

## STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA

YVESE BOTA

přednesené dne 31. března 2011<sup>1</sup>

1. V otázce souladu monopolu v oblasti peněžních a hazardních her se svobodami pohybu upravenými právem Společenství bylo od září 2009 vydáno několik rozsudků v řízeních o předběžné otázce, které umožnily Soudnímu dvoru přesnit svou dřívější judikaturu<sup>2</sup>.

2. Z těchto rozsudků především vyplývá, že takový monopol může být v souladu se zmíněnými svobodami, pokud je jeho cílem zajištění vysoké úrovně ochrany veřejného pořádku a ochrany spotřebitelů a pokud je organizován a vykonáván způsobem umožňujícím účinně dosahovat těchto cílů.

3. Dále z těchto rozsudků vyplývá, že držitelem monopolu může být nejen veřejnoprávní subjekt, ale i soukromý hospodářský subjekt<sup>3</sup>. V tomto druhém případě musí být monopol

udělen v souladu se zásadou rovného zacházení a transparentnosti, ledaže udělení takového monopolu uvedenému soukromému hospodářskému subjektu představuje „interní transakci“<sup>4</sup>.

4. Ve zvláštní oblasti peněžních her na internetu existuje pro poskytnutí monopolu dodatečný důvod spočívající ve specifických rizicích, které tyto hry představují<sup>5</sup>.

5. Soudní dvůr kromě toho uvedl, že členský stát nemá povinnost uznat povolení k provozování her na internetu vydané poskytovateli on-line her v jiném členském státě, na jehož území je tento poskytovatel usazen<sup>6</sup>.

6. Předmětem této žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podané Bezirksgericht Linz (Rakousko), která byla doručena

1 — Původní jazyk: francouzština.

2 — Rozsudky ze dne 8. září 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International (C-42/07, Sb. rozh. s. I-7633); ze dne 3. června 2010, Sporting Exchange (C-203/08, Sb. rozh. s. I-4695); Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International (C-258/08, Sb. rozh. s. I-4757); ze dne 8. září 2010, Winner Wetten (C-409/06, Sb. rozh. s. I-8015); Stoß a další (C-316/07, C-358/07 až C-360/07, C-409/07 a C-410/07, Sb. rozh. s. I-8069); Carmen Media Group (C-46/08, Sb. rozh. s. I-8149), jakož i ze dne 9. září 2010, Engelmann (C-64/08, Sb. rozh. s. I-8219).

3 — Výše uvedené rozsudky Sporting Exchange (bod 48), jakož i Stoß a další (bod 81).

4 — Výše uvedený rozsudek Sporting Exchange (bod 59).

5 — Výše uvedené rozsudky Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International (body 69 až 72), jakož i Carmen Media Group (body 102 a 103).

6 — Výše uvedené rozsudky Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International (bod 69); Sporting Exchange (bod 33), jakož i Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International (bod 54).

Soudnímu dvoru na konci srpna 2009, tedy před vyhlášením výše uvedených rozsudků, je posouzení souladu rakouských právních předpisů o elektronických loteriích s volným pohybem služeb.

7. Podle těchto právních předpisů je poskytování uvedených her osobám s bydlištěm v Rakousku předmětem monopolu vyhrazeného na dobu maximálně patnácti let soukromému hospodářskému subjektu a tento subjekt musí splňovat několik podmínek. Především se musí jednat o kapitálovou společnost se sídlem v Rakousku, která nesmí založit pobočku v zahraničí.

8. Předkládající soud položil několik předběžných otázek, které mu mají umožnit posoudit, zda je takový monopol a podmínky stanovené vnitrostátním právem pro jeho udělení v souladu s právem Společenství.

9. Většina těchto otázek byla zodpovězena judikaturou, a to zejména v rozsudcích vydaných po doručení přeládacího rozhodnutí.

10. Tato věc nicméně dává Soudnímu dvoru možnost dále upřesnit svou judikaturu ohledně podmínky, podle které musí mít

společnost, která je držitelem monopolu, sídlo na území dotyčného členského státu.

11. Ve výše uvedeném rozsudku Engelmann byla taková podmínka, tak jak byla stanovena držitelům koncesí na provozování tradičních heren, například kasin, posouzena jako nepřiměřená s ohledem na cíle uváděné rakouskou vládou spočívající ve výkonu kontroly a ochraně veřejného pořádku.

12. V tomto stanovisku navrhuji Soudnímu dvoru, aby rozhodl, že tatáž podmínka může být ve velmi specifickém případě monopolu na provozování her na internetu odůvodněná.

13. Připomínám, že monopol představuje citelné omezení svobod pohybu, a může být tedy odůvodněn pouze v případě, že je jeho cílem zajištění vysoké úrovně ochrany veřejného pořádku a ochrany spotřebitelů.

14. Dále připomínám, že peněžní hry na internetu představují pro veřejný pořádek a spotřebitele větší riziko než tradiční hry a mohou být provozovány na dálku, bez infrastruktury v členském státě určení, kde by mohl tento stát sám provádět hloubkové kontroly. Uvádím, že v současném stavu práva Společenství neexistuje nástroj pro spolupráci, který

by umožňoval členskému státu požádat jiný členský stát, na jehož území je poskytovatel on-line her usazen, o pomoc nezbytnou pro vykonání takové kontroly.

a Rady 2006/123/ES ze dne 12. prosince 2006 o službách na vnitřním trhu<sup>7</sup>.

15. Z toho dovozují, že členský stát tedy může legitimně stanovit držitelům monopolu na provozování her na internetu na svém území povinnost mít na tomto území sídlo, a to z důvodu umožnění účinné kontroly činnosti tohoto subjektu.

18. Peněžní hry jsou hospodářskou činností, a spadají tedy do působnosti svobod pohybu, zejména článku 49 ES, který zakazuje omezení volného pohybu služeb uvnitř Evropského společenství pro státní příslušníky členských států, kteří jsou usazeni v jiném státě Společenství, než se nachází příjemce služeb.

16. Závěrem uvádím, že členský stát nemůže zakázat držitelům monopolu na provozování her na internetu na svém území zakládat pobočky v zahraničí, aniž prokáže, že je toto opatření odůvodněno naléhavými důvody obecného zájmu a přiměřené těmto cílům.

19. Na základě článků 55 ES a 48 ES se článek 49 ES vztahuje na služby nabízené společností založenou podle práva některého členského státu, jež má své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní provozovnu uvnitř Společenství.

## I – Právní rámec

### B – Rakouské právo

#### A – Právo Unie

17. Provozování peněžních her není k tomuto dni v právu Společenství upraveno nebo harmonizováno. Tato činnost byla vyňata z působnosti směrnice Evropského parlamentu

20. Hazardní hry v Rakousku upravuje spolkový zákon o hazardních hrách (Glücksspielgesetz)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> — Úř. věst. L376, s. 36.

<sup>8</sup> — BGBl. 620/1989, zákon ve znění BGBl. I, 145/2006, dále jen „GSpG“.

21. Na základě § 3 GSpG je právo pořádat hazardní hry v zásadě vyhrazeno spolkové vládě. Spolkový ministr financí je nicméně oprávněn udělovat koncese na pořádání loterií a elektronických loterií soukromým osobám.

22. Elektronické loterie jsou v této souvislosti vymezeny v § 12a GSpG jako „loterie, u kterých je smlouva uzavřena elektronickými prostředky, rozhodnutí o výhře nebo prohře se odehrává a sděluje centrálním způsobem a účastník může zjistit výsledek bezprostředně po účasti na hře“.

23. Podle § 14 GSpG, může spolkový ministr financí udělit koncesi na pořádání loterií a elektronických loterií. Podle § 14 odst. 2 GSpG může být koncese udělena pouze jedinému uchazeči, který:

- má dozorčí radu a splacený kapitál v minimální výši 109 000 000 eur, přičemž legální původ těchto prostředků musí být odpovídajícím způsobem doložen;
  - jmenuje ředitele, kteří jsou na základě svého vzdělání odborně způsobilí, mají potřebné vlastnosti a zkušenosti pro řádný výkon činnosti a kterých se netýká žádný z důvodů vyloučení podle § 13 zákoníku řemeslných, obchodních a průmyslových živností;
  - vzhledem k okolnostem (zejména zkušenostem, znalostem a vlastním prostředkům) je možné očekávat, že dosáhne nejvyšších příjmů pro spolkovou vládu (koncesní poplatek a odvody ze sázek), a
  - ohledně nějž platí, že případná struktura koncernu, k němuž náleží jeden nebo více vlastníků disponujících kvalifikovanou účastí v daném podniku, nebrání účinné kontrole koncesionáře.
- je kapitálovou společností se sídlem v tuzemsku;
- nemá vlastníky (společníky) s rozhodujícím vlivem, jejichž vliv neumožňuje zajistit důvěryhodnost z hlediska právní regulace;

24. Koncese může být podle § 14 odst. 3 první věty GSpG udělena na dobu maximálně patnácti let. Po dobu platnosti koncese na

provozování loterií nemůže být podle § 14 odst. 5 první věty GSpG udělena žádná další koncese.

25. Na základě § 15 odst. 1 GSpG nesmí koncesionář založit pobočku mimo rakouské území. Kromě toho vyžaduje nabývání kvalifikovaných podílů koncesionářem v jiných společnostech souhlas spolkového ministra financí. Podle § 15a GSpG je takový souhlas dále vyžadován rovněž pro rozšíření obchodní činnosti koncesionáře, a může být udělen pouze v případě, že není důvod k obavám, že by došlo k poklesu příjmů spolkové vlády z koncesního poplatku nebo z odvodů ze sázek.

26. Podle § 18 odst. 1 GSpG musí dále koncesionář každý rok sdělit spolkovému ministru financí identitu osob, které se podílí na jeho kapitálu.

27. Pořádání hazardních her za účelem dosahování zisku osobou, která není držitelem koncese k jejich provozování, je trestně stíháno podle § 168 rakouského trestního zákoníku (Strafgesetzbuch).

## **II – Skutkové okolnosti sporu v původním řízení a předběžné otázky**

28. J. Dickinger a F. Ömer, rakouští státní příslušníci, jsou zakladateli nadnárodního koncernu on-line her bet-at-home.com. Materskou společností koncernu je bet-at-home.com AG, společnost založená podle německého práva se sídlem v Düsseldorfu (Německo), která vlastní mimo jiné i pobočku bet-at-home.com Entertainment GmbH, společnost založenou podle rakouského práva. Tato společnost sídlí v Linci (Rakousko) a podniká v oblasti automatizovaného zpracování dat a informačních technologií. Vlastní mimoto platnou licenci na provozování sportovních sázek podle rakouského práva. Kromě toho založila dceřinou společnost bet-at-home.com Holding Ltd, společnost založenou podle maltského práva. Posledně zmíněná společnost dále sama založila tři dceřiné společnosti, a sice bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd, jakož i bet-at-home.com Internationale Ltd, všechny tři podle maltského práva a se sídlem na maltském území.

29. Dvě z těchto maltských společností, a sice bet-at-home.com Entertainment Ltd. a bet-at-home.com Internationale Ltd. nabízejí prostřednictvím internetu hazardní hry a sportovní sázky. První z obou společností má v tomto ohledu platnou maltskou licenci („Class One Remote Gaming License“) vztahující se na hazardní on-line hry a druhá má maltskou licenci („Class Two Remote Gaming License“) platnou pro sportovní sázky on-line. Nabídku hazardních her a sportovních

sázek zabezpečují obě uvedené maltské společnosti na internetovém portále bet-at-home.com. Internetové stránky jsou dostupné ve španělštině, němčině, řečtině, angličtině, italštině, maďarštině, holandštině, polštině, slovinštině, turečtině a ruštině, avšak nikoli v maltštině. Na této internetové adrese jsou nabízeny zejména hazardní hry jako je poker, black jack, baccarat, ruleta, jakož i hry na virtuálních hracích automatech. Všechny tyto hry lze hrát s neomezeně vysokými sázkami.

30. Provoz internetového portálu www.bet-at-home.com je zajišťován výlučně společnostmi bet-at-home.com Internet Ltd a bet-at-home.com Entertainment Ltd. Tyto maltské společnosti odpovídají za pořádání her. Účastníci se hráči uzavírají odpovídající smlouvy výhradně s těmito společnostmi, které jsou také držiteli licencí k softwaru potřebnému pro provoz herního portálu.

31. Bet-at-home.com Entertainment Ltd, jakož i bet-at-home.com Internationale Ltd využívaly až do prosince 2007 server umístěný v rakouském Linci, který jim poskytla společnost bet-at-home.com Entertainment GmbH, která rovněž zajišťovala údržbu internetových stránek a softwaru potřebného k provozování her. Až do tohoto okamžiku byla v Linci umístěna i telefonická podpora pro všechny uživatele. Poskytování všech

těchto podpůrných služeb bylo maltským společností fakturováno.

32. Bankovní spojení sloužící pro převody herních sázek zabezpečoval rakouský bankovní ústav se sídlem v Linci. Majitelem dotčeného účtu byla maltská společnost bet-at-home.com Internationale Ltd.

33. Na základě těchto skutkových zjištění bylo proti J. Dickingerovi a F. Ömerovi zahájeno trestní řízení pro porušení § 168 rakouského trestního zákona, v němž má v prvním stupni rozhodovat předkládající soud.

34. V odpovědi na dotaz Soudního dvora rakouská vláda upřesnila, že J. Dickinger a F. Ömer jsou v původním řízení stíháni za jednání v rámci výkonu svých funkcí v rakouské společnosti bet-at-home.com Entertainment GmbH. Podle rakouské vlády je znění rozhodnutí o zahájení trestního stíhání následující:

„Jochen Dickinger a Franz Ömer se dopouštěli jakožto odpovědní zástupci [...] společnosti bet-at-home.com Entertainment GmbH v době od 1. ledna 2006 až do současnosti protiprávního jednání spočívajícího v pořádání hazardních her ve smyslu § 168 odst. 1 trestního zákoníku ve prospěch uvedené společnosti tím, že nabízeli prostřednictvím internetu hry, ve kterých výhry či prohry závisí výlučně nebo převážně na náhodě nebo které jsou výslovně zakázány [...]“

35. Před Bezirksgericht Linz J. Dickinger a F. Ömer uplatňovali protiprávnost vnitrostátní právní úpravy hazardních her s ohledem na články 43 ES a 49 ES.

v minimální výši 109 000 000 eur a je možné od něj očekávat, že dosáhne nejvyšších příjmů pro spolkovou vládu;

36. Bezirksgericht Linz má vážné pochybnosti, zda jsou příslušná ustanovení rakouského trestního zákona, ve spojení s rakouskou právní úpravou hazardních her vztahující se na projednávanou věc, slučitelná s právem Společenství. Rozhodl se tedy přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

- lze koncesi na provozování kasin na období v maximální délce patnácti let udělit maximálně dvanácti držitelům koncese, kteří musí být akciovými společnostmi se sídlem v Rakousku, nesmí zakládat pobočky mimo území Rakouska, musí disponovat splaceným základním kapitálem ve výši minimálně 22 000 000 eur a územní celky od nich s přihlédnutím k okolnostem mohou očekávat nejvyšší příjmy?

„1) a) Mají být články 43 a 49 ES vykládány v tom smyslu, že v zásadě brání takové vnitrostátní právní úpravě, jako je obsažená v § 3, ve spojení s § 14f a násl. a § 21 [GSpG], podle kterého,

- lze koncesi na provozování loterií (např. elektronických loterií) na období v maximální délce patnácti let udělit pouze jedinému držiteli koncese, který musí být mimo jiné kapitálovou společností se sídlem v Rakousku, nesmí zakládat pobočky mimo území Rakouska, musí disponovat splaceným základním nebo nominálním kapitálem

Tyto otázky vyvstávají zejména v situaci, kdy je Casino Austria AG držitelem všech dvanácti koncesí na provozování kasin, které byly dne 18. prosince 1991 uděleny na maximální dobu patnácti let a které byly v mezidobí prodlouženy bez vyhlášení veřejné zakázky nebo veřejného oznámení.

- b) Pokud ano, lze takovou právní úpravu odůvodnit důvody obecného zájmu spočívajícími v omezení činnosti

týkající se sázek, pokud držitelé koncesí působící v takřka monopolním prostředí provádějí prostřednictvím intenzivní reklamy expanzivní politiku v oblasti hazardních her?

není způsobilé znemožnit nebo narušit výkon některé ze základních svobod?

- c) Pokud ano, musí předkládající soud v rámci přezkumu proporcionality takové právní úpravy, jejímž cílem je předcházet páčání trestné činnosti tím, že hospodářské subjekty působící v této oblasti podrobí dohledu, a usměrní tak činnosti týkající se hazardních her podléhajících tomuto dohledu, zohlednit skutečnost, že se tato právní úprava dotýká i přeshraničních poskytovatelů služeb, kteří v každém případě podléhají přísným podmínkám a dohledu souvisejícím s jejich koncesemi v členském státě svého usazení?
- 2) Mají se základní svobody zakotvené ve Smlouvě o ES, zejména volný pohyb služeb podle článku 49 ES, vykládat v tom smyslu, že navzdory skutečnosti, že právní úprava trestního řádu je i nadále zásadně v pravomoci členských států, musí být ve světle práva Společenství posuzováno, zda vnitrostátní trestněprávní ustanovení
- 3) a) Má se článek 49 ES, ve spojení s článkem 10 ES, vykládat v tom smyslu, že kontroly prováděné ve státě, v němž je poskytovatel služeb usazen, a záruky poskytnuté v tomto státě je třeba ve smyslu zásady vzájemné důvěry zohlednit ve státě, kde dochází k poskytování služeb?
- b) Pokud ano, má se článek 49 ES dále vykládat v tom smyslu, že v případě omezení volného pohybu služeb provedeného z důvodů obecného zájmu je třeba ověřit, zda tento obecný zájem již nebyl dostatečně zohledněn v právních předpisech, dohledu a kontrolách, kterým poskytovatel služeb podléhá ve státě, kde je usazen?
- c) Pokud ano, je třeba při přezkumu proporcionality vnitrostátního ustanovení, které sankcionuje přešhraniční nabídku služeb v oblasti hazardních her bez vnitrostátní koncese, přihlížet k tomu, že zájmy vedoucí k regulaci, na které se odvolává stát, v němž dochází k poskytování služeb, k odůvodnění omezení základní svobody již byly dostatečně zohledněny ve státě



usazení prostřednictvím přísného povolovacího řízení a dozoru?

- d) Pokud ano, musí vnitrostátní soud v rámci přezkumu proporcionality takového omezení přihlížet k tomu, že dotčená ustanovení ve státě, v němž je poskytovatel služeb usazen, jsou dokonce ještě přísnější než právní předpisy státu, v němž dochází k poskytování služeb?
- e) Vyžaduje mimoto zásada proporcionality v případě trestně sankcionovatelného zákazu hazardních her vydaného z politických důvodů souvisejících s ochranou hráčů a bojem proti kriminalitě, aby vnitrostátní soud rozlišoval mezi poskytovateli služeb nabízejícími hazardní hry bez jakéhokoli povolení a poskytovateli služeb, kteří jsou usazení v jiných členských státech [Unie]a získali v nich koncesi a svoji činnost vykonávají s odvoláním na volný pohyb služeb?
- f) A konečně, je třeba při přezkumu proporcionality vnitrostátního ustanovení, které pod hrozbou trestněprávních sankcí zakazuje přeshraniční poskytování služeb v oblasti hazardních her bez vnitrostátní koncese nebo povolení, přihlížet k tomu, že provozovateli hazardních her,

kteří získal v jiném členském státě platné licenci, nebylo v důsledku objektivních a nepřímých diskriminačních omezení na vstupu umožněno získat vnitrostátní licenci a že řízení o udělení licence a dozoru ve státě usazení se vyznačují úrovní ochrany minimálně srovnatelnou s řízením o udělení licence a dozorem na vnitrostátní úrovni?

- 4) a) Má se článek 49 ES vykládat v tom smyslu, že přechodná povaha poskytování služeb znemožňuje poskytovateli služeb vybudovat si v hostitelském státě určitou infrastrukturu (například server) a přitom nebýt v tomto členském státě považován za usazeného?
- b) Má se článek 49 ES dále vykládat v tom smyslu, že ustanovení týkající se vnitrostátních subjektů zabezpečujících podporu, které jim zakazuje usnadňovat poskytovateli služeb se sídlem v jiném členském státě poskytování jeho služeb, představuje rovněž omezení volného pohybu služeb tohoto poskytovatele, jsou-li tyto subjekty zabezpečující podporu usazené ve stejném členském státě jako část příjemců příslušné služby?“

### III – Má analýza

37. Úvodem je třeba konstatovat, že otázky položené předkládajícím soudem částečně překračují rámec sporu v původním řízení a obsahují dotazy, které zjevně nejsou pro rozhodnutí věci užitečné. Jedná se zejména o první otázku písm. a) druhou odrážku ohledně režimu koncese stanoveného rakouskými právními předpisy, pokud jde o provozování kasin.

38. Jak vyplývá z předkládacího rozhodnutí a jak potvrzují písemnosti ve spisu i odpověď rakouské vlády na žádost Soudního dvora o upřesnění, obě osoby jsou stíhané před předkládajícím soudem za to, že na internetu nabízely peněžní hry, a porušily tak rakouské právní předpisy. Spor v původním řízení se žádným způsobem netýká provozování kasin v Rakousku.

39. Navrhují tedy Soudnímu dvoru, aby přezkoumal položené otázky pouze v rozsahu, ve kterém se vztahují k poskytování her prostřednictvím internetu.

40. Množství otázek položených předkládajícím soudem lze podle mého názoru shrnout do čtyř dotazů, které navrhuji přezkoumat v následujícím pořadí.

41. Předkládající soud se předně táže, zda musejí být ustanovení právních předpisů členského státu trestněprávně postihující každého, kdo poruší monopol na provozování peněžních her na internetu, v souladu se svobodami pohybu, a zejména s článkem 49 ES i přesto, že trestní právo spadá do pravomoci členských států (druhá otázka).

42. Zadruhé se předkládající soud táže, zda je článek 49 ES v projednávané věci relevantní, i když maltské společnosti využívají na rakouském území určité hmotné prostředky, jako například server, a dále společnost, která jim tyto prostředky poskytuje, je usazená na rakouském území [čtvrtá otázka písm. a) a b)].

43. Předkládající soud se zatřetí dotazuje, zda je monopol upravený vnitrostátním právem a podmínky, jimiž je udělení monopolu podmíněno, v souladu s článkem 49 ES, zejména s ohledem na povinnosti a dohled, kterým maltské společnosti podléhají ve svém státě [první otázka písm. a) první odrážka a první otázka písm. c), jakož i třetí otázka písm. a) až f)].

44. Začtvrté se předkládající soud táže, zda mohou být dotčené právní předpisy odůvodněné, když držitel monopolu provádí prostřednictvím intenzivní reklamy expanzivní politiku [první otázka písm. b)].

A – *Meze pravomoci členských států v trestních věcech*

pouze z důvodu, že spadá do trestního práva tohoto státu<sup>10</sup>.

45. Podstatou otázky předkládajícího soudu je, zda musí být právní úprava členského státu trestněprávně postihující každého, kdo poruší monopol na provozování peněžních her, jako například monopol na provozování elektronických loterií upravený rakouským právem, v souladu se svobodami pohybu, zejména s článkem 49 ES, i přesto, že trestní právo spadá do pravomoci členských států.

48. Pokud jde o ustanovení trestního práva, která byla přijata tak jako v této věci za účelem zajištění dodržování monopolu na provozování peněžních her zavedeného z důvodu obecného zájmu, projevuje se uvedený požadavek souladu následujícím způsobem. Je-li tento monopol v souladu s právem Společenství, v zásadě budou v souladu s ním i trestněprávní sankce, které mají zajišťovat jeho dodržování, ledaže by byly samy v rozporu s jinými normami, například se základními právy.

46. Trestní oblast sice byla v době rozhodné z hlediska skutečností v původním řízení pravomocí vyhrazenou členským státům. Zůstává tomu tak do značné míry i po reformách, které byly provedeny Lisabonskou smlouvou. Nicméně podle ustálené judikatury musí každý z těchto států při výkonu svých vyhrazených pravomocí plnit závazky, které v rámci Smlouvy o ES přijal, zejména jde-li o svobody pohybu<sup>9</sup>.

49. Naopak, pokud je daný monopol v rozporu se svobodou volného pohybu, nemohou se ustanovení trestního práva, která mají zajistit dodržování takového monopolu, uplatnit. Podle ustálené judikatury totiž platí, že členský stát nemůže uplatnit trestní sankci za nesplnění administrativní formality, pokud bylo splnění této formality odepřeno nebo znemožněno dotýčným členským státem v rozporu s právem Společenství<sup>11</sup>.

47. Ustanovení právního řádu členského státu tedy nemůže být vyloučeno z působnosti svobod pohybu a na základě toho nepodléhat požadavku na soulad s těmito svobodami

50. Navrhují tedy odpovědět na přezkoumanou otázku tak, že právní úprava členského státu trestněprávně postihující každého, kdo

9 — Viz např. v oblasti přímých daní, rozsudek ze dne 18. prosince 2007, A (C-101/05, Sb. rozh. s. I-11531, bod 19 a citovaná judikatura); co se týče pravomoci členských států upravit svůj systém sociálního zabezpečení, rozsudek ze dne 28. dubna 1998, Kohll (C-158/96, Recueil, s. I-1931, body 15, 16 a 21), a v oblasti zdravotnictví rozsudek ze dne 16. května 2006, Watts (C-372/04, Sb. rozh. s. I-4325, bod 92).

10 — Viz zejména rozsudek ze dne 2. února 1989, Cowan (186/87, Recueil s. 195, bod 19).

11 — Rozsudek ze dne 6. března 2007, Placanica a další (C-338/04, C-359/04 a C-360/04, Sb. rozh. s. I-1891, bod 69).

poruší monopol na provozování peněžních her, jako například monopol na provozování elektronických loterií upravený rakouským právem, musí být v souladu se svobodami pohybu, zejména s článkem 49 ES, i přesto, že trestní právo spadá do pravomoci členských států.

kteřá zakazuje poskytovatelům usazeným na vnitrostátním území poskytovat společností usazeným v jiném členském státě prostředky za účelem nabízení peněžních her na internetu osobám s bydlištěm na jeho území, představuje omezení volného pohybu služeb.

## B – *Relevantnost článku 49 ES v projednávané věci*

51. Předkládající soud má pochybnosti, zda spor, který projednává, spadá do působnosti článku 49 ES.

52. Podstatou jeho čtvrté otázky písm. a) tak je, zda má být článek 49 ES vykládán v tom smyslu, že provozování her na internetu hospodářským subjektem usazeným v jiném členském státě než ve státě určení může být považováno za mající přechodnou povahu, a spadá tedy pod tento článek, používá-li tento subjekt hmotné prostředky komunikace, jako například server a telefonní ústřednu, umístěné v členském státě určení, jež mu jsou poskytovány třetím podnikem.

53. Podstatou jeho čtvrté otázky písm. b) dále je, zda má být článek 49 ES vykládán v tom smyslu, že právní úprava členského státu,

1. Dopad používání hmotných prostředků komunikace umístěných v členském státě určení

54. Podle ustálené judikatury představuje provozování her na internetu hospodářským subjektem usazeným v jednom členském státě spotřebitelům s bydlištěm v jiném členském státě poskytování služeb podle článku 49 ES<sup>12</sup>. Tato judikatura vyplývá z té, podle které je poskytnutí služby prostřednictvím komunikačních prostředků příjemcům nacházejícím se v jiném členském státě, než je stát poskytovatele, aniž se poskytovatel do tohoto členského státu přemístí, poskytováním služeb<sup>13</sup>.

55. Předkládající soud se táže, zda ze skutečnosti, že maltské podniky nabízející hry na internetu spotřebitelům s bydlištěm v Rakousku používají takové hmotné prostředky,

12 — Rozsudek ze dne 6. listopadu 2003, Gambelli a další (C-243/01, Recueil, s. I-13031, bod 54), jakož i výše uvedený rozsudek Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International (bod 46).

13 — Viz zejména rozsudek ze dne 10. května 1995, Alpine Investments (C-384/93, Recueil, s. I-1141, bod 22).

jako je server nebo zákaznická telefonní linka, které jim jsou poskytovány společnostmi usazenou na rakouském území, lze usuzovat na to, že jsou usazeny stabilně a trvale na tomto území způsobem, že by se na ně dále nevztahoval článek 49 ES, ale ustanovení Smlouvy o svobodě usazování.

56. Předkládající soud neuvádí, jaký má podle něj tato otázka význam. Jsem toho názoru, že ve skutečnosti žádný. I kdyby mělo být připuštěno, že maltské společnosti mají v Rakousku stálou provozovnu, a že tam tedy jsou usazeny ve smyslu ustanovení Smlouvy týkajících se svobody usazování, nevedlo by posouzení souladu dotčené rakouské právní úpravy s těmito ustanoveními spíše nežli s volným pohybem služeb k odlišnému výsledku<sup>14</sup>. V obou případech by byla tato právní úprava považována za omezení použitelné svobody pohybu a posuzování jejího souladu s právem Společenství na základě odůvodnění předložených rakouskou vládou by vedlo ke stejnému závěru.

57. Je-li však nutné dát odpověď na posuzovanou otázku, jsem na základě informací

předložených předkládajícím soudem toho názoru, že je třeba odpovědět záporně. Pouhá skutečnost, že poskytovatel on-line her využívá hmotné komunikační prostředky poskytované třetím podnikem usazeným v členském státě určení, se mi sama o sobě nezdá být takové povahy, aby vedla k závěru, že tento poskytovatel má v tomto státě stálou provozovnu srovnatelnou s obchodním zastoupením.

58. Uvedenou situaci je podle mého názoru třeba odlišit od té, o které rozhodoval Soudní dvůr ve výše uvedeném rozsudku Gambelli a další. V tomto rozsudku Soudní dvůr připustil, že Stanley International Betting Ltd, společnost založená podle britského práva, vykonávala své právo na svobodu usazování v Itálii, neboť uzavřela obchodní smlouvy s italskými subjekty nebo prostředníky, na jejichž základě tyto osoby shromažďovaly a registrovaly sázky italských spotřebitelů za účelem jejich předání této společnosti.

59. Z toho Soudní dvůr dovodil, že Stanley International Betting Ltd vykonávala činnost spočívající ve sběru sázek v Itálii prostřednictvím sítě obchodních zastoupení<sup>15</sup>.

60. V této věci však z písemností ve spisu nevyplývá, že by maltské společnosti uzavřely s rakouskou společností, která jim poskytuje hmotné prostředky, obchodní smlouvy, na

14 — Viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Gambelli a další (bod 59). Viz též výše uvedený rozsudek Stoß a další.

15 — Bod 46 uvedeného rozsudku.

jejichž základě by posledně uvedená společnost byla zmocněna za ně trvale jednat, jak by tomu bylo v případě obchodního zastoupení, podle kritérií stanovených Soudním dvorem v rozsudku ze dne 4. prosince 1986, Komise v. Německo<sup>16</sup>, a zopakovaných ve výše uvedených rozsudcích Winner Wetten<sup>17</sup> a Stoß a další<sup>18</sup>.

61. Kromě toho z využívání serveru fyzicky umístěného v některém členském státě ze strany hospodářského subjektu nelze usuzovat, že tento hospodářský subjekt vykonává v tomto členském státě svou hospodářskou činnost. Přestože směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu („směrnice o elektronickém obchodu“)<sup>19</sup> vylučuje on-line hry ze své působnosti<sup>20</sup>, je v tomto ohledu vhodné zdůraznit, že podle devatenáctého bodu odůvodnění této směrnice není místem usazení společnosti poskytující služby prostřednictvím internetových stránek místo, kde se nachází technické zařízení, jehož prostřednictvím společnost provozuje internetové stránky, ani místo, kde jsou internetové stránky přístupné, ale místo, kde společnost vykonává svou hospodářskou činnost.

62. Vzhledem k těmto důvodům jsem toho názoru, že je třeba odpovědět na posuzovanou otázku tak, že článek 49 ES musí být vykládán v tom smyslu, že okolnost, že poskytovatel her na internetu využívá hmotné komunikační prostředky, jako jsou například server a telefonní ústředna umístěné v členském státě určení, které mu poskytuje třetí podnik, nevylučuje sama o sobě použití ustanovení Smlouvy týkajících se volného pohybu služeb.

63. Podle mého názoru však zvláštní skutkový kontext věci v původním řízení vedou k nutnosti uvedenou odpověď doplnit. Je totiž známo, že v daném případě jsou obě maltské společnosti, které nabízejí peněžní hry na internetu rakouským spotřebitelům s využitím serveru a služeb telefonické podpory dodaných společnostmi založenou podle rakouského práva, a sice bet-at-home.com Entertainment GmbH, nepřímými dceřinými společnostmi, neboli „vnukovskými“ společnostmi této společnosti. Jedná se o dceřině společnosti bet-at-home.com Holding Ltd, společnosti založené podle maltského práva, která je sama dceřinou společností uvedené rakouské společnosti.

64. Jak správně uvádí rakouská vláda a Evropská komise, v této věci nemůže být uplatněn článek 49 ES, kdyby se ukázalo, že tyto maltské dceřině společnosti mají čistě umělou povahu, což by dokazovalo, že byly založeny pouze za tím účelem, aby umožnily

16 — 205/84, Recueil s. 3755, bod 21.

17 — Bod 46.

18 — Bod 59.

19 — Úř. věst. 178, s. 1; Zvl. vyd. 13/25, s. 399.

20 — Článek 1 odst. 5 písm. d) poslední odrážka směrnice o elektronickém obchodu.

své rakouské mateřské společnosti obcházet zákaz provozování on-line her v Rakousku<sup>21</sup>.

maltské pobočky mají čistě umělou povahu, jež má umožňovat jejich rakouské mateřské společnosti obcházení zákazu provozovat on-line hry v Rakousku.

65. Tak by tomu bylo tehdy, pokud by byly uvedené dceřiné společnosti zbaveny jakékoliv hospodářské podstaty. Jak uvedl Soudní dvůr v rozsudku ze dne 12. září 2006, Cardbury Schweppes a Cardbury Schweppes Overseas<sup>22</sup>, pojem „usazení“ ve smyslu ustanovení Smlouvy týkajících se svobody usazování vyžaduje skutečný výkon hospodářské činnosti prostřednictvím stále provozovny v hostitelském členském státě zřízené na dobu neurčitou. Předpokládá tedy skutečné usazení dotyčné společnosti v tomto státě a to, že zde tato společnost skutečně vykonává hospodářskou činnost<sup>23</sup>.

## 2. Dopad usazení stíhaných osob v Rakousku

68. Předkládající soud se ve své čtvrté otázce písm. b) táže, zda se článek 49 ES použije v projednávané věci i v případě, že je vnitrostátní předpis, na němž je založeno trestní stíhání, uplatňován vůči představitelům společnosti, která je sama usazena v členském státě určení.

66. Toto skutečné usazení musí být ověřitelné na základě objektivních skutečností, jako je stupeň fyzické existence společnosti z hlediska prostor, zaměstnanců a vybavení<sup>24</sup>.

69. Odpověď na tuto otázku by neměla činit potíže. Článek 49 ES je za okolností projednávané věci v podstatě „dvojnásobně použitelný“.

67. Proto Soudnímu dvoru navrhuji, aby výše uvedenou odpověď doplnil tak, že se článku 49 ES nelze dovolávat, pokud by se za okolností projednávané věci ukázalo, že

70. Na jedné straně vnitrostátní právní předpisy, jako je sporná rakouská právní úprava, jejímž účinkem je zabránit společnosti usazené v Rakousku, aby provozovatelům on-line her usazeným v jiném členském státě poskytovala prostředky za účelem nabízení svých her rakouským spotřebitelům, totiž omezuje právo této rakouské společnosti poskytovat těmto provozovatelům vlastní podporné

21 — Rozsudek ze dne 12. května 1998, Kefalas a další (C-367/96, Recueil s. I-2843, bod 20 a citovaná judikatura).

22 — C-196/04, Sb. rozh. s. I-7995.

23 — Bod 54.

24 — Bod 67.

služby. Představuje tedy omezení svobody zprostředkovatelské společnosti poskytovat služby<sup>25</sup>.

*C – Odůvodnění monopolu a podmínek uložených jeho držiteli*

71. Na druhé straně zákaz uložený členským státem pod hrozbou trestněprávního postihu vlastním rezidentům, aby působili jako prostředníci hospodářského subjektu usazeného v jiném členském státě, s cílem zabránit tomuto subjektu poskytovat služby na území státu, který zákaz vydal, rovněž představuje omezení ve smyslu článku 49 ES. Účinkem tohoto zákazu je totiž omezení možnosti dotyčného subjektu poskytovat své služby v jiném členském státě, než ve kterém je usazen, a omezení možnosti spotřebitelů s bydlištěm v tomto státě těchto služeb využívat<sup>26</sup>.

72. Navrhuji tedy odpovědět na přezkoumanou otázku tak, že článek 49 ES musí být vykládán v tom smyslu, že právní úprava členského státu, která zakazuje poskytovatelům usazeným na vnitrostátním území poskytovat společností usazeným v jiném členském státě hmotné prostředky za účelem nabízení her na internetu osobám s bydlištěm na jeho území, představuje omezení volného pohybu služeb ve smyslu tohoto článku.

73. Soulad stíhání dotčeného ve věci v původním řízení s právem Společenství závisí, jak jsem uvedl, na tom, zda je v souladu s právem Společenství monopol, jehož dodržování má stíhání zajistit. Předkládající soud položil několik předběžných otázek, které mu mají umožnit posouzení souladu toho monopolu.

74. Ve své první otázce písm. a) se předkládající soud táže, zda článek 49 ES brání monopolu na provozování loterií na internetu a podmínkám, na které je udělení tohoto monopolu na provozování loterií v jeho právní úpravě vázáno. Ve své první otázce písm. c) a třetí otázce písm. a) až f) se předkládající soud ptá, zda a případně do jaké míry musí být při posuzování proporcionality této právní úpravy zohledněna skutečnost, že poskytovatelé on-line her usazení v jiném členském státě podléhají v tomto státě povinností a dohledu.

75. Navrhuji Soudnímu dvoru, aby přezkoumal tyto otázky společně. Dotazy předkládajícího soudu na existenci, a případně na dosah povinnosti vzájemného uznávání povinností a dohledu, kterým maltské společnosti podléhají na Maltě, zpochybňují právoplatnost zavedení sporného monopolu, jakož i do určité

25 — Výše uvedený rozsudek Gambelli a další (bod 58).

26 — Viz zejména rozsudek ze dne 21. října 1999, Zenatti (C-67/98, Recueil, s. I-7289, bod 24), jakož i výše uvedený rozsudek Stoß a další (bod 57).



míry právoplatnost podmínky, podle které musí mít společnost, která je držitelem tohoto monopolu, sídlo v Rakousku.

76. Tyto dotazy předkládajícího soudu tedy mohou být chápány v tom smyslu, že se tento soud v podstatě táže, zda článek 49 ES brání právní úpravě členského státu, podle které je provozování loterií na internetu vyhrazeno jedinému držiteli koncese, která přitom nesmí přesáhnout dobu patnácti let, a který musí být kapitálovou společností se splaceným základním nebo nominálním kapitálem v minimální výši 109 000 000 eur, mít v tomto státě sídlo a který nesmí založit pobočku v zahraničí.

77. Odpověď na tuto otázku vyžaduje přezkoumat postupně jednotlivá omezení, která vyplývají z rakouské právní úpravy, tedy existenci monopolu, jeho délku trvání, právní formu společnosti, která je držitelem tohoto monopolu, výši jejího kapitálu, požadavek na umístění sídla na vnitrostátním území a konečně zákaz založit pobočku v zahraničí.

78. Před samotným přezkumem je třeba připomenout zásady vytyčené judikaturou, v rámci kterých by se měl přezkum uskutečnit.

79. Podle ustálené judikatury mají členské státy právo omezit provozování peněžních her na svém území. Peněžní hry totiž představují hospodářskou činnost, která může mít objektivně velmi škodlivé důsledky jak pro společnost z důvodu rizika ochuzení hráčů, ke kterému může vést jejich nadměrné provozování, tak obecně pro veřejný pořádek, zejména s ohledem na značné příjmy, které přinášejí.

80. Volný pohyb služeb v oblasti peněžních her tedy může být omezen z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví podle čl. 46 odst. 1 ES a dále z takových naléhavých důvodů obecného zájmu, jako je předcházení podvodům a ochrana spotřebitelů před podněcováním k nadměrným výdajům za hru<sup>27</sup>.

81. Při neexistenci harmonizace na úrovni Společenství a vzhledem k tomu, že v této oblasti existují mezi členskými státy výrazné rozdíly morální, náboženské a kulturní povahy, je na každém členském státě, aby podle svého vlastního žebříčku hodnot posoudil, jaké nároky vyžaduje ochrana dotčených zájmů<sup>28</sup>.

27 — Výše uvedený rozsudek Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International (bod 56).

28 — Tamtéž (bod 57 a citovaná judikatura).

82. V každém případě je zapotřebí, aby omezení svobod pohybu z důvodu ochrany těchto zájmů bylo vhodné a přiměřené. Takové omezení tedy musí být způsobilé zaručit uskutečnění cíle nebo cílů, které sleduje, a z toho vyplývá, že musí být soudržné, systematické a přiměřené<sup>29</sup>.

83. Je nesporné, že pouhá okolnost, že si členský stát zvolil systém ochrany odlišný od toho, který přijal jiný členský stát, nemůže mít, vzhledem k neexistenci harmonizace v uvedené oblasti a k výše uvedenému prostoru pro uvážení členských států, na posuzování nezbytnosti a proporcionality ustanovení přijatých členským státem žádný vliv. Tato ustanovení musí být posuzována pouze z hlediska cílů, které příslušné vnitrostátní orgány dotyčného členského státu sledují, a z hlediska úrovně ochrany, kterou chtějí zajistit<sup>30</sup>.

84. V projednávané věci z písemností ve spisu vyplývá, že sporná rakouská úprava byla zavedena za účelem boje proti trestné činnosti a ochrany spotřebitelů. Podle rakouské vlády je jejím cílem předcházet praní špinavých

peněz a podvodům, jakož i bojovat s trestnou činností. Dále má zajistit dostatečnou bezpečnost při vyplácení výher a ochranu hráčů před nadměrnými výdaji na hru.

85. V souladu s výše uvedenými zásadami je třeba zkoumat, zda omezení obsažená v rakouské právní úpravě, na která poukazuje překládající soud, mohou být považována za odůvodněná s ohledem na uvedené cíle. Budu je přezkoumávat postupně.

1. Udělení monopolu na provozování loterií na internetu

86. Jak jsem již uvedl v úvodu tohoto stanoviska, z ustálené judikatury vyplývá, že monopol na provozování peněžních her může být v souladu s právem Společenství, pokud je účelem tohoto monopolu zajištění vysoké úrovně ochrany veřejného pořádku a ochrany spotřebitelů.

87. Soudní dvůr tak připustil, že se veřejné orgány členského státu mohou oprávněně domnívat, že přiznání výhradních práv veřejné instituci, jejíž řízení podléhá přímému dohledu státu, nebo soukromému subjektu, nad jehož činnostmi mohou orgány veřejné moci vykonávat přísnou kontrolu, jim může poskytnout lepší záruky účinnosti při

29 — Tamtéž (body 60 a 61).

30 — Tamtéž (bod 58 a citovaná judikatura).

uplatňování politiky ochrany veřejného pořádku a ochrany spotřebitelů než v případě výkonu těchto činností soukromými subjekty v soutěžním prostředí, i kdyby v něm uvedené subjekty podléhaly systému povolení a režimu dohledu a sankcí<sup>31</sup>.

popsána ve výše uvedeném rozsudku Carmen Media Group následujícím způsobem:

88. Udělení takového monopolu umožňuje zejména lépe předcházet podněcování k nadměrným výdajům za hru a rizikům hráčské závislosti než režim otevírající trh několika poskytovatelům<sup>32</sup>.

„102 [...] Jelikož mezi spotřebitelem a hospodářským subjektem neexistuje přímý kontakt, nesou s sebou hazardní hry přístupné prostřednictvím internetu proti tradičním trhům takových her navíc odlišná a zvýšená rizika, pokud jde o případné podvody hospodářských subjektů páchané vůči spotřebitelům (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International, bod 70).

89. Jinými slovy, udělení monopolu umožňuje zamezit nežádoucím účinkům zavedení hospodářské soutěže mezi několika subjekty, které by je mohlo vést k soupeření ve vynalézavosti jak zatraktivnit své nabídky, a zvýšit tak výdaje spotřebitelů na hru<sup>33</sup>.

103 Je třeba uvést, že se charakteristiky vlastní nabídky hazardních her prostřednictvím internetu mohou stejným způsobem ukázat ve srovnání s tradičními trhy hazardních her jako zdroj odlišných a zvýšených rizik v oblasti ochrany spotřebitelů a zvláště mladistvých a osob, které mají zvláštní sklon ke hrám nebo u nichž se může takový sklon rozvinout. Vedle neexistence přímého kontaktu mezi spotřebitelem a hospodářským subjektem, jež byla uvedena výše, představují obzvláště snadný a nepřetržitý přístup k hrám nabízeným na internetu, jakož i potenciálně zvýšený objem a četnost takové nabídky mezinárodní povahy v prostředí, které se mimoto vyznačuje izolovaností hráče, anonymitou a neexistencí sociální kontroly, právě ony faktory, jež mohou podporovat rozvoj hráčské závislosti a vést

90. Tato judikatura se uplatní tím spíše v oblasti her na internetu, a to z důvodu dodatečných rizik, které tyto hry představují pro veřejný pořádek a spotřebitele<sup>34</sup>. Tato rizika byla

31 — Výše uvedený rozsudek Stoß a další (body 81 a 82).

32 — Tamtéž (bod 81 a citovaná judikatura).

33 — Výše uvedený rozsudek Sporting Exchange (bod 58).

34 — Výše uvedený rozsudek Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International (body 67 až 70).

k nadměrným výdajům za hru, a tudíž i prohloubit s tím související negativní sociální a morální důsledky, které jsou vyzdvihovány ustálenou judikaturou.“

hospodářským subjektům usazeným v jiných členských státech vyloučit již z povahy věci, na základě samotné existence takového monopolu. Otázka týkající se případné existence takové povinnosti vzájemného uznávání povolení vydaných v jiných členských státech by se mohla ukázat jako relevantní pouze v případě, že by dotčené monopoly byly považovány za neslučitelné s právem Společenství<sup>35</sup>.

91. Členský stát je tedy oprávněn vyhradit právo na provozování peněžních her na internetu na svém území jedinému soukromému subjektu.

92. Z tohoto závěru vyplývá, že dotazy předkládajícího soudu ohledně existence a případného dopadu povinnosti dotčeného členského státu zohlednit povinnosti a dohled, kterým poskytovatelé her na internetu podléhají v členském státě, ve kterém jsou usazeni, nejsou relevantní.

93. Jak bylo zcela jasně konstatováno ve výše uvedeném rozsudku Stoß a další, pokud byl v členském státě zaveden v oblasti hazardních her veřejný monopol a ukáže-li se, že uvedené opatření splňuje veškeré podmínky, na jejichž základě lze toto opatření s ohledem na legitimní cíle obecného zájmu uznané judikaturou odůvodnit, bude třeba jakoukoliv povinnost uznávání povolení vydaných soukromým

94. Takovýto závěr platí tím spíše v oblasti her na internetu. Jak jsem totiž uvedl v úvodu, z ustálené judikatury vyplývá, že s ohledem na obtíž, se kterými se může členský stát setkat, chce-li posoudit kvality a bezúhonnost poskytovatelů on-line her usazených na svém území, jsou ostatní členské státy oprávněny mít za to, že dohled a povinnosti, kterým tyto poskytovatelé podléhají v členském státě svého usazení, nepředstavují dostatečnou záruku ochrany jejich vlastních spotřebitelů před riziky podvodu a trestné činnosti<sup>36</sup>.

95. Maltská vláda, která, pokud se nemýlím, do předchozích věcí předložených Soudnímu dvoru, které se týkaly peněžních her,

35 — Výše uvedený rozsudek Stoß a další (body 109 a 110).

36 — Výše uvedený rozsudek Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International (bod 69); Sporting Exchange (bod 33), jakož i Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International (bod 54).

nevstoupila jako vedlejší účastnice, zpochybnila ve svém písemném vyjádření opodstatněnost této judikatury. Odvolává se na kvalitu dohledu stanoveného její právní úpravou.

96. Nedomnívám se, že by argumentace maltské vlády odůvodňovala přehodnocení uvedené judikatury. Diskuse, kterou chce maltská vláda znovu otevřít, se totiž od okamžiku, kdy ustálená judikatura připouští, že udělení monopolu může být odůvodněno vysokou úrovní ochrany spotřebitelů před podněcováním k nadměrným výdajům za hru, jeví jako irelevantní.

97. Vzhledem k tomu, že monopol představuje vysoce omezující opatření, však vyžaduje judikatura, aby vedl k zajištění zvláště vysoké úrovně ochrany spotřebitelů. Jeho zavedení tedy musí být doprovázeno zavedením normativního rámce, jenž je způsobilý zaručit, že držitel uvedeného monopolu bude skutečně schopen soudrzným a systematickým způsobem sledovat takto stanovené cíle, zejména ochranu spotřebitelů před podněcováním k nadměrným výdajům za hru, jakož i výkon přísného dohledu ze strany veřejných orgánů<sup>37</sup>.

98. Ověření těchto podmínek spadá do příslušnosti vnitrostátního soudu<sup>38</sup>.

37 — Výše uvedený rozsudek Stoß a další (bod 83).

38 — Výše uvedené rozsudky Zenatti (bod 37); Gambelli a další (bod 66), jakož i Stoß a další (bod 78).

99. Rakouská vláda v tomto ohledu uvádí, že držitel monopolu je na základě její právní úpravy povinen zavést vysoké standardy ochrany hráčů, jako je stanovení týdenního limitu ve výši 800 eur, jakož i časových limitů a limitů pro osobní sázky. Ze spisu dále vyplývá, že držitel monopolu provozuje činnost pod dohledem rakouského ministerstva financí, vykonávaným prostřednictvím státního komisaře a jednoho člena dozorcí rady, kteří mají právo na zvýšený dohled nad řízením podniku, aniž však na něj mají přímý vliv.

100. Je tedy na vnitrostátním soudu, aby zhodnotil, zda rakouská úprava, tak jak je pojata a prováděna, splňuje výše uvedené podmínky.

101. Vzhledem k tomu, že předkládající soud ve svých otázkách zmínil vnitrostátní právní úpravu heren, například kasin, je dobré poskytnout v tomto ohledu následující upřesnění.

102. Podle mého názoru, nemůže být soulad dotčeného monopolu s právem Společenství dotčen okolností, že provozování kasin není v rakouském právu předmětem monopolu, ale méně omezujícího systému koncesí,

který je otevřen dvanácti hospodářským subjektem. Nabídky her na internetu a v rámci kasin totiž vykazují značné rozdíly, zejména v podmínkách přístupu hráčů, které jsou takové povahy, že odůvodňují skutečnost, že první z nich podléhají daleko přísnějším opatřením<sup>39</sup>.

103. Z tohoto důvodu mám dále za to, že okolnost zmíněná během jednání, podle které se týdenní limit 800 eur uplatní pouze u loterií na internetu s tím, že hráči, který dosáhl tohoto limitu, nic nebrání v oddávání se jiným typům tradičních her v Rakousku, není takové povahy, aby zpochybnila soudržnost rakouské právní úpravy on-line her.

## 2. Doba trvání monopolu

104. Doba trvání monopolu může sama o sobě představovat omezení svobod pohybu, odlišné od omezení vyplývajících z přidělení výhradních práv, neboť tato doba určuje období, po které je trh uzavřen jiným hospodářským subjektům.

105. Ve výše uvedeném rozsudku Engemann Soudní dvůr uvedl, že doba trvání, která může u koncesí na provozování her dosahovat až patnáct let, představuje sama o sobě omezení volného pohybu služeb<sup>40</sup>. Tato úvaha platí tím spíše, pokud je doba trvání až patnáct let stanovena pro poskytnutí monopolu, který byl udělen soukromému hospodářskému subjektu.

106. Ve stejném rozsudku Soudní dvůr nicméně uvedl, že udělování koncesí na takovou dobu může být odůvodněno zejména tím, že koncesionář potřebuje dostatečně dlouhou dobu k amortizaci investic, které zřízení her vyžaduje<sup>41</sup>.

107. Domnívám se, že tuto judikaturu lze vztáhnout i na udělování monopolu na provozování her na internetu, i když se investice nutné pro výkon těchto činností zdají být, *a priori*, nižší než ty, které jsou nutné pro provozování kasin.

108. Udělení monopolu na velmi krátkou dobu by mimo jiné mohlo hospodářský subjekt, který je držitelem těchto výlučných práv, podněcovat k maximalizaci svých zisků. Z tohoto pohledu tedy může udělení monopolu na dostatečně dlouhou dobu přispět

39 — Viz výše uvedený rozsudek Stoß a další (body 95 a 96).

40 — Bod 46.

41 — Bod 48.

k naplnění cíle spočívajícího v ochraně spotřebitelů před podněcováním k nadměrným výdajům za hru.

### 3. Právní forma a výše kapitálu

109. Dotčená rakouská právní úprava stanoví, že držitelem monopolu na provozování loterií na internetu musí být kapitálová společnost a dále musí mít nominální nebo splacený kapitál v minimální výši 109 000 000 eur.

110. První z těchto požadavků znemožňuje fyzickým osobám a podnikům usazeným v jiném členském státě vykonávat spornou činnost v Rakousku pod jinou právní formou společnosti. Účelem druhého požadavku je ztížit založení kapitálové společnosti způsobilé k získání dotčeného monopolu. Každý z požadavků tedy představuje omezení svobody usazování<sup>42</sup>. Daná omezení mohou být nicméně odůvodněna záměry sledovanými rakouskou právní úpravou, pokud se vzhledem k nim jeví jako přiměřená.

42 — Viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Engelman (bod 28).

111. Rakouská vláda v tomto ohledu uvádí, že podmínka týkající se právní formy vyplývá z vůle stanovit držiteli monopolu povinnost mít transparentní podnikatelskou strukturu, aby bylo možno předcházet praní špinavých peněz a podvodům. Zdůrazňuje, že právo Společenství uplatňuje stejný požadavek na právní formu v oblasti pojišťovnictví<sup>43</sup>. Co se týče výše kapitálu, rakouská vláda uvádí, že je přiměřená k výši výher, jež může být držitel monopolu nucen vyplatit v rámci různých her, které je oprávněn na internetu nabízet a jejichž jackpot může dosahovat několika milionů.

112. S ohledem na tato vysvětlení a platnou judikaturu se obě zkoumané podmínky, s výhradou posouzení vnitrostátním soudem, zdají být odůvodněné a přiměřené.

113. Pokud jde o právní formu, je třeba na jednu stranu poznamenat, že na rozdíl od

43 — Rakouská vláda cituje čl. 6 odst. 1 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/83/ES ze dne 5. listopadu 2002 o životním pojištění (Úř. věst. L345, s. 1; Zvl. vyd. 06/06, s. 3), čl. 8 odst. 1 písm. a) první směrnice Rady 73/239/EHS ze dne 24. července 1973 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přístupu k činnosti v přímém pojištění jiném než životním a jejího výkonu (Úř. věst. L228, s. 3; Zvl. vyd. 06/01, s. 14), jakož i článek 5 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/68/ES ze dne 16. listopadu 2005 o zajištění a o změně směrnice Rady 73/239/EHS, 92/49/EHS, jakož i směrnice 98/78/ES a 2002/83/ES (Úř. věst. L323, s. 1.) ve spojení s přílohou I směrnice 2005/68.

právních předpisů dotčených ve věcech, ve kterých byly vydány výše uvedené rozsudky Gambelli a další, jakož i Placanica a další, dává rakouská právní úprava možnost provozovat předmětný monopol všem kapitálovým společnostem bez rozdílu<sup>44</sup>.

114. Na druhou stranu ve výše uvedeném rozsudku Engelmann Soudní dvůr uvedl, že dohled, který může být stanoven členským státem ve vztahu k hospodářskému subjektu, který chce provozovat peněžní hry na jeho území, mohou odůvodňovat požadavek, aby měl tento subjekt určitou právní formu. Uprávně, že rakouská právní úprava vyhrazující právo provozovat kasina akciovým společnostem mohla být odůvodněná vzhledem k náležitostem stanoveným pro tuto formu společnosti, a to zejména těm, které se týká vedení účetnictví, kontrol, kterým mohou podléhat, a vztahů se třetími subjekty<sup>45</sup>.

115. S ohledem na povinnosti, které právní předpisy Společenství stanoví kapitálovým společnostem ohledně vedení účetnictví a kontroly, jíž tyto společnosti podléhají, by se

uvedené úvahy měly vztahovat i na podmínku právní formy kapitálové společnosti<sup>46</sup>.

116. Vyvozují tedy z toho, že podmínky stanovené rakouskou právní úpravou, podle kterých musí mít držitel monopolu právní formu kapitálové společnosti a nominální nebo splacený kapitál v minimální výši 109 000 000 eur, mohou být s výhradou ověření jejich proporcionality vnitrostátním soudem v souladu s právem Společenství.

#### 4. Umístění sídla společnosti

117. Dotčená rakouská právní úprava stanoví, že držitel monopolu na provozování loterií na internetu musí mít sídlo v tuzemsku.

118. Tato podmínka bezpochyby představuje omezení svobody usazování. Ve výše uvedeném rozsudku Engelmann byla posouzena jako diskriminační, neboť zakládá rozdílné zacházení mezi společnostmi se sídlem

44 — Italské právní předpisy dotčené v těchto rozsudcích vylučovaly kapitálové společnosti, jejichž akcie byly kotovány na regulovaných trzích. Soudní dvůr shledal, že takové vyloučení, založené na požadavku transparentnosti podniků, je nepřiměřené, neboť existují i jiné prostředky jak kontrolovat účetnictví a činnost takových společností (výše uvedený rozsudek Gambelli a další, bod 74).

45 — Výše uvedený rozsudek Engelmann (bod 30).

46 — Viz první směrnice Rady 68/151/EHS ze dne 9. března 1968 o koordinaci ochranných opatření, která jsou na ochranu zájmů společníků a třetích osob vyžadována v členských státech od společností ve smyslu čl. 58 druhého pododstavce Smlouvy, za účelem dosažení rovnocennosti těchto opatření (Úř. věst. L65, s. 8; Zvl. vyd. 17/01, s. 3), a čtvrtá směrnice Rady 78/660/EHS ze dne 25. července 1978, založená na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy, o ročních účetních závěrkách některých forem společností (Úř. věst. L222, s. 11; Zvl. vyd. 17/01, s. 21) a akty jí pozměňující.



v tuzemsku a těmi, které mají sídlo v jiném členském státě. Taková podmínka rovněž brání naposled uvedeným společností provozovat hry na internetu v Rakousku prostřednictvím vedlejší provozovny, například obchodního zastoupení nebo organizační složky.

119. Ve zmíněném rozsudku Soudní dvůr v rámci posuzování ustanovení rakouské právní úpravy týkající se heren uvedl, že podmínka, podle které musí mít koncesionáři sídlo v Rakousku, brání společnosti usazené v jiném členském státě vykonávat činnost v Rakousku prostřednictvím dceřiné společnosti. Na jednání rakouská vláda uvedla, že monopol na provozování loterií na internetu může být udělen i dceřiné společnosti, jejíž mateřská společnost je usazena v jiném členském státě.

120. Je tedy třeba ověřit, zda může být zkoumaná podmínka odůvodněná. Jak Soudní dvůr uvedl ve zmíněném rozsudku, vzhledem k diskriminační povaze takové podmínky tomu tak může být pouze z důvodů stanovených v článku 46 ES, a sice ochrany veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví<sup>47</sup>.

121. Rakouská vláda tvrdí, že umístění sídla na vnitrostátním území je nezbytné k umožnění účinné kontroly on-line her. Uvádí, že přítomnost sídla umožňuje příslušným vnitrostátním úřadům vykonávat účinný dohled nad rozhodnutími a řízením držitele monopolu. Úřady tak mají možnost seznámit se s rozhodnutími tohoto držitele ještě před tím, než dojde k jejich realizaci, a postavit se proti nim, pokud jsou v rozporu s cíli vnitrostátní politiky v oblasti her. Rakouská vláda tvrdí, že u hospodářského subjektu usazeného v jiném členském státě by stejné možnosti neměla.

122. Podobně jako Komise se domnívám, že argumentaci rakouské vlády lze přijmout.

123. Pokud jde o tutéž podmínku usazení uloženou rakouským právem držitelům koncesí pro provozování heren, došel ve výše uvedeném rozsudku Engelmann Soudní dvůr k opačnému závěru.

124. Usoudil, že kontrolu činností a účetnictví koncesionářů a boj proti trestné činnosti umožňují i méně omezující prostředky, jako například možnost požadovat vedení odděleného účetnictví pro každou hernu, které bude ověřováno externím auditorem, možnost systematického oznamování rozhodnutí přijatých řídicími orgány, jakož

47 — Bod 34.

i možnost získávání informací o jejich vedoucích zaměstnancích<sup>48</sup>.

125. Soudní dvůr dodal, že kontroly mohou být prováděny v jakémkoli podniku usazeném v členském státě a sankce jim mohou být ukládány bez ohledu na to, kde se nachází místo bydliště jejich vedoucích zaměstnanců. Dále uvedl, že vzhledem k dané činnosti, tedy provozování heren nacházejících se na rakouském území, mohou být prověřování prováděna v prostorách těchto heren<sup>49</sup>.

126. Jsem však toho názoru, že tuto úvahu a závěr, ke kterému Soudní dvůr na jejím konci dospěl, nelze použít u monopolu na provozování her na internetu. Vycházím přitom z následujících úvah, které se týkají ochrany veřejného pořádku tak, jak je tento pojem vymezen v judikatuře, neboť se vztahují ke skutečné a dostatečně závažné hrozbě základnímu společenskému zájmu<sup>50</sup>.

127. Je nesporné, že peněžní hry na internetu vykazují významnější rizika než hry, které poskytují tradiční herny, jako například kasina. Připomeňme, že vyšší nebezpečnost těchto her vyplývá z neexistence přímého kontaktu mezi hráčem a poskytovatelem, která může přispívat k podvodům jak ze strany spotřebitele, stran jeho věku a identity, tak ze strany poskytovatele nebo jeho zaměstnanců při plnění podmínek průběhu hry.

128. Tato nebezpečnost vyplývá dále z velmi snadného přístupu kohokoli ke hře prostřednictvím počítače nebo mobilního telefonu, z nepřetržitosti tohoto přístupu, z potenciálně vysokého objemu her a z okolnosti, že prostředí hráče, který se hře oddává, se vyznačuje izolovaností, anonymitou a neexistencí sociální kontroly.

129. Má se tedy za to, že tyto hry mohou podporovat rozvoj hráčské závislosti a vést k nadměrným výdajům, obzvláště u mladistvých a u osob majících zvláštní sklon ke hře.

130. Tyto specifické vlastnosti tedy odůvodňují skutečnost, že členský stát využívá prostředky k zajištění účinné kontroly podmínek, za kterých hospodářský subjekt oprávněný

48 — Body 37 a 38.

49 — Body 38 a 39.

50 — Rozsudek ze dne 22. prosince 2010, Sayn-Wittgenstein (C-208/09, Sb. rozh. s. I-13693, bod 86 a citovaná judikatura).

provozovat tyto hry na jeho území skutečně vykonává svou činnost. Jak uvedla rakouská vláda, členský stát má právo ověřit, zda je jeho právní úprava dodržována, a případně mít možnost zabránit rozhodnutí hospodářského subjektu, které by bylo v rozporu s jeho povinnostmi, ještě před tím, než by bylo rozhodnutí realizováno a mělo škodlivé společenské důsledky.

131. Jinak řečeno, členský stát je oprávněn mít za to, že mu nestačí usměrňovat činnost držitele monopolu stanovením velmi přesných pravidel. Je rovněž oprávněn stanovit provádění důsledné kontroly dodržování těchto pravidel a využívat prostředky, které by mu umožnily preventivně bránit jakémukoli porušení těchto pravidel.

132. Specifičnost her na internetu nicméně spočívá rovněž v tom, že mohou být poskytovány zcela na dálku. Z hmotného hlediska nevyžaduje jejich poskytování – na rozdíl od tradičních peněžních her provozovaných například v kasinech – infrastrukturu na území členského státu určené, ve které by mohly úřady daného státu samy vykonávat dohled.

133. V případě on-line her poskytovaných z jiného členského státu nemají příslušné orgány členského státu určené možnost samy

vykonávat dohled a prověřování, které by podle nich bylo nezbytné uskutečnit v prostorách, kde poskytovatel služeb vykonává svou činnost. V tomto ohledu je třeba zdůraznit, že v rámci boje proti praní špinavých peněz a financování terorismu stanovila směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/60/ES ze dne 26. října 2005 o předcházení zneužití finančního systému k praní peněz a financování terorismu<sup>51</sup>, která se použije na kasina poskytující hry na internetu, že členské státy musí upravit možnost provádět kontroly na místě. Členský stát má podle mého názoru důvod se domnívat, že ochrana jeho spotřebitelů před riziky podvodu a podněcování k nadměrným výdajům za hru rovněž odůvodňuje tento typ dohledu.

134. Jak přitom zdůraznilo několik členských států na jednání, na úrovni Společenství neexistuje k dnešnímu dni žádný nástroj spolupráce, na základě kterého by měl členský stát usazení poskytovatele on-line her povinnost poskytnout příslušným úřadům členského státu určené veškerou technickou pomoc, kterou by mohly pro uskutečňování dohledu

51 — Úř. věst. L309, s. 15.

nad dodržováním vlastní právní úpravy potřebovat<sup>52</sup>.

135. Podle mého názoru se mimoto nelze rozumně domnívat, že orgány členského státu, na jehož území je takový poskytovatel her usazen, mohou přísně a důsledně kontrolovat, zda tento poskytovatel svědomitě a trvale dodržuje povinnosti, kterým podléhá v každém ze států, v nichž je oprávněn provozovat peněžní hry. A to tím méně, že se z důvodu neexistující harmonizace tyto povinnosti liší stát od státu a mohou se kdykoli a v kterémkoli z nich dále měnit.

136. Tato úvaha platí tím spíše, pokud se činnost takového poskytovatele zaměřuje na více států, jako se tomu zdá být v případě bet-at-home.com Entertainment Ltd a bet-at-home.com Internationale Ltd, jehož internetové stránky jsou dostupné ve španělštině, němčině, řečtině, angličtině, italštině, maďarštině, holandsčině, polštině, slovinštině, turečtině a ruštině.

52 — Předmětem opatření, která jsou členské státy povinny přijmout na základě směrnice 2005/60 ohledně heren usazených na jejich území, je pouze boj proti praní peněz a financování terorismu. Jejich cílem není předcházet veškerým podvodům, které mohou být při výkonu tohoto typu činnosti na úkor spotřebitele spáchány. Rovněž nejsou určeny k zajištění ochrany hráčů. Neumožňují ani členskému státu požádat jiný členský stát o kontrolu dodržování jeho právní úpravy her.

137. Ve specifické oblasti her na internetu nelze kromě toho namítat zásadu vzájemného uznávání, která se jinak při neexistenci harmonizace použije, aby bylo možné využívat svobod pohybu. Jak jsem ukázal, podle ustálené judikatury totiž mohou ostatní členské státy z důvodů praktických obtíží, které s sebou nese výkon účinného a důsledného dohledu nad činností poskytovatele on-line her, považovat dohled prováděný ve státě, kde je provozovatel usazen, za nedostatečný<sup>53</sup>.

138. Na jednání byla vznesena otázka, zda by nestačilo stanovit poskytovateli her na internetu povinnost umístit v členském státě určený server, který by mu tyto hry umožňoval na území daného členského státu poskytovat. Belgická vláda uvedla, že takovýto požadavek by se mohl ukázat jako nedostatečný, pokud by server využíván z jiného členského státu a všechna rozhodnutí týkající se jeho používání jsou činěna v uvedeném státě.

139. Vzhledem k různým aspektům posouzení, které byly v rámci projednávání věci rozvinuty, se zkoumaná podmínka podle mého názoru nejvíce jako nepřiměřená. Domnívám se, že je členský stát oprávněn mít za to, že

53 — Výše uvedené rozsudky Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International (bod 69); Sporting Exchange (bod 33), jakož i Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International (bod 54).

bude lépe schopen vykovávat přísný a účinný dohled nad poskytovatelem her na internetu, který mu v případě potřeby umožní zabránit realizaci rozhodnutí, které je v rozporu se jeho právní úpravou, bude-li mít tento poskytovatel na jeho území sídlo.

spotřebitelů proti podvodům a herní závislosti tímto hospodářským subjektem, než kdyby tento subjekt vykonával svou činnost z jiného členského státu.

140. Při přezkumu proporcionality této podmínky je vhodné zohlednit ještě poslední argument.

143. Na jednání neopomněli sami žalovaní, J. Dickinger a F. Ömer, ostatně uplatňovat skutečnost, že společnosti, které poskytují dotčené hry, jsou usazeny na maltském území a všechny osoby, které se na jejich činnosti podílejí, mají bydliště na Maltě, a to mimo jiné jako důkaz existence a účinnosti důsledného dohledu, který vykonávají. Není tedy jasné, proč by stejné podmínky stanovené za tímž účelem měly být odmítány z důvodu, pro který tak činí Rakouská republika.

141. Ukázal jsem, že soulad monopolu s právem Společenství je podmíněn tím, že cílem tohoto monopolu je zajistit vysokou úroveň ochrany veřejného pořádku a spotřebitelů a že je doprovázen vytvořením normativního rámce, který zaručuje plnění těchto cílů, jakož i důslednou kontrolou ze strany příslušného členského státu. Tyto požadavky se logicky uplatní s ohledem na hospodářství založené na svobodách pohybu, neboť monopol představuje ve vztahu k těmto svobodám velmi omezující opatření.

144. Navrhuji tedy Soudnímu dvoru, aby rozhodl, že článek 49 ES nebrání tomu, aby členský stát uložil kapitálové společnosti, které udělil monopol na provozování her na internetu na svém území, povinnost mít sídlo na tomto území.

142. Ve specifické oblasti her na internetu považují tedy možnost členského státu stanovit držiteli tohoto monopolu povinnost mít sídlo na jeho území za soudržnou s výše uvedeným požadavkem, neboť toto opatření mu umožňuje vykonávat daleko účinnější dohled nad dodržováním své politiky ochrany

5. Zákaz založit pobočku v jiném členském státě

145. Zákaz založit pobočku v zahraničí představuje tím, že brání vytvoření pobočky

v jiném členském státě, přímé popření jednoho z práv výslovně přiznaných společnosti se sídlem na území členského státu články 43 ES a 48 ES. Tento zákaz tedy může činit monopol na provozování her na internetu v Rakousku méně atraktivní, a odradit tak společnost usazenou v jiném členském státě, aby se ucházela o udělení tohoto monopolu.

146. Ve svém písemném vyjádření se rakouská vláda omezila na konstatování, že přezkoumávaný zákaz pouze vyplývá z myšlenky, že každému členskému státu přísluší upravit provozování peněžních her na svém území.

147. Jsem toho názoru, že toto vysvětlení nelze přijmout jako platné zdůvodnění omezení.

148. Právo na provozování peněžních her v členském státě samozřejmě závisí na uvážení tohoto státu. Každému členskému státu však přísluší o této věci rozhodnout, a je-li to nezbytné, přijmout opatření určená k zajištění dodržování svých právních předpisů. Pokud se členský stát rozhodne otevřít svůj trh peněžních her soukromým hospodářským subjektům, má každá společnost řádně

usazená v některém členském státě právo vstoupit na tento trh a podrobit se, je-li to zapotřebí, povolovacímu řízení zavedenému tímto státem.

149. Rakouská vláda tedy nemůže platně zakázat hospodářskému subjektu, kterému udělila monopol na provozování her na internetu na svém území, aby vykonával stejnou činnost prostřednictvím pobočky v jiném členském státě, aniž vysvětlí, v čem je takový zákaz nezbytný pro uskutečnění takového vlastní právní úpravou sledovaného legitimního cíle, jakým je ochrana veřejného pořádku a spotřebitelů.

150. Je rovněž nezbytné, aby takový zákaz sledoval tyto cíle soudržným a systematickým způsobem. V projednávané věci je možné zabývat se otázkou konzistentnosti takového opatření, pokud by toto opatření zakazovalo pouze založení pobočky, a nikoli zřízení dceřiné společnosti. A konečně, zákaz založit pobočku v zahraničí musí být přiměřený sledovaným cílům.

151. S ohledem na to, že se diskuse v projednávané věci soustředily na platnost monopolu

na provozování her na internetu a podmínky týkající se umístění sídla společnosti na vnitrostátním území, nelze vyloučit, že by rakouská vláda mohla uplatnit skutečnosti odůvodňující zkoumanou podmínku před vnitrostátním soudem.

152. Z tohoto důvodu navrhuji Soudnímu dvoru, aby nechal posouzení platnosti této podmínky na vnitrostátním soudu a odpověděl, že článek 43 ES brání právní úpravě členského státu, která zakazuje podniku, který je držitelem monopolu na provozování her na internetu na jeho území, založit pobočku v jiném členském státě, ledaže by tato podmínka byla řádně odůvodněna naléhavým důvodem obecného zájmu a byla přiměřená tomuto cíli.

#### D – Chování držitele monopolu

153. Podstatou první otázky písm. b) předkládajícího soudu je, zda monopol na provozování her na internetu může být odůvodněný, pokud provádí držitel tohoto monopolu prostřednictvím intenzivní reklamy expanzivní politiku.

154. Soudní dvůr již na podobnou otázku odpovídal, zejména ve výše uvedených rozsudcích Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International, jakož i Stoß a další.

155. Z těchto rozsudků vyplývá, že okolnost, že držitel monopolu vede expanzivní politiku a propaguje své hry reklamou, není nutně neslučitelná s existencí takového monopolu a s cílem spočívajícím v ochraně spotřebitelů před nadměrným podněcováním ke hře.

156. Z judikatury vyplývá, že členský stát může povolit držiteli monopolu na provozování her na internetu, aby prováděl expanzivní politiku a propagoval hry určitou reklamou, pokud se ukáže, že protiprávní on-line hry dosahují tak významného rozsahu, že se tato expanze a reklama jeví jako nezbytné k tomu, aby usměrnily hráče do legálních kruhů<sup>54</sup>.

157. Členský stát, který čelí velkému počtu nepovolených internetových stránek nabízejících peněžní hry, tak může legitimně

<sup>54</sup> – Výše uvedený rozsudek Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International (bod 30).

umožnit držiteli monopolu na provozování on-line her na svém územní, aby v určitém rozsahu používal reklamu, která by byla natolik přitažlivá, že by přivedla spotřebitele zpět k povoleným hrám.

o nalezení spravedlivé rovnováhy mezi všemi těmito cíli.

158. Pokud členský stát usiluje současně o ochranu spotřebitelů před nadměrným podněcováním ke hře a o boj proti podvodům a ilegálním hrám, musí být skutečnost, zda jeho právní úprava sleduje dané cíle soudržným a systematickým způsobem, posuzována s ohledem na tyto jednotlivé cíle posuzované společně<sup>55</sup>.

160. Je tudíž na vnitrostátním soudu, aby posoudil, zda expanzivní politika prováděná držitelem monopolu a jeho reklama daného rozsahu a povahy zůstávají v mezích nezbytných k usměrnění hráčů do legálních kruhů a přitom zůstávají slučitelné s cílem ochrany spotřebitelů před nadměrným podněcováním ke hře<sup>57</sup>.

159. Kontrolovaná expanzivní politika podporovaná reklamou určitého rozsahu, která je určena k přilákání hráčů do legálních kruhů, nemůže tedy být ze zásady posuzována jako neslučitelná s cílem ochrany spotřebitelů před nadměrným podněcováním ke hře, i když se tyto mohou zdát protichůdné<sup>56</sup>. Chování držitele monopolu tak, jak je upraveno příslušným členským státem, tedy musí usilovat

161. Navrhuji tedy odpovědět na přezkoumávanou otázku tak, že monopol na provozování her na internetu může být odůvodněný i v případě, že držitel tohoto monopolu provádí prostřednictvím intenzivní reklamy expanzivní politiku, pokud je tato expanzivní politika a reklama nezbytná k tomu, aby nasměrovala hráče k povoleným on-line hrám, a není takového rozsahu a povahy, které by byly neslučitelné s ochranou spotřebitelů před podněcováním k nadměrným výdajům za hru.

55 — Tamtéž (bod 26 a citovaná judikatura).

56 — Výše uvedený rozsudek Stoß a další (bod 101 a citovaná judikatura).

57 — Výše uvedené rozsudky Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International (bod 37), jakož i Stoß a další (bod 103).



## IV – Závěry

162. S ohledem na výše uvedené úvahy navrhuji na předběžné otázky položené Bezirkgericht Linz odpovědět následovně:

- „1) Právní úprava členského státu trestněprávně postihující každého, kdo poruší takový monopol na provozování peněžních her, jakým je například monopol na provozování elektronických loterií upravený rakouským právem, musí být v souladu se svobodami pohybu, zejména s článkem 49 ES, přesto, že trestní právo spadá do pravomoci členských států.
  
- 2) Článek 49 ES musí být vykládán v tom smyslu, že okolnost, že poskytovatel her na internetu používá hmotné komunikační prostředky, jako například server nebo telefonní ústřednu umístěné v členském státě určení, které mu poskytuje třetí podnik, nevyklučuje sama o sobě použití ustanovení Smlouvy o ES týkajících se volného pohybu služeb.

Článek 49 ES se však nelze dovolávat, pokud by se za okolností projednávané věci ukázalo, že maltské pobočky mají čistě umělou povahu, jež má umožňovat jejich rakouské mateřské společnosti obcházení zákazu provozovat on-line hry v Rakousku.

Článek 49 ES musí být vykládán v tom smyslu, že právní úprava členského státu, která zakazuje poskytovatelům usazeným na vnitrostátním území poskytovat společně usazeným v jiném členském státě hmotné prostředky za účelem

nabízení her na internetu osobám s bydlištěm na jeho území, představuje omezení volného pohybu služeb ve smyslu tohoto článku.

- 3) Článek 49 ES nebrání tomu, aby členský stát uložil kapitálové společnosti, které udělil monopol na provozování her na internetu na svém území, povinnost mít sídlo na tomto území.

Článek 43 ES brání právní úpravě členského státu, která zakazuje společnosti, jež je držitelem tohoto monopolu, založit pobočku v jiném členském státě, ledaže by tato podmínka byla řádně odůvodněna naléhavým důvodem obecného zájmu a byla přiměřená tomuto cíli.

- 4) Monopol na provozování her na internetu může být odůvodněný i v případě, že držitel tohoto monopolu provádí prostřednictvím intenzivní reklamy expanzivní politiku, pokud tato expanzivní politika a reklama jsou nezbytné k tomu, aby nasměrovaly hráče k povoleným on-line hrám, a nejsou takového rozsahu a povahy, které by byly neslučitelné s ochranou spotřebitelů před nadměrným podněcováním ke hře.“