

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (čtvrtého senátu)

15. září 2011 *

Ve věci C-347/09,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Bezirksgericht Linz (Rakousko) ze dne 10. dubna 2009, došlým Soudnímu dvoru dne 31. srpna 2009, v trestním řízení proti

Jochenu Dickingerovi,

Franzi Ömerovi,

SOUDNÍ DVŮR (čtvrtý senát),

ve složení J.-C. Bonichot, předseda senátu, K. Schiemann (zpravodaj), L. Bay Larsen, A. Prechal a E. Jarašiūnas, soudci,

generální advokát: Y. Bot,
vedoucí soudní kanceláře: K. Malacek, rada,

* Jednací jazyk: němčina.

s přihlédnutím k písemné části a po jednání konaném dne 27. ledna 2011,

s ohledem na vyjádření předložená:

- za J. Dickinger a F. Ömera W. Denkmairem a O. Plöckingerem, Rechtsanwälte,
- za rakouskou vládu C. Pesendorfer a J. Bauerem, jako zmocněnci,
- za belgickou vládu L. Van den Broeck a M. Jacobs, jako zmocněnkyněmi, ve spolupráci s A. Hubertem a P. Vlaemminckem, avocats,
- za řeckou vládu E.-M. Mamouna, M. Tassopoulou a G. Papadaki, jako zmocněnkyněmi,
- za maltskou vládu A. Buhagiar a J. Borgem, jako zmocněnci,
- za portugalskou vládu L. Inez Fernandesem a A. Barros, jako zmocněnci,
- za Evropskou komisi E. Traversou a B.-R. Killmannem, jako zmocněnci,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 31. března 2011,

vydává tento

Rozsudek

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu článků 43 ES a 49 ES.
- 2 Tato žádost byla předložena v rámci trestních stíhání zahájených proti J. Dickingerovi a F. Ömerovi za porušení rakouských právních předpisů týkajících se provozování hazardních her jimi vedenou společností bet-at-home.com Entertainment GmbH (dále jen „bet-at-home.com Entertainment“) založenou podle rakouského práva, a to v souvislosti s nabídkou on-line kasin.

Právní rámec

- 3 Spolkový zákon o hazardních hrách (Glücksspielgesetz, BGBl. 620/1989), ve znění použitelném na spor v původním řízení (dále jen „GSpG“), ve svém § 3, nadepsaném „Monopol na hazardní hry“, uvádí, že právo pořádat hazardní hry je vyhrazeno spolkové vládě. Ustanovení § 14 a § 21 GSpG zároveň stanovují, že ministr financí může

udělovat koncese na pořádání loterií a provozování kasin. Sportovní sázky, které nejsou považovány za hazardní hry v úzkém slova smyslu, nepodléhají, s výjimkou jednoho druhu sdružené sázky, nazvaného „Toto“, režimu zavedenému GSpG.

- 4 Na on-line kasina je podle § 12a GSpG nahlíženo jako na loterie, a v důsledku toho podléhají režimu koncesí na loterie, a nikoliv režimu koncesí pro kasina. Tento § 12a, zavedený do GSpG v roce 1997 (BGBl. I, 69/1997), obsahuje v tomto ohledu následující vymezení výrazu „elektronické loterie“:

„loterie, u kterých je smlouva uzavřena elektronickými prostředky, rozhodnutí o výhře nebo prohře se odehrává nebo sděluje centrálním způsobem a účastník může zjistit výsledek bezprostředně po účasti na hře.“

- 5 Koncese na pořádání loterií může být podle § 14 odst. 2 GSpG udělena pouze jedinému uchazeči, který:

„1. je kapitálovou společností se sídlem v tuzemsku,

2. nemá vlastníky (společníky) s rozhodujícím vlivem, jejichž vliv by neumožňoval zajistit důvěryhodnost z hlediska právní regulace,

3. má dozorčí radu a splacený základní kapitál v minimální výši 109 milionů eur, přitom legální původ těchto prostředků musí být odpovídajícím způsobem doložen,
 4. 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 z roku 1973 (Gewerbeordnung 1973) [...]
 5. 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
 6. ohledně něhož platí, že případná struktura skupiny, k níž náleží jeden nebo více vlastníků disponujících kvalifikovanou účastí v daném podniku, nebrání účinné kontrole koncesionáře.“
-
- 6 Koncese může být podle § 14 odst. 3 bodu 1 GSpG udělena na dobu maximálně patnácti let.
 - 7 Po dobu platnosti koncese na provozování loterií nemůže být podle § 14 odst. 5 první věty GSpG udělena žádná další koncese.
 - 8 Žádá-li o koncesi několik uchazečů splňujících podmínky uvedené v § 14 odst. 2 GSpG, rozhodne podle odst. 5 druhé věty téhož paragrafu spolkový ministr financí

na základě kritéria stanoveného v bodě 5 uvedeného odstavce 2, a tedy udělí koncesi subjektu, od kterého může spolková vláda očekávat nejvyšší příjmy.

- 9 Na základě § 15 odst. 1 GSpG nesmí koncesionář založit pobočku mimo rakouské území. Kromě toho nabývání kvalifikovaných podílů koncesionářem v jiných společnostech vyžaduje souhlas spolkového ministra financí. Podle § 15a GSpG je takový souhlas 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.
- 10 Ustanovení § 16 GSpG ukládá koncesionáři, aby sestavil herní řád hazardních her, jejichž organizace mu byla svěřena. Tento řád musí být schválen spolkovým ministrem financí, zveřejněn v *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* a vyvěšen v obchodních prostorech koncesionáře a v jeho prodejních místech.
- 11 Koncesionář musí podle § 18 odst. 1 GSpG každý rok sdělit spolkovému ministru financí identitu osob, které se podílí na kapitálu podniku. Kromě toho podle § 19 odst. 1 GSpG podléhá dohledu spolkového ministra financí. Ten je za tímto účelem oprávněn zejména nahlížet do účetních knih, jakož i do dalších dokumentů koncesionáře a může provádět místní šetření nebo tím pověřit účetní či jiné znalce. Náklady dohledu nese koncesionář, kterému jsou každoročně vyúčtovávány ministrem financí.

- 12 Ustanovení § 19 odst. 2 GSpG mimoto stanoví, že spolkový ministr financí jmenuje státního komisaře („Staatskommissär“), který je podle § 26 úvěrového zákona (Kreditwesengesetz, BGBl. 63/1979) oprávněn účastnit se valných hromad akcionářů, jakož i zasedání dozorčí rady koncesionáře. Státní komisař musí být zaměstnancem územní samosprávy, advokátem nebo auditorem, podléhá pravomoci ministra financí a může být ze své funkce kdykoliv odvolán. Úkolem státního komisaře je zejména vznést námitky proti všem rozhodnutím orgánů společnosti, které považuje za protiprávní. Důsledkem takových námitek je odklad účinnosti sporného rozhodnutí do přijetí rozhodnutí příslušných orgánů.
- 13 Podle § 19 odst. 3 GSpG je jak spolkový ministr financí, tak spolkový sportovní svaz oprávněn navrhnout člena dozorčí rady koncesionáře.
- 14 Ustanovení § 19 odst. 4 GSpG ukládá koncesionáři povinnost předat spolkovému ministrovi financí roční závěrku, výroční zprávu a konsolidovanou rozvahu skupiny, jakož i zprávy auditora k uvedeným dokumentům ve lhůtě šesti měsíců od konce dočteného účetního období.
- 15 Ustanovení § 17 a § 20 GSpG se týkají použití příjmů z hazardních her. Ustanovení § 17 odst. 3 bodu 6 stanovuje koncesionářský poplatek u elektronických loterií na 24 % hrubého ročního příjmu po odečtení vyplacených výher. Podle § 20 jsou 3 % příjmů z loterií, která nemohou být v žádném případě nižší než 40 milionů eur, určena na rozvoj sportu.

- 16 Ustanovení § 21 až § 31 GSpG obsahují obdobná ustanovení upravující udělení dvacíti koncesí na provozování kasin, dohled nad koncesionáři, jakož i průběh her.
- 17 Pořádání hazardních her za účelem dosahování zisku osobou, která není držitelem koncese, je v Rakousku trestně stíháno. Podle § 168 odst. 1 rakouského trestního zákoníku (Strafgesetzbuch, dále jen „StGB“) bude potrestán „každý, kdo pořádá úředně zakázanou hru nebo hru, jejíž příznivý či nepříznivý výsledek závisí výlučně či převážně na náhodě, nebo kdo napomáhá setkání za účelem pořádání takové hry s cílem získat pro sebe či jiného majetkový prospěch z tohoto pořádání či setkání“. Stanovenými sankcemi jsou trest odnětí svobody v trvání až šesti měsíců nebo peněžitý trest ve výši až 360denní sazby.

Spor v původním řízení a předběžné otázky

- 18 Österreichische Lotterien GmbH (dále jen „Österreichische Lotterien“) je společností soukromého práva s ručením omezeným. Na základě rozhodnutí spolkového ministra financí ze dne 16. března 1995 získala výlučnou koncesi na pořádání loterií v Rakousku na období od 1. prosince 1994 do 31. prosince 2004. Po zavedení „elektronických loterií“ vložením § 12a do GSpG v roce 1997 byla rozhodnutím spolkového ministra financí ze dne 2. října 1997 koncese uvedené společnosti rozšířena na tento druh loterií a prodloužena do roku 2012. Doba platnosti koncese byla s ohledem na zákonem stanovenou maximální délku 15 let stanovena na období od 1. října 1997 do 30. září 2012.
- 19 Většinovým akcionářem společnosti Österreichische Lotterien je Casinos Austria AG (dále jen „Casinos Austria“), akciová společnost soukromého práva, která drží

všech dvanáct koncesí na provozování kasin stanovených v GSpG (viz v tomto ohledu rozsudek ze dne 9. září 2010, Engelmann, C-64/08, Sb. rozh. s. I-8219, body 13 až 15). V době rozhodné z hlediska skutečností v původním řízení byla třetina akcií tvořících kapitál společnosti Casinos Austria držena nepřímo státem a zbytek akcií vlastnili soukromí investoři.

- 20 J. Dickinger a F. Ömer, rakouští státní příslušníci, jsou zakladateli nadnárodního koncernu on-line heren bet-at-home.com. Mateřskou společností tohoto koncernu je společnost založená podle německého práva bet-at-home.com AG se sídlem v Düsseldorfu (Německo).
- 21 Společnost bet-at-home.com Entertainment se sídlem v Linci (Rakousko) založená podle rakouského práva podniká v oblasti „automatizovaného zpracování dat a informačních technologií“ a je jednou z dceřiných společností společnosti bet-at-home.com AG. J. Dickinger a F. Ömer jsou řediteli společnosti bet-at-home.com Entertainment. Tato společnost vlastní rakouskou licenci, která jí umožňuje nabízet sportovní sázky.
- 22 Bet-at-home.com Entertainment je majitelkou dceřiné společnosti bet-at-home.com Holding Ltd založené podle maltského práva, která sama vlastní tři dceřiné společnosti, a sice společnosti založené podle maltského práva bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd, jakož i bet-at-home.com Internationale Ltd (dále jen, společně, „maltské dceřiné společnosti“).
- 23 Dvě z maltských dceřiných společností nabízejí hazardní hry on-line a sportovní sázky na stránkách www.bet-at-home.com. K tomu mají maltskou licenci („Class One Remote Gaming License“) vztahující se na hazardní hry on-line a maltskou licenci („Class Two Remote Gaming License“) platnou pro sportovní sázky on-line. Internetové stránky jsou dostupné ve španělštině, němčině, řečtině, angličtině, italštině,

maďarštině, holandštině, polštině, slovinštině, ruštině a turečtině, avšak nikoli v maltštině. Na této internetové adrese jsou nabízeny zejména hazardní hry jako poker, black jack, baccarat, ruleta, jakož i hry na virtuálních hracích automatech. Všechny tyto hry lze hrát s neomezeně vysokými vklady.

- 24 Provoz internetových stránek www.bet-at-home.com je zajišťován výlučně maltskými dceřinými společnostmi, které pořádají zmíněné hry a které jsou držiteli licencí k softwaru potřebnému pro provoz herního portálu.
- 25 Maltské dceřiné společnosti využívaly přinejmenším do prosince 2007 server umístěný v Linci, který jim poskytla společnost [bet-at-home.com Entertainment GmbH](http://bet-at-home.com), která rovněž zajišťovala údržbu internetových stránek, softwaru potřebného k provozování her, jakož i podporu pro uživatele.
- 26 Proti J. Dickingerovi a F. Ömerovi, jakožto ředitelům [bet-at-home.com Entertainment](http://bet-at-home.com), bylo zahájeno trestní řízení na základě jednání spočívajících v porušení § 168 odst. 1 StGB. Návrh na zahájení řízení má následující znění:

„Jochen Dickinger a Franz Ömer se dopouštěli jakožto odpovědní zástupci [...] společnosti [[bet-at-home.com Entertainment](http://bet-at-home.com)] v době od 1. ledna 2006 až do současnosti protiprávního jednání spočívajícího v pořádání hazardních her ve smyslu § 168 odst. 1 [StGB] ve prospěch společnosti [[bet-at-home.com Entertainment](http://bet-at-home.com)] tím, že nabízeli prostřednictvím internetu hry, ve kterých výhry či prohry závisí výlučně nebo převážně na náhodě nebo které jsou výslovně zakázány, zejména pak různé druhy pokeru (‘Texas Hold’em’, ‘Seven Card Stud’ atd.), black jack, baccarat, stolní hry jako je ruleta, jakož i virtuální hrací automaty s neomezeně vysokými herními vklady, za účelem získání finanční výhody pro sebe či pro třetí osobu, zejména společnost [[bet-at-home.com Entertainment](http://bet-at-home.com)].“

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

28 Předkládající soud má pochybnosti, zda jsou ustanovení StGB, ve spojení s rakouskou právní úpravou hazardních her dotčenou v původním řízení, slučitelná s unijním právem, zejména s ohledem na to, co nazývá „ofenzivní reklamou“ uplatňovanou společností Casinos Austria AG za účelem propagace své nabídky hazardních her.

29 Za těchto podmínek se Bezirksgericht Linz rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

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

- 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 kapitálem v minimální výši 109 000 000 eur a je možné od něj s přihlédnutím k okolnostem očekávat, že dosáhne nejvyšších příjmů pro spolkovou vládu;

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

Tyto otázky vyvstávají zejména v situaci, kdy je společnost [Casinos Austria] 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 zadávacího řízení nebo veřejného oznámení.

- b) Pokud ano, lze takovou právní úpravu odůvodnit důvody obecného zájmu spočívajícími v omezení činností týkajících se sázek, pokud držitelé koncesí působící v takřka monopolním prostředí provádějí prostřednictvím intenzivní reklamy expanzivní politiku v oblasti hazardních her?

- c) Pokud ano, musí předkládající soud v rámci přezkumu proporcionality takové právní úpravy, jejímž cílem je předcházet páchání trestné činnosti tím, že hospodářské subjekty působící v této oblasti podrobí kontrole, a usměrnit tak činnosti týkající se hazardních her podléhající této kontrole, zohlednit skutečnost, že se tato právní úprava dotýká i přeshraničních poskytovatelů služeb, kteří v každém případě podléhají přísným podmínkám a kontrolám souvisejícím s jejich koncesemi v členském státě jejich 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 přesto posuzováno, zda vnitrostátní trestněprávní ustanovení nemůže znemožnit nebo narušit výkon některé ze základních svobod?
- 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 na základě 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 rámci právních předpisů, dohledu a kontrol, kterým poskytovatel služeb podléhá ve státě, v němž je usazen?
- c) Pokud ano, je třeba při přezkumu proporcionality vnitrostátního ustanovení, které sankcionuje přeshraniční nabídku služeb v oblasti hazardních her bez vnitrostátní licence, 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 dohledu?

- d) Pokud ano, musí předkládající 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 zákazu hazardních her, jehož nedodržení je trestněprávně postižitelné, vydaného z politických důvodů souvisejících s ochranou hráčů a potíráním trestné činnosti, aby předkládající soud rozlišoval mezi poskytovateli nabízejícími hazardní hry bez jakéhokoli povolení a poskytovateli, kteří jsou usazeni 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, který získal v jiném členském státě platně licenci, nebylo v důsledku objektivních a nepřímých diskriminačních omezení na vstupu umožněno získat vnitrostátní licenci a že řízení o udělení licence a kontroly ve státě usazení se vyznačují úrovní ochrany minimálně srovnatelnou s řízením o udělení licence a kontrolami na vnitrostátní úrovni?
- 4) a) Má se článek 49 ES vykládat v tom smyslu, že přechodná povaha poskytování služeb vylučuje, aby měl poskytovatel služeb možnost vybudovat si v hostitelském státě určitou infrastrukturu (například server), aniž by byl považován za usazeného v tomto členském státě?

- 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 usazeny ve stejném členském státě jako část příjemců příslušné služby?“

K předběžným otázkám

Ke druhé otázce

- ³⁰ Podstatou druhé otázky předkládajícího soudu, kterou je třeba zkoumat na prvním místě, je, zda taková právní úprava členského státu, zavádějící trestněprávní sankce vůči subjektům, které poruší monopol na provozování hazardních her, jako je vnitrostátní právní úprava dotčená v původním řízení, musí být v souladu se základními svobodami zaručenými Smlouvou, a zejména článkem 49 ES.

- ³¹ Jak uvedl generální advokát v bodech 45 až 50 svého stanoviska, z ustálené judikatury Soudního dvora v tomto ohledu vyplývá, že unijní právo stanoví meze pravomoci členských států v trestněprávní oblasti, přičemž právní předpisy v této oblasti nemohou zejména omezovat základní svobody zaručené unijním právem (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 2. února 1989, Cowan, 186/87, Recueil, s. 195, bod 19, a ze dne 19. ledna 1999, Calfa, C-348/96, Recueil, s. I-11, bod 17).

- 32 Na druhou otázku je tedy třeba odpovědět tak, že unijní právo, a zejména článek 49 ES, brání uložení trestněprávní sankce za porušení takového monopolu na provozování hazardních her, jako je monopol na provozování on-line kasin stanovený vnitrostátní právní úpravou dotčenou v původním řízení, pokud taková právní úprava není v souladu s jeho ustanoveními.

Ke čtvrté otázce

- 33 Podstatou čtvrté otázky předkládajícího soudu, kterou je třeba přezkoumat jako druhou v pořadí, je, které základní svobody se uplatní na omezení zavedená vnitrostátními právními předpisy dotčenými v původním řízení ve vztahu k maltským dceřiným společnostem. Předkládající soud se v podstatě táže, zda musí být článek 49 ES vykládán v tom smyslu, že se použije na hazardní hry on-line nabízené na území hostitelského členského státu provozovatelem usazeným v jiném členském státu bez ohledu na to, že tento provozovatel:
- vybudoval v hostitelském členském státě určitou technickou infrastrukturu, jako například server, což by mohlo mít za následek použití ustanovení o svobodě usazování, a
 - využívá podporu subjektu usazeného v hostitelském členském státě, zabezpečujícího poskytování služeb spotřebitelům v tomtéž členském státě, což by mohlo mít za následek, že se neuplatní článek 49 ES.

- 34 Jak uvedl generální advokát v bodech 57 až 62 svého stanoviska, samotná skutečnost, že poskytovatel hazardních her on-line využívá hmotné komunikační prostředky

poskytované třetím podnikem usazeným v hostitelském členském státě, není sama o sobě takové povahy, aby prokazovala, že tento poskytovatel má v tomto státě stálou provozovnu srovnatelnou s obchodním zastoupením, což by mělo za následek to, že by se použila ustanovení Smlouvy o svobodě usazování.

35 Z judikatury Soudního dvora totiž vyplývá, že k tomu, aby se jednalo o usazení ve smyslu Smlouvy, musí obchodní vztah navázaný subjektem usazeným v některém členském státě se subjekty nebo prostředníky usazenými v hostitelském členském státě pro tento subjekt znamenat možnost podílet se stabilně a trvale na hospodářském životě tohoto hostitelského členského státu, a být tak vztahem, který zákazníkům umožňuje využívat služeb nabízených prostřednictvím trvalé přítomnosti v tomto hostitelském členském státě, která může mít formu pouhé kanceláře spravované případně i nezávislou osobou, která je ale zmocněna trvale jednat pro tento subjekt, jako by tomu bylo v případě zastoupení (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 8. září 2010, 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, body 59 a 60).

36 Je přitom nesporné, že bet-at-home.com Entertainment není ani zdaleka zmocněna trvale jednat pro maltské dceřiné společnosti na trhu hazardních her v Rakousku a nevstupuje do vztahu mezi těmito dceřinými společnostmi a jejich zákazníky. Provoz internetového portálu www.bet-at-home.com je zajišťován výlučně maltskými dceřinými společnostmi, které jsou odpovědné za pořádání her a s nimiž zákazníci uzavírají odpovídající smlouvy. Za těchto podmínek by mohly být služby technické podpory poskytované společností bet-at-home.com Entertainment svěřeny jinému subjektu, usazenému v jiném členském státě, aniž by si toho rakouští spotřebitelé vůbec všimli.

37 Kromě toho z judikatury Soudního dvora vyplývá, že se článek 49 ES použije na provozovatele hazardních her usazeného v členském státě, který nabízí služby v jiném

členském státě, i když za tímto účelem využívá prostředníky usazené ve stejném členském státě jako příjemci uvedených služeb (rozsudek ze dne 6. listopadu 2003, Gambelli a další, C-243/01, Recueil, s. I-13031, bod 58). Tentýž článek se *a fortiori* použije tehdy, pokud provozovatel hazardních her využívá nikoliv prostředníků, ale pouhého poskytovatele služeb technické podpory v hostitelském členském státě.

³⁸ Na čtvrtou otázku je tedy třeba odpovědět tak, že článek 49 ES musí být vykládán v tom smyslu, že se použije na hazardní hry nabízené on-line na území hostitelského členského státu provozovatelem usazeným v jiném členském státu bez ohledu na to, že tento provozovatel:

- vybudoval v hostitelském členském státě určitou infrastrukturu k informatické podpoře, jako například server, a
- využívá technickou podporu subjektu usazeného v hostitelském členském státě k poskytování služeb spotřebitelům usazeným rovněž v tomto členském státě.

K první a třetí otázce

³⁹ První a třetí otázka, které je třeba přezkoumat společně, se týkají podmínek, za jakých článek 49 ES umožňuje ustavení takového monopolu na provozování on-line kasin ve prospěch jediného provozovatele, jako je monopol dotčený ve věci v původním řízení.

40 Aby bylo možné na tyto otázky užitečně odpovědět, je třeba nejprve připomenout podmínky, za nichž článek 49 ES umožňuje vytvoření takového monopolu v oblasti hazardních her, jako je monopol dotčený v původním řízení. Zadruhé je nutné ověřit, do jaké míry může být expanzivní obchodní politika subjektu, jemuž byl monopol v oblasti hazardních her svěřen, v souladu s cíli sledovanými monopolním režimem. Zatřetí je třeba poskytnout předkládajícímu soudu informace ohledně slučitelnosti článku 49 ES s řadou specifických omezení uložených držiteli monopolu vnitrostátní právní úpravou, týkajících se jeho právní formy, výše kapitálu, místa sídla a možnosti zakládat pobočky v jiných členských státech. Nakonec je třeba posoudit relevantnost kontrol nad provozovateli hazardních her v jiných členských státech a záruk, které jsou v nich poskytnuty, pro přezkum přiměřenosti omezujících opatření uložených členským státem s cílem regulovat hazardní hry při sledování cíle nebo cílů uznaných judikaturou Soudního dvora.

41 Je nesporné, že právní úprava členského státu, o jakou se jedná ve věci v původním řízení, která podřizuje provozování a propagaci hazardních her režimu exkluzivity ve prospěch jediného hospodářského subjektu a která zakazuje všem ostatním hospodářským subjektům, včetně hospodářských subjektů se sídlem v jiném členském státu, nabízet prostřednictvím internetu na území prvně uvedeného členského státu služby, na něž se vztahuje tento režim, představuje omezení volného pohybu služeb zaručeného článkem 49 ES (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 3. června 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, Sb. rozh. s. I-4695, body 22 a 24 a citovaná judikatura).

42 Takové omezení volného pohybu služeb však lze připustit jako výjimku výslovně stanovenou v člancích 45 ES a 46 ES použitelných na tuto oblast na základě článku 55 ES nebo v souladu s judikaturou Soudního dvora odůvodněnou naléhavými důvody obecného zájmu (rozsudky ze dne 8. září 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*

a Bwin International, C-42/07, Sb. rozh. s. I-7633, body 55 a 56, a ze dne 30. června 2011, Zeturf, C-212/08, Sb. rozh. s. I-5633, bod 37).

- 43 V kontextu věci v původním řízení je třeba bez dalšího zdůraznit, že pokud byl v členském státě zaveden v oblasti hazardních her režim monopolu a uvedený režim je neslučitelný s článkem 49 ES, nemůže být porušení tohoto režimu ze strany hospodářského subjektu trestněprávně postihováno (rozsudek ze dne 6. března 2007, Placanica a další, C-338/04, C-359/04 a C-360/04, Sb. rozh. s. I-1891, body 63 a 69).

K podmínkám ustavení monopolu v oblasti hazardních her

- 44 Pokud jde o odůvodnění, jež by mohla být přijata, Soudní dvůr konstatoval, že se cíle sledované vnitrostátními právními předpisy přijatými v oblasti hazardních her a sázek, posuzované ve svém celku, nejčastěji pojí s ochrannou příjemců dotčených služeb a obecně spotřebitelů, jakož i s ochranou společenského pořádku. Soudní dvůr rovněž zdůraznil, že takové cíle patří k naléhavým důvodům obecného zájmu, jež mohou ospravedlnit zásahy do volného pohybu služeb (výše uvedený rozsudek Stoß a další, bod 74 a citovaná judikatura).
- 45 Soudní dvůr kromě toho opakovaně rozhodl, že zvláštnosti morální, náboženské nebo kulturní povahy, jakož i morálně a finančně škodlivé důsledky pro jednotlivce a společnost, které souvisejí s hazardními hrami a sázkami, mohou odůvodnit existenci dostatečné posuzovací pravomoci vnitrostátních orgánů k tomu, aby stanovily podle vlastního žebříčku hodnot požadavky, které obnáší ochrana spotřebitele a společenského pořádku (výše uvedený rozsudek Stoß a další, bod 76 a citovaná judikatura).

- ⁴⁶ Samotná okolnost, že si členský stát zvolil systém ochrany odlišný od toho, který přijal jiný členský stát, nemůže mít vliv na posuzování nezbytnosti a přiměřenosti ustanovení přijatých v dané oblasti. Tato ustanovení musí být posuzována pouze z hlediska cílů, které příslušné orgány dotčeného členského státu sledují, a z hlediska úrovně ochrany, kterou chtějí zajistit (výše uvedený rozsudek Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International, bod 58).
- ⁴⁷ Členské státy mají tudíž v zásadě právo stanovit cíle své politiky v oblasti hazardních her, případně přesně vymezit požadovanou úroveň ochrany (výše uvedený rozsudek Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International, bod 59).
- ⁴⁸ Členský stát, který usiluje o zajištění zvláště vysoké úrovně ochrany, se proto může, jak připustil Soudní dvůr ve své judikatuře, důvodně domnívat, že kontrolovat rizika spojená s odvětvím hazardních her a sledovat cíl předcházení podněcování k nadměrným výdajům za hru a boje proti hráčské závislosti dostatečně účinným způsobem mu umožňuje pouze přiznání výlučných práv jedinému subjektu, který podléhá důsledné kontrole ze strany orgánů veřejné moci (viz v tomto smyslu výše uvedené rozsudky Stoß a další, body 81 a 83, a Zeturf, bod 41).
- ⁴⁹ Orgány veřejné správy členského státu totiž mohou mít za to, že skutečnost, že budou mít k dispozici dodatečné prostředky – vzhledem ke svému postavení kontrolova instituce pověřené monopolem – jež jim umožní ovlivňovat její fungování mimo regulační mechanismy a zákonem stanovený dohled, jim může zajistit lepší kontrolu nabídky hazardních her a lepší záruky účinnosti při provádění jejich politiky než v případě výkonu těchto činností soukromými hospodářskými subjekty v soutěžním prostředí, i kdyby v něm posledně uvedené subjekty podléhaly systému povolení a režimu kontroly a sankcí (výše uvedený rozsudek Stoß a další, bod 82).

- 50 To však nic nemění na tom, že omezení uložená členskými státy musejí splňovat podmínky ohledně jejich přiměřenosti, které vyplývají z judikatury Soudního dvora, ověření čehož přísluší vnitrostátním soudům (výše uvedené rozsudky Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International, body 59 a 60, jakož i Stoß a další, body 77 a 78).
- 51 Je třeba zdůraznit, že zjištění toho, jaké cíle jsou vnitrostátními právními předpisy skutečně sledovány, spadá v rámci věci, která byla předložena Soudnímu dvoru na základě článku 267 SFEU, do pravomoci předkládajícího soudu.
- 52 Podle rakouské vlády sleduje právní úprava sporná v původním řízení cíl potírání trestné činnosti, zejména ochranou spotřebitelů hazardních her před podvody a jinými trestnými činy, a dále cíl předcházení podněcování k nadměrným výdajům za hru zavedením přiměřených opatření směřujících k ochraně hráčů, jako jsou například závazně stanovené sázkové limity na osobu, a přispívá tedy obecně k ochraně společenského pořádku.
- 53 J. Dickinger a F. Ömer, jakož i maltská vláda naopak tvrdí, že z doslovného znění GSpG plyne, že jeho hlavním cílem je zvýšení daňových příjmů z hazardních her. Konkrétně uvádějí, že podle § 14 odst. 5 GSpG koncese je systematicky poskytnuta uchazeči, od kterého může spolková vláda očekávat nejvyšší příjmy. Mimoto, jakékoliv územní nebo věcné rozšíření obchodní činnosti koncesionáře vyžaduje povolení spolkového ministra financí, které může být poskytnuto pouze tehdy, nehrozí-li žádný pokles příjmů spolkové vlády.

- 54 Je věcí předkládajícího soudu, aby ověřil, zda bylo snahou vnitrostátních orgánů v době rozhodné z hlediska skutečností původního řízení opravdu zajistit zvláště vysokou úroveň ochrany s ohledem na uváděné cíle a zda ve světle této úrovně ochrany, o niž je usilováno, mohlo být zavedení monopolu skutečně považováno za nezbytné (výše uvedený rozsudek Zeturf, bod 47). V tomto kontextu přísluší členskému státu, který se hodlá dovolávat cíle, jenž je způsobilý ospravedlnit překážku volného pohybu služeb, poskytnout soudu, který má o této otázce rozhodnout, všechny informace, které mu umožní ověřit, že uvedené opatření splňuje požadavky vyplývající ze zásady proporcionality (výše uvedený rozsudek Stoß a další, bod 71).
- 55 V tomto ohledu platí, že samotný cíl maximalizace příjmů státního rozpočtu neumožňuje takovéto omezení volného pohybu služeb.
- 56 V tomto kontextu je třeba zejména připomenout, že vnitrostátní právní předpisy jsou vhodné k zaručení uskutečnění dovolávaného cíle pouze tehdy, pokud odpovídají snaze dosáhnout jej soudržným a systematickým způsobem. Předkládajícímu soudu v důsledku toho přísluší, aby se zejména s ohledem na konkrétní způsoby použití dotčené omezující právní úpravy přesvědčil, že tato právní úprava skutečně odpovídá snaze o omezení herních příležitostí a omezení činností v této oblasti soudržným a systematickým způsobem (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Stoß a další, body 88, 97 a 98).
- 57 Předkládající soud bude muset v důsledku toho ověřit, zejména pak ve světle vývoje trhu hazardních her v Rakousku, zda státní kontroly, kterým činnosti držitele monopolu podléhají, mohou zaručit, že tento bude skutečně schopen naplňovat stanovené cíle soudržným a systematickým způsobem prostřednictvím nabídky kvantitativně uměřené a kvalitativně regulované v závislosti na uvedených cílech (viz v tomto

smyslu rozsudek ze dne 3. června 2010, Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International, C-258/08, Sb. rozh. s. I-4757, bod 37, a výše uvedený rozsudek Stoß a další, bod 83).

- ⁵⁸ Kromě toho má jistou relevantnost pro posouzení způsobu, jakým jsou uvedené cíle naplňovány, obchodní politika držitele monopolu.

K expanzivní obchodní politice subjektu, který má monopol v oblasti hazardních her

- ⁵⁹ Předkládající soud vyjadřuje pochybnosti ohledně toho, zda může být monopol zavedený vnitrostátní právní úpravou dotčenou v původním řízení považován za vhodný k tomu, aby bylo zaručeno dosažení cíle, jímž je předcházet podněcování k nadměrným výdajům za hru a bojovat proti hráčské závislosti, a to z důvodu expanzivní obchodní politiky držitele monopolu prostřednictvím intenzivní reklamy.

- ⁶⁰ J. Dickinger a F. Ömer, jakož i maltská vláda v tomto ohledu tvrdí, že rakouský systém umožnil nepřetržitý rozvoj nabídky hazardních her, jakož i neustálý růst reklamních výdajů vynakládaných na stále nové cílové skupiny, především pak mladé lidi, a to zejména v rámci internetového herního portálu www.win2day.at zprovozněného společností Österreichische Lotterien, jehož příjmy vysoce překročily příjmy ze všech tradičních kasin.

- ⁶¹ V tomto ohledu je třeba konstatovat, že nárůst obchodních činností subjektu, kterému byla poskytnuta výhradní práva v oblasti hazardních her, jakož i citelné zvýšení příjmů, které z těchto her má, vyžadují zvláštní pozornost při přezkumu soudržné a systematické povahy dotčené právní úpravy, a tudíž její vhodnosti pro naplňování cílů uznaných judikaturou Soudního dvora. Z této judikatury totiž vyplývá, že financování činností ve veřejném zájmu prostřednictvím příjmů z hazardních her nesmí tvořit skutečný cíl omezující politiky uplatňované v tomto odvětví, ale může být považováno pouze za užitečný vedlejší výsledek (viz zejména rozsudky ze dne 24. března 1994, Schindler, C-275/92, Recueil, s. I-1039, body 57 a 60; ze dne 21. září 1999, Läära a další, C-124/97, Recueil, s. I-6067, body 32 a 37; ze dne 21. října 1999, Zenatti, C-67/98, Recueil, s. I-7289, body 35 a 36, jakož i výše uvedený rozsudek Gambelli a další, body 61 a 62).
- ⁶² Členský stát není tedy oprávněn uplatňovat důvody veřejného pořádku související s nutností omezit herní příležitosti, pokud veřejné orgány tohoto státu vyzývají a nabádají spotřebitele, aby se účastnili hazardních her s cílem získat prostředky pro státní pokladnu (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Gambelli a další, bod 69).
- ⁶³ Soudní dvůr však rovněž rozhodl, že politika kontrolované expanze činností hazardních her může být soudržná s cílem usměrňovat je do kontrolovaných kanálů tím, že přiláká hráče provozující zakázané činnosti ilegálních her a sázek k povoleným a regulovaným činnostem. Taková politika totiž může být soudržná s cílem spočívajícím v prevenci provozování činností hazardních her pro kriminální či podvodné účely i s cílem předcházení podněcování k nadměrným výdajům za hru a boje proti hráčské závislosti tím, že nasměruje spotřebitele k nabídce držitele veřejného monopolu, která by měla být chráněna před kriminálními živly a vhodnější k ochraně spotřebitelů před nadměrnými výdaji a hráčskou závislostí (výše uvedený rozsudek Stoß a další, body 101 a 102).

- ⁶⁴ K dosažení tohoto cíle usměrňování do kontrolovaných kanálů platí, že hospodářské subjekty s povolením musí představovat spolehlivou, ale zároveň i atraktivní alternativu k neregulovaným činnostem, což samo o sobě může znamenat rozšířenou nabídku her, reklamu v určitém rozsahu a využití nových technik distribuce (viz výše uvedené rozsudky Placanica a další, bod 55, jakož i Stoß a další, bod 101).
- ⁶⁵ Je na předkládajícím soudu, aby s ohledem na okolnosti sporu, který mu byl předložen k rozhodnutí, posoudil, zda lze obchodní politiku držitele monopolu, a to jak na úrovni rozsahu prováděné reklamy, tak i na úrovni vytváření nových her, považovat za úpravu zapadající do rámce takové kontrolované expanzivní politiky v odvětví hazardních her zaměřující se na účinné usměrňování hráčské vášně do kontrolovaných kanálů (viz výše uvedené rozsudky Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International, bod 37, jakož i Zeturf, bod 69).
- ⁶⁶ V rámci tohoto posouzení přísluší předkládajícímu soudu, aby ověřil zejména to, zda kriminální a podvodné činnosti spojené s hazardními hrami a hráčská závislost mohly v době rozhodné z hlediska skutečností původního řízení představovat v Rakousku problém a zda by rozšíření povolených a regulovaných činností umožňovalo tomuto problému čelit (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International, bod 29).
- ⁶⁷ Vzhledem k tomu, že cíl chránit spotřebitele před závislostí na hře je v zásadě těžko slučitelný s politikou rozšiřování hazardních her, která se vyznačuje zejména vytvářením nových her a reklamou na tyto nové hry, může být takováto politika považována za konzistentní pouze tehdy, pokud mají tyto ilegální činnosti značný rozsah a pokud mají přijatá opatření za cíl usměrnit hráčskou vášně spotřebitelů do legálních kanálů (výše uvedený rozsudek Ladbrokes Betting & Gaming a Ladbrokes International, bod 30).

68 Každopádně platí, že případná reklama prováděná držitelem veřejného monopolu musí zůstat uměřená a přísně omezená na to, co je nezbytné pro nasměrování spotřebitelů ke kontrolovaným herním sítím. Taková reklama nesmí naopak směřovat k podněcování přirozeného sklonu spotřebitelů ke hram povzbuzováním jejich aktivní účasti na hře, zejména tím, že bude hra banalizována nebo bude o ní vytvářen pozitivní obraz související se skutečností, že dosažené příjmy jsou určeny na činnosti obecného zájmu, nebo i tím, že bude zvyšována atraktivita hry prostřednictvím lákavých reklamních sdělení navozujících představu o vysokých výhrách (výše uvedený rozsudek Stoß a další, bod 103).

69 Je třeba zvláště rozlišovat mezi strategiemi držitele monopolu, jejichž cílem je pouze informovat případné klienty o existenci produktů a které mají zajistit řádný přístup k hazardním hram nasměrováním hráčů ke kontrolovaným herním sítím, a strategiemi, které vyzývají k aktivní účasti na takových hrách a stimulují ji. Musí tedy být rozlišováno mezi omezenou obchodní politikou, jejímž účelem je pouze získat a upoutat stávající trh ve prospěch instituce držící monopol, a expanzivní obchodní politikou, jejímž cílem je rozšíření celkového herního trhu.

Ke slučitelnosti specifických omezení uložených držiteli monopolu s článkem 49 ES

70 Předkládající soud se Soudního dvora táže na slučitelnost řady specifických omezení uložených držiteli monopolu vnitrostátní právní úpravou dotčenou v původním řízení týkajících se jeho právní formy, výše kapitálu, místa sídla a možnosti zakládat pobočky v jiných členských státech, než ve kterém je tento držitel usazen, s článkem 49 ES.

⁷¹ V tomto ohledu je třeba úvodem připomenout, jak uvedl generální advokát v bodě 97 svého stanoviska, že jelikož monopol představuje zvláště omezující opatření, musí být jeho cílem zajištění zvláště vysoké úrovně ochrany spotřebitelů, a musí tedy být provázeno zavedením normativního rámce, jenž je způsobilý zaručit, že držitel tohoto monopolu bude skutečně schopen naplňovat takto stanovené cíle soudržným a systematickým způsobem prostřednictvím nabídky kvantitativně uměřené a kvalitativně regulované v závislosti na uvedených cílech a podléhající přísné kontrole ze strany orgánů veřejné správy (výše uvedené rozsudky Stoß a další, bod 83, a Zeturf, bod 58).

⁷² Uložení určitých omezení držiteli monopolu v oblasti hazardních her je v důsledku toho v zásadě nejen slučitelné s unijním právem, ale tímto právem dokonce vyžadované. Je však třeba, aby tato omezení byla v souladu s požadavky vyplývajícími z unijního práva ohledně jejich přiměřenosti, zejména aby byla schopna zaručit dosažení cílů sledovaných zavedením monopolního režimu a aby nepřekračovala meze toho, co je za tímto účelem nezbytné. Ověření tohoto přísluší sice v zásadě předkládajícímu soudu, mohou mu však být v tomto ohledu užitečná následující vodítka.

– K právní formě a výši kapitálu držitele monopolu

⁷³ Z ustanovení § 14 odst. 2 bodů 1 a 3 GSpG vyplývá, že držitel monopolu na provozování elektronických loterií musí být kapitálovou společností a dále že musí disponovat splaceným základním kapitálem v minimální výši 109 000 000 eur.

- ⁷⁴ Podle rakouské vlády podmínka týkající se právní formy vyplývá z vůle uložit držiteli monopolu povinnost mít transparentní podnikatelskou strukturu, aby bylo možno předcházet praní špinavých peněz a podvodům. Zdůrazňuje, že unijní právo uplatňuje stejný požadavek na právní formu v oblasti pojišťovnictví. Co se týče výše kapitálu, tato 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 eur.
- ⁷⁵ J. Dickinger a F. Ömer naopak tvrdí, že požadovaná výše kapitálu činící 109 000 000 eur je s ohledem na to, že kapitál vyžadovaný u úvěrových bank činí v Rakousku pouze 5 000 000 eur, nepřiměřená.
- ⁷⁶ Jak rozhodl Soudní dvůr v bodě 30 výše uvedeného rozsudku Engelmann, požadavek na zvláštní právní formu provozovatelů hazardních her může být vzhledem k povinnostem, které jsou uloženy některým typům společností, zejména pak takovým, které se týkají jejich vnitřní struktury, vedení účetnictví, kontrol, jakým mohou podléhat, a vztahů se třetími subjekty, odůvodněn cílem předcházení praní špinavých peněz a podvodům, který je rakouskou vládou uplatňován v projednávaném případě.
- ⁷⁷ Stejně tak požadavek na určitou výši kapitálu se může jevit užitečným pro zajištění určité finanční kapacity provozovatele a zaručení schopnosti dostát povinnostem, ke kterým by se mohl zavázat ve vztahu k výhercům. Je třeba nicméně připomenout, že dodržení zásady proporcionality vyžaduje zejména, aby uložené omezení nepřekračovalo meze toho, co je nezbytné k dosažení sledovaného cíle. Bude na předkládajícím soudu, aby přiměřenost daného požadavku ověřil s ohledem na ostatní možnosti jak zajistit, aby byly provozovatelem uspokojeny pohledávky výherců.

– K místu sídla držitele monopolu

- 78 Článek 14 odst. 2 bod 1 GSpG stanoví, že držitel monopolu na provozování elektronických loterií musí mít své sídlo na vnitrostátním území.
- 79 Jak uvedl generální advokát v bodě 120 svého stanoviska, tento požadavek představuje diskriminační omezení, které tak může být odůvodněno pouze jedním z důvodů uvedených v článku 46 ES, a sice ochranou veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví.
- 80 Rakouská vláda tvrdí, že umístění sídla na vnitrostátním území je nezbytné k umožnění účinné kontroly on-line her a že rakouské orgány nemají tytéž možnosti kontroly ve vztahu k hospodářským subjektům usazeným v jiných členských státech. Rovněž tvrdí, že přítomnost státního komisaře v kontrolních orgánech držitele monopolu, v souladu s § 19 odst. 2 GSpG, umožňuje příslušným vnitrostátním orgánům vykonávat účinný dohled nad rozhodnutími a řízením držitele monopolu. Tyto orgány tak mají možnost seznámit se s těmito rozhodnutími ještě před tím, než dojde k jejich realizaci, a postavit se proti nim, pokud jsou v rozporu s cíli vnitrostátní politiky v oblasti her. Podle této vlády nemají uvedené orgány tytéž možnosti ve vztahu k subjektu usazenému v jiném členském státě.
- 81 Jak bylo uvedeno v bodě 53 tohoto rozsudku, J. Dickinger a F. Ömer, jakož i maltská vláda naopak tvrdí, že hlavním cílem dotčených právních předpisů je zvýšení daňových příjmů z hazardních her, a poukazují přitom především na ustanovení § 14 odst. 5 GSpG. Výklad tohoto ustanovení vnitrostátních právních předpisů sice spadá do příslušnosti předkládajícího soudu, je však třeba každopádně konstatovat, že systém přidělování koncesí založený na kritériu dosažení nejvyšších příjmů pro státní pokladnu, který by systematicky znevýhodňoval subjekty usazené v jiných členských

státech než v Rakouské republice na základě pouhé skutečnosti, že subjekt se sídlem na rakouském území by mohl v Rakousku zaplatit na daních více než subjekt se sídlem v jiném členském státě, nemůže být považován za slučitelný s unijním právem.

⁸² Co se týče konkrétně cíle kontroly držitele monopolu a dohledu nad ním a argumentu vycházejícího z nutnosti zajistit účinnou kontrolu hospodářských subjektů, zejména přítomností státního komisaře, uplatňovaného rakouskou vládou, je třeba připomenout, že z ustálené judikatury vyplývá, že pojem „veřejný pořádek“ předpokládá skutečné a dostatečně závažné ohrožení, kterým je dotčen základní zájem společnosti, a musí být jakožto odůvodnění výjimky z některé základní zásady Smlouvy vykládán restriktivně (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 18. května 1982, Adoui a Cornuaille, 115/81 a 116/81, Recueil, s. 1665, bod 8; výše uvedený rozsudek Calfa, body 21 a 23; rozsudek ze dne 20. listopadu 2001, Jany a další, C-268/99, Recueil, s. I-8615, bod 59, jakož i rozsudek ze dne 22. prosince 2008, Komise v. Rakousko, C-161/07, Sb. rozh. s. I-10671, bod 35 a citovaná judikatura).

⁸³ Je tedy na předkládajícím soudu, aby zaprvé určil zda cíle uplatňované rakouskou vládou mohou spadat pod tento pojem, a případně zadruhé, zda povinnost týkající se sídla společnosti dotčená ve sporu v původním řízení splňuje kritéria nezbytnosti a přiměřenosti stanovená judikaturou Soudního dvora.

⁸⁴ Předkládající soud bude muset zejména ověřit, zda existují jiné, méně omezující prostředky, které zaručí úroveň kontroly subjektů usazených na území jiných členských států než Rakouské republiky rovnocennou s úrovní kontroly, kterou lze uskutečňovat ve vztahu k subjektům usazeným na rakouském území.

– K zákazu zakládat pobočky v jiných členských státech

- ⁸⁵ Na základě § 15 odst. 1 GSpG není koncesionář oprávněn zakládat pobočky mimo rakouské území.
- ⁸⁶ Podle rakouské vlády je tento zákaz pouhým vyjádřením myšlenky, že regulace provozování hazardních her na svém území je věcí každého členského státu.
- ⁸⁷ Volnost každého členského státu při regulaci provozování hazardních her na svém území však nepředstavuje sama o sobě legitimní cíl veřejného zájmu, který by mohl odůvodňovat omezení základních svobod zaručených Smlouvou.
- ⁸⁸ Je tedy třeba konstatovat, že Soudnímu dvoru nebylo předloženo žádné platné odůvodnění zákazu zakládat pobočky, dotčeného v původním řízení, mimo rakouské území, který dopadá na držitele monopolu.

K zohlednění kontrol provozovatelů hazardních her uskutečňovaných v jiných členských státech

- ⁸⁹ V kontextu věci v původním řízení se předkládající soud zabývá tím, zda jsou kontroly provozovatelů hazardních her prováděné v jiných členských státech relevantní pro posouzení přiměřenosti volby vnitrostátního zákonodárce zavést monopol v oblasti on-line kasin.

- 90 Ze znění třetí otázky vyplývá, že předkládající soud zřejmě vychází z předpokladu, že zájmy vedoucí k regulaci uplatňované hostitelským členským státem, a sice Rakouskou republikou, pro odůvodnění omezení volného pohybu služeb dotčeného v původním řízení jsou již dostatečně zohledněny v členském státě usazení, v projednávaném případě Maltské republiky, a dále že jsou ustanovení platná v tomto státě dokonce ještě přísnější než ustanovení použitelná v hostitelském členském státě.
- 91 Maltská vláda v tomto kontextu tvrdí, že maltský stát byl prvním, který vybudoval systém regulace týkající se specificky kontroly hazardních her on-line a dohledu nad nimi, jenž je založen na týchž zásadách a cílech, kterými se vyznačuje regulace tradičních způsobů nabízení těchto služeb, a současně byl koncipován s cílem reagovat na inherentní rizika spojená s těmito moderními systémy jejich provozování. Kontroly zavedené na maltském území jdou zejména nad rámec povrchního přezkumu zavedeného na území Gibraltarů ve věci, ve které byl vydán výše uvedený rozsudek Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International.
- 92 J. Dickinger a F. Ömer, jakož i maltská vláda dále tvrdí, že hazardní hry nabízené na internetu mohou být kontrolovány účinněji než hry nabízené tradičními kanály z důvodu možnosti zpětného vysledování veškerých uskutečněných transakcí na datových nosičích, což umožňuje zejména snadno odhalit problematické nebo podezřelé operace. Rovněž je možné díky požadavku, aby spotřebitel disponoval bankovním účtem pro výplatu výher, zajistit vyšší transparentnost než u tradičních herních kanálů.
- 93 Maltští poskytovatelé ze skupiny bet-at-home.com údajně podléhali striktní vstupní kontrole zahrnující přezkum jejich odborných schopností a jejich bezúhonnosti. Tito poskytovatelé podléhali kontrole a nepřetržitému dohledu maltských orgánů příslušných k regulaci tohoto odvětví, zejména Lotteries and Gaming Authority. Tento úřad

vždy používal pokročilé a důkladné systémy regulace zahrnující kontroly zapojených osob, jakož i systémů a postupů používaných provozovatelem.

⁹⁴ J. Dickinger a F. Ömer, jakož i maltská vláda odkazují na ustálenou judikaturu Soudního dvora, podle které není slučitelné s volným pohybem služeb, jsou-li poskytovateli stanovena omezení za účelem ochrany obecných zájmů, pakliže jsou tyto zájmy chráněny již prostřednictvím pravidel, která se na poskytovatele vztahují ve státě, v němž je usazen (viz zejména rozsudky ze dne 17. prosince 1981, Webb, 279/80, Recueil, s. 3305, bod 17; ze dne 23. listopadu 1999, Arblade a další, C-369/96 a C-376/96, Recueil, s. I-8453, body 34 a 35, jakož i ze dne 22. ledna 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Recueil, s. I-607, bod 38).

⁹⁵ V důsledku toho tvrdí, že vzhledem k tomu, že profesionální kvality a bezúhonnost maltských dceřiných společností jsou již zaručeny kontrolami, které se na ně vztahují na Maltě, je v rozporu s článkem 49 ES, aby je rakouské orgány vyloučily z rakouského trhu z důvodu údajného naplňování cíle ochrany hráčů před podvody ze strany provozovatelů hazardních her.

⁹⁶ V tomto ohledu je třeba bez dalšího připomenout, že s ohledem na současný stav unijního práva nemůže existovat jakákoliv povinnost vzájemného uznávání povolení vydaných různými členskými státy (výše uvedený rozsudek Stoß a další, bod 112). Vzhledem k neexistenci harmonizace právní úpravy oblasti hazardních her na úrovni Unie a značným rozdílům mezi sledovanými cíli, jakož i požadovaným úrovním ochrany, ke kterým směřují právní úpravy jednotlivých členských států, nemůže být totiž samotná skutečnost, že hospodářský subjekt nabízí legálně služby v členském státě, v němž je usazen a v němž již v zásadě podléhá podmínkám stanoveným právními předpisy a kontrolám ze strany příslušných orgánů tohoto státu, považována za dostatečnou záruku ochrany vnitrostátních spotřebitelů před riziky podvodů a trestné činnosti, a to s ohledem na obtíže, na které mohou v takovém kontextu narazit

orgány členského státu usazení, chtějí-li posuzovat profesionální kvality a bezúhonnost hospodářských subjektů (výše uvedený rozsudek Liga Portuguesa de Futebol Profissional a Bwin International, bod 69).

- 97 Kromě toho, jak bylo připomenuto v bodě 46 tohoto rozsudku, samotná okolnost, že si členský stát zvolil systém ochrany odlišný od toho, který přijal jiný členský stát, nemůže mít vliv na posuzování nezbytnosti a přiměřenosti ustanovení přijatých v dané oblasti, kteréžto musejí být posuzovány pouze z hlediska cílů, které příslušné orgány dotčeného členského státu sledují, a z hlediska úrovně ochrany, kterou chtějí zajistit.
- 98 Jednotlivé členské státy totiž nezbytně nedisponují týmiž technickými prostředky pro kontrolování hazardních her on-line. Maltská vláda sice sama tvrdila, že Maltská republika je prvním státem, který vyvinul systém regulace týkající se specificky kontroly hazardních her on-line a dohledu nad nimi, avšak skutečnost, že konkrétní úrovně ochrany spotřebitelů před podvody ze strany provozovatelů lze v daném členském státě dosáhnout použitím sofistikovaných technik kontroly a dohledu, neumožňuje dojít k závěru, že téže úrovně ochrany může být dosaženo v jiných členských státech, které těmito technickými prostředky nedisponují a které nezvolily stejná řešení. Členský stát může kromě toho mít legitimní důvod dohlížet na hospodářskou činnost probíhající na jeho území, což by mu nebylo umožněno, kdyby byl nucen spoléhat se na kontroly prováděné orgány jiného členského státu prostřednictvím systému regulace, který mu není vlastní.
- 99 Judikatura uplatňovaná J. Dickingerem a F. Ömerem, jakož i maltskou vládou, podle které není slučitelné s článkem 49 ES podrobit poskytovatele omezením v zájmu ochrany obecných zájmů, pokud jsou tyto zájmy již chráněny v členském státě usazení, se proto za současného stavu, jehož dosáhlo unijní právo, v takové oblasti, jakou jsou hazardní hry, která není na úrovni Unie harmonizována a ve které členské státy

mají široký prostor pro uvážení, co se týče cílů, které hodlají sledovat, a úrovně ochrany, kterou chtějí zajistit, nepoužije.

100 Na první a třetí otázku je tedy třeba odpovědět tak, že článek 49 ES musí být vykládán v tom smyslu, že:

- a) členský stát, který usiluje o zajištění zvláště vysoké úrovně ochrany spotřebitelů v oblasti hazardních her, může mít důvodně za to, že kontrolu trestné činnosti spojené s tímto odvětvím a naplňování cíle, jímž je předcházet podněcování k nadměrným výdajům za hru a bojovat dostatečně účinným způsobem proti hráčské závislosti, může umožnit pouze zřízení monopolu ve prospěch jediného provozovatele, který podléhá důsledné kontrole ze strany orgánů veřejné moci;
- b) k tomu, aby byla vnitrostátní právní úprava zřizující monopol v oblasti hazardních her, která umožňuje držiteli monopolu vést expanzivní politiku koherentní s cílem potírání trestné činnosti, jakož i s cílem omezování herních příležitostí, musí:
 - spočívat na závěru, že kriminální a podvodné činnosti spojené s hrami a hráčská závislost představují na území dotyčného členského státu problém, který by mohlo řešit rozšíření povolených a regulovaných činností, a
 - umožňovat použití pouze uměřené reklamy, přísně omezené na to, co je nezbytné pro nasměrování spotřebitelů ke kontrolovaným herním sítím;
- c) okolnost, že si členský stát zvolil systém ochrany odlišný od toho, který přijal jiný členský stát, nemůže mít vliv na posuzování nezbytnosti a přiměřenosti ustanovení přijatých v dané oblasti, které musejí být posuzovány pouze z hlediska

cílů, které příslušné orgány dotčeného členského státu sledují, a z hlediska úrovně ochrany, kterou chtějí zajistit.

K nákladům řízení

- ¹⁰¹ Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení ve vztahu ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (čtvrtý senát) rozhodl takto:

- 1) Unijní právo, a zejména článek 49 ES, brání uložení trestněprávní sankce za porušení takového monopolu na provozování hazardních her, jako je monopol na provozování on-line kasin stanovený vnitrostátní právní úpravou dotčenou v původním řízení, pokud taková právní úprava není v souladu s jeho ustanoveními.
- 2) Článek 49 ES musí být vykládán v tom smyslu, že se použije na hazardní hry nabízené on-line na území hostitelského členského státu provozovatelem usazeným v jiném členském státu bez ohledu na to, že tento provozovatel:
 - vybudoval v hostitelském členském státě určitou technickou infrastrukturu, jako například server, a

- využívá technickou podporu subjektu usazeného v hostitelském členském státě k poskytování služeb spotřebitelům usazeným rovněž v tomto členském státě.

3) Článek 49 ES musí být vykládán v tom smyslu, že:

- a) členský stát, který usiluje o zajištění zvláště vysoké úrovně ochrany spotřebitelů v oblasti hazardních her, může mít důvodně za to, že kontrolu trestné činnosti spojené s tímto odvětvím a naplňování cíle, jímž je předcházet podněcování k nadměrným výdajům za hru a bojovat dostatečně účinným způsobem proti hráčské závislosti, může umožnit pouze zřízení monopolu ve prospěch jediného provozovatele, který podléhá důsledné kontrole ze strany orgánů veřejné moci;
- b) k tomu, aby byla vnitrostátní právní úprava zřizující monopol v oblasti hazardních her, která umožňuje držiteli monopolu vést expanzivní politiku koherentní s cílem potírání trestné činnosti, jakož i s cílem omezování herních příležitostí, musí:
 - spočívat na závěru, že kriminální a podvodné činnosti spojené s hrami a hráčská závislost představují na území dotyčného členského státu problém, který by mohlo řešit rozšíření povolených a regulovaných činností, a
 - umožňovat pouze uměřenou reklamu, přísně omezenou na to, co je nezbytné pro nasměrování spotřebitelů ke kontrolovaným herním sítím;

- c) okolnost, že si členský stát zvolil systém ochrany odlišný od toho, který přijal jiný členský stát, nemůže mít vliv na posuzování nezbytnosti a přiměřenosti ustanovení přijatých v dané oblasti, které musejí být posuzovány pouze z hlediska cílů, které příslušné orgány dotčeného členského státu sledují, a z hlediska úrovně ochrany, kterou chtějí zajistit.

Podpisy.