

**Kohtuasi C-920/19**

**Eelotsusetaotluse kokkuvõte vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 98 lõikele 1**

**Saabumise kuupäev:**

16. detsember 2019

**Eelotsusetaotluse esitanud kohus:**

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Steiermarki liidumaa halduskohus, Austria)

**Eelotsusetaotluse kuupäev:**

6. detsember 2019

**Kaebajad:**

Fluctus s.r.o.

Fluentum s.r.o.

KI

**Vastustaja:**

Landespolizeidirektion Steiermark

**Põhikohtuasja ese**

Trahvi määramine ebaseaduslike mänguautomaatide käitamise eest (riikliku hasartmängumonopoli rikkumine)

**Eelotsusetaotluse ese ja õiguslik alus**

Austria hasartmängumonopoli kooskõla ELTL artikliga 56, arvestades kontsessioonäärde agressiivseid reklaamimeetmeid

**Eelotsuse küsimused**

1. Kas ELTL artiklit 56 tuleb tõlgendada nii, et hinnates küsimust, kas kontsessionäär teeb keelatud reklaami vastavalt Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikas antud selgitustele riikliku hasartmängumonopoli kohta, on tähtis, kas

tervikuna hinnates toimus asjaomasel perioodil tõepoolest hasartmänguturu kasv, või on piisav juba see, et reklaami eesmärk on õhutada aktiivselt hasartmänge mängima näiteks seeläbi, et hasartmänge lastakse paista ohutuna, et neile luuakse sellega, et saadud tulu kasutatakse üldise huvi eesmärgil, positiivne kuvand või et suurendatakse mängude atraktiivsust haarava reklaamiga, mis peibutab lootusega märkimisväärsetele võitudele?

2. Kas ELTL artiklit 56 tuleb tõlgendada ka nii, et monopoolses seisundis olija reklaami puhul on igal juhul välistatud monopolisüsteemi ühtsus või võib monopoolses seisundis olija juhul, kui asjaomast reklaami teevad eraõiguslikud teenuseosutajad, samuti õhutada aktiivselt hasartmänge mängima näiteks seeläbi, et hasartmänge lastakse paista ohutuna, et neile luuakse sellega, et saadud tulu kasutatakse üldise huvi eesmärgil, positiivne kuvand või et suurendatakse mängude atraktiivsust haarava reklaamiga, mis peibutab lootusega märkimisväärsetele võitudele?

3. Kas liikmesriigi kohus, kes on oma pädevuse raames kohustatud kohaldama ELTL artiklit 56, peab omal algatusel tagama kõnealuse sätte täieliku tõhususe nii, et ta jätab kohaldamata kõik riigisisese õigusnormid, mis on tema hinnangul viidatud artikliga vastuolus, isegi kui põhiseaduslikus menetluses on kinnitatud nende kooskõla liidu õigusega?

### **Viidatud liidu õigusnormid**

ELTL artikkel 56

### **Viidatud riigisisese õigusnormid**

28. novembri 1989. aasta föderaalne hasartmänguseadus (Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz), edaspidi „GSpG“) (BGBl. nr 620/1989): §-d 2, 3, 4, 14, 17, 21, 24, 50, 52, 53, 54, 56

### **Viidatud kohtupraktika**

30. aprilli 2014. aasta kohtuotsus Pflieger, C-390/12; 6. novembri 2003. aasta kohtuotsus Gambelli, C-243/01; 8. septembri 2010. aasta kohtuotsus Carmen Media, C-46/08; 15. septembri 2011. aasta kohtuotsus Dickinger ja Ömer, C-347/09; 3. juuni 2010. aasta kohtuotsus Ladbrokes, C-258/08; 8. septembri 2010. aasta kohtuotsus Stoß jt, C-316/07, C-358/07 kuni C-360/07, C-409/07 ja C-410/07; 30. juuni 2011. aasta kohtuotsus Zeturf, C-212/08; 24. jaanuari 2013. aasta kohtuotsus Stanleybet jt, C-186/11 ja C-209/11; 11. jaanuari 2000. aasta kohtuotsus Kreil, C-285/98; 29. aprilli 1999. aasta kohtuotsus Ciola, C-224/97; 14. juuni 2017. aasta kohtuotsus Online Games jt, C-685/15; 21. juuli 2005. aasta kohtuotsus Coname, C-231/03; 13. oktoobri 2005. aasta kohtuotsus

Parking Brixen, C-458/03; 14. novembri 2013. aasta kohtuotsus Belgacom, C-221/12; 30. juuni 2016. aasta kohtuotsus Admiral Casinos & Entertainment AG, C-464/15; 10. aprilli 1984. aasta kohtuotsus von Colson und Kamann, 14/83, ja 27. juuni 1991. aasta kohtuotsus Mecanarte, C-348/89

### Asjaolude ja menetluse lühikokkuvõte

- 1 Mängulokaalides tehtud kontrolli käigus võeti ära neis üles pandud mänguautomaadid, mida käitati ilma ametiasutuse väljastatud loata (kontsessioon), mille olemasolu on GSpG kohaselt nõutav. Pädevad asutused jätsid ajutise konfiskeerimise otsused oma otsusega muutmata, alustasid vääртеomenetlust ja määrasid vastutavatele isikutele, nimelt automaatidele omanikele, lokaalide käitajatele, teenindavale personalile ja teistele isikutele trahviotsuste alusel rahatrahvid.
- 2 Käesoleval juhul korraldati 19. oktoobril 2016 Grazis asuvas mängulokaalis GSpG kohane kontroll. Võeti ära kaheksa mänguautomaati, millega seoses tekkis GSpG rikkumise kahtlus. Mänguautomaadid olid sisse lülitatud ja töökorras ning mõnda neist kasutasid ka mängijad. Mänguautomaadid (riiklikku monopoli rikkuvad masinad), mille omanikuna tuvastati Fluentum s.r.o. ja valdajana Fluctus s.r.o., võeti ajutiselt ära. Äravõtmisest teatati pädevale asutusele, nimelt Landespolizeidirektion Steiermarkile (Steiermarki liidumaa politseiamet). Seejärel tehti Fluctus s.r.o. kui mänguautomaatide tuvastatud valdaja suhtes 23. novembril 2016 konfiskeerimisotsus. Samasugune konfiskeerimisotsus toimetati 12. detsembril 2016 kätte ka ettevõtjale Fluentum s.r.o., keda loeti hasartmängu korraldajaks. Viidatud otsuste peale esitati kaebused Landesverwaltungsgericht Steiermarkile (Steiermarki liidumaa halduskohus, Austria).
- 3 Seejärel alustati vääртеomenetlusi. Landespolizeidirektion Steiermark lähtus pädeva asutusena sellest, et KI on äriühingute Fluctus s.r.o. ja Fluentum s.r.o. juhataja äriseadustiku tähenduses. KI kui hasartmängu korraldaja ja ettevõtja suhtes alustati eraldi vääртеomenetlusi ja kaebajatele määrati rahatrahv kogusumas 480 000 eurot. Menetluskulud olid ühtekokku 48 000 eurot. Täpsemalt määrati Landespolizeidirektion Steiermarki 22. jaanuari 2018. aasta trahviotsusega iga mänguautomaadi kohta rahatrahv summas 30 000 eurot (kokku 240 000 eurot), mille tasumata jätmise korral oli kohaldatav seitsme päeva pikkune vabaduskaotuslik asenduskaristus, ning Landespolizeidirektion Steiermarki 29. jaanuari 2018. aasta trahviotsusega iga mänguautomaadi kohta rahatrahv summas 30 000 eurot (kokku 240 000 eurot), mille tasumata jätmise korral oli kohaldatav seitsme päeva pikkune vabaduskaotuslik asenduskaristus. Mõlema trahviotsuse peale esitati kaebus Landesverwaltungsgericht Steiermarkile (Steiermarki liidumaa halduskohus, Austria).
- 4 ELTL artikli 56 ja sellele artiklile järgnevate artiklite kohaselt vajalik seos välisriigiga on menetlustes olemas seetõttu, et üks menetlusosaline on muus Euroopa Liidu liikmesriigis (Bratislava/Slovakkia) asutatud osahing.

## Eelotsusetaotluse põhjenduse lühikokkuvõte

- 5 Landesverwaltungsgericht Steiermark (Steiermarki liidumaa halduskohus, Austria) kahtleb kontsessioonäride (monopoolses seisundis olijate) reklaamimeetmete kooskõlas liidu õigusega (ELTL artikkel 56).
- 6 Hasartmängureklaami käsitlevad õigusnormid on Austria hasartmänguseaduses (GSpG) sõnastatud väga üldiselt. Loteriide kontsessioonärid on vastavalt GSpG § 17 lõikele 7 kohustatud tagama enda tegevusele meedia üldise toetuse. Seevastu kasiinode käitajad ei ole kohustatud reklaami tegema. Kindel piirang seoses hasartmängureklaami sisuga on praegu kehtestatud üksnes GSpG §-s 56 (lõige 1). Selle kohaselt on kontsessioonärid ja loaomanikud kohustatud jälgima, et nende reklaamteated oleksid „vastutustundlikult koostatud“. Vastutustundliku toimimise tagamiseks on ette nähtud üksnes asjaomase ametiasutuse järelevalve, samal ajal kui kohtusse kaebuse esitamine vastavalt kõlvatu konkurentsi vastase seaduse (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, edaspidi „UWG“) §-le 1 ja sellele järgnevatele paragrahvidele on sõnaselgelt välistatud.
- 7 Austria kohtud on paljudes haldus- ja tsiviilkohtumenetlustes hinnanud Austria hasartmänguseaduse kooskõla kehtiva liidu õigusega ja samuti liidumaade halduskohtute seisukohti ning tunnistanud selle liidu õigusega kooskõlas olevaks või ei ole avaldanud sellega seoses kahtlusi. Kõik kolm Austria kõrgeimat kohtu – Verwaltungsgerichtshof (Austria kõrgeim halduskohus, VwGH), Verfassungsgerichtshof (konstitutsioonikohus, VfGH) ja Oberster Gerichtshof (Austria kõrgeim üldkohus, OGH) kinnitasid 2016. aastal tehtud otsustega, et Austria hasartmängumonopol on liidu õigusega kooskõlas (vt allpool punktid 21, 23). Sellest ajast saadik on tehtud palju teisi otsuseid, milles on lähtutud neist otsustest.
- 8 Austria hasartmängumonopol on põhimõtteliselt ELTL artiklis 56 sätestatud teenuste osutamise vabaduse piirang. Selline teenuste osutamise vabaduse piirang on liidu õigusega kooskõlas ainult siis, kui selleks esineb aluslepingutes kindlaks määratud põhjendus või Euroopa Kohtu praktikas välja töötatud õigustav asjaolu (ülekaalukas avalik huvi) (vt Euroopa Kohtu otsus Pflieger, C-90/12, punkt 38 jj). Hasartmängude piirangut võib ülekaaluka avaliku huvina põhjendada eelkõige tarbijakaitse, võitlus pettuste vastu ning huvi hoida ära kodanike õhutamise mängimisega seonduvale liigsele kulutamisele (vt Euroopa Kohtu 6. novembri 2003. aasta kohtuotsus Gambelli, C-243/01, EU:C:2003:597, punkt 65 jj; Euroopa Kohtu 8. septembri 2010. aasta kohtuotsus Carmen Media, C-46/08, EU:C:2010:505, punkt 55). Selliste eesmärkide olemasolu üksinda ei ole siiski piisav, et põhjendada mis tahes õigusnormi. Kui asjaomase põhivabaduse piiramiseks on olemas tunnustatud eesmärk, tuleb hinnata, kas järgitud on proportsionaalsuse põhimõtet.
- 9 Hinnates küsimust, kas hasartmängumonopol on liidu õiguse kohaselt lubatud, ei lähtu Euroopa Kohus mitte ainult seadusandja eesmärgist, vaid ka õigusnormide tegelikust mõjust (vt Euroopa Kohtu 15. septembri 2011. aasta kohtuotsus

Dickinger ja Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, punkt 65). Seega ei tule küsimuse hindamisel, kas hasartmängumonopol on – ka reklaami kontekstis – kooskõlas liidu õigusega, arvestada mitte ainult õigusnormi sisu – käesoleval juhul eelkõige GSpG § 56 lõiget 1, mille kohaselt on kontsessioonärid ja loaomanikud kohustatud jälgima, et nende reklaamteated oleksid vastutustundlikult koostatud –, vaid tähtis on ka see, millist mõju see õigusnorm tegelikult avaldab.

- 10 Hinnates küsimust, kas hasartmängumonopol on asjakohane, on suur tähtsus liikmesriigi õigusnormide ühtsusel (kohtuotsus Gambelli, C-243/01, punkt 65 jj; kohtuotsus Pfleger, C-390/12, punkt 56). Juhul kui küsimusele selle kohta, kas hasartmängumonopol on asjakohane, vastatakse jaatavalt, hindab Euroopa Kohus teise sammuna selle vajalikkust ja vajaduse korral kolmanda sammuna piirangu sobivust. Euroopa Kohtu hinnangul on liidu õigusega vastuolus riigisisesed õigusnormid, kui nende õigusnormidega ei taotleta tegelikult mängijate kaitse või kuritegevuse vastu võitlemise eesmärki ning kui need ei vasta tegelikult soovile vähendada mängimisvõimalusi või võidelda hasartmängudega seonduva kuritegevuse vastu ühtselt ja süstemaatiliselt (kohtuotsus Pfleger, C-390/12, punkt 56). Ühtsuse nõudega on seotud ka monopoolses seisundis olija või kontsessionääri reklaamile esitatavad nõuded, mida Euroopa Kohus on selgitanud mitmes otsuses (vt eespool punktis „viidatud kohtupraktika“ osutatud kohtuotsused Ladbrokes, Stoß jt, Zeturf, Dickinger ja Ömer ning Stanleybet jt). Eelotsusetaotluse esitanud kohus teeb selle põhjal järelduse, et liikmesriigi seadusandja peab reguleerima ka monopoolses seisundis olija reklaamimeetmed ja teostama nende üle järelevalvet. Ühes osas õiguskirjandusest on märgitud, et hasartmängureklaamid – ka kontsessionääride Österreichische Lotterien GmbH ja Casinos Austria AG reklaamid – ei ole koostatud vajalikul määral vastutustundlikult. Kritiseeritakse asjaolu, et ainuõigus on peamiselt eraõiguslikel teenuseosutajatel, keda kontrollitakse – kui üldse – üksnes pealiskaudselt ning keda järelevalveasutused ei ole eelkõige teenuste laiendamise ja agressiivse reklaami puhul piiranud, mis on vastuolus liidu õigusega.
- 11 Landesverwaltungsgericht Steiermark (Steiermarki liidumaa halduskohus, Austria) on seisukohal, et Euroopa Kohtu kehtestatud nõuded seoses hasartmängumonopoli lubatavusega – arvestades ühest küljest Austrias valitsevat õiguslikku olukorda (ühtsus) ja teisest küljest hasartmängude kontsessiooni ainukasutaja äripoliitikat (ekstensiivne reklaam) – ei ole täidetud. Lähtuda saab sellest, et kontsessionääri agressiivne reklaampoliitika ületab piirid, mille Euroopa Kohus on kindlaks määranud kohtuotsustes Carmen Media, Stoß ning Dickinger ja Ömer, mistõttu ei saa ainuüksi juba sel põhjusel enam kohaldada Austria hasartmängumonopoli käsitlevaid sätteid koos sellega kaasnevate sätetega selliste isikute suhtes nagu kaebajad, kes kasutavad teenuste osutamise vabadust. Sellele järeldusele on jõutud ka kõigis seni sel temal avaldatud õigusteaduslikes käsitlustes.
- 12 Esiteks saab lähtuda sellest, et monopoolses seisundis olija agressiivne reklaampoliitika on vastuolus Euroopa Kohtu nõudega, mille kohaselt tuleb tarbijaid kaitsta hasartmängudele liigsele kulutamisele õhutamise eest. Euroopa



Kohtu poolt ette kirjutatud reklaamipiiranguid praktikas ei järgita. Kontsessioonäride Österreichische Lotterien GmbH ja Casinos Austria AG tegevus turul on kooskõlas kõikide kriteeriumidega, millele monopoolses seisundis olija tegevus turul vastavalt Euroopa Kohtu sedastustele just nimelt ei tohi vastata: see õhutab aktiivselt hasartmänge mängima, loob hasartmängudele positiivse kuvandi, peibutab lootusega märkimisväärsetele võitudele, õhutab uusi sihtrühmi hasartmänge mängima ja selle sisu laiendatakse pidevalt.

- 13 Eelotsusetaotluse esitanud kohus esitab arvukalt näiteid aktiivse reklaamitegevuse kohta nimetatud viies kategoorias, näiteks reklaamikulud ligikaudu 40 miljonit eurot aastas, reklaami lai levik tänu avalikus ruumis ja televisioonis tehtavatele kampaaniatele, mängimisele õhutamine näiteks soodustuste tegemisega, et meelitada mängima hasartmängudest seni kõrvale jäänud sihtrühmi, näiteks naisi ja noorukeid, reklaamimine eriti suurte, miljonitesse ulatuvate võitudega, milleni on lihtne jõuda, positiivse mõju seostamine hasartmänguga (avalike ja heategevuslike ürituste toetamine, selliste väärtuste seostamine hasartmängudega nagu õnn, kuulsus, maine, enesekindlus ja isegi füüsiline atraktiivsus), hasartmängudele juurdepääsu hõlbustamine (mängulokaalide laiendamine, ligipääs internetis ja nutiseadmetes, hasartmängukupongide jagamine jmt).
- 14 Asjaolu, et monopoolses seisundis olija tegeleb praegu teenuste sisu laiendamisega, saab selgitada ainult majanduslike kaalutlustega ning see ei ole mõõdukas mängutegevuse suunamine. On ilmselge, et rahandusministeeriumi kui teenuste laiendamisest ja hasartmängude hindade tõstmist otsese majandusliku kasu saaja huvid on läbipõimunud. Ühest küljest on Austria Vabariigil endal osalus Casinos Austria AG-s ja/või Österreichische Lotterien GmbH-s, teisest küljest on rahandusminister kohustatud teostama ulatuslikku järelevalvet kontsessioonäride üle ja andma Austria hasartmänguturul kontsessioone konfliktis muude konkurentidega läbipaistvalt ja nii, et seda on võimalik kontrollida. Selline pingeline suhe avaldab paratamatult suurt mõju hasartmänge käsitlevatele õigusaktidele ja ka praktikas väljendub see asjaolus, et järelevalve kontsessioonäride tegevuse üle on ebapiisav.
- 15 Landesgericht Linzi (liidumaa kohus Linzis) 2014. aasta otsusele viidates märgitakse, et ainukese hasartmängulitsentsi omaniku (Österreichische Lotterien GmbH ja Casinos Austria AG) reklaam tervikuna ei olnud mõõdukas ega piirdunud sellega, et suunata tarbijat kontrollitud (monopoolses seisundis olijate) hasartmänguvõrgustikesse ning võidelda mängusõltuvuse ja sellega seotud kuritegevuse vastu (mille olemasolu tuvastati märkimisväärses mahu), vaid pigem on tegemist kasvu saavutamisele suunatud agressiivse reklaamiga, mille eesmärk oli soodustada hasartmängude mängimist ja mis õhutas aktiivselt hasartmänge mängima seeläbi, et lasi neid paista ohutuna, lõi neile positiivse kuvandi, suurendas nende atraktiivsust ja peibutas ahvatlevate võitudega. Landesverwaltungsgericht Vorarlberg (Vorarlbergi liidumaa halduskohus, Austria) tuvastas samuti, et kõnealused reklaamimeetmed ei ole mõõdukad ega piirdu sellega, mis on vajalik. Ka Oberster Gerichtshof (Austria kõrgeim

üldkohus, OGH) on mitmes otsuses sõnaselgelt märkinud, et hasartmängumonopol on liidu õigusega vastuolus.

- 16 Lisaks monopoolses seisundis olijatele ei ole ka paljude Austrias hasartmänguteenuste osutamisega tegelevate kolmandate ettevõtjate reklaamitegevus mõõdukas ega piiratud ning selle üle ei teostata tõhusat järelevalvet; seda eelkõige internetis, kusjuures enamiku reklaamklippide puhul on tegemist ettevõtjate reklaamiga, kellel ei ole Austrias kontsessiooni hasartmängude korraldamiseks. Ei ole selge, mis põhjustel ei vii rahandusministeerium ellu GSpG-s kehtestatud keeldu, mille kohaselt ei või reklaamida hasartmänge, millele ei ole antud kontsessiooni. Igal juhul on ilmne, et sellel ei ole midagi ühist ühtse hasartmängupoliitika ega hasartmänge mängivate tarbijate kaitsega.
- 17 Lõppkokkuvõttes ei soovita reklaamiga mitte üksnes suunata tarbijaid kontrollitud hasartmänguvõrgustike juurde, vaid reklaami eesmärk on õhutada aktiivselt hasartmänge mängima eelkõige neid isikuid, kes ei ole seniajani olnud valmis sellega tegelema. Seega ei ole Euroopa Kohtu praktika tähenduses tegemist mõõduka reklaamiga. Lisaks tuleb arvestada, et GSpG § 56 lõige 1 välistab võimaluse, et konkurendid või kaabeõigusega ühendused võiksid kõlvatu konkurentsi vastase seaduse (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG) alusel kohtusse kaebuse esitamise teel kontrollida, kas reklaamimisel on järgitud liidu õiguses kehtestatud kriteeriumi. Seega puudub hasartmängumonopolil liidu õiguse kohaselt nõutav põhjendus.
- 18 Esitatud küsimustele vastamine on käesoleva menetluse seisukohast hädavajalik, kuna kaks Austria kõrgeimat kohut (VfGH ja VwGH) on tuvastanud GSpG kooskõla liidu õigusega ja on vaid ühe hindamise alusel teinud otsuse (vt allpool punktid 21, 23), mis on nüüd – vähemasti kõrgeima astme kohtute hinnangul – reeglit loova otsusena siduv kõikidele teistele kohtutele. Sellise arusaamaga nõustumise korral oleks edaspidi võimatu kontrollida GSpG sätteid liidu õiguse alusel. Peale selle on kõnealune liidu õigust rikkuv kohtupraktika vastuolus ka Euroopa Kohtu praktikaga (kohtuotsus Kreil, C-285/98; kohtuotsus Ciola, C-224/97; kohtuotsus Online Games, C-685/15).
- 19 Kaebajad tegutsevad teenuste osutamise vabaduse kaitsealas. Vastavalt ETLT artikli 56 määrava tähtsusega sättele, mis on adresseeritud igale liikmesriigi asutusele, ei või asutused seada teenuste osutamise vabadusele piiranguid. Teenuste osutamise vabadus on vahetult kohaldatav, selle kohaldamiseks ei ole vaja Austria asutuste ega kohtute kinnitust. ETLT artiklis 56 sätestatud keelul on esimus riigisisese õiguse ees, ka riigisisese põhiseadusõiguse ees. Seega ei või liikmesriigi konstitutsioonikohus eirata põhivabadusi. Iga asutus peab õigusnormide kohaldamisel lähtuma sellest, et ETLT artiklil 56 on esimus mis tahes riigisisese piirangu suhtes, olenemata selle piirangu õiguslikust olemusest. Ühtegi riigisisest piirangut – isegi kui see tuleneb põhiseadusest või on kehtestatud jõustunud ja kohtu poolt muutmata jäetud määruse ja/või otsusega –, mis on vastuolus õigusnormide hierarhias kõrgemal asuva ETLT artiklis 56

sätetatud keeluga, ei või kohaldada. Euroopa Kohus märkis juba 1999. aastal Austriat puudutavas otsuses Ciola (C-224/97, punktid 24–34), et liidu õigusega vastuolus olevad seadused ja asutuste aktid – isegi kui need on jõustunud/lõplikud – ei või seada liidu kodanikke ebasoodsamasse olukorda. Selle asemel peavad asutused järgima esimuslikku liidu õigust.

- 20 Asjaomane trahviotsus on vastuolus liidu õigusega, millel on esimus. Trahviotsus põhineb Austria hasartmänguseadusel, mis piirab teenuste osutamise vabadust. Menetluses ei ole tõendatud, et liidu õigust rikkuva hasartmänguseaduse alusel tehtud otsuse vastuolu teenuste osutamise vabadusega võiks teoreetiliselt olla põhjendatud ülekaaluka üldise huviga. Seda, et Austria monopolil puudub seaduslik alus, tõendab ainuüksi viide Euroopa Kohtu otsusele Pflieger (C-390/12). Austria hasartmänguseaduse piirangud on „konkreetsed kohaldamiseeskirju“ arvestades vastuolus liidu õigusega. Vastupidist riik isegi väida, kuigi tõendamiskoormis on riigil (vt kohtuotsus Online Games, C-685/15).
- 21 Verwaltungsgerichtshofi (Austria kõrgeim halduskohus, VwGH) otsustele, mis on liidu õigusega vastuolus, eelkõige siduvat reeglit loovale 16. märtsi 2016. aasta otsusele 2015/17/0022, ei saa keegi tugineda. VwGH väärad otsused ei seisa ELi õigusest kõrgemal ja ei vabasta asutusi kohustusest järgida esimuslikku ELi õigust. Kooskõlas oma väljakujunenud praktikaga märkis Euroopa Kohus kohtuotsuses Pflieger (C-390/12, punktid 53–55), et tegelikult olukorrast lähtudes ei saa Austria monopolil liidu õiguse alusel põhjendada. Austria asutused ei ole tõendanud, et hasartmängudega seotud kuritegevus ja/või hasartmängusõltuvus kujutasid endast tõepoolest märkimisväärset probleemi, mille tõttu võiks monopol olla põhjendatud.
- 22 Samamoodi on asi käesoleval juhul. Pädevad asutused ei tõendanud, et hasartmängudega seotud kuritegevus ja/või hasartmängusõltuvus kujutasid endast asjaomasel ajavahemikul tõepoolest märkimisväärset probleemi, mille tõttu võiks monopol ja selle põhjal tehtud otsus olla õiguspärane. Pigem on tuvastatud, et monopoli tegelik eesmärk ei seisne kuritegevuse vastu võitlemises ja mängijate kaitsmises, vaid üksnes riigikassa sissetuleku maksimeerimises monopoolses seisundis olija seadmisega soodsamasse olukorda.
- 23 Verwaltungsgerichtshof (Austria kõrgeim halduskohus, VwGH) rikub meelevaldselt liidu õigust, mida on siduvalt tõlgendanud Euroopa Kohus, mistõttu on esitatud küsimused poolelioleva menetluse seisukohast ülimalt olulised, kuna vastasel juhul tekib oht, et tehakse veel üks kohtulahend, milles lähtutakse liidu õigust rikkuva hasartmänguseaduse õiguspärasusest. Kõnealuse õigusvastase kohtupraktika seost esitatud küsimustega, mis puudutavad reklaamimeetmeid, näitab see, et asjaomased kõrgeima astme kohtute otsused (eelkõige VwGH 16. märtsi 2016. aasta otsus Ro 2015/17/0022 ja VfGH 15. oktoobri 2016. aasta otsus E 945/2015) ei põhine eraldi tuvastatud faktidel, mis oleksid seotud küsimusega, mis puudutab hasartmänguseaduses sätestatud monopoli kooskõla liidu õigusega; seetõttu ei aita need kohtulahendid juba eelnevalt – puhtalt faktide tasandil – kuidagi selgitada Euroopa Kohtu poolt hiljuti taas rõhutatud (vt



kohtuotsus Admiral Casinos & Entertainment AG, C-464/15) nõuet, et ELTL artiklit 56 tuleb tõlgendada nii, et hasartmängude turul piiranguid ette nägevate liikmesriigi õigusnormide proportsionaalsuse kontrollimisel tuleb arvesse võtta mitte ainult eesmärki, mida õigusnormidega nende vastuvõtmise ajal taotleti, vaid ka mõju, mis neil õigusnormidel on vastuvõtmise järgselt hinnatuna.

- 24 Kontsessioonäride võimalused reklaamida Austrias hasartmänge ja hasartmängude reklaamid on pealegi vastuolus liidu õigusega (taas viide eespool osutatud kohtuotsustele Ladbrokes, Stoß, Zeturf, Dickinger ja Ömer ning Stanleybet).
- 25 Vastavalt Verwaltungsgerichtshofi (Austria kõrgeim halduskohus, VwGH) praktikale (vt 11. juuli 2018. aasta kohtuotsus Ra 2018/17/0048) oleks küll põhimõtteliselt lubatav, et kontsessioonärid kasutavad osaliselt agressiivseid reklaamimeetmeid. See on aga nii vaid siis, kui asjaomase hasartmängu või asjaomase hasartmänguvaldkonna jaoks on agressiivne reklaam vajalik, et tagada mängijate kaitse, seega kui see on vajalik eelkõige selleks, et reklaami kaudu suunata mängijaid ebaseaduslikust sfäärist seaduslikku sfääri. Kuna teadaolevalt ei pakuta Austrias ebaseaduslike loteriitooteid või kasiinomänge, tuleb reklaamiga seoses kehtestada range kriteerium. Ei tule kõne alla, et näiteks agressiivset loteriireklaami saaks põhjendada väidetavalt ulatuslikult pakutavate ebaseaduslike mänguautomaatidega. Verwaltungsgerichtshofi (Austria kõrgeim halduskohus, VwGH) õiguskäsituse kohaselt oleks agressiivne reklaam seega küll osaliselt lubatav, kuid Austrias siiski ainult mänguautomaatide puhul. Kuid asi on täpselt vastupidi. Esitatud lisadest nähtub agressiivne ja Euroopa Kohtu praktika kohaselt keelatud reklaam valdkondades, mida väidetav ebaseaduslikkus Austrias üldse ei puuduta. Juba seetõttu on hasartmänguseaduses sätestatud monopol õigusvastane ja selle seaduse subjekti suhtes ei saa sanktsioone rakendada.
- 26 Pidades silmas Euroopa Kohtu 9. jaanuari 2019. aasta määrust Fluctus ja Fluentum (C-444/18, punkt 27), on küsimustele vastamine vajalik, kuna Austria kõrgeima astme kohtud on oma siduvat reeglit loovates otsustes küll – nagu eespool kirjeldatud – tuvastanud, et reklaam on agressiivne ja selle eesmärk on peibutada hasartmängudest seni kõrvale jäänud uusi mängijaid, kuid on seda fakti eirates ikkagi tuvastanud kooskõla liidu õigusega. Kõnealune liidu õigust rikkuv kohtupraktika on vastuolus Euroopa Kohtu praktikaga. Esitatud küsimustele tuleb tingimata vastata, kuna ilma Euroopa Kohtu uue ja üheti mõistetava otsuseta ei saa Austria kohtute õigusvastast praktikat peatada.