij za konjske stave, objavljenih z ministrskim dekretom z dne 7. aprila 1999, Approvazione del piano di potenziamento della rete di raccolta ed accettazione delle scommesse ippiche (GURI št. 86 z dne 14. aprila 1999), izhaja, da je bilo to število dobljeno na podlagi drugih parametrov.

87 – Ta točka je navedena v sklepu Tribunale di Teramo, ki je Sodišču predložilo zadevo C-359/04.

diskrecijskega ravnanja nacionalnih organov, s katerim se določbam Skupnosti odvzema učinkovitost. [88] Po eni strani mora temeljiti na objektivnih, nediskriminatornih in vnaprej znanih merilih, ki določajo meje diskrecijske pravice nacionalnih organov, tako da se ta ne more izvajati samovoljno; po drugi strani mora temeljiti na postopku, ki je preprosto dostopen in ki zadevnim osebam zagotavlja, da bo njihova zahteva objektivno in nepristransko obravnavana v razumnem roku. [89]

122. Na prvi pogled se zdi, da dovoljenje iz člena 88 TULPS izpolnjuje zgoraj navedene pogoje, vendar podrobnejša analiza členov od 8 do 14 navedenega besedila pokaže na diskrecijsko pravico, ki ni združljiva z objektivno preučitvijo, na primer, ko člen 10 določa preklic, „če ga pooblaščena oseba zlorabi“, brez drugih pojasnil. [90] Neobstoj vezanega pooblastila dokazuje tudi dejstvo, da ni mogoče ugotoviti ali razbrati izčrpnih meril za zavrnitev teh dovoljenj.

123. Poleg tega se za dovoljenje policije predpostavlja obstoj koncesije, zato ima enake pomanjkljivosti kot koncesija, saj je ta temeljni pogoj za njegovo izdajo.

4. Ustreznost in sorazmernost

124. Italijanske določbe omejujejo pravico do ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev v imenu legitimnega cilja, vendar so diskriminatorne, kar naj bi bil zadosten razlog za njihovo neizvajanje. Niti niso primerne za dosego zastavljenih ciljev niti sorazmerne z zadevnim pravnim interesom.

a) Oviranje pravice do ustanavljanja

125. Izključitev nekaterih oblik družb iz razpisnih postopkov za dodelitev koncesij temelji na preglednosti podjetij; vendar obstajajo druge rešitve, ki so manj omejevalne in bolj v skladu s Pogodbo. [91] Kot je bilo poudarjeno v sodbi Gambelli in drugi, „obstajajo druga

88 – Sodbe z dne 23. februarja 1995 v združenih zadevah Bordessa in drugi (C-358/93 in C-416/93, Recueil, str. I-361, točka 25); z dne 14. decembra 1995 v združenih zadevah Sanz de Lera in drugi (C-163/94, C-165/94 in C-250/94, Recueil, str. I-4821, točke od 23 do 28); z dne 20. februarja 2001 v zadevi Analir in drugi (C-205/99, Recueil, str. I-1271, točka 37) ter z dne 12. julija 2001 v zadevi Smits in Peerbooms (C-157/99, Recueil, str. I-5473, točka 90).

89 – Zgoraj navedena sodba Smits in Peerbooms (točka 90).

90 – Komisija navaja člen 11, drugi odstavek, TULPS, na podlagi katerega se lahko dovoljenje zavrne, če zadevna oseba ne dokaže dobrega ravnanja; vendar je Corte constituzionale v sodbi z dne 16. decembra 1994, št. 440, razsodilo, da ta stavek ni v skladu z ustavo, ker dokazno breme nalaga prosilcu.

91 – Hoeller, B., in Bodemann, R., „Das ‚Gambelli'-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen auf Deutschland“, *Neue Juritische Wochenschrift*, 2004, str. 125, glede nemških predpisov – ki so v nekaterih vidikih podobni italijanski ureditvi – menita, da je treba zakonodajo, ki nobenemu podjetju, ne glede na njegovo pravno obliko, ne dovoljuje dostopa do trga stav, šteti za nesorazmerno kršitev svobode ustanavljanja.

sredstva za nadzor računov in dejavnosti takih družb“ [92]; Sodišče je tako v tej točki podprlo generalnega pravobranilca S. Alberja, ki je v sklepnih predlogih navedel, da lahko moralnost družb preverimo na podlagi zbranih informacij o njihovih zastopnikih ali njihovih glavnih delničarjih. [93]

126. Čeprav je bila Italijanska republika seznanjena s temi trditvami, obsega spornih ukrepov ni primerjala z drugimi možnostmi in ni dokazala, da so najboljša izbira za dosego zastavljenega cilja.

b) Omejitve svobode opravljanja storitev

127. Dejstvo, da je za podjetje s sedežem v državi članici tako rekoč nemogoče, da bi svojo gospodarsko dejavnost izvajalo v drugi državi članici, ter prepoved delovanja prek posrednikov in uporabe ponujenih storitev presegata tisto, kar je nujno potrebno za dosego ciljev, zastavljenih z nacionalno zakonodajo. [94]

128. Ignoriranje ali neupoštevanje v drugih državah Unije izvedenih preverjanj in predloženih jamstev s sklicevanjem na – kot je to storilo Corte suprema di cassazione – ozemeljsko veljavnost dovoljenja zavira evropsko povezovanje in ogroža njegove temelje, saj krši zahtevo iz člena 10 ES, da se je treba vzdržati „vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili doseganje ciljev te pogodbe“, in načelo medsebojnega zaupanja, ki določa odnose znotraj Skupnosti.

129. V zvezi s tem je bilo v sodbi z dne 4. decembra 1986 v zadevi Komisija proti Nemčiji [95] razsojeno, da morajo organi namembne države ob priznavanju načela enakovrednosti „upoštevati nadzor in preverjanja, ki so bili že izvedeni v državi članici sedeža“ (točka 47); [96] v sodbi z dne 10. maja 1995 v zadevi Alpine Investments [97],

92 – Točka 74.

93 – Točka 99.

94 – Brouwer, L., in Docquir, B., *op. cit.*, str. 314, točka 8.

95 – 205/84, Recueil, str. 3755.

96 – Generalni pravobranilec A. La Pergola je v točki 36 sklepnih predlogov, na podlagi katerih je bila izdana zgoraj navedena sodba Läärä in drugi, opozoril na to merilo, vendar ga Sodišče ni upoštevalo.

97 – C-384/93, Recueil, str. I-1141, točke od 46 do 49.

ki se je nanašala na telefonske klice potencialnim strankam v drugih državah članicah, je bilo implicitno omenjeno še načelo učinkovitosti.

130. Na podlagi teh dveh načel se strinjam z mnenjem, ki ga je generalni pravobranilec S. Alber izrazil v točki 118 sklepnih predlogov v zadevi Gambelli in drugi, ko je navedel, da so igre na srečo zakonsko urejene v vseh državah članicah in da razlogi za tako urejanje največkrat sovpadajo.[98] Če torej prireditelj iger na srečo iz druge države članice izpolnjuje pogoje iz njene zakonodaje, morajo organi države, v kateri se storitev opravlja, to šteti za zadosten dokaz njegove poštenosti.[99]

131. Corte suprema di cassazione je samo navedlo, da ima britanska družba, v imenu katere delujejo italijanski obdolženci, dovoljenje za opravljanje dejavnosti, ki ga je na podlagi zakona o stavah in loterijah (Betting Gaming and Lotteries Act) iz leta 1963 izdal Betting Licensing Committee iz Liverpoola, da plačuje dajatve za igre na srečo (General Betting Duty) ter da jo nadzorujejo angleški davčni in carinski organi (Inland Revenues in Custom & Excise), revizorji zasebnega sektorja in organi za nadzor nad družbami, ki kotirajo na borzi.

132. V teh okoliščinah, o katerih se večina držav, ki so predložile stališča v tem postopku predhodnega odločanja, ni razpisala, je jasno, da so britanski organi primernejši za preverjanje zakonitosti zadevnih dejavnosti kot italijanski in da ni utemeljenih razlogov za dvojni nadzor.[100] V sodbi z dne 25. julija 1991 v zadevi Säger[101] je bilo oviranje svobode opravljanja storitev dopuščeno zaradi razlogov v splošnem interesu, ker „ta interes ni zaščiten s predpisi, ki veljajo za ponudnika v državi članici, v kateri ima sedež“ (točka 15).

133. Posredniki so od Ministero dei Comunicazioni (ministrstvo za komunikacije) pridobili potrebna dovoljenja za telematski prenos podatkov; v ta namen se morajo včlaniti v gospodarsko zbornico, pridobiti potrdilo „nulla osta antimafia“ in biti brez kazenske preteklosti; in nazadnje, nadzorujejo jih pristojni nacionalni organi.

98 – Ta vidik je podrobno določen na začetku sklepnih predlogov generalnega pravobranilca C. Gulmanna v zgoraj navedeni zadevi Schindler.

99 – Bolj na splošno glej sporočilo Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu – Stanje na notranjem trgu storitev – Poročilo, predstavljeno v okviru prve faze strategije za notranji trg storitev (COM(2002) 441 konč.), natančneje str. 36 in naslednje.

100 – Schütz, H.-J., Bruha, T., in König, D., *Europarecht Casebook*, München, 2004, str. 752, navajajo, da kadar država članica uvede strožje pogoje, je treba podrobno preučiti njihovo sorazmernost, zlasti kar zadeva dokaz, da manj omejujoči ukrepi niso mogoči.

101 – C-76/90, Recueil, str. I-4221.

Vsemu temu navkljub ne smejo opravljati storitev v imenu družbe, zakonito ustanovljene v drugi državi članici.

135. Ne nasprotujem torej kazenski zakonodaji države, ki lahko najbolje presoja uporabo, ustreznost in zmožnost represivnega odgovora, [104] ampak trdim, da če je ureditev, ki določa kazen, v nasprotju s pravnim redom Skupnosti, je tudi ta sankcija gotovo nezakonita, [105] saj oba predpisa nista hermetično zaprta razdelka, ampak sta sestavna dela sistema, ki se mora vključevati v večji sistem. Stvar Sodišča ni izbrati, [106] ampak se prepričati, da je opravljena izbira skladna s pravom Skupnosti.

5. Kazenske določbe

134. Ravnanja, sankcionirana s členom 4(4a) in (4b) zakona št. 401/89, zadevajo dejavnosti, povezane s stavami, ki se izvajajo brez dovoljenja. So posledica sistema, ki ga je zasnoval italijanski zakonodajalec, pri čemer si je dodelil široko diskrecijsko pravico – ki sega od odobritve do prepovedi –, [102] tako da je glede na preučene vidike, raven zaščite, ki jo šteje za ustrezno, in posebnosti države zagotovljena določena zaščita. Vendar mora biti izbrana možnost v skladu s pravom Skupnosti. [103]

136. Na splošno je treba opozoriti, da člen 4 zakona št. 401/89 določa višjo kazen, če je kršitev povezana s stavami, ki jih lahko prirejajo samo država, CONI, UNIRE ali njihovi koncesionarji; to dejstvo nima veliko opraviti s preprečevanjem kriminala, temveč se bolj sklada z gospodarskim interesom, ki ga imajo igre na srečo za državno blagajno.

137. Vsekakor je treba preučiti tudi sorazmernost sankcij, in sicer po zgledu sodbe Gambelli in drugi, zlasti točk 72 in 73 te

102 – Zgoraj navedene sodbe Schindler (točka 61), Läärä in drugi (točka 35), Zenatti (točka 33) ter Anomar in drugi (točki 79 in 87).

103 – Kot navaja generalni pravobranilec A. La Pergola v točki 34 sklepnih predlogov v zadevi Läärä in drugi, „[s]o izbrani omejevalni ukrepi kljub svoji diskrecijski naravi še naprej pod sodnim nadzorom; njihovo usklajenost z zahtevami splošnega interesa namreč lahko preveri nacionalno sodišče, ki naj bi jih uporabilo in ki se mora pri tem preverjanju sklicevati na pravila za utemeljitev – vključno z načelom sorazmernosti –, ki so bila s sodno prakso Skupnosti določena v zvezi z zakonitimi omejitvami pri izvajanju pravic in svoboščin iz Pogodbe“, kar, kot sem navedel, ne izključuje nadzora Sodišča.

104 – Kot sem navedel v točki 48 sklepnih predlogov, na podlagi katerih je bila izdana sodba z dne 13. septembra 2005 v zadevi Komisija proti Svetu (C-176/03, Recueil, str. I-7879).

105 – Če povzamem besede generalnega pravobranilca S. Alberja v točkah 97 in 99 sklepnih predlogov v zadevi Gambelli in drugi.

106 – Zgoraj navedena sodba Schindler (točka 32).

sodbe, v kateri se je razlikovalo med igralci na srečo in posredniki.

138. Kar zadeva igralce na srečo, je Sodišče nacionalnemu sodišču predlagalo, naj kazni, naložene vsaki osebi, ki s svojega doma v Italiji prek interneta vplačuje stave pri pobiralcu stav s sedežem v drugi članici, pretehta ob upoštevanju spodbujanja sodelovanja pri igrah na srečo, ki jih prirejajo odobreni nacionalni organi; v zvezi s tem se je Sodišče sklicevalo na različne sodbe [107].

139. Tudi kar zadeva posrednike, je predložitvenemu sodišču prepustilo presojo, ali sankcije presegajo to, kar je nujno potrebno za preprečitev goljufij, glede na to, da sta se za ponudnika storitev uporabljala sistema nadzora in sankcije v državi članici, v kateri je imel sedež.

140. Corte suprema di cassazione ni izvedlo predlagane naloge, ker naj bi mu bilo to prepovedano. Presenetljivo je, da je kljub opredelitvi treh bistvenih elementov italijanske zakonodaje o stavah odločitev sprejelo samo z vidika dovoljenja, pri čemer se je popolnoma odreklo preučitvi sankcije, koncesijo pa je obravnavalo le deloma.

141. Čas je, da se Sodišče izreče glede te zadeve, saj ima na voljo vse za to potrebne podatke, in odkrito razglasi, da je sankcija, ki vključuje do triletni odvzem prostosti, nesorazmerna z okoliščinami, opisanimi v teh sklepnih predlogih, zlasti s tistimi v zvezi s pravnim interesom, zavarovanim z zadevnimi kazenskimi obtožbami, in tistimi v zvezi z državnimi ukrepi za spodbujanje iger na srečo. [108]

142. Poleg tega obtožba za zadevno osebo pomeni, da ji v skladu s členoma 11 in 14 TULPS ni mogoče izdati zahtevanega dovoljenja policije, zato ji je prepovedano opravljati katero koli dejavnost, povezano s stavami.

107 – Sodbi z dne 29. februarja 1996 v zadevi Skanavi in Chryssanthakopoulos (C-193/94, Recueil, str. I-929, točke od 34 do 39) in z dne 25. julija 2002 v zadevi MRAX (C-459/99, Recueil, str. I-6591, točke od 89 do 91).

108 – Korte, S., *op. cit.*, str. 1451, resno dvomi o koristnosti kazenskih sankcij, pri čemer se sklicuje na politiko razvoja iger na srečo v Italiji; Mignone, C. I., „La Corte di giustizia si pronuncia sul gioco d'assarso nell'era di Internet", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, str. 401, se sprašuje, v kakšnem sorazmerju so zavarovani interesi z žrtvovano osebno svobodo; Hoeller, B., in Bodemann, R., *op. cit.*, str. 125, menita, da v nemškem pravu nesorazmernost izhaja iz dejstva, da država onemogoča uresničitev lastnih ciljev.

143. Ne smemo pa pozabiti niti, da je to poseganje v temeljne svoboščine Skupnosti, tako da je treba vsako odstopanje razlagati ozko, [109] in da zaporna kazen ovira prosto gibanje oseb. [110]

D – *Končne pripombe*

144. Ker sekundarna zakonodaja ne vsebuje določb o igrah na srečo, je treba odgovore na vprašanja za predhodno odločanje poiskati v primarni zakonodaji, čeprav bi bilo glede na zadevna področja smotrno uskladiti področje v okviru pristojnosti Skupnosti; priložnosti za to je bilo dovolj.

145. Prvi tak poskus je bil leta 1991, ko je Komisija na podlagi študije „Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation“ [111] trdila, da predpisi spadajo na področje ureditve skupnega trga; vendar je ta poskus propadel zaradi pomislekov nekaterih držav članic. [112]

146. Druga priložnost se je ponudila z Direktivo 2000/31/ES o elektronskem poslovanju [113]; vendar so bile iz nje izrecno izključene „dejavnosti igralništva, pri katerih gre za vložke denarne vrednosti v igrah na srečo, vključno z loterijami in transakcijami v zvezi s stavami“ (člen 1(5)(d), tretja alinea).

147. Trenutno poteka razprava o predlogu pomembne direktive o storitvah [114], katere namen je določiti pravni okvir, „ki ponudnikom storitev olajšuje[...] uveljavljanje svobode ustanavljanja in prostega pretoka

109 – Glej med drugim sodbo z dne 19. januarja 1999 v zadevi Calfa (C-348/96, Recueil, str. I-11, točka 23), ki se konkretno nanaša na izjemo „javnega reda“.

110 – Sodbi z dne 3. julija 1980 v zadevi Pieck (157/79, Recueil, str. 2171, točka 19) in z dne 12. decembra 1989 v zadevi Messner (C-265/88, Recueil, str. 4209, točka 14) ter zgoraj navedena sodba Skanavi in Chryssanthakopoulos (točka 36).

111 – Urad za uradne publikacije Evropskih skupnosti, Luxembourg, 1991. Generalni pravobranilec C. Gulmann je to študijo komentiral v sklepnih predlogih v zgoraj navedeni zadevi Schindler.

112 – Coccia, M., *op. cit.*, str. 524. Komisija se je za opustitev pobude sklicevala na načelo subsidiarnosti (sklepi predsedstva Evropskega sveta v Edinburghu 11. in 12. decembra 1992, Priloga 2 k delu A: „Subsidiarnost – Primeri vnovične preučitve predlogov v obravnavi in veljavnih zakonodaj“, objavljeni v glasilu *Bilten Evropskih skupnosti*, št. 2, 1992).

113 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu („Direktiva o elektronskem poslovanju“) (UL L 178, str. 1).

114 – Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o storitvah na notranjem trgu (COM(2004) 2 konč.).

storitev“ (člen 1); nanašala naj bi se na igre na srečo (člen 2, *a contrario*), čeprav določa prehodno obdobje, v katerem se „načelo države izvora“ [115] ne uporablja za „dejavnosti igralništva, pri katerih gre za vložke denarne vrednosti v igrah na srečo, vključno z loterijami in transakcijami v zvezi s stavami“ (člen 18(1)(a)), katerih morebitna dodatna uskladitev je predvidena „na podlagi poročila Komisije in obširnega posvetovanja z zainteresiranimi stranmi“ (člen 40), [116] ob upoštevanju pomena obravnavane teme. [117]

148. Če bo to usklajevanje znotraj Skupnosti uspešno, bodo rešene številne težave, ki jih povzročajo internetne stave. Do takrat pa je treba enostranske ukrepe preučevati z vidika Pogodbe. [118]

149. Poleg tega čezmejna razsežnost iger na srečo presega ozemeljske meje Evropske unije, kar dokazujejo napetosti znotraj Svetovne trgovinske organizacije [119], katere sporazumi, zlasti Splošni sporazum o trgovini s storitvami, vplivajo na pravo Skupnosti, če je vpletena tretja država, vendar to ne velja v obravnavanem primeru.

115 – V skladu s tem načelom se za ponudnika storitev uporablja samo zakonodaja države članice, v kateri ima sedež in ki je pristojna za nadzor, tudi če se dejavnost izvaja v drugi članici Skupnosti (člen 16).

116 – Zavedam se, da liberalizacija tega sektorja še zdaleč ni mirna. Na primer, Ohlmann, W., „Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli“, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, št. 1, 2005, str. 55 in 58, trdi, da na tem področju ne bi smelo biti konkurence; Walz, S., „Gambling um Gambelli? - Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, str. 524, izraža pomisleke glede veljavnosti tujih dovoljenj; in nazadnje, Campegiani, C., in Pati, C., „Il sistema di monopolio statale delle scommesse e la sua compatibilità con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (arts 43 e 49 CE)“, *Giustizia civile*, 2004-I, str. 2532, zagovarjata državni nadzor nad igrami na srečo. Geeroms, S., „Cross-Border Gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC Rules Compared: A Justified Restriction on the Freedom to Provide Services?“, *Cross-Border Gambling on the Internet – Challenging National and International Law*, Zürich/Basel/Ženeva, 2004, str. 180, podpira oblikovanje liberaliziranega trga pod nadzorom nadnacionalne ali mednarodne zakonodaje s strogimi predpisi za preprečevanje kriminala.

117 – Buschle, D., *op. cit.*, str. 471, opozarja, da je v Nemčiji od 90.000 do 500.000 oseb zasvojenih z igrami na srečo, med njimi je dve tretjini moških z nizkimi dohodki. Po navedbah dnevnika *El País*, ki povzema podatke svetovalne agencije Christiansen Capital Advisors, je od 1800 do 2500 internetnih strani posvečenih igram na srečo, ki imajo po vsem svetu več kot 8200 milijonov dolarjev prometa, ta številka pa naj bi v letu 2009 dosegla 23.500 milijonov (Ciberpaís, 13. oktober 2005).

118 – Razprava se trenutno nadaljuje. Francoska sodišča so se nedavno srečala s podobnimi težavami kot njihovi italijanski kolegi v zvezi s konjskimi stavami, ki jih je na internetu prirejalo podjetje Zeturf, registrirano na Malti; prizivno sodišče v Parizu je v sodbi z dne 4. januarja 2006 potrdilo sodbo prvostopenjskega sodišča v Parizu in navedlo – ne da bi Sodišču predložilo vprašanje za predhodno odločanje –, da je nacionalna zakonodaja združljiva s pravom Skupnosti, kar je spodbudilo prve kritike (Verbiest, T., „Paris hippiques en ligne: la Cour d'appel de Paris confirme la condamnation de Zeturf“, *Droit et Nouvelles Technologies*, http://www.droit-technologie.org/1_2asp?actu_id=1150).

119 – Na primer spor med Združenimi državami in Antigvo, ki se je končal s poročilom pritožbenega organa te organizacije, Združene države – Ukrepi v zvezi s čezmejnim opravljanjem storitev iger in stav, WT/DS285/AB/R, sprejetim 7. aprila 2005.

VIII – Predlog

150. Ob upoštevanju vseh zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki sta jih postavili Tribunale di Teramo in Tribunale di Larino, odgovori:

Člena 43 ES in 49 ES je treba razlagati tako, da nasprotujeta nacionalnim predpisom, ki prepovedujejo – v nasprotnem primeru so zagrožene kazni do treh let zapora – zbiranje, sprejemanje, registriranje in prenos stavnih predlogov brez koncesije ali dovoljenja zadevne države članice v imenu družbe, ki ne more pridobiti te koncesije in dovoljenja za ponujanje takih storitev v tej državi, ima pa dovoljenje za njihovo opravljanje, ki ga je izdala druga država članica, v kateri ima družba sedež.