

**Asia C-920/19**

**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen  
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä**

**Jättämispäivä:**

16.12.2019

**Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:**

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Steiermarkin osavaltion  
hallintotuomioistuin, Itävalta)

**Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:**

6.12.2019

**Valittajat:**

Fluctus s.r.o.

Fluentum s.r.o.

KI

**Vastapuolena oleva viranomainen:**

Landespolizeidirektion Steiermark

**Pääasian kohde**

Seuraamusten määrääminen rahapeliautomaattitoiminnan luvattomasta  
harjoittamisesta (onnenpelejä koskevan valtion monopolin loukkaaminen)

**Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeudellinen perusta**

Itävallan onnenpelimonopolin yhteensopivuus SEUT 56 artiklan kanssa, kun  
otetaan huomioon toimilupien haltijoiden ylimitoitetut mainontakäytännöt

**Ennakkoratkaisukysymykset**

1. Onko SEUT 56 artiklaa tulkittava siten, että arvioitaessa valtion  
onnenpelimonopolia koskevassa unionin tuomioistuimen vakiintuneessa  
oikeuskäytännössä kielletyiksi todettuja toimiluvan haltijan mainontakäytäntöjä

ratkaisevaa on se, ovatko onnenpelimarkkinat kokonaisuutena tarkasteltuna tosiasiassa kasvaneet kyseisenä ajanjaksona, vai riittääkö jo se, että mainonnalla pyritään edistämään aktiivista osallistumista peleihin muun muassa arkipäiväistämällä pelejä, antamalla niistä myönteinen kuva sen perusteella, että saadut tulot käytetään yleisen edun mukaiseen toimintaan, tai lisäämällä pelien kiinnostavuutta huomiota herättävillä mainoksilla, joissa korostetaan houkuttelevasti mahdollisuutta suuriin voittoihin?

2. Onko SEUT 56 artiklaa tulkittava lisäksi siten, että jos kyse on monopolin haltijan tällaisista mainontakäytännöistä, ne sulkevat joka tapauksessa pois monopolijärjestelmän johdonmukaisuuden, vai voiko myös monopolin haltija kannustaa osallistumaan aktiivisesti pelaamiseen silloin, kun yksityiset toimijat toteuttavat vastaavanlaisia mainontatoimia, muun muassa arkipäiväistämällä pelejä, antamalla niistä myönteisen kuvan sen perusteella, että saadut tulot käytetään yleisen edun mukaiseen toimintaan, tai lisäämällä pelien kiinnostavuutta huomiota herättävillä mainoksilla, joissa korostetaan houkuttelevasti mahdollisuutta suuriin voittoihin?

3. Onko kansallinen tuomioistuin, jonka tehtävänä on soveltaa SEUT 56 artiklaa oman toimivaltansa rajoissa, velvollinen varmistamaan omasta aloitteestaan näiden normien täyden vaikutuksen jättämällä soveltamatta kaikkia sen mielestä unionin oikeuden kanssa ristiriidassa olevia kansallisia säännöksiä, vaikka niiden yhteensopivuus unionin oikeuden kanssa on vahvistettu valtiosääntöoikeudellisessa menettelyssä?

### **Unionin oikeussäännöt, joihin on viitattu**

SEUT 56 artikla

### **Kansalliset oikeussäännöt, joihin on viitattu**

Onnenpeleistä 28.11.1989 annettu liittovaltion laki (Glücksspielgesetz, jäljempänä GSpG) BGBl. nro 620/1989: 2, 3, 4, 14, 17, 21, 24, 50, 52, 53, 54 ja 56 §

### **Viitattu oikeuskäytäntö:**

Tuomio 30.4.2014, *Pfleger*, C-390/12; tuomio 6.11.2003, *Gambelli*, C-243/01; tuomio 8.9.2010, *Carmen Media* C-46/08; tuomio 15.9.2011, *Dickinger ja Ömer*, C-347/09; tuomio 3.6.2010, *Ladbroke*, C-258/08; tuomio 8.9.2010, *Stoß ym.*, C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 ja C-410/07; tuomio 30.6.2011, *Zeturf*, C-212/08; tuomio 24.1.2013, *Stanleybet ym.*, C-186/11 ja C-209/11; tuomio 11.1.2000, *Kreil*, C-285/98; tuomio 29.4.1999, *Ciola*, C-224/97; tuomio 14.6.2017, *Online Games ym.*, C-685/15; tuomio 21.7.2005, *Coname*, C-231/03; tuomio 13.10.2005, *Parking Brixen*, C-458/03; tuomio 14.11.2013, *Belgacom*, C-221/12; tuomio 30.6.2016, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, C-464/15;

tuomio 10.4.1984, *von Colson ja Kamann*, 14/83 ja tuomio 27.6.1991, *Mecanarte*, C-348/89.

### Lyhyt kuvaus tosiseikoista ja menettelystä

- 1 Viranomaisten suorittamissa tarkastuksissa yritysten tiloista löydettiin rahapeliautomaatteja, jotka oli otettu käyttöön ilman GSpG:ssä edellytettyä viranomaislupaa (jäljempänä toimilupa), ja ne takavarikoitiin väliaikaisesti. Toimivaltaiset viranomaiset vahvistivat väliaikaiset takavarikot antamallaan päätöksillä ja käynnistivät hallinnollisen seuraamusmenettelyn sekä määräisivät vastuuhenkilöille – eli laitteiden omistajille, tilojen pitäjille, laitteiden käytöstä vastaavalle henkilökunnalle ym. – hallinnollisia sakkoja rangaistusmääräyksillä.
- 2 Nyt käsiteltävässä asiassa Grazissa sijaitsevassa toimitilassa suoritettiin GSpG:n mukainen tarkastus 19.10.2016. Tarkastuksessa havaittiin kahdeksan laitetta, joiden osalta epäiltiin GSpG:n säännöksiä rikotun. Nämä laitteet oli otettu käyttöön, ne olivat toimintakuntoisia, ja niitä käyttivät osittain myös pelaajat. Laitteiden (välineet, joilla loukataan valtion monopolia) omistajaksi paljastui Fluentum s.r.o. ja haltijaksi Fluctus s.r.o., ja ne takavarikoitiin väliaikaisesti. Asiasta ilmoitettiin toimivaltaiselle viranomaiselle eli Landespolizeidirektion Steiermarkille (Steiermarkin osavaltion poliisiviranomainen). Tämän jälkeen Fluctus s.r.o:n osalta annettiin 23.11.2016 takavarikointia koskeva päätös, koska sen oli todettu olevan laitteiden omistaja. Fluentum s.r.o:lle annettiin tiedoksi 12.12.2016 samansisältöinen takavarikointia koskeva päätös, jossa kyseistä yritystä luonnehdittiin onnenpelin järjestäjäksi. Mainituista päätöksistä valitettiin Landesverwaltungsgericht Steiermarkiin (Steiermarkin osavaltion hallintotuomioistuin).
- 3 Tämän jälkeen aloitettiin hallinnollinen seuraamusmenettely. Toimivaltainen lainvalvontaviranomainen Landespolizeidirektion Steiermark katsoi, että KI on Fluctus s.r.o:n ja Fluentum s.r.o:n kauppaoikeuden mukainen toimitusjohtaja. KI:tä vastaan aloitettiin siksi erilliset seuraamusmenettelyt onnenpelin järjestäjänä ja elinkeinonharjoittajana, ja valittajalle määrättiin sakkoja yhteensä 480 000 euroa. Oikeudenkäyntikuluina velvoitettiin korvaamaan yhteensä 48 000 euroa. Landespolizeidirektion Steiermarkin 22.1.2018 antamalla päätöksellä jokaisesta onnenpelilaitteesta määrättiin sakkoa 30 000 euroa (yhteensä 240 000 euroa), joka voidaan muuntaa kulloinkin seitsemän päivän vankeusrangaistukseksi, jos sakkoa ei saada perittyä, ja Landespolizeidirektion Steiermarkin 29.1.2018 antamalla päätöksellä jokaisesta onnenpelilaitteesta määrättiin niin ikään sakkoa 30 000 euroa (yhteensä 240 000 euroa), joka voidaan muuntaa kulloinkin seitsemän päivän vankeusrangaistukseksi, jos sakkoa ei saada perittyä. Molemmista sakkoa koskevista päätöksistä valitettiin Landesverwaltungsgericht Steiermarkiin (Steiermarkin alueellinen hallintotuomioistuin).

- 4 Käsiteltävänä oleviin asioihin sisältyy SEUT 56 artiklassa ja sitä seuraavissa artikloissa edellytetty rajat ylittävä tekijä, koska niissä osallisena on Euroopan unionin toiseen jäsenvaltioon (Bratislava/Slovakia) sijoittautunut rajavastuuyhtiö.

### Ennakkoratkaisupyyntöön perusteet

- 5 Landesverwaltungsgericht Steiermark on epävarma siitä, ovatko toimiluvan haltijoiden (monopolin haltijat) mainontakäytännöt unionin oikeuden (SEUT 56 artikla) mukaisia.
- 6 Onnenpelimainontaa koskevat oikeudelliset vaatimukset on muotoiltu Itävallan GSpG:ssä vain hyvin epämääräisesti. Arpajaistoimiluvan haltijat ovat GSpG:n 17 §:n 7 momentin mukaan velvollisia huolehtimaan yleisestä mediatuesta. Pelikasinoiden pitäjiillä ei sen sijaan ole mainontavelvoitteita. Tällä hetkellä ainoastaan GSpG:n 56 §:n 1 momentissa säädetään onnenpelimainonnan sisältöä koskevasta selkeästä rajoituksesta. Sen mukaan toimilupien ja lupien haltijat ovat velvollisia toimimaan vastuullisesti mainonnassaan. Vastuullisuuden toteutuminen varmistetaan ainoastaan valvonnalla, ja sopimatonta kilpailua koskevan liittovaltion lain (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, jäljempänä UWG) 1 §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä tarkoitetun kanteen nostaminen on nimenomaisesti suljettu pois.
- 7 Itävallan tuomioistuimet ovat tutkineet ja vahvistaneet useissa hallinnollisissa ja siviilioikeudellisissa menettelyissä, että Itävallan onnenpelilaki on yhteensopiva voimassa olevan unionin oikeuden ja osavaltion hallintotuomioistuinten näkemyksen kanssa, eivätkä ne ole esittäneet tätä koskevia epäilyjä. Kaikki kolme Itävallan ylimmän oikeusasteen tuomioistuinta, Verwaltungsgerichtshof (ylin hallintotuomioistuin, VwGH), Verfassungsgerichtshof (perustuslakituomioistuin, VfGH) ja Oberster Gerichtshof (ylin tuomioistuin, OGH) vahvistivat vuonna 2016 antamallaan ratkaisulla, että Itävallan onnenpelimonopoli on unionin oikeuden mukainen (ks. jäljempänä 21 ja 23 kohta). Sen jälkeen on annettu useita näiden periaatteellisten päätösten mukaisia ratkaisuja.
- 8 Itävallan onnenpelimonopolilla rajoitetaan lähtökohtaisesti SEUT 56 artiklassa vahvistettua palvelujen tarjoamisen vapautta. Se on näin ollen unionin oikeuden mukainen vain, jos perussopimuksissa vahvistettu oikeuttamisperuste tai unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä kehitetty oikeuttamisperuste (yleistä etua koskeva pakottava syy) täyttyy (ks. tuomio *Pfleger*, C-390/12, 38 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Yleistä etua koskevia pakottavia syitä onnenpelitoiminnan rajoittamiseksi ovat ennen kaikkea kuluttajansuoja, petosten ehkäisy sekä sen torjunta, että kansalaisia houkutellaan tuhlaamaan liiallisesti pelitoimintaan (ks. tuomio *Gambelli*, C-243/01, 65 kohta ja sitä seuraavat kohdat ja tuomio *Carmen Media*, C-46/08, 55 kohta). Tällaisiin tavoitteisiin vetoaminen ei kuitenkaan yksinään riitä oikeuttamaan mitä tahansa oikeudellista järjestelmää. Mikäli kyseessä olevaa perusvapautta rajoitetaan tunnustetun tavoitteen vuoksi, on tutkittava, onko suhteellisuusperiaatetta noudatettu.

- 9 Unionin tuomioistuimen mukaan se, onko onnenpelimonopoli unionin oikeuden mukainen, määräytyy lainsäätäjän asettamien tavoitteiden lisäksi myös järjestelmän tosiasiallisen vaikutuksen perusteella (ks. tuomio *Dickinger ja Ömer*, C-347/09, 65 kohta). Tästä seuraa, että – myös mainontatoimien yhteydessä – unionin oikeuden mukaisuutta arvioitaessa on otettava huomioon paitsi normin sisältö, tässä erityisesti GSpG:n 56 §:n 1 momentti, jonka mukaan toimiluvan ja luvan haltijoiden on toimittava mainonnassaan vastuullisesti, myös kyseisen säännöksen tosiasialliset vaikutukset.
- 10 Onnenpelimonopolin soveltuvuuden arvioinnissa suuri merkitys on kansallisen järjestelmän johdonmukaisuudella (tuomio *Gambelli*, C-243/01, 65 kohta ja sitä seuraavat kohdat ja tuomio *Pfleger*, C-390/12, 56 kohta). Mikäli tavoitteeseen soveltuvuuden edellytykset täyttyvät, seuraavassa vaiheessa on arvioitava rajoituksen tarpeellisuutta (välttämättömyyttä) ja mahdollisesti kolmannessa vaiheessa rajoituksen asianmukaisuutta. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan kansallinen sääntely on unionin oikeuden vastainen, kun tämän sääntelyn tavoitteena ei tosiasiasa ole pelaajien suojeleminen tai rikollisuuden torjuminen eikä se vastaa todellisuudessa tavoitteeseen vähentää pelimahdollisuuksia tai torjua näihin peleihin liittyvää rikollisuutta johdonmukaisella ja järjestelmällisellä tavalla (tuomio *Pfleger*, C-390/12, 56 kohta). Johdonmukaisuutta koskevan vaatimuksen lisäksi on otettava huomioon myös monopolin tai toimiluvan haltijan harjoittamalle mainonnalle asetetut vaatimukset, joita unionin tuomioistuin on selvittänyt useissa ratkaisuisaan (ks. edellä kohdassa ”viitattu oikeuskäytäntö” mainitut tuomiot *Ladbroke, Stoß, Zeturf, Dickinger ja Ömer sekä Stanleybet*). Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin päätelee tämän perusteella, että kansallisen lainsäätäjän on säänneltävä ja valvottava myös monopolin haltijan mainontatoimia. Osassa oikeuskirjallisuutta katsotaan, että vaadittu vastuullisuus ei toteudu mainonnassa – ei myöskään Österreichische Lotterien ja Casinos Austria AG:n harjoittamassa mainonnassa. Valtaosin yksityiselle palveluntarjoajalle myönnettyä yksinoikeutta on arvosteltu, sillä sitä valvotaan vain pintapuolisesti – jos lainkaan –, eikä sääntelyllä pidetä kurissa etenkin tarjonnan laajentamista ja aggressiivista mainontaa, mikä on unionin oikeuden vastaista.
- 11 Landesverwaltungsgericht Steiermark katsoo, että unionin tuomioistuimen asettamat vaatimukset onnenpelimonopolin sallimiselle eivät täyty, kun otetaan huomioon yhtäältä Itävallan oikeussäännöt (johdonmukaisuus) ja toisaalta arpajaisia koskevan toimiluvan yksinhaltijan toimintapolitiikka (laaja mainontakäytäntö). Lähtökohtana voidaan pitää sitä, että toimiluvan haltijan aggressiivinen mainospolitiikka ylittää unionin tuomioistuimen tuomioissa *Carmen Media, Stoß* sekä *Dickinger ja Ömer* vahvistetut rajat, joten pelkästään tästä syystä Itävallan onnenpelimonopolia ja siihen liittyviä järjestelmiä ei voida enää soveltaa palvelun tarjoamisen vapautta käyttävään toimijaan, kuten tässä valittajiin. Koko oikeuskirjallisuus tukee tätä näkemystä.
- 12 Monopolin haltijan kasvuhakuisella toimintapolitiikalla, jota tuetaan intensiivisellä mainonnalla, tehdään tyhjäksi unionin tuomioistuimen edellyttämät

toimet kuluttajien suojelemiseksi siltä, ettei heitä houkutella tuhmaamaan liiallisesti pelitoimintaan. Unionin tuomioistuimen asettamia mainonnan rajoituksia ei noudateta käytännössä. Toimiluvan haltijoiden Österreichische Lotterien GmbH:n ja Casinos Austria AG:n markkinapolitiikka täyttää kaikki unionin tuomioistuimet vahvistamat kriteerit, jotka eivät saa olla ominaisia monopolin haltijan markkinakäyttäytymiselle. Monopolin haltijoiden harjoittamalla mainonnalla kannustetaan osallistumaan aktiivisesti peleihin, annetaan pelaamisesta sinänsä myönteinen kuva, korostetaan houkuttelevasti mahdollisuutta suuriin voittoihin, houkutellaan uusia kohderyhmiä pelaamaan ja laajennetaan jatkuvasti pelien sisältöä.

- 13 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin mainitsee useita esimerkkejä intensiivisestä mainostoiminnasta näissä viidessä luokassa. Vuosittaiset mainoskulut ovat noin 40 miljoonaa euroa; mainonta kohdennetaan laajaan yleisöön julkisissa tiloissa ja televisiossa järjestettyjen kampanjoiden avulla; pelaamiseen kannustetaan esimerkiksi myöntämällä etuja, jotta aiemmin pelaamisesta vähemmän kiinnostuneet kohderyhmät, kuten naiset ja nuoret, saadaan pelaamaan; miljoonavoittojen mainostetaan olevan helposti saavutettavissa; rahapeleillä väitetään olevan myönteisiä vaikutuksia (julkisten tilaisuuksien ja yleishyödyllisten tarkoitusten edistäminen, asiakkaiden houkuttelemisen mainoksilla, joissa onnen, maineen, kunnioituksen, itseluottamuksen jne. kaltaiset arvot ja ulkoinen viehättävyys yhdistetään rahapeleihin) sekä rahapeleihin osallistumista helpotetaan (pelien vastaanottopisteiden laajentaminen, pelien asettaminen saataville internetissä tai mobiililaitteissa, pelikuponkien jakaminen jne.).
- 14 Monopolin haltijan tarjonnan sisällön laajentamiseen tähtäävät nykyiset toimet perustuvat vain rahallisiin näkökohtiin, eikä niillä pyritä ohjaamaan maltilliseen pelaamiseen. On ilmeistä, että valtiovarainministeriön intressit ovat sekoittuneet, sillä onnenpelien tarjonnan laajentamisesta ja hinnankorotuksista koituu sille välitöntä taloudellista hyötyä. Yhtäältä Itävallan tasavalta omistaa epäsuoraan Münze Österreich AG:n ja Casinos Austria AG:n osakkeita, ja toisaalta valtiovarainministerin tehtävänä on valvoa kattavasti toimiluvan haltijoiden toimintaa ja jakaa toimilupia avoimesti ja todennettavasti muihin Itävallan onnenpelimarkkinoilla toimiviin kilpailijoihin nähden. Tällä ristiriidalla on väistämättä kattavia vaikutuksia onnenpelilainsäädäntöön, ja se näkyy myös käytännössä siten, että toimiluvan haltijoiden toimintaa koskevia valvontavelvoitteita ei hoideta asianmukaisesti.
- 15 Landesgericht Linzin vuonna 2014 antaman tuomion perusteella on todettava, että ainoat onnenpelitoimiluvan haltijat (Österreichische Lotterien GmbH ja Casinos Austria AG) ovat harjoittaneet mainontaa, joka ei ole kokonaisuutena maltillista eikä rajoitu siihen, että kuluttajaa ohjataan (monopolin haltijoiden) valvottuihin peleihin ja torjutaan siten samalla peliriippuvuutta ja rikollisia menettelyjä (joita ei voitu todeta esiintyneen merkittävästi), vaan kyse on pikemminkin laajentumis- ja kasvuhakuisesta mainonnasta, jolla pyritään edistämään pelitoimintaa ja rohkaistaan aktiivista osallistumista peleihin arkipäiväistämällä pelejä, antamalla

niistä myönteinen kuva, lisäämällä pelien kiinnostavuutta ja korostamalla mahdollisuutta suuriin voittoihin. Myös Landesverwaltungsgericht Vorarlberg on todennut, etteivät mainontatoimet ole maltillisia eivätkä ne rajoitu tiukasti siihen, mikä on tarpeen. Lisäksi Oberster Gerichtshof on nimenomaisesti todennut useissa ratkaisuisaan, ettei onnenpelimonopoli ole unionin oikeuden mukainen.

- 16 Sen lisäksi, että monopolin haltijoiden mainontatoimet eivät ole maltillisia, niitä ei ole rajattu eikä niitä valvota tehokkaasti, samat toteamukset koskevat myös suurta määrää kolmansia yrityksiä, jotka tarjoavat onnenpelejä Itävallassa. Näin on erityisesti verkko-onnenpelien alalla, jota koskevissa mainoksissa kyse on valtaosin sellaisten yritysten mainonnasta, joilla ei ole Itävallassa toimilupaa arpajaisten järjestämiseen. Ei ole selvää, miksi valtiovarainministeriö ei ole pannut täytäntöön GSpG:ssä vahvistettua kieltoa, joka koskee ilman toimilupaa järjestettävien onnenpelien mainontaa. On ilmeistä, ettei tämä liity mitenkään johdonmukaiseen onnenpelipolitiikkaan eikä pelaajien suojeluun.
- 17 Mainonnan tarkoituksena ei näin ollen ole yksinomaan ohjata kuluttajia valvottujen pelien pariin, vaan sillä pyritään kannustamaan aktiiviseen pelaamiseen etenkin henkilöitä, jotka eivät aiemmin ole olleet siihen selvästi halukkaita. Kyse ei näin ollen ole unionin tuomioistuimen edellä mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettua maltillisesta mainonnasta. Tätä tukee se seikka, että GSpG:n 56 §:n 1 momentin mukaan kilpailijat tai asiavaltuuden omaavat järjestöt eivät voi nostaa UWG:n mukaista kannetta unionin oikeudessa mainonnalle asetettujen vaatimusten täyttymisen tutkimiseksi. Onnenpelimonopolilla ei siten ole unionin oikeudessa edellytettyä oikeuttamisperustetta.
- 18 Vastaus esitettyihin kysymyksiin on välttämätön nyt käsiteltävän asian ratkaisemiseksi, koska kaksi Itävallan ylimmän oikeusasteen tuomioistuinta (VfGH/VwGH) katsoo, että GSpG on unionin oikeuden mukainen, ja ne ovat antaneet kertaluonteisen tutkinnan jälkeen periaatteellisen ratkaisun (ks. jäljempänä 21 ja 23 kohta), joka sitoo – ainakin ylimmän oikeusasteen tuomioistuinten mukaan – kaikkia muita tuomioistuimia. Jos tällaista näkemystä noudatetaan, tulevaisuudessa GSpG:n säännöksiä on mahdotonta arvioida unionin oikeuden kannalta. Lisäksi tämä unionin oikeuden vastainen käytäntö on myös suoraan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön vastainen (tuomio *Kreil*, C-285/98; tuomio *Ciola*, C-224/97 ja tuomio *Online Games*, C-685/15).
- 19 Valittajat toimivat alalla, johon sovelletaan palvelujen tarjoamisen vapautta. Asian kannalta merkityksellisessä SEUT 56 artiklassa, joka on osoitettu kaikille jäsenvaltioiden elimille, kielletään viranomaisia rajoittamasta palvelujen tarjoamisen vapautta. Palvelujen tarjoamisen vapautta koskevaa oikeutta sovelletaan suoraan, toisin sanoen Itävallan valtion elimet eivät tarvitse sen soveltamiseen viranomaisilta tai tuomioistuimelta saatua vahvistusta. SEUT 56 artikla, jossa määrätään kiellosta, on ensisijainen kansalliseen oikeuteen ja kansalliseen perustuslakiin nähden. Kansallinen perustuslakituomioistuin ei siten voi mitätöidä perusvapauksia. Kaikkien viranomaisten on sovellettava SEUT

56 artiklaa ensisijaisesti kaikkiin kansallisiin rajoituksiin nähden riippumatta tällaisten rajoitusten oikeudellisesta luonteesta. Vaikka kansallinen rajoitus olisi perustuslain tasoinen normi tai se perustuisi lainvoimaiseen ja tuomioistuinten vahvistamaan päätökseen ja/tai tuomioon, mutta jos se on ristiriidassa ylempitasoisen SEUT 56 artiklan kiellon kanssa, sitä ei voida soveltaa. Jo vuonna 1999 annetussa Itävaltaa koskevassa tuomiossa *Ciola* (C-224/97, 24–34 kohta) on täsmennetty, että unionin kansalaisille ei saa aiheutua haittaa unionin oikeuden vastaisista laeista ja/tai viranomaisten toimenpiteistä, vaikka ne olisivatkin tulleet lainvoimaisiksi. Viranomaiset ovat velvollisia noudattamaan ylempitasoista unionin oikeutta.

- 20 Sakkojen määräämistä koskeva päätös on ristiriidassa ensisijaisen unionin oikeuden kanssa. Se perustuu Itävallan onnenpeleistä annettuun lakiin, jolla rajoitetaan palvelujen tarjoamisen vapautta. Oikeudenkäynnissä ei ole esitetty teoreettista perustetta, jolla voitaisiin mahdollisesti oikeuttaa se, että unionin oikeuden vastaiseen onnenpelilakiin perustuvalla päätöksellä loukataan palvelujen tarjoamisen vapautta yleisen edun mukaisten pakottavien syiden vuoksi. Sen osoittamiseksi, ettei Itävallan monopolille ole oikeutusta, riittää, kun viitataan unionin tuomioistuimen tuomioon *Pfleger* (C-390/12). Itävallan onnenpelilaissa asetetut rajoitukset ovat ”konkreettisten soveltamistapojensa” valossa unionin oikeuden vastaisia. Itävalta ei edes väitä päinvastaista, vaikka todistustaakka on valtiolla (ks. tuomio *Online Games*, C-685/15).
- 21 Unionin oikeuden kanssa ristiriidassa oleviin Verwaltungsgerichtshofin päätöksiin, kuten asiassa 2015/17/0022 16.3.2016 annettuun periaatteelliseen päätökseen, ei voida vedota. VwGH:n virheelliset päätökset eivät syrjäytä unionin oikeutta eivätkä vapauta hallintoa noudattamasta ensisijaista unionin oikeutta. Unionin tuomioistuin on toistanut tuomiossa *Pfleger* (C-390/12, 53–55 kohta) vakiintuneen oikeuskäytäntönsä, jonka mukaan unionin oikeuden kannalta Itävallan monopolia ei voida perustella Itävallassa vallitsevalla tosiasiallisella tilanteella. Se totesi, että valtion elimet eivät ole kyenneet osoittamaan, että rikollisuus tai peliriippuvuus todella muodostaisivat ongelman, joka oikeuttaisi monopolin.
- 22 Tilanne on juuri tällainen nyt käsiteltävässä asiassa. Toimivaltaiset viranomaiset eivät ole osoittaneet, että rikollisuus ja/tai peliriippuvuus muodostavat tosiasiasa kyseessä olevana aikana merkittävän ongelman, joka voisi oikeuttaa monopolin ja siihen perustuvan päätöksen. On pikemminkin kiistatonta, että monopolin todellisena tavoitteena ei ole rikollisuuden torjunta ja pelaajien suojelu vaan ainoastaan valtion tulojen maksimointi monopolin haltijaa suosimalla.
- 23 Verwaltungsgerichtshof rikkoo mielivaltaisesti unionin tuomioistuimen sitovasti tulkitsemaa unionin oikeutta, minkä vuoksi esitetyillä kysymyksillä on erityisen suuri merkitys vireillä olevan oikeudenkäynnin kannalta, sillä muutoin vaarana on, että GSpG:n unionin oikeuden vastainen tulkinta vahvistetaan uudelleen. Tämä lainvastainen käytäntö liittyy myös tässä esitettyihin mainontaa koskeviin kysymyksiin, mikä näkyy siinä, että ylimmän oikeusasteen tuomioistuinten



antamat asiaa koskevat ratkaisut (erityisesti VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022 ja VfGH 15.10.2016, E 945/2015) eivät perustu GSpG:n monopolijärjestelmän unionin oikeuden mukaisuutta koskevan kysymyksen itsenäiseen tutkintaan, minkä vuoksi niillä ei voida – pelkästään tosiseikkojen tasolla – alun alkaenkaan auttaa selventämään unionin tuomioistuimen hiljattain toistamaa vaatimusta (ks. tuomio C-464/15, *Admiral Casinos & Entertainment AG*), jonka mukaan SEUT 56 artiklaa on tulkittava siten, että onnenpelialaa koskevan rajoittavan kansallisen lainsäädännön oikeasuhteisuuden tutkinnassa lähestymistavan on oltava staattisen sijasta dynaaminen siinä mielessä, että tutkinnassa on otettava huomioon kyseisen lainsäädännön antamisajankohdan tavoitteen lisäksi myös sen antamisen jälkeen arvioitavat vaikutukset.

- 24 Itävallassa toimiluvan haltijoiden onnenpelejä koskevat mainontamahdollisuudet ja mainonta ovat lisäksi unionin oikeuden vastaisia (ks. jälleen edellä mainitut tuomiot *Ladbrokes, Stoß, Zeturf, Dickinger ja Ömer sekä Stanleybet*).
- 25 Verwaltungsgerichtshofin oikeuskäytäntö (ks. 11.7.2018 annettu ratkaisu Ra 2018/17/0048) sallii lähtökohtaisesti toimiluvan haltijoiden toteuttaa osittain aggressiivisia mainontatoimia. Näin on kuitenkin vain siinä tapauksessa, jos kyseinen onnenpeli tai kyseinen onnenpeliala edellyttää aggressiivista mainontaa pelaajien suojelemiseksi, ja erityisesti silloin, jos mainonnalla pelaajat voidaan ohjata laitoman pelaamisen parista laillisen pelaamisen pariin. Koska ei ole nähtävissä viitteitä siitä, että Itävallassa olisi arpajaistuotteita tai kasinopelejä koskevaa laitonta tarjontaa, on katsottava, että tässä yhteydessä mainontaan on sovellettava tiukkoja vaatimuksia. Ei voida hyväksyä sitä, että esimerkiksi arpajaiskuponkien aggressiivista mainontaa perustellaan rahapeliautomaattien väitetyllä huomattavalla lainvastaisella tarjonnalla. Verwaltungsgerichtshofin oikeudellisen näkemyksen mukaan osittain aggressiivinen mainonta olisi näin ollen sallittua, mutta Itävallassa ainoastaan peliautomaattien alalla. Tilanne on kuitenkin juuri päinvastainen. Toimitetuista liitteistä ilmenee, että aggressiivista ja unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä kiellettyä mainontaa harjoitetaan aloilla, joilla ei Itävallassa esiinny väitettyjä laittomuuksia. Jo tästä syystä onnenpelilakiin perustuva monopoli on lainvastainen, eikä lain soveltamisalaan kuuluvalla voida siksi määrätä seuraamuksia.
- 26 Kun otetaan huomioon unionin tuomioistuimen 9.1.2019 antaman määräyksen *Fluctus ja Fluentum* (C-444/18) 27 kohta, esitettyihin kysymyksiin on tarpeen saada vastaus, koska vaikka Itävallan ylimmän oikeusasteen tuomioistuimet ovat todenneet periaatteellisissa tuomioissaan, että mainonta on aggressiivista ja että sillä pyritään houkuttelemaan uusia pelaajia, jotka eivät aiemmin ole pelanneet, ne jättävät tämän tosiseikan kuitenkin huomiotta todetessaan, että unionin oikeutta on noudatettu. Tämä unionin oikeuden vastainen käytäntö on suoraan ristiriidassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa. On välttämätöntä, että esitettyihin kysymyksiin saadaan vastaus, koska jos unionin tuomioistuin ei anna uutta ja yksiselitteistä ratkaisua, Itävallan tuomioistuinten lainvastainen käytäntö jatkuu.