EUROOPA KOHTU OTSUS (neljas koda)

15. september 2011 *

Kohtuasjas C-347/09,

mille ese on EÜ artikli 234 alusel Bezirksgericht Linz'i (Austria) 10. aprilli 2009. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 31. augustil 2009, kriminaalasjas

Jochen Dickinger'i,

Franz Ömer'i süüdistuses,

EUROOPA KOHUS (neljas koda),

koosseisus: koja esimees J.-C. Bonichot, kohtunikud K. Schiemann (ettekandja), L. Bay Larsen, A. Prechal ja E. Jarašiūnas,

kohtujurist: Y. Bot,
kohtusekretär: ametnik K. Malacek,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

arvestades kirjalikus menetluses ja 27. jaanuari 2011. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

– J. Dickinger ja F. Ömer, esindajad: *Rechtsanwalt* W. Denkmair ja *Rechtsanwalt* O. Plöckinger,

– Austria valitsus, esindajad: C. Pesendorfer ja J. Bauer,

– Belgia valitsus, esindajad: L. Van den Broeck ja M. Jacobs, keda abistasid advokaat A. Hubert ja advokaat P. Vlaemminck,

– Kreeka valitsus, esindajad: E.-M. Mamouna, M. Tassopoulou ja G. Papadaki,

– Malta valitsus, esindajad: A. Buhagiar ja J. Borg,

– Portugali valitsus, esindajad: L. Inez Fernandes ja A. Barros,

– Euroopa Komisjon, esindajad: E. Traversa ja B.-R. Killmann,

olles 31. märtsi 2011. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

1 Eelotsusetaotlus käsitleb seda, kuidas tõlgendada EÜ artikleid 43 ja 49.

2 See taotlus esitati Austria õiguse alusel asutatud äriühingu bet-at-home.com Entertainment GmbH (edaspidi „bet-at-home.com Entertainment") poolt oma juhatajate J. Dickinger ja F. Ömer vastu algatatud kriminaalmenetluste raames, kuna viimased ei järginud Austria seadusandlust hasartmängude korraldamise kohta, täpsemalt seadusandlust, mis puudutab hasartmängude pakkumist internetis.

Õiguslik raamistik

3 Föderaalne hasartmänguseadus (Glücksspielgesetz, *BGBl.* 620/1989) põhikohtuasjas kohaldatavas redaktsioonis (edaspidi „GSpG") sätestab oma §-s 3 „Hasartmängude monopol", et hasartmängude korraldamise õigus kuulub Austriale. GSpG §-d 14 ja 21 sätestavad samaaegselt, et Austria rahandusminister võib anda esiteks loterii ja teiseks

hasartmängude korraldamise kontsessioone. GSpG-d ei kohaldata spordikihlvedude suhtes, mida ei peeta kitsas mõttes hasartmängudeks, välja arvatud ühe totalisaatortüüpi kihlvedude suhtes nimetusega „Toto".

4 Interneti kaudu turustatavad hasartmängud on GSpG § 12a kohaselt samastatud loteriiga ning seetõttu kohaldub nende suhtes pigem loteriid käsitlev kontsessiooni kord kui see kord, mis reguleerib kasiinosid. See § 12a, mis lisati GSpG-sse 1997. aastal (*BGBl.* I, 69/1997), sisaldab järgmist „elektroonilise vahendi abil mängitava loterii" määratlust:

„loterii, mille puhul mänguleping sõlmitakse elektroonilise vahendi abil, otsus võitude ja kaotuste kohta esitatakse või tehakse kättesaadavaks tsentraliseeritult ning osaleja saab tulemuse teada kohe pärast mängust osavõttu".

5 GSpG § 14 lõike 2 kohaselt saab loterii korraldamise kontsessiooni anda üksnes ettevõtjale:

„1. kes on selles riigis asuv kapitaliühing,

2. kellel ei ole valitsevat mõju omavaid omanikke (aktsionäre), kelle mõju ei võimalda tagada usaldusväärsust õigusnormide seisukohalt,

3. kellel on nõukogu ja kellel on vähemalt 109 000 000 euro suurune sissemakstud aktsiakapital, kusjuures vahendite õiguspärane päritolu peab olema asjakohasel viisil tõendatud,

4. kes nimetab ametisse juhatajad, kes on tänu oma väljaõppele ametialaselt pädevad, kellel on tegevuse käitamiseks vajalikud omadused ja kogemused ning kelle suhtes ei kehti ühtegi 1973. aasta käsitööndus-, kaubandus- ja tööstustegevuse seadustiku (Gewerbeordnung 1973) §-is 13 sätestatud välistamise alust […],

5. kellelt võib asjaolusid (eelkõige kogemusi, teadmisi ja omavahendeid) arvesse võttes eeldada Austria valitsusele suurimat maksutulu (kontsessioonimaks ja kihlveomaksud),

6. kelle puhul võimalik kontserni struktuur, kuhu kuulub omanik või omanikud, kellel on ettevõttes oluline osalus, ei sega kontsessionääri tõhusat kontrollimist."

6 GSpG § 14 lõike 3 punkti 1 kohaselt võib kontsessiooni anda maksimaalselt 15 aastaks.

7 GSpG § 14 lõike 5 esimene lause näeb ette, et loterii kontsessiooni kehtimise ajal ei saa anda ühtegi teist kontsessiooni.

8 Juhul kui mitu kandidaati, kes soovivad kontsessiooni saada, vastavad GSpG § 14 lõikes 2 sätestatud tingimustele, siis peab Austria rahandusminister tegema sama paragrahvi lõike 5 teise lause alusel otsuse nimetatud lõike 2 punktis 5 sõnastatud

kriteeriumi alusel ning seega andma kontsessiooni ettevõtjale, kellelt võib eeldada Austria valitsusele suurimat maksutulu.

9 GSpG § 15 lõike 1 kohaselt ei ole kontsessionääril õigust asutada filiaale väljaspool Austria territooriumi. Peale selle peab kontsessionäär teistes äriühingutes oluliste osaluste omandamiseks saama Austria rahandusministri loa. GSpG § 15 a kohaselt on seda luba vaja ka kontsessionääri äritegevuse laiendamiseks ning see luba tuleb anda ainult juhul, kui ei ole põhjust karta kontsessioonimaksust ja kihlveomaksudest Austria valitsusele laekuvate tulude vähenemist.

10 GSpG § 16 paneb kontsessionäärile kohustuse kehtestada talle korraldada antud hasartmängude mängutingimused. Need tingimused, millele peab heakskiidu andma Austria rahandusminister, avaldatakse *Amtsblatt zur Wiener Zeitung*'is ning pannakse tutvumiseks üles kontsessionääri äriruumides ja müügikohtades.

11 Kontsessionäär peab GSpG § 18 lõike 1 kohaselt edastama igal aastal Austria rahandusministrile äriühingu aktsiakapitalis osalevate isikute andmed. Lisaks teostab Austria rahandusminister GSpG § 19 lõike 1 kohaselt kontsessionääri üle järelevalvet. Austria rahandusministril on selleks õigus eelkõige tutvuda kontsessionääri raamatupidamisega ja muude dokumentidega ning ta võib teostada kohapealseid kontrolle või paluda kontrolle teostada raamatupidajatel või teistel ekspertidel. Järelevalve kulud kannab kontsessionäär ning Austria rahandusminister esitab talle iga aasta nende kulude kohta arved.

12 Lisaks näeb GSpG § 19 lõige 2 ette Austria rahandusministri poolt riigi esindaja („Staatskommissär") määramise, kellel on krediidiasutuste seaduse (Kreditwesengesetz, *BGBl.* 63/1979) § 26 alusel õigus osaleda aktsionäride koosolekul ning kõigil kontsessionääri järelevalve nõukogu koosolekutel. Riigi esindaja peab olema kas kohaliku omavalitsuse teenistuja, advokaat või audiitor, kes allub Austria rahandusministrile ning kelle võib iga hetk oma ülesannete täitmiselt tagandada. Riigi esindaja ülesandeks on eelkõige vaidlustada kõik äriühingu organite otsused, mille ta leiab ebaseaduslikud olevat. Sellise vaidlustamise tagajärjel peatub kõne all oleva otsuse mõju kuni pädevate ametiasutuse poolt tehtava otsuseni.

13 GSpG § 19 lõike 3 kohaselt on Austria rahandusministril ja Austria spordiorganisatsioonil mõlemal õigus esitada üks liige kontsessionääri järelevalve nõukogusse.

14 GSpG § 19 lõike 4 kohaselt peab kontsessionäär esitama Austria rahandusministrile iga-aastase bilansi, haldamise aruande, kontserni konsolideeritud bilansi ning neid dokumente puudutavad audiitor-aruanded kuue kuu jooksul asjaomase majandusaasta lõppemisest.

15 GSpG § 17 ja § 20 käsitlevad hasartmängutulu otstarvet. § 17 lõike 3 punkt 6 kehtestab kontsessioonimaksu elektroonilise vahendi abil mängitava loterii suhtes, mille suurus on 24 % iga-aastasest brutotulust pärast väljamakstud võitude mahaarvamist. § 20 kohaselt läheb 3 % loteriituludest – summa, mis ei tohi mingil juhul olla väiksem kui 40 miljonit eurot – spordi edendamiseks.

16 GSpG §-d 21-31 sisaldavad sarnaseid sätteid, mis reguleerivad 12 kontsessiooni andmist kasiinode käitamiseks, kontsessionääri üle järelevalve teostamist ning hasartmängude korraldamist.

17 Hasartmängude korraldamine isiku poolt, kellel ei ole käitamise kontsessiooni, ning sellistel tingimustel korraldatud mängudes kaubanduslik osalemine on Austrias kriminaalkorras karistatav. Austria karistusseadustiku (Strafgesetzbuch, edaspidi „StGB") § 168 lõike 1 kohaselt karistatakse „isikut, kes korraldab hasartmängu, mis on ametlikult keelatud või mille võit ja kaotus sõltub täielikult või suures osas juhusest, või kes toetab kogunemist sellise mängu korraldamiseks, et saada sellest korraldamisest või kogunemisest rahalist kasu endale või kolmandale isikule". Selleks sätestatud karistused on kuni kuuekuuline vanglakaristus või trahv kuni 360 päevamäära.

Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

18 Österreichische Lotterien GmbH (edaspidi „Österreichische Lotterien") on piiratud vastutusega eraõiguslik äriühing. Austria rahandusministri 16. märtsi 1995. aasta otsusega anti talle ainukontsessioon loteriide korraldamiseks Austrias perioodil 1. detsembrist 1994 kuni 31. detsembrini 2004. Pärast seda, kui 1997. aastal lisati GSpG §-ga 12a elektroonilise vahendi abil mängitav loterii, laienes nimetatud äriühingu kontsessioon ka seda tüüpi loteriidele ning Austria rahandusminister pikendas seda kontsessiooni oma 2. oktoobri 1997. aasta otsusega kuni 2012. aastani. Tulenevalt seadusega paika pandud maksimaalsest kontsessiooni kestusest, milleks on 15 aastat, määrati selle kehtivusajaks 1. oktoober 1997 kuni 30. september 2012.

19 Österreichische Lotterieni enamusaktsionär on Casinos Austria AG (edaspidi „Casinos Austria"), kes on eraõiguslik aktsiaselts, kellele kuulub kaksteist GSpG-s sätestatud

kasiinode käitamise kontsessiooni (vt selle kohta 9. septembri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-64/08: Engelmann, EKL 2010, lk I-8219, punktid 13–15). Põhikohtuasja asjaolude asetleidmise ajal kuulus üks kolmandik Casinos Austria sissemakstud aktsiakapitali aktsiatest kaudselt riigile ning ülejäänud aktsiad kuulusid erainvestoritele.

20 Austria kodanikud J. Dickinger ja F. Ömer on rahvusvahelise on-line-mängude kontserni bet-at-home.com asutajad. Selle kontserni emaettevõtja on Saksa õiguse alusel asutatud äriühing bet-at-home.com AG, kelle asukoht on Düsseldorfis (Saksamaa).

21 Austria õiguse alusel asutatud äriühing bet-at-home.com Entertainment, kelle asukoht on Linzis (Austria) ning kes on bet-at-home.com AG üks tütarettevõtjatest, tegutseb „automaatse andmetöötluse ja infotehnoloogia teenuste" valdkonnas. J. Dickinger ja F. Ömer on bet-at-home.com Entertainmenti juhatajad. Sellel äriühingul on Austria õiguse alusel väljastatud kehtiv luba spordikihlvedude vahendamiseks.

22 Bet-at-home.com Entertainmentil on Malta õiguse alusel asutatud tütarettevõtja äriühing bet-at-home.com Holding Ltd, kellel on omakorda kolm tütarettevõtjat, kelleks on Malta õiguse alusel asutatud äriühingud bet-at-home.com Internet Ltd, bet-at-home.com Entertainment Ltd ning bet-at-home.com Internationale Ltd (edaspidi koos „Malta tütarettevõtjad").

23 Kaks Malta tütarettevõtjat pakuvad interneti kaudu veebilehel www.bet-at-home.com hasartmänge ja spordikihlvedusid. Neil on selleks Malta õiguse alusel välja antud kehtiv on-line-hasartmängude korraldamise luba („Class One Remote Gaming License") ja Malta õiguse alusel välja antud kehtiv on-line-spordikihlvedude korraldamise luba („Class Two Remote Gaming License"). Internetilehekülg on kättesaadav hispaania,

saksa, kreeka, inglise, itaalia, ungari, hollandi, poola, sloveeni, vene ja türgi keeles, kuid mitte malta keeles. Sellel veebilehel pakutakse eelkõige selliseid hasartmänge nagu pokker, Black Jack, Baccarat, rulett ja mängud virtuaalsetel mänguautomaatidel. Kõigi nimetatud mängude panused on piiramatud.

24 Internetilehe www.bet-at-home.com käitamise tagavad üksnes Malta tütarettevõtjad, kes korraldavad kõnealuseid mänge ning kellele kuuluvad ka mänguplatvormi käitamiseks vajalikud tarkvara litsentsid.

25 Malta tütarettevõtjad kasutasid vähemalt 2007. aasta detsembrini Linzis asuvat serverit, mille andis nende käsutusse bet-at-home.com Entertainment, kes tagas ka asjaomase internetilehekülje ja mängudeks vajaliku tarkvara hoolduse ning klienditoe.

26 Bet-at-home.com Entertainmenti juhatajate J. Dickingeri ja F. Ömeri suhtes algatati StGB § 168 lõike 1 rikkumise tõttu kriminaalasi. Kriminaalasja algatamise avaldus on sõnastatud järgmiselt:

„[J.] Dickinger ja [F.] Ömer panid […] äriühingu [bet-at-home.com Entertainment] vastutavate isikutena ajavahemikul 1. jaanuarist 2006 kuni käesoleva ajani toime rikkumise, mis seisnes [StGB] § 168 lõikes 1 käsitletud hasartmängude korraldamises [bet-at-home.com Entertainmenti] kasuks, pakkudes interneti kaudu mänge, mille võidud ja kaotused sõltuvad täielikult või suures osas juhusest või mis on sõnaselgelt keelatud […], eelkõige erinevat liiki pokkerid („Texas Hold'em", „Seven Card Stud" jne), Black Jack, Baccarat, rulett ja virtuaalsed „Bendites Manchots" piiramatute limiitidega, ning tekitasid sellega endale või teistele, eelkõige [bet-at home.com Entertainmentile], rahalise eelise."

27 J. Dickinger ja F. Ömer väitsid, et hasartmängude suhtes kohaldatavad siseriiklikud õigusaktid on EÜ artiklite 43 ja 49 seisukohast õigusvastased.

28 Eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtleb, kas StGB sätted koosmõjus põhikohtuasjas kõne all olevate hasartmängude suhtes kehtivate Austria normidega on kooskõlas liidu õigusega, eriti selles osas, et see kvalifitseerib Casinos Austria poolt hasartmängude pakkumise „agressiivseks hasartmängureklaamiks".

29 Neil asjaoludel otsustas Bezirksgericht Linz menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. a) Kas EÜ artikleid 43 ja 49 tuleb tõlgendada nii, et nendega on põhimõtteliselt vastuolus sellised liikmesriigi õigusnormid nagu [GSpG] § 3 koostoimes §-ga 14 jj ning §-ga 21, mille kohaselt:

– loteriide (nt elektroonilise vahendi abil mängitav loterii) korraldamise kontsessioon antakse maksimaalselt 15 aastaks ainult ühele taotlejale, kes peab muu hulgas olema Austrias asuv kapitaliühing, kellel ei tohi olla filiaale väljaspool Austriat, kelle sissemakstud osa- või aktsiakapital peab olema vähemalt 109 000 000 eurot ja kellelt võib kõiki asjaolusid arvesse võttes eeldada Austria valitsusele suurimat maksutulu;

– kasiinode kontsessioon antakse maksimaalselt 15 aastaks ainult kõige rohkem 12 taotlejale, kes peavad muu hulgas olema Austrias asuvad aktsiaseltsid, kellel ei tohi olla filiaale väljaspool Austriat, kelle sissemakstud aktsiakapital peab olema vähemalt 22 000 000 eurot ja kellelt võib kõiki asjaolusid arvesse võttes eeldada kohalikele omavalitsustele suurimat maksutulu?

Need küsimused tulenevad peamiselt sellest, et [Casinos Austria] on kõigi 12 kasiinode kontsessiooni omanik, mis anti maksimaalselt 15 aastaks 18. detsembril 1991 ja mida pikendati vahepeal ilma riigihanget korraldamata või vastavast hankest teatamata.

b) Kui vastus on jaatav, siis kas sellist õigusnormi saab õigustada üldise huviga kihlvedudega seotud tegevuse piiramise vastu, isegi kui kontsessiooni omanik teostab peaaegu monopoolses struktuuris reklaamile tehtavate suurte kulutuste kaudu ekspansioonipoliitikat hasartmängude valdkonnas?

c) Kui vastus on jaatav, siis kas eelotsusetaotluse esitanud kohus peab sellise õigusnormi proportsionaalsust hinnates, mille eesmärk on võidelda kuritegevuse vastu, allutades selles sektoris tegutsevad ettevõtjad kontrollile ja koondades hasartmängualase tegevuse selliselt kontrollitud süsteemi, arvesse võtma, et see hõlmab ka piiriülest teenuseosutajat, kelle suhtes kohaldatakse kontsessiooniga seotud rangeid tingimusi ja kontrolle juba tema asukohaliikmesriigis?

2. Kas EÜ asutamislepingu põhivabadusi ja eelkõige EÜ artiklis 49 sätestatud teenuste osutamise vabadust tuleb tõlgendada nii, et olenemata liikmesriigi põhimõttelisest pädevusest reguleerida kriminaalõigussüsteemi, peavad liikmesriigi kriminaalõigusnormid olema siiski ühenduse õigusega kooskõlas, kui need võivad keelata või takistada mõne põhivabaduse teostamist?

3. a) Kas EÜ artiklit 49 koostoimes EÜ artikliga 10 tuleb tõlgendada nii, et liikmesriigis, kus teenust osutatakse, tuleb vastastikuse usalduse põhimõtet silmas pidades arvesse võtta teenuseosutaja asukohaliikmesriigis teostatavat kontrolli ja seal antavaid tagatisi?

   b) Kui vastus on jaatav, siis kas EÜ artiklit 49 tuleb lisaks tõlgendada nii, et teenuste osutamise vabaduse piiramisel, mida põhjendatakse üldise huviga, tuleb arvesse võtta ka seda, kas kõnealust üldist huvi kaitsevad piisavalt juba teenuseosutaja suhtes tema asukohaliikmesriigis kohaldatavad õigusnormid ja kontrollimeetmed?

   c) Kui vastus on jaatav, siis kas liikmesriigi selliste õigusnormide proportsionaalsuse hindamisel, mis näevad ette hasartmänguteenuse piiriülese osutamise korral karistuse juhul, kui teenuseosutajal puudub asjaomases liikmesriigis välja antud luba, tuleb arvesse võtta, et õigusnormidest tulenev huvi, millega õigustatakse põhivabaduse piiramist riigis, kus teenust osutatakse, kaitstakse asukohaliikmesriigis range loa andmise ja järelevalvemenetluse kaudu juba piisavalt?

d) Kui vastus on jaatav, siis kas eelotsusetaotluse esitanud kohus peab sellise piirangu proportsionaalsust hinnates arvesse võtma, et asjaomased õigusnormid on teenuseosutaja asukohariigis isegi rangemad kui riigis, kus teenust osutatakse?

e) Kas proportsionaalsuse põhimõte eeldab lisaks, et eelotsusetaotluse esitanud kohus peab sellistel avaliku korraga seotud põhjustel nagu mängijate kaitse ja kuritegevuse vastane võitlus kehtestatud hasartmängu keelu korral, mille rikkumise eest on ette nähtud karistus, eristama pakkujad, kes korraldavad hasartmänge selleks luba omamata, sellistest pakkujatest, kelle asukoht on teises [liidu] liikmesriigis, kellel on vastav kontsessioon ja kes kasutavad oma teenuse osutamise vabadust?

f) Kas liikmesriigi sellise õigusnormi proportsionaalsuse hindamisel, mis keelab karistuse ähvardusel hasartmänguteenuste piiriülese pakkumise, kui selleks puudub liikmesriigis välja antud kontsessioon või luba, tuleb lõpuks ka arvesse võtta, et teises liikmesriigis nõuetekohast luba omaval hasartmängude pakkujal ei olnud objektiivsete kaudselt diskrimineerivate takistuste tõttu võimalik saada luba asjaomases liikmesriigis ning et loa andmise ja järelevalvemenetlus tema asukohariigis tagab vähemalt sama tõhusa kaitse?

4. a) Kas EÜ artiklit 49 tuleb tõlgendada nii, et teenuse osutamise ajutise iseloomu tõttu ei ole teenuseosutajal võimalik vastuvõtvas liikmesriigis sisse seada teatavat infrastruktuuri (näiteks serverit), ilma et teda loetaks selles liikmesriigis asuvaks?

b) Kas EÜ artiklit 49 tuleb tõlgendada nii, et liikmesriigis asuvale tugiteenuse osutajale kohaldatav keeld aidata teises liikmesriigis asuval teenuseosutajal oma teenust osutada kujutab endast sellise teenuseosutaja teenuste osutamise vabaduse piiramist, isegi kui tugiteenuse osutaja asub samas liikmesriigis, kus asub osa teenuse saajatest?"

Eelotsuse küsimused

Teine küsimus

30 Oma teise küsimusega, mida tuleb uurida esimesena, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas liikmesriigi õigusnormid, mis kehtestavad kriminaalkaristused selliste hasartmängude käitamise monopoli rikkujate suhtes, nagu on sätestatud põhikohtuasjas kõne all olevate õigusnormidega, peavad olema kooskõlas asutamislepinguga tagatud põhivabadustega ning eelkõige EÜ artikliga 49.

31 Nagu kohtujurist oma ettepaneku punktides 45–50 märkis, nähtub sellega seoses Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikast, et liidu õigus seab liikmesriikide karistusõigusalasele pädevusele piirid – sellised õigusnormid ei tohi nimelt piirata liidu õigusega tagatud põhivabadusi (vt selle kohta 2. veebruari 1989. aasta otsus kohtuasjas 186/87: Cowan, EKL 1989, lk 195, punkt 19, ja 19. jaanuari 1999. aasta otsus kohtuasjas C-348/96: Calfa, EKL 1999, lk I-11, punkt 17).

32 Järelikult tuleb teisele küsimusele vastata, et liidu õigus ja eelkõige EÜ artikkel 49 keelab kriminaalkorras karistada sellise hasartmängude käitamise monopoli rikkumise eest, nagu on internetis turustatavate hasartmängude monopol, mis on sätestatud põhikohtuasjas kõne all olevate siseriiklike õigusnormidega, kui sellised õigusnormid ei ole vastavuses liidu õiguse sätetega.

Neljas küsimus

33 Oma neljanda küsimusega, mida tuleb uurida teisena, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus kindlaks määrata, millised põhivabadused on kohaldatavad põhikohtuasjas kõne all olevate siseriiklike õigusnormidega kehtestatud piirangutele Malta tütarettevõtjate suhtes. Ta küsib sisuliselt, kas EÜ artiklit 49 tuleb tõlgendada selliselt, et see on kohaldatav vastuvõtva liikmesriigi territooriumil teises liikmesriigis asutatud ettevõtja poolt internetis turustatavate hasartmänguteenuste suhtes hoolimata asjaolust, et see ettevõtja:

– on vastuvõtvas liikmesriigis seadnud sisse sellise teatava IT-tugiinfrastruktuuri, nagu server, mis võib tingida asutamisvabadust käsitlevate sätete kohaldamise, ning

– osutab vastuvõtvas liikmesriigis asutatud teenuseosutajale tugiteenust teenuse osutamiseks selle sama liikmesriigi tarbijatele, mis võib tingida EÜ artikli 49 kohaldamatuse.

34 Nagu kohtujurist oma ettepaneku punktides 57–62 märkis, ei ole ainuüksi asjaolu, et internetis turustatavate hasartmängude teenuseosutaja kasutab sihtliikmesriigis

asuva kolmandast isikust ettevõtja poolt pakutavaid materiaalseid sidevahendeid, iseenesest tõend selle kohta, et kõnealusel teenuseosutajal on selles riigis püsiv tegevuskoht, mis on võrreldav esindusega ning seetõttu tuleks kohaldada asutamislepingu sätteid asutamisvabaduse kohta.

35 Nimelt nähtub Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikast, et „asutamiseks" asutamislepingu tähenduses tuleb lugeda ühes liikmeriigis asutatud ettevõtja kaubanduslikku suhet vastuvõtvas liikmesriigis asutatud ettevõtjate või vahendajatega, mis hõlmab selle ettevõtja võimalust stabiilselt ja pidevalt osaleda selle vastuvõtva liikmesriigi majanduselus ning on seega selline, mis võimaldab klientidel saada pakutud teenust vastuvõtvas liikmesriigis selle ettevõtja alalise asukoha kaudu, mis võib seisneda ainult büroos, mida haldab iseseisev isik, kellel on volitus nimetatud ettevõtja heaks püsivalt tegutseda, nagu toimuks see esinduse puhul (vt selle kohta 8. septembri 2010. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 ja C-410/07: Stoß jt, EKL 2010, lk I-8069, punktid 59 ja 60).

36 Niisiis on selge, et kaugel sellest, et bet-at-home.com Entertainmentil oleks olnud volitus Austrias hasartmänguturul Malta tütarettevõtjate heaks püsivalt tegutseda, ei osalenud ta ka oma tütarettevõtjate ja nende klientide vahelises suhtes. Internetilehe www.bet-at-home.com käitamise tagavad üksnes Malta tütarettevõtjad, kes korraldavad kõnealuseid mänge ning kellega kliendid sõlmivad vastavad lepingud. Neil tingimustel saab bet-at-home.com Entertainmenti poolt osutatava IT-tugiteenuse anda mõnes teises liikmesriigis asutatud teisele ettevõtjale ilma, et Austria tarbijad sellest aru saaksid.

37 Lisaks nähtub Euroopa Kohtu praktikast, et EÜ artikkel 49 on kohaldatav ühes liikmesriigis asutatud hasartmänguettevõtja suhtes, kes pakub teenuseid teises liikmesriigis,

isegi kui ta kasutab selleks vahendajaid, kes asuvad samas liikmesriigis, kus nimetatud teenuste saajadki (6. novembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-243/01: Gambelli jt, EKL 2003, lk I-13031, punkt 58). *A fortiori* kuulub see sama artikkel kohaldamisele, kui hasartmänguettevõtja kasutab mitte vahendajaid, vaid lihtsalt IT-tugiteenuse osutajat vastuvõtvas liikmesriigis.

38 Seetõttu tuleb neljandale küsimusele vastata, et EÜ artiklit 49 tuleb tõlgendada selliselt, et see on kohaldatav vastuvõtva liikmesriigi territooriumil teises liikmesriigis asutatud ettevõtja poolt internetis turustatavate hasartmängu teenuste suhtes hoolimata asjaolust, et see ettevõtja:

– on vastuvõtvas liikmesriigis seadnud sisse sellise teatava IT-infrastruktuuri, nagu server, ning

– osutab vastuvõtvas liikmesriigis asutatud teenuseosutajale IT-tugiteenust nende teenuste osutamiseks tarbijatele, kes samuti asuvad selles liikmesriigis.

Esimene ja kolmas küsimus

39 Esimene ja kolmas küsimus, mida tuleb uurida koos, käsitlevad tingimusi, millisel juhul lubab EÜ artikkel 49 kehtestada üheainsa ettevõtja kasuks sellise monopoli internetis turustatavate hasartmängude korraldamiseks, nagu on kõne all põhikohtuasjas.

40 Selleks et anda kasulik vastus neile küsimustele, tuleb esiteks meenutada tingimusi, mille korral EÜ artikkel 49 lubab kehtestada sellise hasartmängude monopoli, nagu on kõne all põhikohtuasjas. Teiseks tuleb kontrollida, mil määral võib ettevõtja poolt, kellele on antud hasartmängude monopol, olla ekspansiivse kaubanduspoliitika järgimine kooskõlas monopoolse korraga taotletavate eesmärkidega. Kolmandaks tuleb eelotsusetaotluse esitanud kohtule anda juhised siseriiklike õigusnormidega monopoli omaniku suhtes kehtestatud eripiirangute kokkusobivuse kohta EÜ artikliga 49, mis puudutavad tema õiguslikku vormi, sissemakstud aktsiakapitali suurust, tema asukohta ning võimalust asutada filiaale teistes liikmesriikides. Viimasena tuleb uurida teistes liikmesriikides hasartmänguettevõtjate üle teostatava järelevalve asjakohasust ning tagatisi, mis on võetud kehtestatud piiravate meetmete proportsionaalsuse kontrollimiseks liikmesriigis, kes soovib reguleerida hasartmängude korraldamist vastavalt Euroopa Kohtu praktika poolt tunnustatud ühele või mitmele eesmärgile.

41 On selge, et sellised liikmesriigi õigusnormid, nagu on kõne all põhikohtuasjas, mis kehtestavad hasartmängude korraldamise ja edendamise osas üheainsa ettevõtja kasuks ainuõigusliku korra ja mis keelavad kõigil teistel ettevõtjatel, sealhulgas teises liikmesriigis asutatud ettevõtjal pakkuda interneti kaudu esimese liikmesriigi territooriumil nimetatud korra kohaldamisalasse kuuluvaid teenuseid, kujutavad endast EÜ artikliga 49 tagatud teenuste osutamise vabaduse piirangut (vt selle kohta 3. juuni 2010. aasta otsus kohtuasjas C-203/08: Sporting Exchange, EKL 2010, lk I-4695, punktid 22 ja 24 ning seal viidatud kohtupraktika).

42 Siiski võib selline teenuste osutamise vabaduse piirang olla lubatud EÜ artiklites 45 ja 46 otseselt sätestatud erandite alusel, mida antud juhul kohaldatakse vastavalt EÜ artiklile 55, või põhjendatud Euroopa Kohtu praktika kohaselt ülekaaluka üldise huvi tõttu (8. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-42/07: Liga Portuguesa de Futebol

Profissional ja Bwin International, EKL 2009, lk I-7633, punktid 55 ja 56, ning 30. juuni 2011. aasta otsus kohtuasjas C-212/08: Zeturf, EKL 2011, lk I-5633, punkt 37).

43 Esiteks tuleb põhikohtuasja kontekstis rõhutada, et kui liikmesriigis on hasartmängude valdkonnas kehtestatud monopoolne kord ning selline kord on vastuolus EÜ artikliga 49, siis ei saa ettevõtja suhtes, kes seda rikub, kohaldada kriminaalkaristusi (6. märtsi 2007. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-338/04, C-359/04 ja C-360/04: Placanica jt, EKL 2007, lk I-1891, punktid 63 ja 69).

Monopoli kehtestamise tingimused hasartmängude valdkonnas

44 Mis puudutab konkreetsemalt lubatud põhjendusi, siis on Euroopa Kohus märkinud, et hasartmängude ja kihlvedude valdkonnas vastu võetud siseriiklike õigusnormide eesmärgid kogumis on tihti seotud teenusesaajate kaitsega ja üldisemalt tarbijakaitsega ning avaliku korra kaitsega. Euroopa Kohus on samuti rõhutanud, et sellised eesmärgid kuuluvad üldisest huvist tulenevate ülekaalukate põhjuste hulka, millega saab põhjendada teenuste osutamise vabaduse riivet (eespool viidatud kohtuotsus Stoß jt, punkt 74 ja seal viidatud kohtupraktika).

45 Euroopa Kohus on ka korduvalt otsustanud, et kõlblusest tulenevate, usuliste või kultuuriliste eripärade ning üksikisikule ja ühiskonnale moraalselt ja rahaliselt kahjulike tagajärgedega, mis hasartmängude ja totodega kaasnevad, saab põhjendada siseriiklikele ametiasutustele niisuguse kaalutlusõiguse andmist, mis on piisav nende enda väärtuste skaalal tarbijakaitse ja avaliku korra tagamise nõuete määramiseks (vt eespool viidatud kohtuotsus Stoß jt, punkt 76 ja seal viidatud kohtupraktika).

46 Asjaomases valdkonnas vastu võetud õigusnormide vajalikkuse ja proportsionaalsuse hindamist ei mõjuta pelk asjaolu, et ühe liikmesriigi valitud kaitsesüsteem erineb teises liikmesriigis rakendatud süsteemist. Nende hindamisel tuleb silmas pidada vaid huvitatud liikmesriigi pädevate asutuste seatud eesmärke ning tagada soovitav kaitsetase (eespool viidatud kohtuotsus Liga Portuguesa de Futebol Profissional ja Bwin International, punkt 58).

47 Liikmesriigid on seega põhimõtteliselt vabad määrama kindlaks oma hasartmängupoliitika eesmärgid ja vajaduse korral täpselt määratlema soovitud kaitsetaseme (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Liga Portuguesa de Futebol Profissional ja Bwin International, punkt 59).

48 Liikmesriik, kes soovib saavutada iseäranis kõrge kaitsetaseme, võib, nii nagu on möönnud ka Euroopa Kohus oma praktikas, põhjendatult olla seisukohal, et ainuõiguste andmine ühele ainsale organisatsioonile, mis on avaliku võimu otsese järelevalve all, võimaldab neil hasartmängusektoris valitsevaid ohte kontrolli all hoida ja tõhusalt saavutada hasartmängudega seotud liigsele kulutamisele õhutamise ennetamise ning mängusõltuvuse vastu võitlemise õiguspärase eesmärgi (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Stoß jt, punktid 81 ja 83, ning eespool viidatud kohtuotsus Zeturf, punkt 41).

49 Mainitud siseriiklikud ametiasutused võivad nimelt asuda seisukohale, et asjaolu, et neil kui monopoli üle järelevalve teostajail on lisavahendid, mis võimaldavad neil mõjutada monopoli tegevust väljaspool õigusliku reguleerimise mehhanisme ja seaduslikku järelevalvet, lubab neil hasartmängude pakkumist paremini kontrolli all hoida ja oma poliitika elluviimist tõhusamalt tagada kui olukorras, kus sellise tegevusega tegelevad konkureerivad eraõiguslikud ettevõtjad, isegi kui viimati nimetatute suhtes kohaldatakse loasüsteemi ning kontrolli- ja karistuste korda (eespool viidatud kohtuotsus Stoß jt, punkt 82).

50 Nõue, et kehtestatud piirangud peavad nende eesmärke arvestades oma proportsionaalsuselt vastama Euroopa Kohtu praktikas kirjeldatud tingimustele, jääb siiski kehtima ning selle täidetuse kontrollimine on siseriikliku kohtu ülesanne (eespool viidatud kohtuotsused Liga Portuguesa de Futebol Profissional ja Bwin International, punktid 59 ja 60, ning Stoß jt, punktid 77 ja 78).

51 Tuleb rõhutada, et küsimus, milliseid eesmärke siseriiklikud õigusnormid tegelikult järgivad, kuulub Euroopa Kohtu ELTL artikli 267 alusel lahendada oleva kohtuasja raames eelotsusetaotluse esitanud kohtu pädevusse.

52 Austria valitsuse sõnul on põhikohtuasjas kõne all olevate õigusnormide eesmärk esiteks võidelda kuritegevuse vastu ehk täpsemalt kaitsta hasartmängude tarbijaid petuse ja teiste deliktide eest ning teiseks ennetada hasartmängudega seotud liigsele kulutamisele õhutamist, kehtestades mängijatele selliseid asjakohaseid kaitsemeetmeid, nagu eelkõige siduvate piirmäärade seadmine isiklikele panustele, ning seega üldiselt osaleda avaliku korra kaitses.

53 J. Dickinger ja F. Ömer ning Malta valitsus väidavad seevastu, et GSpG otsesest sõnastusest tuleneb, et selle peamine eesmärk on suurendada hasartmängudest saadavat maksutulu. Nad märgivad täpsemalt, et GSpG § 14 lõike 5 alusel antakse kontsessioon süstemaatiliselt ettevõtjale, kellelt võib eeldada Austria valitsusele suurimat maksutulu. Lisaks on kontsessionääri igasuguse äritegevuse territoriaalseks või sisuliseks laienemiseks vajalik Austria rahandusministri eelnev nõusolek, mida saab anda üksnes juhul, kui ei ole karta Austria valitsuse maksutulu vähenemist.

54 Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab kontrollima, kas siseriiklikud ametiasutused soovisid põhikohtuasja asjaolude asetleidmise kuupäeval ka tegelikult saavutada iseäranis kõrget kaitsetaset ning kas monopoli kehtestamist võib seda kaitsetaset arvestades pidada tõepoolest vajalikuks (eespool viidatud kohtuotsus Zeturf, punkt 47). Selles kontekstis peab liikmesriik, kes soovib tugineda eesmärgile, millega saab siseriiklikust piiravast meetmest tuleneva asutamisvabaduse takistuse õiguspäraseks muuta, esitama antud küsimust lahendavale kohtule kõik andmed, mis võimaldavad tal tagada, et nimetatud meede vastab proportsionaalsuse põhimõtte nõuetele (eespool viidatud kohtuotsus Stoß jt, punkt 71).

55 Sellega seoses ei õigusta üksnes riigikassa maksutulu maksimeerimise eesmärk sellist teenuste osutamise vabaduse piiramist.

56 Selles kontekstis tuleb eelkõige meenutada, et siseriiklikud õigusaktid on konkreetse eesmärgi saavutamiseks sobivad üksnes juhul, kui need vastavad tõepoolest huvile saavutada see eesmärk ühtselt ja süstemaatiliselt. Seetõttu on siseriikliku kohtu ülesanne veenduda, võttes eelkõige arvesse asjaomaste piiravate õigusnormide konkreetseid kohaldamiseeskirju, et need õigusnormid vastaksid tegelikult soovile vähendada mängimisvõimalusi ja piirata selle valdkonna tegevust ühtselt ja süstemaatiliselt (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Stoß jt, punktid 88, 97 ja 98).

57 Seetõttu peab eelotsusetaotluse esitanud kohus kontrollima eelkõige Austria hasartmänguturu arengust lähtuvalt, et monopoolses seisundis ettevõtja tegevuse üle teostatav riiklik järelevalve võimaldab tagada, et mainitud monopoli omanik oleks tegelikult suuteline ühtselt ja süstemaatiliselt järgima kindlaks määratud eesmärki pakkumise kaudu, mis on koguseliselt mõõdetud ja kvalitatiivselt kavandatud nimetatud

eesmärkide järgi (vt selle kohta 3. juuni 2010. aasta otsus kohtuasjas C-258/08: Ladbrokes Betting & Gaming ja Ladbrokes International, EKL 2010, lk I-4757, punkt 37, ning eespool viidatud kohtuotsus Stoß jt, punkt 83).

58 Lisaks on nimetatud eesmärkide järgimise hindamiseks kindlasti asjakohane monopoli omaniku poolt järgitav kaubanduspoliitika.

Ekspansiivse kaubanduspoliitika järgimine üksuse poolt, kellele on hasartmängude valdkonnas antud monopoli õigus

59 Eelotsusetaotluse esitanud kohus väljendab kahtlusi seoses küsimusega, kas põhikohtuasjas kõne all olevate siseriiklike õigusnormidega kehtestatud monopoli võib pidada sobivaks vahendiks hasartmängudega seotud liigsele kulutamisele õhutamise ennetamise ning mängusõltuvuse vastu võitlemise eesmärgi saavutamise tagamiseks, kuna monopoli omanik teostab reklaamile tehtavate suurte kulutuste kaudu oma ekspansiivset kaubanduspoliitikat.

60 J. Dickinger ja F. Ömer ning Malta valitsus väidavad sellega seoses, et Austria kord on võimaldanud pidevat hasartmängude pakkumise laienemist ning pidevat reklaamikulude kasvu – reklaam, mis on suunatud alati uutele sihtgruppidele, ennekõike noortele ja seda eelkõige interneti-mänguplatvormi www.win2day.at raames, mille algatas Österreichische Lotterien, kelle tulud ületasid suuresti kõigi traditsiooniliste kasiinode tulud.

61 Sellega seoses tuleb nentida, et ettevõtja, kellele on hasartmängude valdkonnas antud ainuõigused, äritegevuse laienemine ning oluline tulude kasv, mida ta sellest saab, nõuavad erilist tähelepanu kõne all olevate õigusnormide ühtse ja süstemaatilise iseloomu uurimisel ning sellest tulenevalt nende asjakohasuse uurimisel Euroopa Kohtu praktikas tunnustatud eesmärkide saavutamiseks. Nimelt nähtub sellest kohtupraktikast, et avalikku huvi puudutavate tegevuste rahastamine hasartmängudest saadava maksutulu kaudu ei pruugi tähendada selles sektoris kehtestatud piirava poliitika tegelikku eesmärki, vaid selle näol saab olla tegemist ainult täiendava kasuliku tagajärjega (vt eelkõige 24. märtsi 1994. aasta otsus kohtuasjas C-275/92: Schindler, EKL 1994, lk I-1039, punktid 57 ja 60; 21. septembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-124/97: Läärä jt, EKL 1999, lk I-6067, punktid 32 ja 37; 21. oktoobri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-67/98: Zenatti, EKL 1999, lk I-7289, punktid 35 ja 36, ning eespool viidatud kohtuotsus Gambelli jt, punktid 61 ja 62).

62 Olukorras, kus liikmesriigi ametiasutused õhutavad ja julgustavad tarbijaid osalema hasartmängudes selleks, et riigikassa saaks sellest rahalist kasu, ei saa selle riigi ametiasutused kasutada teenuste osutamise vabaduse riive õigustamiseks väidet, et mänguvõimalusi on vaja vähendada ühiskonnas avaliku korra tagamiseks (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Gambelli jt, punkt 69).

63 Euroopa Kohus on siiski ka leidnud, et hasartmängudega seotud tegevuse kontrollitud laienemise poliitika võib olla kooskõlas eesmärgiga suunata see tegevus kontrollitud kanalitesse ja meelitada keelatud salajastes mängudes ja kihlvedudes osalevad mängijad lubatud ja seaduslike tegevuste juurde. Niisugune poliitika võib olla ühtaegu kokkusobiv nii eesmärgiga välistada hasartmängude ärakasutamine kuritegelikel või pettuslikel ajenditel kui ka eesmärgiga ennetada hasartmängudega seotud liigsele kulutamisele õhutamist ja võidelda mängusõltuvuse vastu, juhtida tarbijad avalik-õigusliku monopoli omaniku pakkumiste juurde, mis peaks olema kaitstud kriminaalse elemendi eest ning ühtlasi olema välja töötatud nii, et kaitsta tarbijaid parimal võimalikul viisil liigse kulutamise ja mängusõltuvuse eest (eespool viidatud kohtuotsus Stoß jt, punktid 101 ja 102).

64 Selleks et saavutada eesmärk suunata mängijad kontrollitud tegevuste juurde, peavad loaomanikest ettevõtjad pakkuma usaldusväärset ja samal ajal atraktiivset alternatiivi keelatud tegevusele, mis võib omakorda tekitada vajaduse erinevate mängude suurema pakkumise, ulatuslikuma reklaami ja uute levitusvõtete järele (vt eespool viidatud kohtuotsused Placanica jt, punkt 55, ning Stoß jt, punkt 101).

65 Siseriikliku kohtu ülesanne on tema menetluses oleva kohtuasja asjaolusid arvestades hinnata, kas monopoli omaniku kaubanduspoliitikat võib avaldatud reklaami hulka ning tema loodud uusi mänge arvestades käsitada nii, et see kuulub hasartmängusektori kontrollitud laienemise poliitika raamistikku, mille tegelik eesmärk on mängukihu suunamine seadusliku pakkumise juurde (eespool viidatud kohtuotsus Ladbrokes Betting & Gaming ja Ladbrokes International, punkt 37, ning Zeturf, punkt 69).

66 Selle hindamise raames peab eelotsusetaotluse esitanud kohus eeskätt välja selgitama, kas ühelt poolt mängudega seotud kriminaalsed ja pettuslikud tegevused ja teiselt poolt mängusõltuvus võisid põhikohtuasja asjaolude asetleidmise ajal põhjustada Austrias probleeme ning kas lubatud ja reguleeritud tegevuse laienemine oleks võinud need lahendada (eespool viidatud kohtuotsus Ladbrokes Betting & Gaming ja Ladbrokes International, punkt 29).

67 Kuivõrd tarbijate mängusõltuvuse eest kaitsmise eesmärk on põhimõtteliselt raskesti ühitatav hasartmängude laienemise poliitikaga, mida iseloomustab eeskätt uute mängude loomine ja nende reklaam, saab sellist poliitikat pidada järjepidevaks üksnes siis, kui ebaseaduslik tegevus on suuremahuline ning võetud meetmete eesmärk on suunata tarbijate mängukihk seadusliku tegevuse juurde (eespool viidatud kohtuotsus Ladbrokes Betting & Gaming ja Ladbrokes International, punkt 30).

68 Igal juhul peab avalik-õigusliku monopoli omaniku võimalik reklaam olema mõõdukas ja rangelt piiratud sellega, mis on vajalik, et suunata tarbijad selle kaudu kontrollitud mänguvõrgustikesse. Seevastu kindlasti ei tohi see reklaam julgustada tarbijate loomulikku kalduvust mängida, innustades neid mängudes aktiivselt osalema, muutes mängimise igapäevaseks või tekitades sellele positiivse maine seoses asjaoluga, et kogutud tulu kasutatakse üldistes huvides, või muutes mängud atraktiivsemaks haarava reklaami kaudu, milles heiastuvad märkimisväärsed võidud (eespool viidatud kohtuotsus Stoß jt, punkt 103).

69 Eelkõige tuleb vahet teha monopoli kasustrateegiate, mille ainus eesmärk on teavitada võimalikke kliente toodete olemasolust ning tagada pidev juurdepääs hasartmängudele, suunates mängijad kontrollitud kanalitesse, ning strateegiate vahel, mis kutsuvad aktiivselt sellistes mängudes osalema ja innustavad neid selleks. Seega tuleb eristada piiravat kaubanduspoliitikat, mille eesmärk on üksnes jäädvustada ja säilitada olemasolev turg monopoli omava ettevõtja kasuks, ning ekspansiivset kaubanduspoliitikat, mille eesmärk on laiendada üldist hasartmänguturgu.

Monopoli omaniku suhtes kehtestatud eripiirangute kokkusobivus EÜ artikliga 49

70 Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib Euroopa Kohtult, kas põhikohtuasjas kõne all olevate siseriiklike õigusnormidega monopoli omaniku suhtes kehtestatud eripiirangud, mis puudutavad tema õiguslikku vormi, tema sissemakstud aktsiakapitali suurust, tema asukohta ja võimalust asutada filiaale teistes liikmesriikides kui liikmesriik, kus monopoli omanik asub, on kokkusobivad EÜ artikliga 49.

71 Sellega seoses tuleb esiteks meenutada, nagu kohtujurist seda oma ettepaneku punktis 97 märkis, et niivõrd piirava meetme kui monopoli kehtestamisega, mida saab õigustada üksnes iseäranis kõrge tarbijakaitsetaseme tagamise eesmärgiga, peab kaasnema selline õiguslik raamistik, mis on sobiv tagama, et mainitud monopoli omanik oleks tegelikult suuteline ühtselt ja süstemaatiliselt järgima selliselt kindlaks määratud eesmärke pakkumise kaudu, mis on koguseliselt mõõdetud ja kvalitatiivselt kavandatud nimetatud eesmärkide järgi ning mille üle teostavad avalikud ametivõimud ranget kontrolli (eespool viidatud kohtuotsused Stoß jt, punkt 83, ja Zeturf, punkt 58).

72 Hasartmängude valdkonnas monopoli omaniku suhtes teatud piirangute kehtestamine on seetõttu põhimõtteliselt mitte üksnes liidu õigusega kokkusobiv, vaid liidu õiguse poolt nõutav. Samuti on vajalik, et need piirangud vastaksid liidu õigusest tulenevatele proportsionaalsuse nõuetele, eelkõige et need oleksid sobivad seatud eesmärkideks, mille saavutamiseks monopoolne kord kehtestati, ning et need ei läheks kaugemale sellest, mis on nende saavutamiseks vajalik. Kuna selle kontrollimine on põhimõtteliselt eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne, siis võivad järgmised juhised talle sellega seoses kasulikud olla.

– Monopoli omaniku õiguslik vorm ja sissemakstud aktsiakapitali suurus

73 GSpG § 14 lõike 2 punktidest 1 ja 3 nähtub, et elektroonilise vahendi abil mängitavat loteriid korraldava monopoli omanik peab olema esiteks kapitaliühing ning teiseks peab tal olema vähemalt 109 000 000 euro suurune sissemakstud aktsiakapital.

74 Austria valitsuse sõnul vastab õiguslikku vormi puudutav tingimus tahtele kehtestada monopoli omanikule nõue, et tal oleks läbipaistev ettevõtte ülesehitus, vältimaks rahapesu ja pettusi. Ta rõhutab, et liidu õiguses on kindlustuse valdkonnas ette nähtud samasugune õigusliku vormi nõue. Aktsiakapitali suuruse kohta väidab see valitsus, et see on proportsionaalne, arvestades võidusummasid, mida monopoli omanikul võib olla vaja välja maksta seoses erinevate mängudega, mida tal on lubatud internetis pakkuda, kuna nendes mängudes võib esineda mitme miljoni euro suurune peavõit.

75 J. Dickinger ja F. Ömer väidavad seevastu, et nõutud 109 000 000 euro suurune sissemakstud aktsiakapital on ebaproportsionaalne tulenevalt asjaolust, et krediidiasutuste puhul nõutud aktsiakapitali suurus Austrias on üksnes 5 000 000 eurot.

76 Nagu Euroopa Kohus seda eespool viidatud kohtuotsuse Engelmann punktis 30 otsustas, võib konkreetse õigusliku vormi nõue ettevõtjate suhtes hasartmängude valdkonnas tulenevalt nõuetest, millele teatud liiki äriühingud peavad alluma eelkõige osas, mis puudutab nende sisemist korraldust, nende raamatupidamist, kontrolli, mida nende suhtes võidakse teostada, ja suhteid kolmandate isikutega, olla põhjendatud rahapesu ja pettuste vältimise eesmärgist tulenevalt, millele osutas käesolevas asjas Austria valitsus.

77 Samuti võib nõue omada teatavas suuruses sisemakstud aktsiakapitali osutuda kasulikuks, et tagada ettevõtjapoolne teatud rahaline suutlikkus ning tagada, et ta suudab täita kohustusi, mis tal hasartmängude võitjate ees tekkida võivad. Siiski tuleb meenutada, et proportsionaalsuse põhimõtte järgimine nõuab eelkõige, et kehtestatud piirang ei läheks kaugemale, kui on vajalik taotletava eesmärgi saavutamiseks. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on kontrollida kõnealuse nõude proportsionaalsust lähtuvalt teistest võimalustest tagada, et ettevõtja rahuldab võitjatest mängijate nõuded.

– Monopoli omaniku asukoht

78 GSpG § 14 lõike 2 punkt 1 sätestab, et loteriid korraldava monopoli omaniku asukoht peab olema liikmesriigi territooriumil.

79 Nagu kohtujurist oma ettepaneku punktis 120 märkis, võib see tingimus oma diskrimineeriva iseloomu tõttu olla õigustatud üksnes mõne EÜ artiklis 46 sätestatud põhjendusega, st avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise kaitsega.

80 Austria valitsus väidab, et asukoha omamine liikmesriigi territooriumil on vajalik selleks, et on-line-mänge oleks võimalik tõhusalt kontrollida ning Austria ametiasutustel ei ole teistes liikmesriikides asutatud ettevõtjate üle järelevalve teostamiseks samu võimalusi. Ta märgib, et riigi esindaja kohalolek monopoli omaniku järelevalveorganites GSpG artikli 19 lõike 2 alusel võimaldab pädevatel siseriiklikel ametiasutustel teostada tõhusat järelevalvet monopoli omaniku otsuste ja juhtimise üle. Seega on kõnealustel ametiasutustel võimalik selle omaniku otsustest teada saada enne nende rakendamist ning seda takistada juhul, kui need otsused rikuvad liikmesriigi hasartmänguvaldkonna poliitika eesmärke. See valitsus väidab, et nimetatud ametiasutustel ei oleks samu võimalusi teises liikmesriigis asuva ettevõtja puhul.

81 Nagu käesoleva kohtuotsuse punkti 53 märgitud, väidavad J. Dickinger ja F. Ömer ning Malta valitsus eelkõige GSpG § 14 lõikele 5 tuginedes vastupidi, et kõne all oleva seadusandluse peamine eesmärk on suurendada hasartmängudest saadavat maksutulu. Kuigi siseriikliku seaduse selle sätte tõlgendamine kuulub eelotsusetaotluse esitanud kohtu pädevusse, tuleb igal juhul nentida, et liidu õigusega kooskõlas olevaks ei saa lugeda sellist kontsessioonide andmise korda, mis põhineb riigikassa tulude maksimeerimisel ja seab teistes liikmesriikides kui Austria asuvad ettevõtjad

süstemaatiliselt halvemasse olukorda üksnes seetõttu, et ettevõtja, kelle asukoht on Austria territooriumil, maksab Austrias rohkem makse kui ettevõtja, kes on asutatud teises liikmesriigis.

82 Mis puudutab täpsemalt monopoli omaniku kontrolli ja järelevalve eesmärki ning argumenti, mis tugineb vajadusele tagada ettevõtjate üle tõhus kontroll eelkõige Austria valitsuse osutatud riigi esindaja poolt, siis tuleb meenutada, et väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et avaliku korra mõiste eeldab esiteks tõelist ja piisavalt tõsist ohtu, mis kahjustab mõnda ühiskonna põhihuvi, ja teiseks, kuna sellega õigustatakse erandit asutamislepingus sätestatud aluspõhimõtetest, tuleb seda tõlgendada kitsalt (vt selle kohta 18. mai 1982. aasta otsus liidetud kohtuasjades 115/81 ja 116/81: Adoui ja Cornuaille, EKL 1982, lk 1665, punkt 8; eespool viidatud kohtuotsus Calfa, punktid 21 ja 23; 20. novembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-268/99: Jany jt, EKL 2001, lk I-8615, punkt 59, ning 22. detsembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-161/07: komisjon *vs.* Austria, EKL 2008, lk I-10671, punkt 35 ja seal viidatud kohtupraktika).

83 Seega on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne määrata esiteks kindlaks, kas Austria valitsuse välja toodud eesmärgid kuuluvad selle mõiste alla, ning vajaduse korral teiseks, kas põhikohtuasjas kõne all olev asukoha nõue vastab Euroopa Kohtu praktikas sätestatud vajalikkuse ja proportsionaalsuse kriteeriumidele.

84 Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab muu hulgas kontrollima, kas esineb teisi vähem piiravaid meetmeid, mis võimaldavad tagada, et teiste liikmesriikide kui Austria Vabariik territooriumil asuvate ettevõtjate tegevuse üle teostatakse samaväärse tasemega kontrolli, kui see, mis toimub Austria territooriumil asuvate ettevõtjate suhtes.

– Keeld asutada teistes liikmesriikides filiaale

85 GSpG § 15 lõike 1 alusel ei ole kontsessionääril õigust asutada väljaspool Austria territooriumi filiaale.

86 Austria valitsuse sõnul täpsustab see keeld üksnes mõtet, mille kohaselt on iga liikmesriigi kohustus reguleerida hasartmängude korraldamist oma territooriumil.

87 Iga liikmesriigi vabadus reguleerida oma territooriumil hasartmängude korraldamist ei kujuta endast siiski iseenesest üldisest huvist kantud õigustatud eesmärki, millega võiks põhjendada asutamislepinguga tagatud põhivabaduste piiramist.

88 Järelikult tuleb nentida, et sellise monopoli omaniku suhtes, nagu on kõne all põhikohtuasjas, kehtestatud keelu osas asutada väljaspool Austria territooriumi filiaale ei esitatud Euroopa Kohtule ühtegi nõuetekohast põhjendust.

Teistes liikmesriikides hasartmänguettevõtjate suhtes teostatavate kontrollide arvessevõtmine

89 Põhikohtuasja kontekstis küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus, kas teistes liikmesriikides hasartmänguettevõtjate üle teostatavad kontrollid on asjakohased, et hinnata, kas siseriikliku seadusandja valik kehtestada internetis korraldatavate hasartmängude osas monopol on proportsionaalne.

90 Kolmanda küsimuse sõnastusest nähtub, et eelotsusetaotluse esitanud kohus näib lähtuvat eeldusest, mille kohaselt on esiteks vastuvõtva liikmesriigi, st Austria Vabariigi poolt välja toodud õigusnormidest tulenevat huvi, et õigustada põhikohtuasjas kõne all olevat teenuste osutamise vabaduse piirangut, juba piisavalt asukohaliikmesriigis, st Malta Vabariigis arvesse võetud ning teiseks lähevad selles liikmesriigis kehtivad sätted oma ranguse poolest isegi kaugemale, kui need, mis on kohaldatavad vastuvõtvas liikmesriigis.

91 Malta valitsus kinnitab selles kontekstis, et Malta riik oli esimene, kes töötas välja reguleerimissüsteemi, mille eesmärk on täpsemalt kontrollida ja teostada järelevalvet internetis korraldatavate hasartmängude üle, mis tuginedes küll samadele põhimõtetele ja eesmärkidele, kui selle teenuse traditsioonilisi kanaleid mööda turustamise kohta kehtestatud õigusnormid, võeti vastu eesmärgiga ohjata modernsetest korraldussüsteemidest tulenevaid sisemisi riske. Malta territooriumil rakendatavad kontrollid lähevad tõepoolest kaugemale pealiskaudsest uurimisest, mida rakendatakse Gibraltari territooriumil kohtuasjas, milles tehti eespool viidatud kohtuotsus Liga Portuguesa de Futebol Profissional ja Bwin International.

92 Lisaks väidavad J. Dickinger ja F. Ömer ning Malta valitsus, et internetis turustatavaid hasartmänge saab kontrollida palju tõhusamalt kui neid, mida turustatakse traditsioonilisi kanaleid kaudu, kuna kõik IT-toel teostatud tehingud on järgitavad, mis võimaldab eelkõige hõlpsalt avastada probleemsed või kahtlased tehingud. Kuna tarbijad peavad lisaks võitude väljamaksmiseks omama pangaarvet, siis on võimalik tagada kõrgendatud läbipaistvus, võrreldes hasartmängude traditsiooniliste kanalitega.

93 Kontserni bet-at-home.com Malta ettevõtjate tegevuse alustamise suhtes viidi läbi range kontroll, mis hõlmas nende kutseoskuste ja terviklikkuse kontrolli. Need ettevõtjad jäid seda sektorit reguleerima pädevate Malta ametiasutuste, eelkõige Lotteries and Gaming Authority pideva kontrolli ja järelevalve alla. Viimane on alati

rakendanud arenenud ja jõulisi reguleerimissüsteeme, mis sisaldavad kontrolle nii viidatud isikute kui ka ettevõtja poolt kasutatavate süsteemide ja menetluste üle.

94 J. Dickinger ja F. Ömer ning Malta valitsus osutavad Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikale, mille kohaselt ei ole teenuste vaba liikumisega kooskõlas kehtestada teenuste osutajale üldise huvi kaitsmise eesmärgil piiranguid, niivõrd kui see huvi on juba kaitstud eeskirjadega, mis kehtivad teenuste osutaja suhtes liikmesriigis, kus ta asub (vt eelkõige 17. detsembri 1981. aasta otsus kohtuasjas 279/80: Webb, EKL 1981, lk 3305, punkt 17; 23. novembri 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-369/96 ja C-376/96: Arblade jt, EKL 1999, lk I-8453, punktid 34 ja 35, ning 22. jaanuari 2002. aasta otsus kohtuasjas C-390/99: Canal Satélite Digital, EKL 2002, lk I-607, punkt 38).

95 Seetõttu väidavad nad, et kuna Malta tütarettevõtjate kutsealane kvaliteet ja ausus on juba tagatud kontrollidega, mis on nende suhtes Maltal kohaldatavad, siis on vastuolus EÜ artikliga 49 see, et Austria ametiasutused ei luba neid Austria turule, kuna väidetavalt järgivad nad eesmärki kaitsta mängijaid hasartmänguettevõtjate poolt toime pandud pettuste eest.

96 Esiteks tuleb sellega seoses meenutada, et liidu õiguse hetkeolukorda silmas pidades ei saa erinevates liikmesriikides väljastatud lubade vastastikuse tunnustamise kohustust eksisteerida (vt eespool viidatud kohtuotsus Stoß jt, punkt 112). Nimelt, kuna internetis pakutavate hasartmängude sektorit ei ole liidu tasandil ühtlustatud ning esinevad olulised erinevused erinevate liikmesriikide õigusnormidega taotletavate eesmärkide ja kaitsetasemete vahel, siis üksnes asjaolu, et ettevõtja pakub teenuseid seaduslikult liikmesriigis, kus on tema asukoht ja kus ta peab põhimõtteliselt juba täitma seadusest tulenevaid nõudeid ja alluma selle riigi pädevate ametivõimude kontrollile, ei ole piisav tagatis, et kaitsta liikmesriigi tarbijaid pettuste ja kuritegevuse ohtude eest, võttes arvesse raskusi, mis võivad asukohaliikmesriigi ametivõimudel

sellistel asjaoludel ettevõtjate kutsealast kvaliteeti ja ausust hinnates tekkida (eespool viidatud kohtuotsus Liga Portuguesa de Futebol Profissional ja Bwin International, punkt 69).

97 Lisaks, nagu on meenutatud käesoleva kohtuotsuse punktis 46, ei saa asjaomases valdkonnas vastu võetud õigusnormide vajalikkuse ja proportsionaalsuse hindamist mõjutada pelk asjaolu, et ühe liikmesriigi valitud kaitsesüsteem erineb teises liikmesriigis rakendatud süsteemist, vaid nende normide hindamisel tuleb silmas pidada huvitatud liikmesriigi pädevate asutuste seatud eesmärke ning tagada soovitav kaitsetase.

98 Nimelt ei oma erinevad liikmesriigid on-line-hasartmängude kontrollimiseks tingimata samu tehnilisi vahendeid ning ei tee nende suhtes kindlasti samu valikuid. Niivõrd kui Malta valitsus on ise kinnitanud, et Malta Vabariik oli esimene liikmesriik, kes töötas välja reguleerimissüsteemi, mille eesmärk on täpsemalt kontrollida ja teostada järelevalvet internetis korraldatavate hasartmängude üle, siis asjaolu, et antud liikmesriigis saab tarbijate eritasemega kaitse hasartmängu ettevõtjate poolt toime pandud pettuste vastu saavutada kõrgeltarenenud kontrolli- ja järelevalvetehnikaid kohaldades, ei luba järeldada, et sama kaitsetaseme saab saavutada teistes liikmesriikides, kes ei oma selliseid tehnilisi vahendeid või ei ole teinud samu valikuid. Lisaks võib liikmesriik õiguspäraselt soovida jälgida tema territooriumil toimuvat majandustegevust, mis oleks tal võimatu, kui ta peaks jääma lootma kontrollide peale, mille viivad läbi teise liikmesriigi ametiasutused selliste reguleerimissüsteemide abil, mida ta ise ei valda.

99 Järelikult ei ole J. Dickingeri ja F. Ömeri ning Malta valitsuse välja toodud kohtupraktika, mille kohaselt ei ole EÜ artikliga 49 kooskõlas kehtestada teenuste osutajale üldise huvi kaitsmise eesmärgil piiranguid, niivõrd kui see huvi on juba kaitstud eeskirjadega, mis kehtivad teenuste osutaja suhtes liikmesriigis, kus ta asub, kohaldatav liidu õiguse hetkeolukorda silmas pidades sellises valdkonnas nagu hasartmängud,

mis ei ole liidu tasandil ühtlustatud ning kus liikmesriikidel on nende poolt taotletavate eesmärkide ja soovitava kaitsetaseme osas lai kaalutlusõigus.

100 Seetõttu tuleb esimesele ja kolmandale küsimusele vastata, et EÜ artiklit 49 tuleb tõlgendada selliselt, et:

a) liikmesriik, kes soovib saavutada iseäranis kõrge tarbijate kaitsetaseme hasartmängude valdkonnas, võib põhjendatult olla seisukohal, et üksnes monopoli kehtestamine üheainsa organisatsiooni kasuks, mis on avaliku võimu otsese järelevalve all, võimaldab tal selle sektoriga seotud kuritegevust kontrolli all hoida ja piisavalt tõhusalt saavutada hasartmängudega seotud liigsele kulutamisele õhutamise ennetamise ning mängusõltuvuse vastu võitlemise eesmärk;

b) selleks et olla vastavuses eesmärgiga võidelda kuritegevuse vastu ning vähendada mängimisvõimalusi, peavad siseriiklikud õigusnormid, millega kehtestatakse hasartmängu valdkonnas monopol, mis võimaldab monopoli omanikul teostada ekspansioonipoliitikat:

   – rajanema tõdemusel, et mängudega seotud kriminaalsed ja pettuslikud tegevused ning mängusõltuvus kujutavad endast asjaomase liikmesriigi territooriumil probleemi, mille lahenduseks oleks lubatud ja reguleeritud mängutegevuse laienemine, ning

   – lubama teha üksnes mõõdukat reklaami, mis on rangelt piiratud sellega, mis on vajalik, et suunata tarbijad selle kaudu lubatud hasartmängude võrgustikesse;

c) asjaomases valdkonnas vastu võetud õigusnormide vajalikkuse ja proportsionaalsuse hindamist ei saa mõjutada pelk asjaolu, et ühe liikmesriigi valitud kaitsesüsteem erineb teises liikmesriigis rakendatud süsteemist, vaid nende normide

hindamisel tuleb silmas pidada huvitatud liikmesriigi pädevate asutuste seatud eesmärke ning tagada soovitav kaitsetase.

Kohtukulud

101 Kuna põhikohtuasja poolte jaoks on käesolev menetlus eelotsusetaotluse esitanud kohtus poolelioleva asja üks staadium, otsustab kohtukulude jaotuse siseriiklik kohus. Euroopa Kohtule märkuste esitamisega seotud kulusid, välja arvatud poolte kohtukulud, ei hüvitata.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (neljas koda) otsustab:

1. **Liidu õigus ja eelkõige EÜ artikkel 49 keelab kriminaalkorras karistada selliste hasartmängude käitamise monopoli rikkumise eest, nagu on internetis turustatavate hasartmängude monopol, mis on sätestatud põhikohtuasjas kõne all olevate siseriiklike õigusnormidega, kui sellised õigusnormid ei ole vastavuses liidu õiguse sätetega.**

2. **EÜ artiklit 49 tuleb tõlgendada selliselt, et see on kohaldatav vastuvõtva liikmesriigi territooriumil teises liikmesriigis asutatud ettevõtja poolt internetis turustatavate hasartmängu teenuste suhtes hoolimata asjaolust, et see ettevõtja:**

   – **on vastuvõtvas liikmesriigis seadnud sisse sellise teatava IT-tugiinfrastruktuuri, nagu server, ning**

– **osutab vastuvõtvas liikmesriigis asutatud teenuseosutajale tugiteenust nende teenuste osutamiseks tarbijatele, kes samuti asuvad selles liikmesriigis.**

3. EÜ artiklit 49 tuleb tõlgendada selliselt, et:

a) liikmesriik, kes soovib saavutada iseäranis kõrge tarbijate kaitsetaseme hasartmängude valdkonnas, võib põhjendatult olla seisukohal, et üksnes monopoli kehtestamine üheainsa organisatsiooni kasuks, mis on avaliku võimu otsese järelevalve all, võimaldab tal selle sektoriga seotud kuritegevust kontrolli all hoida ja piisavalt tõhusalt saavutada hasartmängudega seotud liigsele kulutamisele õhutamise ennetamise ning mängusõltuvuse vastu võitlemise eesmärk;

b) selleks et olla vastavuses eesmärgiga võidelda kuritegevuse vastu ning vähendada mängimisvõimalusi, peavad siseriiklikud õigusnormid, millega kehtestatakse hasartmängu valdkonnas monopol, mis võimaldab monopoli omanikul teostada ekspansioonipoliitikat:

– **rajanema tõdemusel, et mängudega seotud kriminaalsed ja pettuslikud tegevused ning mängusõltuvus kujutavad endast asjaomase liikmesriigi territooriumil probleemi, mille lahenduseks oleks lubatud ja reguleeritud mängutegevuse laienemine, ning**

– **lubama teha üksnes mõõdukat reklaami, mis on rangelt piiratud sellega, mis on vajalik, et suunata tarbijad selle kaudu lubatud hasartmängude võrgustikesse;**

c) asjaomases valdkonnas vastu võetud õigusnormide vajalikkuse ja proportsionaalsuse hindamist ei saa mõjutada pelk asjaolu, et ühe liikmesriigi valitud kaitsesüsteem erineb teises liikmesriigis rakendatud süsteemist, vaid nende normide hindamisel tuleb silmas pidada huvitatud liikmesriigi pädevate asutuste seatud eesmärke ning tagada soovitav kaitsetase.

Allkirjad