

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
JÁN MAZÁK
esitatud 23. veebruaril 2010¹

I. Sissejuhatus

1. Landesgericht Linzi (Austria) eelotsuse küsimused tõmbavad taas kord Euroopa Kohtu tähelepanu seoses ühenduse vabaduste ja hasartmänguvaldkonnas liikmesriikide seadusandliku poliitika vahelise suhtega.

2. Euroopa Kohtul on palutud väljakujunenud kohtupraktika raames seekord otsustada, kas EÜ artiklitega 43 ja 49 on kooskõlas siseriiklikud õigusnormid, mille kohaselt on hasartmängude käitamine mängukohtades lubatud üksnes nendel aktsiaseltsidel, kelle asukoht on asjaomase liikmesriigi territooriumil; mille kohaselt saab tegevusluba anda kehtivusega kuni 15 aastat ja mis võimaldavad mängu korraldaval tegevusloa omajal teha reklaami, mis õhutab kõnealustes mängudes osalema.

II. Õiguslik raamistik

A. Austria hasartmänguseadus

3. Austrias reguleerib hasartmänge Glücksspielgesetz'i (föderaalne hasartmänguseadus) 1989. aastast kehtiv redaktsioon.²

1. Hasartmänguseaduse eesmärgid

4. Hasartmänguseaduses puuduvad sätted, mis sõnastaksid Austria Vabariigi hasartmängualaste õigusnormide eesmärgid. Ettevalmistavatest materjalidest võib siiski saada pisut aimu, et need eesmärgid on sisult regulatiivsed ja maksualased.

1 – Algkeel: prantsuse.

2 – *Bundesgesetzblatt (BGBl)*, nr 620/1989.

5. Reguleeriva eesmärgi kohta on materjaliselt märgitud, et „ideaalis oleks kõige mõistlikum vastu võtta õigusnorme, mis keelaksid hasartmängud täielikult. Arvestades hästi teada asjaolu, et mängukirg on inimesele omane, [...] oleks tunduvalt mõistlikum mängukirge suunata üksikisiku ja ühiskonna huvides. Nii saavutaks kaks eesmärki: esiteks ennetaks see hasartmängude ebaseaduslikku korraldamist, millega on silmitsi liikmesriigid, kes täielikult keelavad hasartmängud ning teiseks jääks liikmesriigile võimalus teostada õiguslikul alusel käitatavate hasartmängude üle järelevalvet. Järelevalve põhieesmärk peab olema üksikisikust mängija kaitse”.

2. Riigi monopol hasartmängude valdkonnas

7. Hasartmänguseaduse § 1 määratleb hasartmänge sellistena „mille puhul sõltub võit ja kaotus üksnes või suures osas juhusest”.

8. Hasartmänguseaduse § 3 kehtestab hasartmängude valdkonnas „riigi monopolit”, sätestades, et õigus hasartmänge korraldada ja käitada on põhimõtteliselt antud riigile, kui seadus ei sätesta teisiti.

3. Mängud, mille korraldamiseks ei ole vaja tegevusluba

9. Monopol ei hõlma sportkihlvedusid, „väikseid” mänguautomaate ja väikse auhinnafondiga loteriisid.

6. Maksualase eesmärgi kohta on materjaliselt nimetatud „föderaalriigi huvi on saada hasartmängumonopolist võimalikult suurt tulu. [...] Föderaalvalitsus peab seega hasartmängualastes õigusnormides – järgides ja kaitstes reguleerivat eesmärki – sätestama, et hasartmänge rakendatakse sellisel viisil, et monopolist saadavad tulud oleksid võimalikult suured.”

10. Esiteks ei käsitleta sportkihlvedusid Austrias hasartmängudena, kuna need ei põhine puhtalt juhusel, vaid nende puhul tuleb arvestada ka mängija teatavaid oskusi ja teadmisi. Eespool nimetatud mängud kuuluvad liidumaa pädevusse ja on vabalt lubatud. Igaühel, kes vastab seaduses sätestatud tingimustele, on õigus saada luba sportkihlvedude korraldamiseks kas klassikalisel viisil või internetis.

11. Hasartmänguseaduse § 4 kohaselt ei kuulu riigi monopoli alla mänguautomaadid, mille suurim panus on 0,50 eurot mängu kohta ning mille võimalik võidusumma ei ole suurem kui 20 eurot („väiksed” mänguautomaadid), samuti väikeste võidusummade peale mängitavad loteriid, õnneloosid ning loteriid, mille võidufondi moodustavad asjad. Väikeseid mänguautomaate puudutavate õigusnormide väljatöötamine on liidumaade pädevuses. Väikese võidufondiga loteriide korraldamiseks tuleb saada luba vabariigi rahandusministeeriumilt.

hõlmab kõiki mängu.³ Teenusepakkuja peab olema kapitaliühing, mille asukoht on Austrias. Mitme kandidaadi puhul antakse tegevusluba sellele, kelle puhul on riigile oodata suurimat võimalikku maksutulu.

4. Tegevuslubade süsteem

12. Vabariigi rahandusminister võib anda õiguse korraldada ja käitada monopoliseeritud hasartmänge, andes tegevuslube loteriide ja elektrooniliste mängude korraldamiseks (hasartmänguseaduse § 14) ja mängukohtade käitamiseks (hasartmänguseaduse § 21).

13. Hasartmänguseaduse § 14 määratleb tegevusloa andmise tingimused loteriide ja elektrooniliste mängude korraldamiseks. Lubatud on anda vaid üks tegevusluba, mis

14. Hasartmänguseaduse⁴ § 20 kohaselt suunatakse igal aastal 3% Austria loteriide tuludest ja vähemalt 40 miljonit eurot spordi edendamise fondi.

15. Seaduse § 21 sätestab kasiino käitamise tingimused. Antavaid kasiino tegevuslube on kokku kaksteist.⁵ Ühe omavalitsusüksuse piires võib anda vaid ühe tegevusloa. Seadus täpsustab, et tegevusloa saaja peab olema Austrias asuv aktsiaselts, millel on nõukogu ja mille aktsiakapital peab olema vähemalt 22 miljonit eurot ning mis peab olenevalt olukorrast pakkuma kooskõlas hasartmänguseaduse § 14 sätetega, mis puudutavad mängijate

3 – Käesoleval ajal on tegevusluba antud Österreichische Lotterien GmbH-le (edaspidi „ÖLG”).

4 – Selle seaduse 10. detsembri 2004. aasta redaktsioon (*BGBI.I*, 136/2004).

5 – Käesoleval ajal on kõik antud äriühingule Casinos Austria AG. Need anti 18. detsembri 1991. aasta haldusmäärusega maksimaalselt 15 aastaks. Austria valitsus kinnitas Euroopa Kohtu küsimustele antud kirjalikus vastuses, et ta „ei viinud läbi avalikku pakkumismenetlust Euroopa Kohtu mainitud tegevuslubade andmiseks”, selgitades kohtuistungil, et tegevuslube pikendati 15 aastalt 22 aastale hankemenetlust läbi viimata ja eelnevat reklaami tegemata.

kaitset, kohalikele omavalitsustele suurimat võimalikku maksutulu.

lõppemisest alates kuue kuu jooksul esitada riigi rahandusministrile.

16. Hasartmänguseaduse § 22 sätestab hasartmängu tegevuslubade maksimaalseks kestuseks 15 aastat.

17. Hasartmänguseaduse § 24 keelab loaomanikul asutada tütarettevõtjaid väljaspool Austria territooriumi. Selle seaduse artikli 24a kohaselt tuleb saada luba juba väljastatud tegevusloa mis tahes laiendamiseks, tingimusel, et see ei mõjuta negatiivselt mängukohtade makstavatest aktsiisidest saadavaid maksutulusid.

18. Hasartmänguseaduse § 19 ja § 31 kohaselt on rahandusministeeriumil õigus teostada loaomaniku üle üldist järelevalvet. Selleks võib nimetatud asutus uurida loaomaniku raamatupidamist ning tema volitatud ametnikud võivad järelevalve teostamisel nõuda juurdepääsu loaomaniku äriruumidele. Ministeeriumi esindab tegevusloa saanud äriühingus „riigi volinik”. Kontrollitud raamatupidamise aastaaruanded tuleb majandusaasta

19. Hasartmänguseaduse § 25 lõige 3 kohustas 1989. aasta redaktsioonis loaomanikku keelama või piirama juurdepääsu kasiinodele neile Austria kodanikele, kelle seisund ei võimalda hasartmängudes osaleda või kellele sellistes mängudes osalemine oli keelatud. Just nimetatud reegli tõttu kohustati loaomanikuks olevat äriühingut Casinos Austria AG pärast mängijate algatatud mitmeid kohtuasju tagastama mängus kaotatud suuri rahasummasid. Alates hasartmänguseaduse reformist 2005. aastal piirdub loaomaniku tagasimaksimise kohustuse ülemmäär konkreetse mängija toimetulekumiinimumiga ning loaomaniku vastutus piiratud juhtudega, mil tegemist oli tahtluse või raske hooletusega, mistõttu ei kata see enam juhtumeid, kus mängija on eelnevas küsitluses andnud ebaõiget teavet oma võimekuse kohta hasartmängudes osaleda. Uues seaduses on ette nähtud ka kuuekuuline õigustlõpetav tähtaeg.

20. Alates 2008. aasta hasartmänguseaduse muudatusest sätestab § 56 lõige 1, et loaomanik on kohustatud jälgima, et nende reklaamteated oleksid vastutustundlikult koostatud, lisaks teostab nende reklaamide üle järelevalvet vastav ametiasutus.

B. Austria karistusseadustik

21. Strafgesetzbuch'i (Austria karistusseadustik) § 168 näeb ette karistuse „igäühele, kes korraldab ametlikult keelatud mängu või selliseid mängu, milles võit või kaotus sõltub üksnes või suures osas juhusest, või kes aitab kaasa sellise mängu korraldamiseks mõeldud kokkutulekule, et saada korraldamisest või kokkutulekust rahalist kasu või võimaldada sellist kasu kolmandale isikule”.

süüdi Austria territooriumil ebaseaduslike hasartmängude korraldamises rahalise kasu eesmärgil. Kohtuotsuse järgi on ta toime pannud karistusseadustiku § 168 lõikes 1 sätestatud hasartmängude korraldamisega seotud süüteo ning mõistis talle karistuseks rahatrahvi summas 2000 eurot.

24. Ernst Engelmann esitas selle otsuse peale apellatsioonkaebuse Landesgericht Linzile. Kuna nimetatud kohus ei olnud kindel, kas Austria hasartmängualased õigusnormid on kooskõlas teenuste osutamise vabaduse ja asutamisvabaduse põhimõtetega, esitas ta Euroopa Kohtule EÜ artikli 234 alusel kolm eelotsuse küsimust.

III. Asjaolud, menetlus ja eelotsuse küsimused

22. Saksa kodanik Ernst Engelmann käitis mängukohti Austria linnades Linz ja Schärding vastavalt ajavahemikus 2004. aasta algus kuni 19. juuli 2006 ja aprill 2004 kuni 14. aprill 2005. Ta pakkus oma klientidele erinevaid hasartmänge, seal hulgas ruletimängu „Observationsroulette” ja kaardimänge pokker ja „Two Aces”. Ernst Engelmann ei olnud taotlenud Austria ametivõimudelt tegevusluba hasartmängude korraldamiseks, samuti puudus tal teise liikmesriigi pädevate ametivõimude väljastatud seaduslik tegevusluba.

25. Need kahtlused põhinevad esmajärjekorras asjaolul, et eelotsusetaotluse esitanud kohtule teadaolevalt ei toimunud enne kehivate tähtsust omavate hasartmänguseaduse sätete vastuvõtmist mingit uuringut ludomaania ja õiguslike ning faktiliste preventsiiooni võimaluste kohta, mis läheb vastuollu 13. novembri 2003. aasta otsusega kohtuasjas C-42/02: Lindman (EKL 2003, lk I-13519, punktid 25 ja 26).

23. Bezirksgericht Linz tunnistas 5. märtsi 2007. aasta kohtuotsusega Ernst Engelmanni

26. Teiseks on eelotsusetaotluse esitanud kohtul kahtlusi selles osas, kas Austria poliitika tegevuslubade alusel toimivas hasartmänguvaldkonnas on ühtne ja süstemaatiline. Selle kohtu hinnangul saab ühtsest ja süstemaatilise piirangust rääkida üksnes siis, kui seadusandja võtab hindavalt vaatluse alla kõik hasartmänguvaldkonnad- ja sektorid, ning

võtab seejärel tarvitusele abinõud vastavalt väljaselgitatud kahjustamisohule või täpselt öeldes sõltuvuse tekkimise ohule. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates ei ole Austrias seda tehtud. Austria hasartmängumonopol võimaldab suures ulatuses reklaami teha, eelkõige jalgpallikihlvedudele „TOTO”, samuti loosimistele seoses nn „loto jackpotiga”. Seetõttu leiab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et Austrias on aktsepteeritud isegi aktiivne üleskutse, mis ohutab osa võtma hasartmängudest ja kihlvedudest.

mille kohaselt peab hasartmänguvaldkonnas põhivabaduste piirangute eesmärgiks olema mänguvõimaluste tegelik vähendamine, mitte uue rahastamisallika loomine.

27. Kolmandaks on Landesgericht Linz kahtlusi seoses sellega, kas tegevusloa andmine, mis piirdub üksnes siseriigis asuvate aktsiaseltsidega ja sellise piirangu põhjendatus arvestades majanduskuritegevuse, rahapesu ja ludomaania vastast võitlust, on sobiv, vajalik ja kohane.

29. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates võib Ernst Engelmann põhimõtteliselt tegevusluba taotleda juhul, kui ühenduse õigus võimaldab talle anda loa käitada mängukohata, ilma et ta oleks kohustatud selleks asutama või omandama Austrias asuva aktsiaseltsi. Kui talle peaks tegevusluba antama, langeb ära karistusseadustiku §-s 168 sätestatud ebaseadusliku hasartmängu koosseis.

30. Neil tingimustel otsustas Landesgericht Linz menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

28. Viimasena viitab Landesgericht hasartmänguseaduse §-le 24a, mille eesmärk on otseselt tagada, et kasiinomaksude laekumine maksutuludesse ei oleks kahjustatud. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib, kas siin ei või tekkida vastuolu Euroopa Kohtu praktikaga,

„1. Kas [EÜ] artiklit 43 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus liikmesriigi õigusnorm, mille kohaselt saab mängukohtades hasartmänge korraldada üksnes aktsiaseltsi vormis tegutsev äriühing, mis asub selle liikmesriigi territooriumil, st õigusnorm näeb ette äriühingu loomise või omandamise selle liikmesriigi territooriumil?

2. Kas [EÜ] artikleid 43 ja 49 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus mõnede hasartmängude riiklik monopol, nagu näiteks mängukohtades korraldatavate hasartmängude monopol, kui asjaomases liikmesriigis puudub ühtne ja süstemaatiline hasartmängutegevust piirav poliitika, sest liikmesriigis loa alusel tegutsevad hasartmängukorraldajad julgustavad hasartmängudest – nagu näiteks riiklikest sportkivõistlustest ja loteriidest – osa võtma ja teevad neile ka reklaami (televiisioonis, ajalehtedes või ajakirjades), kusjuures reklaam läheb lausa nii kaugele, et lühiajaliselt enne loosimist pakutakse võimalust pilet tagasi müüa („TOI TOI TOI – Glaub’ ans Glück“)?
31. Euroopa Kohtule on märkusi esitanud Ernst Engelmann, Euroopa Ühenduste Komisjon ja Austria, Belgia, Kreeka, Hispaania ning Portugali valitsused. 14. jaanuari 2010. aasta kohtuistungil esitasid oma suulisi märkusi Ernst Engelmanni, komisjoni ning Austria, Belgia, Kreeka ja Portugali valitsuste esindajad.

IV. Õiguslik hinnang

A. Sissejuhatav küsimus: eelotsuse küsimuste vastuvõetavus ja Euroopa Kohtu otsuse võimalik mõju Ernst Engelmanni olukorrale

3. Kas [EÜ] artikleid 43 ja 49 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus õigusnorm, mille kohaselt jagatakse hasartmängude korraldamiseks ja mängukohtade käitamiseks siseriiklikes hasartmängualastes õigusnormides ette nähtud lube 15 aastaks regulatsiooni alusel, mis jätab lubade jagamise menetlusest kõrvale teised ühenduses tegutsevad konkurendid (kes ei ole selle liikmesriigi kodanikud)?
32. Käesolevas kohtuasjas on tõstatatud küsimus Euroopa Kohtule esitatud eelotsuse küsimuste vastuvõetavuse kohta, kuna Euroopa Kohtu antav vastus ei saaks kuidagi mõjutada põhikohtuasja esemeks olevat Ernst Engelmanni õiguslikku olukorda.
33. Mis puudutab esimest eelotsuse küsimust, ja isegi eeldusel, et Euroopa Kohus otsustab, et nõue, mille kohaselt peab äriühingu asukoht olema Austrias, ei ole kooskõlas EÜ

asutamislepinguga, siis fakt on see, et Ernst Engelmann on füüsiline isik. Euroopa Kohtu antav vastus puudutaks teda üksnes siis, kui tal oleks olnud võimalik asutada äriühing Austria seaduste kohaselt (miinimumkapital jms). Teisel eelotsuse küsimusel, mis puudutab hasartmängude reklaamimist, ei ole samuti otsest sidet Ernst Engelmanni olukorra ja põhikohtuasja asjaoludega. Mõlemal juhul tekitab kohtupraktika siiski usaldust eelotsusetaotluse esitanud kohtu vastu, kellel tuleb hinnata, kas otsuse tegemiseks on vaja küsida eelotsust ja kas tema poolt Euroopa Kohtule esitatud eelotsuse küsimustel on asja otsustamisel tähtsust.⁶

tegevusloa puudumine olla sellistele ettevõtjatele karistuste kohaldamise aluseks”.⁸

35. Kui Euroopa Kohus peaks leidma, et loa andmine 15 aastaks ei ole asutamislepinguga kooskõlas, oleks kohtuotsus Placanica jt kaudselt kohaldatav.

34. Tegevuslubade kestust puudutava kolmanda eelotsuse küsimuse asjakohasus on tunduvalt vähem kahtlane ja on otseselt seotud põhikohtuasja asjaoludega. See tuleb 6. märtsi 2007. aasta kohtuotsuse Placanica jt⁷ punktist 63, milles Euroopa Kohus leidis, et „olukorras, kus ettevõtjatelt ebaseaduslikult võeti võimalus osaleda viimasel tegevuslubade enampakkumisel, ei saa

36. Nimetatud kohtupraktika tõttu tuleb vastata ka küsimusele, mida eelotsusetaotluse esitanud kohus ei esitanud, vaid mis tõusetus Euroopa Kohtu menetluses ja mis võib mõjutada põhikohtuasja tulemust: küsimus puudutab kasiinode käitamise tegevuslubade uuendamise läbipaistvuse väidetavat puudumist.

6 – Vt 13. märtsi 2001. aasta otsus kohtuasjas C-379/98: Preussen Elektra (EKL 2001, lk I-2099, punkt 38); 22. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-18/01: Korhonen jt (EKL 2003, lk I-5321, punkt 19), ja 19. aprilli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-295/05: Asemfo (EKL 2007, lk I-2999, punkt 30).

7 – Liidetud kohtuasjad C-338/04, C-359/04 ja C-360/04 (EKL 2007, lk I-1891).

8 – Kohtuotsuses Placanica jt viitas Euroopa Kohus sportkihlvedude korraldamise tegevuslubade andmise läbipaistvuse puudumisele olukorras, kus mängu korraldav ettevõtja on seda luba taotlenud. Kohtuotsuse järgi kaasneb sama tagajärg politsei antava loa puudumisel, mida vahendaja (Placanica) vajas, kuid milleks ta ei olnud taotlust esitanud. Euroopa Kohus märkis punktis 67, et „politsei loa puudumist ei saa ette heita sellistele isikutele nagu põhikohtuasjas süüdistatavad, kes ei saanud selliseid lube hankida seetõttu, et niisuguse loa andmine eeldas tegevusluba, mida nimetatud isikud ei saanud omada vastuolu tõttu ühenduse õigusega”. Asjaomase isiku tegevusetus ei takistanud ka kohtuasjas Gottwald esitatud eelotsuse küsimuste vastuvõetavusega nõustumist (1. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-103/08, EKL 2009, lk I-9117, punkt 18; vt ka minu 30. aprilli 2009. aasta ettepanek selles kohtuasjas, ettepaneku punkt 29).

B. Esimene eelotsuse küsimus

37. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib esimese küsimusega teada sisuliselt seda, kas EÜ artikliga 43 on vastuolus liikmesriigi õigusnormid, mille kohaselt saab mängukohades hasartmänge korraldada üksnes akt-siaseltsi vormis tegutsev äriühing, mis asub selle liikmesriigi territooriumil, nii et need õigusnormid sätestavad kohustuse asutada või omandada selline äriühing selles liikmesriigis.

40. Austria valitsus väidab, et siseriiklike õigusnormidega kehtestatud nõuded loaomani-kuks oleva äriühingu asukohale ja õiguslikule vormile on vältimatult vajalikud, et tagada tema tegevuse tõhus kontroll. Austria valit-sus täpsustab muu hulgas, et nende seadus ei nõua, et äriühingu asukoht oleks Austria ter-ritooriumil äriühingu kandidatuuri esitamise ja selle läbivaatamise faasis.

41. Portugali valitsus leiab omalt poolt, et eelotsusetaotlus ei sisalda piisavalt teavet, mis võimaldaks esimesele eelotsuse küsi-musele vastata, mistõttu on see küsimus vastuvõetamatu.

1. Poolte põhiargumendid

38. Nii komisjoni kui Ernst Engelmanni arva-tes tuleb sellele küsimusele tingimata vastata jaatavalt. Komisjon siiski täpsustab, et ülekaa-lukas üldine huvi, nagu võlausaldajate kaitse, võib kokkuvõttes õigustada kapitaliühingu vormis tegutsemise nõuet.

2. Hinnang

39. Austria, Belgia, Kreeka ja Hispaania va-litsus väidavad aga, et isegi kui Austria õigus-normid peaks endast kujutama asutamisva-baduse piirangut, võib seda õigustada üldine huvi ja piirang võib olla proportsionaalne.

a) Eelmärkus asutamisvabadusele tuginemise kohta

42. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul on kahtlusi selle osas, kas asutamisvabaduse-ga (EÜ artikkel 43) on kooskõlas föderaalse hasartmänguseaduse § 21, mille kohaselt

peavad kasiinode tegevuslubade omajad olema aktsiaseltsid, millel on nõukogu ja mille asukoht on Austrias.

43. Selle küsimuse esmakordsel lugemisel võiks arvata, et antud juhul on kõne all pigem teenuste osutamise vabadus (EÜ artikkel 49), kuna äriühingud, mille puhul võib välistada sedalaadi tegevuslubade andmise, on sellised, kelle asukoht ei ole teenuste osutamise sihtriigis. Kohtuasja asjaolude põhjalikum uurimine kohtupraktika valguses võimaldab järeldada, et Landesgericht Linzi lähenemine on õige.

44. Kuna kohtupraktika on selgelt piiranud nende kahe põhivabaduse kohaldamisala, on võtmeküsimuseks, kas ettevõtja pakkus oma teenuseid „püsivalt ja kestvalt” teenuste saamise liikmesriigis asuvast tegevuskohast või teises liikmesriigis asuvast tegevuskohast. Esimesel juhul kuulub ettevõtja asutamisevabaduse kohaldamisalasse, teisel juhul on ta piiriülene teenuste osutaja ja kuulub seega teenuste osutamise vabaduse kohaldamisalasse.⁹

45. EÜ artikli 43 valguses tuleb mõistet „tegevuskoht” tõlgendada laiemalt tähenduses, mis hõlmab mitte üksnes ettevõtja peamist füüsilist tegevuskohta, vaid ka võimalikke teisi tegevuskohti. Nagu Euroopa Kohus eespool viidatud kohtuotsuses Gebhard otseõnu märkis, „juriidilise isiku võib asutada asutamislepingu mõttes rohkem kui ühes liikmesriigis ja seda eelkõige äriühingute puhul edasimüüjate, filiaalide või tütarettevõtjate asutamisega ning, nagu Euroopa Kohus märkis vaba elukutse esindajate kohta, teise tegevuskoha loomisega” (punkt 24).¹⁰

46. Järelikult põhineb EÜ artikli 43 sisu „tegelikul majandustegevusel teises liikmesriigis asuva püsiva tegevuskoha kaudu määramata aja jooksul”.¹¹

47. Antud kohtuasjas takistab Austria hartsartmänguseadus teistes liikmesriikides asutatud äriühingutel asuda tegutsema Austrias, keelates neil avada kasiino käitamiseks püsiv tegevuskoht võimaliku tegevusloa kehtivuse ajaks. Nagu komisjon menetlusse astuja seisukohas väitis, kuivõrd eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimus on seotud üksnes

9 – Vt 4. detsembri 1986. aasta otsus kohtuasjas 205/84: komisjon vs. Saksamaa (EKL 1986, lk 3755, punkt 21); 30. novembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-55/94: Gebhard (EKL 1995, lk I-4165, punkt 22), ja 29. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas C-171/02: komisjon vs. Portugal (EKL 2004, lk I-5645, punktid 24 ja 25).

10 – Vt selle kohta ka 12. juuli 1984. aasta otsus kohtuasjas 107/83: Klopp (EKL 1984, lk 2971, punkt 19), ja 6. juuni 1996. aasta otsus kohtuasjas C-101/94: komisjon vs. Itaalia (EKL 1996, lk I-2691, punkt 12).

11 – 25. juuli 1991. aasta otsus kohtuasjas C-221/89: Factor-tame jt (EKL 1991, lk I-3905, punkt 20).

„füüsiliselt” tegutsevate kasiinodega, mille majandustegevus toimub tingimata Austrias, kuulub see küsimus EÜ artikli 43 kohaldamisalasse. Väljaspool Austriat asutatud äriühingute puhul on kõne all õigus asutada äriühing Austrias teise tegevuskoha loomise teel.

b) Nõue, mille kohaselt peab asukoht olema Austrias

50. Esmalt uurin nõuet, mille kohaselt peab äriühingu asukoht olema Austrias.

48. Teistes liikmesriikides asutatud ettevõtjatele pandud kohustus asutada äriühing kõigepaalt riigis, kus nad soovivad oma teenuseid pakkuda, tähendaks kahtlemata „eitada teenuste osutamise vabadust”.¹² Euroopa Kohus on aga juba märkinud, et „teenuseid käsitleva peatüki sätted on võrreldes asutamisõigust käsitleva peatüki sätetega teisejärgulised”.¹³

51. Selle nõude tõttu on takistatud igasugune osalemine Austria hasartmänguvaldkonnas teises liikmesriigis asutatud äriühingutel, kes soovivad sellel eesmärgil asutada Austrias püsiva tegevuskoha (kas esinduse, tütar-ettevõtja, filiaali või muul kujul). Välismaine äriühing, kes soovib saada Austrias kasiino käitamiseks tegevusluba, peab selles riigis asutama või omandama teise äriühingu ja ei või tegeleda kasiino haldamisega teisest riigist nii, et mängukoht on vaid teisejärguline tegevuskoht. Järelikult, arvestades eespool vaadeldud kohtupraktikat, kujutab taoline nõue endast EÜ artiklis 43 sätestatud asutamisvabaduse piirangut.

49. Landesgericht Linzi esimene küsimus puudutab kahte tingimust, mille hasartmänguseaduse § 21 kehtestab äriühingutele, kes soovivad esitada kandidatuuri kasiino käitamiseks. Esiteks võib tegevuslube anda üksnes aktsiaseltsidele, teiseks peab asjaomane aktsiaselts asuma Austrias. Kuna need nõuded on oma sisult ja ulatuselt väga erinevad, eelistan ma neid analüüsida eraldi.

52. Lisaks on siinkohal tegemist selge näitega nende äriühingute otsesest diskrimineerimisest, kelle asukoht on mõnes teises liikmesriigis.

53. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt sisaldab EÜ artikkel 43 igasuguste piirangute keeldu, mis muudavad asutamisvabaduse kasutamise vähem huvipakkuvaks, kuivõrd kõige karmimad piirangud on diskrimineerivad meetmed.

12 – Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsused komisjon vs. Saksamaa, punkt 52; komisjon vs. Itaalia, punkt 31, ja 9. juuli 1997. aasta otsus kohtuasjas C-222/95: Parodi (EKL 1997, lk I-3899, punkt 31). Kõik need otsused viitavad siiski kohustusele avada püsiv tegevuskoht selliste piiriüleste teenuste osutamiseks, millal, nagu teatavate finantsteenuste puhul, see ei ole nõutav.

13 – Eespool viidatud kohtuotsus Gebhard, punkt 22.

54. EÜ artikli 48 kohaselt hõlmab EÜ artikliga 43 tagatud asutamisvabadus äriühingute, mis on asutatud vastavalt mõne liikmesriigi seadusele ja millel on ühenduse piires registrijärgne asukoht, juhatuse asukoht või peamine tegevuskoht, õigust tegutseda vastavas liikmesriigis tütarettevõtja, filiaali või esinduse kaudu. Äriühingute asukoht eespool viidatud mõttes omab tähtsust selle määramisel, millise liikmesriigi õiguskorrale nad alluvad, nagu seda tehakse füüsiliste isikute puhul kodakondsuse alusel. Järelikult, kui lubada, et asukohajärgne liikmesriik võiks äriühinguid kohelda erinevalt vaid seetõttu, et äriühingu asukoht on teises liikmesriigis, muutuks nimetatud säte sisutühjaks.¹⁴

55. Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb veel, et võrdse kohtlemise reeglid keelavad mitte ainult avaliku diskrimineerimise kodakondsuse alusel, või äriühingute puhul nende asukoha alusel, vaid ka igasuguse varjatud diskrimineerimise, millega kaasneb teisi eristamiskriteeriume kohaldades tegelikult sama tulemus.¹⁵

56. Antud juhul toovad Austria hasartmängualased õigusnormid kaasa otsese diskrimineerimise, kuna keelavad teises liikmesriigis asuval äriühingul saada kasiino käitamiseks tegevusluba.

57. „Otsese diskrimineerimise” määramine ei ole ilmtingimata neutraalne: nagu teada võib diskrimineerivaid meetmeid õigustada vaid üks EÜ artiklites 45 ja 46 sõnaselgelt nimetatud erand, samas kui mittediskrimineerivaid piiranguid ja kaudselt diskrimineerivaid piiranguid võivad õigustada „ülekaaluka üldise huviga seotud põhjused”, mis on kindlasti tunduvalt ulatuslikum mõiste.¹⁶

58. EÜ artiklites 45 ja 46 märgitud erandite hulgas on üksnes EÜ artiklis 46 sätestatud avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervisega seotud põhjused need, millele võib käesolevas asjas tugineda.

59. Nagu igasuguse erinormi puhul on Euroopa Kohus alati tõlgendanud EÜ artiklit 46 kitsalt. Sellele õigustusele tuginemine eeldab

14 – Vt 28. jaanuari 1986. aasta otsus kohtuasjas 270/83: komisjon vs. Prantsusmaa (EKL 1986, lk 273, punkt 18), ja 13. juuli 1993. aasta otsus kohtuasjas C-330/91: Commerzbank (EKL 1993, lk I-4017, punkt 13).

15 – Eespool viidatud kohtuotsus Commerzbank, punkt 14, ja 12. aprilli 1994. aasta otsus kohtuasjas C-1/93: Halliburton Services (EKL 1994, lk I-1137, punkt 15).

16 – Vt 29. mai 2001. aasta otsus kohtuasjas C-263/99: komisjon vs. Itaalia (EKL 2001, lk I-4195, punkt 15); 17. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-79/01: Payroll jt (EKL 2002, lk I-8923, punkt 28), ja 30. märtsi 2006. aasta otsus kohtuasjas C-451/03: Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (EKL 2006, lk I-2941, punktid 36 et 37).

tegeliku ja piisavalt tõsise ohu olemasolu ühiskonna põhihuvile.¹⁷

60. Vastupidiselt Austria valitsuse seisukohale ei saa väita, et sedalaadi oht, juhul kui vaidluslust õigusnormi ei eksisteeriks, tuleb sellest, et Austria ametivõimudel on võimatu teostada tõhusat järelevalvet välismaise hasartmängudega tegeleva ettevõtja üle, kelle asukoht on teises liikmesriigis. Järelevalvet võib teostada ühes liikmesriigis asutatud mis tahes ettevõtjate üle ning neile võib määrata karistusi sõltumata nende juhatuse asukohast. Samuti võib võimaliku rahalise karistuse tasumise tagamiseks ette näha eelneva kautsjoni.¹⁸

61. Austria valitsus tugineb ka Euroopa Kohutu praktikale hasartmängude valdkonnas, mis annab liikmesriikidele „piisava kaalutusõiguse, et määratleda tarbijakaitse ja avaliku korra tagamise nõuded” vastavalt oma

väärtusteskaalale.¹⁹ Samas on sel kaalutusõigusel tegelikud piirid. Esimene neist põhineb just igasuguste diskrimineerivate meetmete keelamisel. Seetõttu ei ole Austria valitsuse argument antud juhul asjakohane.

62. Austria valitsus väidab viimasena, et hasartmänguseaduse § 21 ei nõua tegevusluba taotlevalt äriühingult, et viimase asukoht oleks tema territooriumil taotluse läbivaatamise faasis ning et kõnealust nõuet kohaldatakse üksnes valitud kandidaatidele ning tegevusloa kehtivuse ajaks. Seega on Austria valitsuse arvates tegemist kohase meetmega. Need argumendid ei ole siiski põhjendatud. Esiteks seetõttu, et õigusaktid võivad heidutada teistes liikmesriikides asutatud äriühinguid oma kandidatuuri esitamast Austrias asutamise ja sisseeadmisega kaasnevate kulude tõttu, mida nad peavad tasuma juhul, kui nad osutuvad valituks. Teiseks aga igal juhul seetõttu, et välismaiste ettevõtjate diskrimineerimine on üsna selge alates tegevusloa andmise hetkest ning diskrimineeriva meetme võimalik „proportsionaalsus” seda ei muuda.

17 – Vt 27. oktoobri 1977. aasta otsus kohtuasjas 30/77: Boucheau (EKL 1977, lk 1999, punkt 35), ja 29. oktoobri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-114/97: komisjon vs. Hispaania (EKL 1998, lk I-6717, punkt 46).

18 – Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus komisjon vs. Hispaania, punkt 47.

19 – Vt 24. märtsi 1994. aasta otsus kohtuasjas C-275/92: Schindler (EKL 1994, lk I-1039, punktid 32 ja 61); 21. septembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-124/97: Läära (EKL 1999, lk I-6067, punkt 14); 21. oktoobri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-67/98: Zenatti (EKL 1999, lk I-7289, punkt 15); 6. novembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-243/01: Gambelli jt (EKL 2003, lk I-13031, punkt 63); eespool viidatud kohtuotsus Placanica jt, punkt 47, ja 8. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-42/07: Liga Portuguesa de Futebol Profissional (EKL 2009, lk I-7633, punkt 57).

c) Nõue, et äriühing peab olema asutatud aktsiaseltsina

on asutamisevabaduse piiranguga, võib seda õigustada üldise huvi eesmärkidega.

63. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib Euroopa Kohtult, kas kasiino tegevusloa omajale pandud kohustus, et äriühing peab olema asutatud aktsiaseltsina, on kooskõlas EÜ artikliga 43.

64. See tingimus takistab oma olemuselt ühenduse ettevõtjatel – nii Austria kui teiste liikmesriikide omi – kes on füüsilised isikud, luua Austrias sel eesmärgil teine tegevuskoht. Järelikult on tegemist asutamisevabaduse piiranguga.²⁰

65. Sellegipoolest ei ole konkreetse õigusliku vormi nõue, erinevalt eelnevalt käsitletud kodakondsuse tingimusest, olemuselt diskrimineeriv, kuna seda kohaldatakse vahet tegemata nii Austria kui teiste liikmesriikide kodanikele. Järelikult, ja isegi juhul, kui tegemist

66. Täpsemalt öeldes võib neid piiranguid õigustada ülekaalukast üldisest huvist tulenevate põhjustega, kui need on seatud eesmärgi saavutamiseks sobivad ega lähe kaugemale sellest, mis on vajalik eesmärgi saavutamiseks. Nagu juba öeldud tuleb neid igal juhul kohaldada mittediskrimineerivalt.²¹

67. „Ülekaalukast üldisest huvist tulenevate põhjuste” hulgas, mille osas Euroopa Kohus on leidnud, et nendega võib antud piiranguid õigustada, on ka tarbijakaitse, pettuse vältimine ja kodanike mängude peale liigselt kulutamisele õhutamise vältimine. Austria valitsus viitab siinkohal „riigi tõhusa järelevalve eesmärgile” sedavõrd tundlikus valdkonnas nagu hasartmängud. Tema ülesanne on tõendada eelotsusetaotluse esitanud kohtus, et nõue, mille kohaselt kasiino tegevusloa omaja peab olema aktsiaselts, on sobilik selle eesmärgi saavutamiseks, et selle puhul on tegu kohase lahendusega ning et kõnealust eesmärki ei ole võimalik saavutada, kui looamanik valib teistsuguse õigusliku vormi.

20 – Vt selle kohta seoses eraturvateenustega eespool viidatud kohtuotsus komisjon vs. Portugal, punkt 42, ja 26. jaanuari 2006. aasta otsus kohtuasjas C-514/03: komisjon vs. Hispaania (EKL 2006, lk I-963, punkt 31). Hasartmänguvaldkonna kohta vt eespool viidatud kohtuotsus Gambelli jt, milles Euroopa Kohus leidis, et kapitaliühingutena asutatud ettevõtjatele, kelle aktsiad on noteeritud reguleeritud turudel, võimaluse välistamine saada tegevusluba „kujutab esmapilgul asutamisevabaduse piirangut ja seda isegi siis, kui asjaomast piirangut kohaldatakse võrdselt kõikide kapitaliühingute suhtes, kes võivad olla sellistest tegevuslubadest huvitatud, sõltumata sellest, kas nad on asutatud Itaalias või mõnes muus liikmesriigis” (punkt 48).

21 – Vt muu hulgas eespool viidatud kohtuotsus Gambelli jt, punkt 65.

68. Selles küsimus jagan ma komisjoni arvamust, mille kohaselt „miinimumkapitali määramine, mida äriühinguid puudutavad [ühenduse] õigusaktid aktsiaseltsidelt nõuavad, võib täita sotsiaalse kaitse eesmärki, kuna see kujutab endast teatavat usaldusväärsuse garantiid ja tagab majandustehingute teostamise raames võlausaldajate teatava kaitse”. Siiski kuulub eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesannete hulka hinnata, kas see asutamisvabaduse piirang, mille Austria seadus kehtestas kõnealuses põhikohtuasjas, vastab eespool nimetatud tingimustele.

sportkõhvedudest ja riiklikest loteriidest – osa võtma ja teevad neile ka reklaami televisioonis, ajalehtedes ja ajakirjades.”

1. Poolte põhjargumendid

C. Teine eelotsuse küsimus

69. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas EÜ artiklid 43 ja 49 keelavad täielikult riigi hasartmängumonopoli teatavate mängude puhul, mida harrastatakse mängukohtades, kui asjaomases liikmesriigis puudub ühtne ja süstemaatiline hasartmängutegevust piirav poliitika. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et ühtse poliitika puudumine tuleneb sellest, et „liikmesriigis loa alusel tegutsevad hasartmängukorraldajad julgustavad hasartmängudest – nagu näiteks

70. Ernst Engelmann väidab, et Austria poliitika hasartmängude valdkonnas ei ole ühtne ja väidab selle tõestuseks, et mängude pakumine monopolide poolt ning nende reklaamikulud on viimastel aastatel üha suurenenud. Austria valitsus seevastu leiab, et suurenenemine vastab „kontrollitud laienemise” soovile, et pakkuda üheaegselt usaldusväärsust ja atraktiivset lahendust keelatud tegevustele; Austria valitsus väidab lisaks, et üksainus sobimatu reklaamitegevus (millele tundub viitavat ka eelotsusetaotluse esitanud kohus) ei ohusta tegevuslubade süsteemi ühtsust.

71. Belgia, Kreeka ja Portugali valitsus, tuginedes eespool viidatud kohtuotsusele Placanica jt, märgivad, et teatavat liiki reklaamitegemine hasartmängualastele teenustele ei tähenda üksi seda, nagu riigi poliitika selles valdkonnas ei oleks ühtne EÜ artiklite 43 ja 49 mõttes.

72. Komisjon täpsustab samuti, et mängupoliitika ühtsuse ja süstemaatilisuse hindamiseks tuleb eelkõige arvesse võtta monopolide toote- ja reklaamistrateegiat selles valdkonnas, samuti kasutuselolevaid kontrollimehhanisme.

76. Teiseks tuleb välja selgitada, kas loteriide tegevuslubade omajate tehtavast reklaamist põhjustatud võimalik vastuolulisus võib küsitavaks muuta ühtsuse ja seega, sellise otsuse kokkusobivuse asutamislepinguga, millega allutatakse muud mängud, näiteks kasiinodes mängitavad mängud, monopoliseeritud süsteemile – see on küsimus valdkonna analüüsi kohta.

2. Hinnang

a) Küsimus reklaami kohta

73. Eelotsusetaotluse esitanud kohus tõstatatud küsimuse lähtepunktiks on liikmesriigi hasartmängupoliitika üldise ühtsuse hindamine. Eelotsusetaotluse esitanud kohus annab mõista, et riigi kasiinomonopol on asutamislepinguga kokkusobimatu seetõttu, et teiste, samuti monopoliseeritud mängude (nagu loteriid) tegevuslubade omanikud teevad oma toodetele reklaami.

77. Vaataks kõigepealt, kas reklaam ja monopol võivad koos eksisteerida asutamislepingut rikkumata.

78. Sellise piirava meetme nagu hasartmängumonopoli ühtsuse ja proportsionaalsuse uurimine on ilmselgelt ulatuslik küsimus ja eeldab ennekõike piiravate õigusnormidega taotletavate eesmärkide kindlaks määramist.

74. Vastus eeldab põhjendamist kahes osas.

75. Esiteks tuleb uurida, millises ulatuses on võimalik teha reklaami mängudele, mis kuuluvad monopoliseeritud süsteemi, kahjustamata sealjuures hasartmängupoliitika ühtsust – see on küsimus reklaami kohta.

79. Antud asjas on meil nende eesmärkide kohta üksnes viited. Hasartmänguseaduse ettevalmistavatest materjalidest nähtub, et seadusandjal oli üheaegselt kaks eesmärki, nimelt seadustada hasartmängud ja seeläbi vältida mängijate pöördumist ebaseaduslike hasartmängude poole ning samal ajal teostada mängimise üle järelevalvet ja kaitsta mängijaid.

80. Ettevalmistavatest materjalidest nähtub, et seadusandjal oli lisaks nimetatud kahele eesmärgile ka maksualane eesmärk. Ernst Engelmänn väidab, et Austria poliitika selles valdkonnas ei ole ühtne, kuna monopolide põhieesmärk on koguda riigile maksutuluseid. Kuna eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimus siiski antud teemat otseselt ei puuduta, märgiks ma üksnes seda, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on sedalaadi eesmärk „üksnes kehtestatud piirangulise poliitika täiendav kasulik tagajärg ja mitte selle tegelik õigustus.”²² Siseriiklik kohus peab kindlaks määrama, milline on hasartmänguseaduse §-de 14 ja 21 ulatus, kui nad annavad tegevuslubade saamise eelise kandidaadile, kes on esitanud suuremate tulude saamist võimaldava pakkumise. Kui maksualane eesmärk osutub põhieesmärgiks, on monopolide süsteem, koos reklaamiga või ilma selleta, ühenduse õigusega vastuolus.

81. Alustagem seega „suunamise” eesmärgist, mida Austria seaduse ettevalmistavates materjalides on nimetatud esmajärjekorras. Tegemist on pettuse ja kuritegevuse vastase võitlusega antud valdkonnas, mis suunab mängunõudluse riigi poolt kontrollitud pakumisele, mille üle riik teostab järelevalvet.

82. Euroopa Kohus on juba teinud otsuse mängunõudluse „suunamise” eesmärgi ja

teatava reklaamitegevuse vahelise kooskõla üle. Eespool viidatud kohtuotsuses Placencia jt otsustas kohus, et „hasartmängusektori kontrollitud laienemise poliitika võib olla kooskõlas eesmärgiga juhtida keelatud salajastes mängudes ja kihlvedudes osalevad mängijad lubatud ja seaduslike tegevuste juurde. Selle eesmärgi saavutamiseks [...] peavad lubatud ettevõtjad kujutama endast usaldusväärset ja samal ajal atraktiivset alternatiivi keelatud tegevusele, mis võib omakorda tekitada vajaduse erinevate mängude suurema pakkumise, mahukama reklaami ja uute levitusvõtete järele” (punkt 55).

83. See põhimõte on niisiis juba kohtupraktikas tõstatatud.²³ Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab kindlaks tegema, kas riikliku tegevusloa omajate mängupakkumisel ja nende tehtaval reklaamil on kohane ulatus, et luua „atraktiivne” alternatiiv keelatud hasartmängudele, samas ülemäära suurendamata nõudlust hasartmängude järele, mis oleks vastuolus mängija individuaalse kaitse eesmärgiga, mis on samuti seaduse ettevalmistavates materjalides märgitud. Mängude

22 – Eespool viidatud kohtuotsused Zenatti, punkt 36, ja Gambelli jt, punkt 62.

23 – Teistsugune olukord valitseks siis, kui vaidlusaluse piirangu eesmärk oleks mänguvõimaluste vähendamine, kuid seda eesmärki ei ole kuni käesoleva ajani reklaamitegevusega vastandatud. Igal juhul teeb Euroopa Kohus lähiajal samalaadse otsuse pooleliolevates liidetud kohtuasjades C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 ja C-410/07: Markus Stoß jt. Austria õigusaktides ei tundu sellega tegemist olevat, kuna ettevalmistavates materjalides on üksnes üldsõnaliselt mainitud seaduslike mängude järelevalve, mille põhieesmärk on kaitsta üksikisikut mängijat.

reklaam ja laiendamine peavad kokkuvõttes olema proportsioonis.

huvides on ebaproportsionaalset ja liialdatud reklaami tehtud.

84. Selles punktis ma nõustun komisjoni kirjalikes märkustes esitatud arvamusega, mille kohaselt „peab siseriiklik kohus reklaami puhul kontrollima ka seda, kas monopoli omaniku asjaomaste strateegiate eesmärk on tööpoolest üksnes teavitada potentsiaalseid kliente toodete olemasolust ja kas need tagavad reguleeritud juurdepääsu hasartmängudele või kas need strateegilised meetmed kutsuvad üles ja ergutavad nimetatud mängudes aktiivselt osalema”.

87. Nagu väljakujunenud kohtupraktikas on rõhutatud, kui „liikmesriigid on vabad määrama kindlaks oma hasartmängualase poliitika eesmärgid ja vajaduse korral täpselt määratleva soovitud kaitse taseme”²⁴, tuleb kehtestatavate piirangute sobivust analüüsida üksikult ilma mängude omavaheliste mõjudeta.

85. Austria valitsus märkis oma vastuses siiski asjakohaselt, et „individuaalne reklaam ei või kahjustada riikliku kaitsesüsteemi õiguspärasust, isegi kui see peaks sellisena olema liialdatud.” Minu hinnangul peaks eelotsuse taotluse esitanud kohus uurima vaidlusaluse piirangu ühtsust loaomanike reklaamistrateegia valguses, võttes samas arvesse ka riigipoolse kontrolli tõhusust selle kaubandustegevuse üle.

88. Euroopa Kohus märkis oma otsuses Placanica jt sõnaselgelt, et ühtsuse ja proportsionaalsuse osas tuleb „iga siseriiklike õigusnormidega kehtestatud piirangut uurida eraldi”.²⁵ Seetõttu on kahe erineva hasartmängumonopoli, nagu loteriide ja kasiinos harrastavate mängude, ühine uurimine välistatud.

b) Küsimus valdkonna analüüsi kohta

89. Lisaks on iga mäng teisest erinev. Üks hasartmänguvaldkond võib olla pettusteks või kriminaalseks tegevuseks tunduvalt sobilikum, samas kui teine võib olla ohtlikum sõltuvuse tekkimise seisukohast. Erinevaid valdkondi ei saa seega käsitleda ühtemoodi

86. Minu arvates puudutab võimalik ühtsuse puudumine igal juhul üksnes monopoli, kelle

²⁴ – Eespool viidatud kohtuotsus Placanica jt, punkt 48.

²⁵ – Eespool viidatud kohtuotsus Placanica jt, punkt 49.

ja liikmesriigi ülesanne on oma otsust põhjendada.

90. Liikmesriigil on seega vabadus kohelda kahte mängumonopoli erinevalt, nii nagu ta võib keelata osade alkoholsete jookide reklaami televisioonis ja teiste oma mitte.²⁶

91. Valdkonna analüüs on kokkusobimatu kohtuistungil esitatud Austria valitsuse argumendiga, mille kohaselt aitab vähem ohtlikele mängudele nagu loteriid tehtav ulatuslikum reklaam kaasa eesmärgile suunata mängijaid harrastama nimetatud mängu ja hoidma neid eemale teistest, suuremat sõltuvust tekitavatest mängudest, mida harrastatakse kasiinodes.

jäetakse kõrvale kandidaadid, kellel puudub selle liikmesriigi kodakondsus, on vastuolus EÜ artiklitega 43 ja 49. Tegevuslubade kestuse osas viitab Ernst Engelmann sellele, et Austria õigusnormidega taotletav esmane eesmärk on maksualane, ja iseäranis hasartmänguseaduse artikli 14 lõikele 5 ja artikli 21 lõigetele 4 ja 5, mis sätestavad, et kui mitu äriühingut esitavad tegevusloa saamise taotluse üheaegselt, antakse tegevusluba sellele, kellelt on oodata suurimat võimalikku maksutululu.

93. Belgia ja Austria valitsus ning komisjon teevad ettepaneku anda üksikasjalikum vastus kolmandale eelotsuse küsimusele, mis eristab esiteks mittekodanike kõrvalejätmist hankest ja teiseks tegevuslubade kestust.

D. Kolmas eelotsuse küsimus

1. Poolte põhiargumendid

92. Ernst Engelmann väidab kolmanda eelotsuse küsimuse kohta, et nii tegevusloa andmine 15 aastaks kui asjaolu, et hankest

94. Kõigepealt, mis puudutab nende kandidaatide kõrvalejätmist, kellel ei ole vastava liikmesriigi kodakondsust, siis nii komisjon kui Belgia valitsus märgivad, et selline diskrimineeriv säte on vastuolus EÜ artiklitega 43 ja 49. Austria valitsus väidab, et Austria õigusnormid ei jäta tegevuslubade andmise menetlusest kõrvale potentsiaalseid kandidaate, kelle asukoht on teises liikmesriigis, kuna kandidaadi õiguslikku vormi ja asukohata puudutavad nõuded ei pea olema täidetud tegevusloa saamiseks kandidatuuri esitamise

26 – Vt selle kohta 13. juuli 2004. aasta otsus kohtuasjas C-262/02: komisjon vs. Prantsusmaa (EKL 2004, lk I-6569).

faasis. Portugali valitsus väidab aga, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei sisalda asutamisleping, mis küll keelab diskrimineerimise, ühtki kohustust kohelda välismaiseid teenuse pakkujaid soodsamalt kui selle liikmesriigi kodanikke, kus teenuseid pakutakse.

selle liikmesriigi kodakondsust, on asutamislepinguga kooskõlas.

95. Mis puudutab tegevuslubade kestust, siis on nii komisjon kui Austria valitsus seisukohal, et arvestades loaomanike tehtavaid investeeringuid, on selle piiramine 15 aastaga mõistlik ja proportsionaalne. Seega võib selline säte nende arvates kujutada endast õigustatud piirangut EÜ artiklite 43 ja 49 tähenduses.

97. Minu silmis ei keela miski esiteks kehtestada hasartmänguvaldkonnas tegevuslubade kestuseks 15 aastat. Tegevuslubade kestusele ajalise piirangu kehtestamine on vältimatult vajalik selleks, et tagada keskmise tähtajaga teatav avatus konkurentsile. Samal ajal ei tundu tähtaeg 15 aastat ülemäära pikk arvestades investeeringute mahtu, mida sedalaadi tegevus hõlmab. Liiga lühike tähtaeg sunniks loaomanikke teostama agressiivset kaubanduspoliitikat, mis ei oleks kooskõlas üldise huvi eesmärkidega. Järelikult on tegemist mittediskrimineeriva, ühtse ja proportsionaalse piiranguga.

2. Hinnang

98. Ernst Engelmann kinnitas selle küsimuse kohta lisaks, et hasartmängu tegevuslube Austrias „anti CASAG-ile ja ÖLG-le kinnises menetluses”, vihjates, et Austria ametivõimud uuendasid tegevuslubade tähtaega enne nende kehtivuse lõppemist, et vältida hanke korraldamist ning võttes seeläbi teistelt ettevõtjatelt võimaluse tegevusluba saada.

96. Eelotsusetaotluse esitanud kohus palub oma kolmandas ja viimases küsimuses Euroopa Kohtult hinnangut selle kohta, kas siseriiklikud õigusaktid, mille kohaselt on hasartmängude korraldamiseks ja kasiinode käitamiseks ette nähtud lubade kestus 15 aastat ja mis jätavad lubade jagamise menetlusest kõrvale ühenduse kandidaadid, kellel ei ole

99. Austria valitsus, kellele kohtuistungil esitati sellekohane küsimus, seda ei eitanud, vaid kinnitas, et kasiinode käitamise tegevuslube pikendati 22 aastani eelneva teavitusega.

100. Väljakujunenud kohtupraktika järgi tuleb läbipaistvuse põhimõtte kohaselt „tagada piisava teabe avaldamine kõigile potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab teenuste kontsessiooni avamist konkurentsile ning samuti hankemenetluse erapooletuse kontrolli”.²⁷

102. Teiseks väljendab eelotsusetaotluse esitanud kohus taas oma muret seoses hasartmängu tegevuslubade andmise eeskirjade võimaliku diskrimineeriva ulatuse üle. Landesgericht Linz viitab siinkohal hankemenetluse ajal mittekodanike väidetavale kõrvalejätmisele (mida Austria valitsus eitab), samal ajal kui esimene eelotsuse küsimus puudutab nende tegevuslubade tõttu käitamisest kõrvalejätmist.

101. Järelikult, kui peaks selguma, et kõnealuste tegevuslubade pikendamine toimus ilma teavituse ja konkurentsile avamata, võisid Austria ametivõimud seda õigustada üksnes tuginedes EÜ artiklite 45 ja 46 kohastele erimeetmetele või siis ülekaalukast üldisest huvist tulenevatele põhjustele tingimusel, et läbipaistvuse puudumine on kohane meede kõnealuse üldise huvi eesmärgi saavutamiseks ja et see ei läheks kaugemale kui selle eesmärgi saavutamiseks vajalik.²⁸

27 – 7. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-324/98: Teleaustria ja Telefonadress (EKL 2000, lk I-10745, punktid 61 ja 62), ja 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen (EKL 2005, lk I-8585, punkt 49).

28 – Eelotsusetaotluse esitanud kohus võiks juhinduda 13. septembri 2007. aasta otsusest kohtuasjas C-260/04: komisjon vs. Itaalia (EKL 2007, lk I-7083), kuigi see puudutab liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi ja teistsuguseid asjaolusid. Nimetatud kohtuasjas leidis Euroopa Kohus, et EÜ artiklitega 43 ja 49 on vastuolus 329 hobuste võiduajamiste totalisaatorite panuste kogumise kontsessiooni uuendamine pakkumismenetlust korraldamata. Euroopa Kohus täpsustas, et uuendamist ei õigusta vajadus vähendada eelkõige panuste pörandaaluse kogumise ja jaotamise atraktiivsust, kui see ei ole sobiv selle eesmärgi saavutamiseks ja läheb kaugemale, kui on vajalik selle vältimiseks, et hobuste võiduajamiste totalisaatorite valdkonnas tegutsevad ettevõtjad osaleks õigusvastases tegevuses või pettustes (punkt 34).

103. Hoolimata sellest asjaolust leian, et sellele küsimusele tuleb anda sama vastus, mille ma andsin esimesele eelotsuse küsimusele, kuna selles sisalduvaid kaalutlusi saab hõlpsasti üle kanda EÜ artikli 49 kohasele võimalikule piirangule. Teiste liikmesriikide kodanikele hankes osalemise keelamine kujutab endast seega teenuste osutamise vabaduse piirangut (kuna menetluses pelgalt osalemiseks ei ole vaja, et teine tegevuskoht asuks kõnealuses riigis) ja tegemist on diskrimineeriva piiranguga, mis ei ole antud asjas õigustatud.

V. Ettepanek

104. Seega teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata esitatud küsimustele järgmiselt:

- „1. EÜ artiklit 43 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus õigusnorm, mille kohaselt saab kasiinos hasartmänge korraldada üksnes aktsiaseltsi vormis tegutsev ettevõte, mis asub selle liikmesriigi territooriumil.
2. Asjaolu, et loa alusel tegutsevad hasartmängukorraldajad julgustavad hasartmängudest osa võtma ja teevad neile reklaami, ei tähenda tingimata, et riiklik hasartmängutegevust piirav poliitika ei oleks kohtupraktika mõttes ühtne. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on kontrollida, kas nimetatud reklaam on kokkusobiv eesmärgiga luua „atraktiivne” alternatiiv keelatud mängudele, samas ülemäära suurendamata nõudlust hasartmängude järele. Igal juhul puudutab ühtsuse puudumine üksnes monopoli, kelle huvides on ebaproportsionaalset ja liialdatud reklaami tehtud.
3. EÜ artiklitega 43 ja 49 on vastuolus õigusnorm, mille kohaselt jagatakse hasartmängude korraldamiseks ja kasiinode pidamiseks siseriiklikus hasartmänguõiguses ette nähtud lube regulatsiooni alusel, mis jätab lubade jagamise menetlusest kõrvale teised ühenduses tegutsevad konkurendid, kes ei ole selle liikmesriigi kodanikud.

EÜ artiklitega 43 ja 49 ei ole vastuolus tegevuslubade kehtivuse piiramine 15 aastaga.”