

Version anonymisée

Traduction

C-920/19 – 1

Affaire C-920/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

16 décembre 2019

Juridiction de renvoi :

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Autriche)

Date de la décision de renvoi :

6 décembre 2019

Parties requérantes :

Fluctus s.r.o.

Fluentum s.r.o.

KI

Partie défenderesse :

Landespolizeidirektion Steiermark

[omissis]

Landesverwaltungsgericht Steiermark (tribunal administratif régional de Styrie)

À l'intention de la Cour de justice de l'Union européenne

[Or. 2] [omissis]

Demande de décision préjudicielle en application de l'article 267 TFUE

[omissis]

Le Landesverwaltungsgericht Steiermark (tribunal administratif régional de Styrie) [Omissis], dans le cadre d'une procédure portant sur les recours introduits par 1) la société Fluctus s.r.o. contre la décision de la Landespolizeidirektion Steiermark (direction générale de la police de Styrie) du 23 novembre 2016 [omissis], 2) la société Fluentum s.r.o. contre la décision de la Landespolizeidirektion Steiermark (direction générale de la police de Styrie) du 12 décembre 2016 [omissis], 3) KI et la société Fluctus s.r.o. contre la décision pénale de la Landespolizeidirektion Steiermark (direction générale de la police de Styrie) du 22 janvier 2018 [omissis] et 4) KI et la société Fluentum s.r.o. contre la décision pénale de la Landespolizeidirektion Steiermark (direction générale de la police de Styrie) du 29 janvier 2018 [omissis] a rendu la présente

ORDONNANCE

I. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie des questions préjudicielles suivantes : [Or. 3]

1. **L'article 56 TFUE doit-il être interprété en ce sens que l'appréciation des pratiques publicitaires illicites, telles qu'établies dans la jurisprudence constante de la Cour de justice, dans le chef du titulaire d'une concession dans le cadre d'un monopole d'État sur les jeux de hasard dépend du point de savoir si le marché des jeux de hasard a effectivement crû de manière générale au cours de la période en cause ou s'il suffit déjà que la publicité vise à inciter à participer activement aux jeux, par exemple en banalisant le jeu, en lui conférant une image positive en raison de l'utilisation des recettes aux fins d'activité d'intérêt général ou en augmentant son attractivité par des messages publicitaires accrocheurs qui font miroiter des gains importants ?**

2. **Par ailleurs, l'article 56 TFUE doit-il être interprété en ce sens que lesdites pratiques publicitaires illicites d'un concessionnaire du monopole excluent en tout état de cause la cohérence du régime de monopole ou que, en cas de pratiques publicitaires correspondantes d'annonceurs privés, un titulaire du monopole peut également inciter à une participation active aux jeux, par exemple en banalisant le jeu, en lui conférant une image positive en raison de l'utilisation des recettes aux fins d'activité d'intérêt général ou en augmentant son attractivité par des messages publicitaires accrocheurs qui font miroiter des gains importants ?**

3. **Une juridiction de l'État qui, dans le cadre de sa compétence, doit appliquer l'article 56 TFUE est-elle tenue, aux fins d'assurer le plein effet de ces normes, de veiller à laisser inappliquée, de sa propre autorité, une disposition de droit interne qu'elle juge contraire, même si sa conformité au droit de l'Union a été confirmée dans le cadre d'une procédure constitutionnelle ?**

II. [omissis] [suspension de la procédure] [Or. 4]

Motivation

I.Les faits des procédures au principal :

- 1 À l'origine des procédures au principal, on trouve en substance des contrôles des locaux d'exploitation réalisés par des autorités [omissis]. Au terme des contrôles, d'une part, les machines trouvées dans les locaux, exploitées sans l'autorisation administrative (« concession ») requise par le Glücksspielgesetz (loi sur les jeux de hasard ; ci-après « la loi sur les jeux de hasard ») ont été provisoirement saisies [omissis] ; d'autre part, les infractions administratives présumées ont été dénoncées aux autorités compétentes. Sur la base de ces dénonciations, les autorités compétentes ont confirmé par ordonnance les saisies provisoires [omissis], engagé des procédures pénales administratives et infligé des amendes par voie de décisions pénales à l'encontre des responsables, à savoir les propriétaires des machines, les exploitants des locaux, le personnel technique etc.
- 2 En ce qui concerne les procédures au principal en cause, les agents de la police financière ont procédé le 19 octobre 2016 à un contrôle en application de la loi sur les jeux de hasard dans un local situé à Graz [omissis]. Huit appareils étaient visés pour lesquels il existait des soupçons d'infraction à la loi sur les jeux de hasard. Lorsque les agents de la police financière sont entrés dans le local, les appareils fonctionnaient et étaient en état de marche, et ils étaient aussi partiellement utilisés par des joueurs. Après audition des employés présents et d'autres devoirs d'enquête, les agents de la police financière ont ordonné la saisie provisoire en application de l'article 53, paragraphe 2, de la loi sur les jeux de hasard. Il a été établi à titre provisoire que le propriétaire des appareils (objets des mesures) était la société Fluentum s.r.o. et que le détenteur des objets des mesures était la société Fluctus s.r.o. Une attestation relative à la saisie provisoire a été établie. Les dénonciations ont été transmises aux autorités compétentes, à savoir la direction de la police régionale de Styrie. Par la suite, une décision de saisie a été adoptée à l'encontre de Fluctus s.r.o. [omissis] le 23 novembre 2016 étant donné que celle-ci avait été désignée comme la détentrice des appareils. Le 12 décembre 2016, une décision de saisie de même teneur a été signifiée à Fluentum s.r.o. [omissis] dans laquelle celle-ci était désignée comme étant l'organisateur des jeux de hasard. Des recours ont été introduits dans les délais contre les décisions précitées auprès du Landesverwaltungsgericht Steiermark (tribunal administratif régional de Styrie).
[Or. 5]
- 3 Des procédures pénales administratives ont été ensuite lancées. La direction régionale de la police de Styrie, en sa qualité d'autorité pénale compétente, a considéré que KI était le gérant, au regard du droit commercial, de la société Fluctus s.r.o. et qu'il était également le gérant, au regard du droit commercial, de la société Fluentum s.r.o. Des procédures pénales distinctes ont donc été lancées à l'encontre de KI en tant qu'organisateur et opérateur des jeux de hasard et ce dernier a été condamné à des amendes d'un total de 480.000 euros. Les dépens ont été fixés à un total de 48.000 euros. Plus précisément, une décision pénale de la direction de la police régionale de Styrie du 22 janvier 2018 [omissis] a infligé

pour chaque appareil de jeux de hasard une amende de 30.000 euros (au total 240.000 euros) ainsi qu'à chaque fois, en cas d'irrécupérabilité, une peine privative de liberté de substitution de 7 jours ; de même, la décision pénale de la direction de la police régionale de Styrie du 29 janvier 2018 [omissis] a infligé pour chaque appareil de jeux de hasard une amende de 30.000 euros (au total 240.000 euros) ainsi qu'à chaque fois, en cas d'irrécupérabilité, une peine privative de liberté de substitution de 7 jours. Les deux décisions pénales ont fait l'objet de recours dans les délais devant le Landesverwaltungsgericht Steiermark (tribunal administratif régional de Styrie).

L'élément d'extranéité requis par les articles 56 et suivants TFUE consiste, dans les procédures au principal, en ce qu'est partie à la procédure une société ayant son siège dans un autre État membre de l'Union européenne (Bratislava/Slovaquie) [omissis].

II.

La situation en droit en vigueur était la suivante :

4 Dispositions du droit de l'Union :

Article 56 TFUE

L'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans sa version du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (JO 2007, C 306) ; version consolidée (JO 2012, C 326, p. 47), dispose :

Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation.

Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissants d'un État tiers et établis à l'intérieur de l'Union. [Or. 6]

5 Dispositions de droit interne :

Les articles suivants du Bundesgesetz vom 28.11.1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz) (loi fédérale du 28 novembre 1989 régissant les jeux de hasard ; ci-après la loi sur les jeux de hasard), BGBl. n° 620/1989, dans sa version applicable, disposent :

Article 2 :

Loteries

1) *Les loteries sont des jeux de hasard*

1. *qui sont mis en œuvre, organisés, offerts ou mis à disposition par un entrepreneur et*
 2. *par lesquels des joueurs ou d'autres personnes versent une prestation en argent (mise) dans le cadre de la participation au jeu et*
 3. *auxquels l'entrepreneur, des joueurs ou d'autres personnes font escompter une prestation en argent (gain).*
- 2) *Un entrepreneur est toute personne qui exerce de manière permanente et indépendante une activité visant à dégager des recettes de l'exploitation de jeux de hasard, y compris à but non lucratif.*

[omissis]

3) *Il y a loterie par machines à sous lorsque la décision relative à l'issue du jeu n'est pas prise de manière centrale, mais par un dispositif mécanique ou électronique qui se trouve dans la machine à sous elle-même. [omissis] [Or. 7] [omissis]*

4) *Les loteries interdites sont celles pour lesquelles aucune concession ni autorisation n'a été délivrée au titre de la présente loi fédérale et qui ne sont pas exclues du monopole de l'État fédéral sur les jeux de hasard conformément à l'article 4.*

Article 3 :

Monopole sur les jeux de hasard

Sauf si la présente loi fédérale en dispose autrement, le droit d'organiser des jeux de hasard est réservé à l'État fédéral (Monopole sur les jeux de hasard).

Article 4 :

Exceptions au monopole sur les jeux de hasard

[omissis] [Or. 8] [omissis] [Or. 9]

Article 14 :

Cession de certaines loteries

Concession

1) *Le ministre fédéral des Finances peut céder le droit d'exploiter les loteries en octroyant une concession en vertu des articles 6 à 12b. L'octroi d'une concession doit être précédé d'un appel à manifestation d'intérêt qui doit respecter les principes de transparence et de non-discrimination. [omissis]*

2) Une concession en application du paragraphe 1 ne peut être octroyée à un concessionnaire que si

1. l'entreprise revêt la forme juridique d'une société de capitaux dotée d'un conseil de surveillance et établie, conformément au paragraphe 3, dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État de l'Espace économique européen et si le jeu est exploité d'une manière qui permet une surveillance réglementaire effective et large en application de la présente loi ;

2. les statuts de la société de capitaux ne contiennent pas de dispositions compromettant la sécurité et la régularité des jeux ;

3. la société de capitaux dispose d'un capital social libéré d'au moins 109 millions d'euros, dont l'origine légale est démontrée de manière appropriée et dont dispose librement, de manière illimitée et établie le gestionnaire aux fins de l'exploitation des jeux en Autriche et qui n'a pas été réduit par des pertes comptables au moment de l'acquisition de la concession (réserve de responsabilité).

4. les personnes qui détiennent une participation dans un concessionnaire et disposent d'une influence prédominante satisfont aux exigences en termes d'exploitation sérieuse et prudente de la concession ainsi que de fiabilité au regard de la réglementation au sens de l'article 18, paragraphes 1 à 5 ;

5. les gestionnaires, en raison de leur formation au sens de l'article 31b, paragraphe 7, disposent des qualités et expériences nécessaires à l'exploitation régulière de l'entreprise ;

6. la structure du groupe dont fait (font) partie le (ou les) propriétaire(s) détenant une participation qualifiée dans l'entreprise ainsi que les dispositions juridiques et administratives de l'État du siège n'empêchent pas une surveillance efficace du concessionnaire ; et si **[Or. 10]**

7. on peut s'attendre à ce que le concessionnaire exploitera au mieux la concession notamment en raison de son expérience, de ses infrastructures, de ses mesures de développement et de ses moyens propres, ainsi que de ses systèmes et aménagements en vue de prévenir la dépendance au jeu, de protéger les joueurs, de prévenir le blanchiment d'argent et la criminalité, de garantir la sécurité d'exploitation, de garantir la qualité et d'assurer la surveillance interne et aux fins d'autres dispositions de la présente loi le concernant.

3) Les personnes intéressées par l'octroi d'une concession doivent disposer d'un siège dans un État membre de l'Union européenne ou d'un État de l'Espace économique européen. En cas d'acquisition d'une concession par une personne ayant un siège en dehors de l'Autriche, la concession est octroyée à condition que

le siège de la société de capitaux soit établi en Autriche et sous réserve que la preuve de l'établissement soit rapportée dans un délai déterminé.

[omissis]

4) La concession doit être octroyée par écrit sous peine de nullité et peut être assortie de clauses accessoires si cela est dans l'intérêt public, notamment pour assurer le paiement de la redevance et de la taxe sur les jeux de hasard. La décision de concession doit notamment indiquer

[omissis]

[Or. 11] *[omissis]*

6) Toutes les demandes introduites dans les délais impartis feront l'objet d'une décision dans le cadre de l'examen des manifestations d'intérêt. Si plusieurs candidats postulent simultanément et si les conditions prévues à l'article 2, points 1 à 6, sont remplies, le ministre fédéral des Finances prend une décision sur la base de l'article 2, point 7. Tant qu'une concession accordée conformément au paragraphe 1 reste en vigueur, aucune autre concession ne peut être accordée en application du paragraphe 1. [omissis]

Article 17 :

Taxe de concession

1) Le concessionnaire doit payer une taxe de concession au titre de la cession du droit d'organiser des jeux de hasard.

[omissis] **[Or. 12]**

[omissis] **[Or. 13]**

[omissis]

7) Le concessionnaire s'assure du soutien général des médias. Pour obtenir ce soutien médiatique, le concessionnaire peut conclure des accords de droit privé avec des partenaires médiatiques publics et privés et des organisations à but non lucratif.

Article 21 :

Casinos

Concession

1) Le ministre fédéral des Finances peut octroyer des concessions pour l'exploitation de casinos. L'octroi d'une concession doit être précédé d'un appel à

manifestation d'intérêt qui doit respecter les principes de transparence et de non-discrimination. [omissis]

2) Une concession en application du paragraphe 1 ne peut être octroyée à un concessionnaire que si

1. l'entreprise revêt la forme juridique d'une société de capitaux dotée d'un conseil de surveillance et établie, conformément au paragraphe 3, dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État de l'Espace économique européen et si le jeu est exploité d'une manière qui permet une surveillance réglementaire effective et large en application de la présente loi ;

2. les statuts de la société de capitaux ne contiennent pas de dispositions compromettant la sécurité et la régularité des jeux ;

3. la société de capitaux dispose d'un capital social libéré d'au moins 22 millions d'euros, dont l'origine légale est démontrée de manière appropriée et dont dispose librement, de manière illimitée et établie le gestionnaire aux fins de l'exploitation des jeux en Autriche et qui n'a pas été réduit par des pertes comptables au moment de l'acquisition de la concession (réserve de responsabilité).

4. les personnes qui détiennent une participation dans un concessionnaire et disposent d'une influence prédominante satisfont aux exigences en termes d'exploitation sérieuse et prudente de la concession ainsi que de fiabilité au regard de la réglementation au sens de l'article 30, paragraphes 1 à 5 ;
[Or. 14]

5. les gestionnaires, en raison de leur formation au sens de l'article 31b, paragraphe 7, disposent des qualités et expériences nécessaires à l'exploitation régulière de l'entreprise ;

6. la structure du groupe dont fait (font) partie le (ou les) propriétaire(s) détenant une participation qualifiée dans l'entreprise ainsi que les dispositions juridiques et administratives de l'État du siège n'empêchent pas une surveillance efficace du concessionnaire ; et si

7. on peut s'attendre à ce que le concessionnaire exploitera au mieux la concession notamment en raison de son expérience, de ses infrastructures, de ses mesures de développement et de ses moyens propres, ainsi que de ses systèmes et aménagements en vue de prévenir la dépendance au jeu, de protéger les joueurs, de prévenir le blanchiment d'argent et la criminalité, de garantir la sécurité d'exploitation, de garantir la qualité et d'assurer la surveillance interne et aux fins d'autres dispositions de la présente loi le concernant.

3) *Les personnes intéressées par l'octroi d'une concession doivent disposer d'un siège dans un État membre de l'Union européenne ou d'un État de l'Espace économique européen. En cas d'acquisition d'une concession par une personne ayant un siège en dehors de l'Autriche, la concession est octroyée à condition que le siège de la société de capitaux soit établi en Autriche et sous réserve que la preuve de l'établissement soit rapportée dans un délai déterminé.*

[omissis]

5) *Un maximum de 15 concessions au total est octroyé en application du paragraphe 1.*

6) *Toutes les demandes introduites dans les délais impartis feront l'objet d'une décision dans le cadre de l'examen des manifestations d'intérêt. Si plusieurs candidats postulent simultanément et si les conditions prévues à l'article 2, points 1 à 6, [Or. 15] sont remplies, le ministre fédéral des Finances prend une décision sur la base de l'article 2, point 7.*

7) *La concession doit être octroyée par écrit sous peine de nullité et peut être assortie de clauses accessoires si cela est dans l'intérêt public, notamment pour assurer le paiement de la redevance et de la taxe sur les jeux de hasard. La décision de concession doit notamment indiquer*

[omissis] [Or. 16]

[omissis]

Article 24 :

Participations des concessionnaires

1) *Le concessionnaire ne peut pas créer de filiale en dehors de l'Autriche.*

[omissis] [Or. 17]

Article 50 :

DISPOSITIONS PÉNALES ET PROCÉDURALES

Autorités et procédure

[omissis] [Or. 18] [dispositions non pertinentes pour répondre aux questions préjudicielles, qui portent notamment sur la compétence, la procédure et les pouvoirs des autorités]

[omissis] [Or. 19]

Article 52 :

Dispositions pénales administratives

1) *Commet une infraction administrative et est passible d'une amende infligée par l'autorité administrative d'un montant pouvant aller jusqu'à 60 000 euros dans les cas visés au point 1 [...]* :

1. quiconque, aux fins d'une participation à partir du territoire national, met en œuvre, organise ou met à disposition en tant qu'entrepreneur des loteries interdites au sens de l'article 2, paragraphe 4, ou qui participe à celles-ci en tant qu'entrepreneur au sens de l'article 2, paragraphe 2 ;

[omissis]

2) *En cas de violation du paragraphe 1, point 1, au moyen d'un maximum de trois machines à sous ou d'autres objets contraires à la réglementation, l'utilisation de chaque machine à sous ou d'un autre objet contraire à la réglementation est passible d'une amende de 1.000 à 10.000 euros s'il s'agit d'une première infraction, de 3.000 à [Or. 20] 30.000 euros en cas de récidive ; en cas d'infraction au moyen de plus de trois de machines à sous ou d'autres objets contraires à la réglementation, l'utilisation de chaque machine à sous ou d'un autre objet contraire à la réglementation est passible d'une amende de 3.000 à 30.000 euros s'il s'agit d'une première infraction, ou d'une amende de 6.000 à 60.000 euros en cas de récidive.*

[omissis]

4) [omissis] *Les objets au moyen desquels sont effectués un tirage interdit au sens de l'article 2, paragraphe 4, ou qui portent atteinte d'une autre manière au monopole des jeux de hasard de la Fédération sont saisis pour autant qu'ils ne doivent pas être confisqués en vertu de l'article 54.*

[omissis]

Article 53 :

Saisies

1) *L'autorité administrative peut ordonner la saisie des machines automatiques de jeux de hasard, de tout autre objet contraire à la réglementation et des moyens techniques auxiliaires, en vue de leur confiscation, [omissis] lorsque*

1. elle soupçonne

a) l'existence d'une violation continue d'une ou plusieurs dispositions de l'article 52, paragraphe 1, au moyen de machines automatiques ou de tout autre objet contraire à la réglementation, portant atteinte au monopole de l'État fédéral sur les jeux de hasard [omissis]

[Or. 21] [omissis] [détails de la procédure de saisie]

Article 54 :**Confiscation**

1) *Sauf infraction mineure, les objets ayant servi à enfreindre une ou plusieurs dispositions de l'article 52, paragraphe 1, seront confisqués pour empêcher toute nouvelle infraction administrative à une ou plusieurs dispositions de l'article 52, paragraphe 1.*

2) *La confiscation est prononcée par une ordonnance distincte. [omissis] [Or. 22] [omissis]*

3) *Dès que l'ordonnance de confiscation a acquis force de chose jugée, les objets saisis seront officiellement détruits par l'autorité dans l'année.*

[omissis]

Article 56 :**Publicité légale**

1) *Les concessionnaires et les titulaires d'autorisations au sens de la présente loi doivent observer une attitude responsable dans leurs annonces publicitaires. Le respect d'une telle attitude fait l'objet d'une surveillance exclusive du ministre fédéral des Finances et ne peut donner lieu à une action sur la base des articles 1^{er} et suivants de la loi fédérale autrichienne contre la concurrence déloyale. L'obligation prévue à la première phrase du présent paragraphe ne constitue pas une norme protectrice au sens de l'article 1311 du code civil.*

2) *Conformément aux principes établis au paragraphe 1, les casinos des États membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen peuvent inciter les clients autrichiens, par voie publicitaire, à se rendre dans leurs établissements étrangers situés dans des États membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, à condition que l'exploitant du casino ait obtenu à cet effet une autorisation du ministre des Finances. Une telle autorisation doit être délivrée lorsque l'exploitant du casino a prouvé au ministre des Finances que :*

1. *la concession accordée pour l'exploitation du casino remplit les conditions de l'article 21 de la présente loi et est exploitée dans le pays ayant accordé la concession, lequel doit être un État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, et que*

2. *les dispositions légales adoptées par cet État membre de l'Union européenne ou par cet État de l'Espace économique européen en matière de protection des joueurs correspondent au moins aux dispositions légales autrichiennes.*

Si les mesures publicitaires ne satisfont pas aux conditions du paragraphe 1, le ministre des Finances peut interdire toute publicité à l'exploitant du casino étranger.

3) Le ministre fédéral des Finances est habilité à fixer par ordonnance les normes d'une publicité responsable. [Or. 23]

III.

6 Les doutes quant à la conformité, avec le droit de l'Union, des pratiques publicitaires du concessionnaire (titulaire du monopole) poussent le Landesverwaltungsgericht Steiermark (tribunal administratif régional de Styrie ; ci-après « la juridiction de renvoi ») à saisir la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle.

7 Conformément à l'article 267 TFUE, pour qu'une demande de décision préjudicielle soit recevable, la juridiction de renvoi doit considérer que la résolution de la question préjudicielle est déterminante aux fins de sa décision, c'est-à-dire nécessaire pour lui permettre de rendre sa décision. Il s'agit en outre d'un aspect qui relève de l'appréciation de la juridiction de renvoi (arrêt du 27 juin 1991, Mecanarte, C-348/89, EU:C:1991:278, point 47) [omissis] [habilitation à saisir la Cour de justice]

La question de l'interprétation de l'article 56 TFUE est déterminante pour l'issue du litige pour les motifs suivants :

8 Les dispositions légales relatives à la publicité pour les jeux de hasard ne sont formulées que de manière très générale dans la loi sur les jeux de hasard. La législation sur les médias contient des lignes directrices spécifiques pour les produits présentant un risque d'addiction, tels que l'alcool et le tabac, mais non pas pour les jeux de hasard (ORF-Gesetz [loi sur la radiodiffusion autrichienne], Audiovisuelle Mediendienste-gesetz [loi sur les services de médias audiovisuels]). Les campagnes de publicité font l'objet d'un contrôle des autorités par la KommAustria [« Kommunikationsbehörde Austria », autorité autrichienne de régulation des médias électroniques audio et audiovisuels], une autorégulation générale étant assurée par le Werberat (Conseil autrichien de la publicité). Ce dernier a qualifié les jeux de hasard comme étant des produits non destinés aux enfants, de sorte que la publicité des jeux de hasard ne peut pas viser les enfants et les jeunes. Les mesures d'autorégulation des opérateurs individuels englobent des lignes directrices d'autolimitation pour les activités publicitaires ainsi que d'autres mesures de protection des joueurs issues du domaine « Responsible Gaming ».

9 Les dispositions juridiques relatives à la publicité pour les jeux de hasard figurent, d'une part, dans les dispositions relatives à la publicité de la loi sur les jeux de hasard et, d'autre part, dans les dispositions relatives aux jeux de hasard des lois sur les services de média (ORF-Gesetz [loi sur la radiodiffusion autrichienne], Audiovisuelle Mediendienst-gesetz [loi sur les services de médias audiovisuels], Privatradio Gesetz [loi sur les radios privées]). [Or. 24]

- 10 La loi autrichienne sur les jeux de hasard ne contient des dispositions en matière de publicité qu'à deux endroits :

→ En vertu de l'article 17, paragraphe 7, de la loi sur les jeux de hasard, les concessionnaires de loteries sont tenus de veiller à un soutien général dans les médias. En revanche, il n'existe pas d'obligation de publicité pour les exploitants de casinos.

→ Une limitation ferme quant au contenu de la publicité des jeux de hasard ne figure actuellement qu'à l'article 56, paragraphe 1, de la loi sur les jeux de hasard. En vertu de cet article, les concessionnaires et titulaires d'une autorisation « doivent faire preuve de responsabilité » dans leurs campagnes promotionnelles. Seules des mesures de surveillance sont prévues aux fins du respect de cette attitude mesurée, alors qu'un recours en application des articles premier et suivants de la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale est expressément exclu.

- 11 Dans la doctrine relative aux amendements à la loi sur les jeux de hasard, cette formulation est interprétée en ce sens qu'il n'y a pas d'attitude mesurée lorsque « des mises particulièrement élevées, des jeux de hasard avec des capitaux étrangers ou un jeu progressif en vue de compenser d'éventuelles pertes font l'objet d'une publicité ». De plus, il ne saurait être suggéré qu'une multiplication des jeux augmente les chances de gain, les chances de gain ne peuvent pas être exagérées de manière générale et le caractère hasardeux des jeux ne peut être nié. En outre, la publicité des jeux de hasard ne peut pas suggérer que la participation à des jeux de hasard est une alternative au travail rémunéré ou peut fournir une aide en cas de difficultés financières.
- 12 Dans de nombreuses affaires administratives ou civiles, les juridictions autrichiennes ont examiné et confirmé la compatibilité, avec le droit de l'Union applicable, de la loi autrichienne sur les jeux de hasard ainsi que la position des tribunaux administratifs régionaux, et elles n'ont exprimé aucun doute. Par des décisions rendues en mars, octobre et novembre 2016, toutes les trois juridictions supérieures autrichiennes, à savoir le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) (arrêt du 16 mars 2016, affaire Ro 2015/17/0022), le Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle) (arrêt du 15 octobre 2016, affaires E 945/2016, E 947/2016 et E 1054/2016) ainsi que l'Oberste Gerichtshof (Cour suprême) (arrêt du 22 novembre 2016, affaires 4Ob31/16 e. a.), ont confirmé que le monopole autrichien sur les jeux de hasard est conforme au droit de l'Union. Depuis lors, de nombreuses décisions ont été rendues qui se conforment à cette jurisprudence.
- 13 Le monopole autrichien sur les jeux de hasard est par nature une limitation à la libre prestation des services au sens de l'article 56 TFUE. Par conséquent, il n'est compatible avec le droit de l'Union qu'en présence d'un motif de justification prévu par les traités **[Or. 25]** ou développé dans la jurisprudence de la Cour de justice (raison impérieuse d'intérêt général) (voir arrêt du 30 avril 2014, Pflieger

e.a., C-390/12, EU:C:2014:281, points 38 et suiv.). Aux fins des limitations des activités de jeux de hasard, entrent en ligne de compte, en tant que raisons impérieuse d'intérêt général, notamment la protection des consommateurs, la prévention de la fraude et de l'incitation des citoyens à une dépense excessive liée au jeu (voir arrêt du 6 novembre 2003, Gambelli, C-243/01, EU:C:2003:597, points 65 et suiv. ; arrêt du 8 septembre 2010, Carmen Media, C-46/08, EU:C:2010:505, point 55).

La seule affirmation de tels objectifs ne suffit toutefois pas pour justifier toute disposition légale. Dans la mesure où il existe un objectif reconnu pour la limitation d'une liberté fondamentale applicable, il convient de vérifier le respect du principe de proportionnalité. Dans le cadre de l'examen de proportionnalité, elle vérifie dans un premier temps si la mesure nationale est en mesure d'atteindre l'objectif légitime.

- 14 La Cour de justice fait dépendre la compatibilité, avec le droit de l'Union, du monopole des jeux de hasard non seulement de l'objectif poursuivi par le législateur, mais également de l'effet réel de la réglementation (en ce sens, voir notamment arrêt du 15 septembre 2011, Dickinger et Ömer, EU:C:2011:582, point 65 ; dans la jurisprudence de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême), entres autres les arrêts 2 Ob 243/12t, 4 Ob 240/14m, 4 Ob 68/15a). Par conséquent, – même en rapport avec des actions publicitaires – l'examen de la conformité au droit de l'Union ne doit pas porter uniquement sur le contenu de la norme, en l'espèce notamment l'article 56, paragraphe 1, de la loi sur les jeux de hasard, aux termes duquel les concessionnaires et les titulaires d'une autorisation doivent faire preuve de responsabilité dans leurs actions publicitaires, mais il doit porter aussi sur les effets réels de cette disposition.
- 15 Dans le cadre de l'appréciation de l'aptitude d'un monopole sur les jeux de hasard [à atteindre les objectifs], la cohérence de la réglementation nationale (arrêt du 6 novembre 2003, Gambelli, C-243/01, EU:C:2003:597, points 65 et suivants ; arrêt du 30 avril 2014, Pflieger, C-390/12, EU:C:2014:281, point 56) revêt une grande importance. Dans l'hypothèse où cette aptitude est reconnue, la Cour de justice détermine dans un deuxième temps la nécessité et, le cas échéant, dans un troisième temps, le caractère approprié de la limitation. De l'avis de la Cour de justice, une réglementation nationale est contraire au droit de l'Union dès lors que cette réglementation ne poursuit pas réellement l'objectif de la protection des joueurs ou de la lutte contre la criminalité et ne répond pas véritablement au souci de réduire les occasions de jeu ou **[Or. 26]** de combattre la criminalité liée à ces jeux d'une manière cohérente et systématique (arrêt du 30 avril 2014, Pflieger, C-390/12, EU:C:2014:281, point 56).
- 16 L'exigence de cohérence implique également des exigences relatives à la publicité effectuée par le titulaire d'un monopole ou le concessionnaire (...), que la Cour de justice a précisées à plusieurs occasions.

L'arrêt du 3 juin 2010, *Ladbrokes* (C-258/08, EU:C:2010:308), qui concernait une législation néerlandaise, portait avant tout sur la question de la légalité de l'introduction de nouveaux jeux de hasard et du recours à publicité par l'opérateur national agréé de jeux de hasard. Cela pourrait être justifié si cela s'inscrit dans le cadre d'une politique d'expansion contrôlée dans le secteur des jeux de hasard, visant effectivement à la canalisation de l'envie de jouer dans des circuits légaux (point 27 de l'arrêt). En revanche, si cela poursuit une politique de forte expansion des jeux de hasard, en incitant et en encourageant de manière excessive les consommateurs à participer à ceux-ci, dans le but principal de récolter des fonds, une telle politique ne limite pas de manière cohérente et systématique l'essence des jeux de hasard (point 28 de l'arrêt). Dans le cadre de cet examen, la juridiction de renvoi devrait également vérifier si les activités de jeux illégales peuvent constituer un problème et si une expansion des activités autorisées et réglementées serait de nature à remédier à un tel problème (point 29 de l'arrêt). L'objectif de protéger les consommateurs contre la dépendance au jeu étant, en principe, difficilement compatible avec une politique d'expansion des jeux de hasard. Une telle politique ne saurait être considérée comme cohérente que si les activités illégales présentaient une dimension considérable et si les mesures adoptées visaient à canaliser l'envie de jouer des consommateurs dans des circuits légaux (point 30 de l'arrêt). Il y lieu de prendre en considération le fait que la demande au niveau de l'offre clandestine a fortement augmenté.

Dans l'arrêt du 8 septembre 2010, *Stoß e.a.* (C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07, EU:C:2010:504), la Cour de justice a déclaré que la publicité éventuellement mise en œuvre par le titulaire d'un monopole public demeure mesurée et strictement limitée à ce qui est nécessaire pour canaliser ainsi, de manière contrôlée, les consommateurs vers les réseaux de jeu autorisés. Une telle publicité ne saurait, en revanche, notamment viser à encourager la propension naturelle au jeu des consommateurs en stimulant leur participation active à celui-ci, notamment en banalisant le jeu ou en donnant une image positive liée au fait que les recettes récoltées sont affectées à des activités d'intérêt général ou encore en augmentant la force attractive du jeu au moyen de messages publicitaires accrocheurs faisant miroiter d'importants gains (point 103 de l'arrêt). [Or. 27]

L'arrêt du 30 juin 2011, *Zeturf* (C-212/08, EU:C:2011:437) avait pour objet des manifestations sportives équestres et des paris dans ce contexte en France, ainsi que leur offre sur Internet. La Cour de justice a renvoyé à sa jurisprudence relative à la justification d'une restriction à la libre prestation de services. Le simple fait que l'autorisation et le contrôle d'un certain nombre d'opérateurs privés peuvent s'avérer plus onéreux pour les autorités nationales qu'une tutelle exercée sur un opérateur unique est sans pertinence. Des inconvénients administratifs ne constituent pas un motif susceptible de justifier une entrave à une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union (point 48). Le recours à une publicité soutenue pour les produits, y compris sur Internet, et l'augmentation du nombre des points de vente des paris et des produits offerts aux joueurs, accompagnés d'une stratégie commerciale qui vise à capter de nouveaux publics

pour les jeux proposés ne justifient pas les limitations aux libertés fondamentales car cela encouragerait les consommateurs à participer aux jeux de hasard (point 66). Afin d'être cohérente avec les objectifs de lutte contre la criminalité ainsi que de réduction des occasions de jeu, une réglementation nationale instituant un monopole doit reposer sur la constatation selon laquelle les activités criminelles et frauduleuses liées aux jeux et l'assuétude au jeu constituent effectivement un problème sur le territoire de l'État membre concerné auquel une expansion des activités autorisées et réglementées serait de nature à remédier et doit ne permettre la mise en œuvre que d'une publicité mesurée et strictement limitée à ce qui est nécessaire pour canaliser les consommateurs vers les réseaux de jeu contrôlés (point 72). En présence d'une réglementation nationale (...) qui s'applique de la même manière à l'offre de paris en ligne et à celle effectuée par des canaux traditionnels, parce que le législateur national n'a pas considéré qu'il était nécessaire d'opérer une distinction entre les différents canaux de commercialisation, il conviendra d'apprécier l'atteinte à la libre prestation des services du point de vue de cette restriction apportée à l'ensemble du secteur concerné (point 82).

Dans son arrêt du 15 septembre 2011, *Dickinger et Ömer* (C-347/09, EU:C:2011:582), la Cour de justice a été appelée à examiner une affaire de jeux de hasard qui concernait l'Autriche. Il était question de jeux de casino proposés sur Internet (article 12a de la loi sur les jeux de hasard) en application du monopole autrichien sur les jeux de hasard au sens de l'article 3 de la loi sur les jeux de hasard et d'une procédure pénale menée dans ces circonstances en application de l'article 168 de la loi sur les jeux de hasard. Par conséquent, il y a lieu de vérifier, à la lumière notamment de l'évolution du marché des jeux de hasard en Autriche, que les contrôles étatiques auxquels les activités du titulaire du monopole sont soumises sont propres à garantir que celui-ci sera effectivement à même de poursuivre, de manière cohérente et systématique, les objectifs invoqués au moyen d'une offre quantitativement mesurée et qualitativement aménagée en fonction desdits objectifs [Or. 28] (point 57). Après avoir rappelé les principes d'une politique commerciale expansionniste, la Cour de justice a déclaré qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier notamment si, d'une part, les activités criminelles et frauduleuses liées aux jeux et, d'autre part, l'assuétude au jeu pouvaient, à la date des faits au principal, constituer un problème en Autriche et si une expansion des activités autorisées et réglementées aurait été de nature à remédier à un tel problème (point 66). En tout état de cause, la publicité éventuellement mise en œuvre par le titulaire d'un monopole public doit demeurer mesurée et strictement limitée à ce qui est nécessaire pour canaliser ainsi les consommateurs vers les réseaux de jeu contrôlés. La publicité ne saurait, en revanche, viser à encourager la propension naturelle au jeu des consommateurs en stimulant leur participation active à celui-ci, notamment en banalisant le jeu ou en donnant une image positive liée au fait que les recettes récoltées sont affectées à des activités d'intérêt général ou encore en augmentant la force attractive du jeu au moyen de messages publicitaires accrocheurs faisant miroiter d'importants gains (point 68). Une distinction doit donc être opérée entre une politique commerciale restreinte, qui cherche seulement à capter ou à fidéliser le marché

existant au profit de l'organisme bénéficiant d'un monopole, et une politique commerciale expansionniste, dont l'objectif est l'accroissement du marché global des activités de jeux (point 69).

Dans l'arrêt du 24 janvier [2013], *Stanleybet International e.a.* (C-186/11, EU:C:2013:33), la Cour de justice fait observer qu'il y a lieu de vérifier l'efficacité du contrôle exercé par l'État en cas de monopole auquel sont liés, entre autres, des privilèges en matière de publicité (points 33 et suivants), ce dont il faut conclure que le législateur national doit également réguler et contrôler les actions publicitaires du titulaire du monopole [omissis].

- 17 Également en rapport avec la publicité effectuée par Österreichische Lotterien et Casinos Austria AG, une partie de la doctrine a contesté que la publicité respectait le caractère mesuré requis [omissis].

Fait l'objet de critiques l'exclusivité pour un opérateur majoritairement privé qui ne fait l'objet que d'un simple contrôle superficiel – s'il y en a un – et qui, s'agissant d'une extension de son offre et de la publicité agressive, n'est pas soumis à des contrôles [**Or. 29**], ce qui est contraire au droit de l'Union. [omissis]

18 Politique publicitaire du concessionnaire

De l'avis de la juridiction de renvoi, il y a lieu de considérer que les exigences posées par la Cour de justice concernant le caractère admissible d'un monopole sur les jeux de hasard ne sont pas remplies dans le contexte de la situation autrichienne, d'une part (cohérence), et de la politique commerciale du concessionnaire unique des loteries (pratique publicitaire extensive), d'autre part.

À cet égard, nous avançons les éléments de preuve suivants :

- communiqué de presse du 23 mars 2015 (annexe 1)
- communiqué de presse du 8 avril 2015 (annexe 2)
- énumération des publicités interdites pour les jeux de hasard, établie sur la base des critères définis par la Cour de justice (annexe 3)
- dossier relatif à la campagne publicitaire du titulaire du monopole (annexe 4)
- expertise du 24 mai 2016 par le professeur Andreas Kletečka (annexe 5)
- « Gewista Urban Media », Top 10 des entreprises de 2013 (annexe 6)
- capture d'écran de la page Facebook de Jackpot Café, dossier (annexe 7)
- expertise du 31 mai 2017 de M. Manfred Froschauer MBA (annexe 8)

D'une part, on peut considérer que la politique publicitaire offensive du concessionnaire va au-delà des limites fixées par la Cour de justice dans les arrêts Carmen Media, Stoß, ainsi que Dickinger et Ömer, de sorte que, pour ce seul motif, le monopole autrichien sur les jeux de hasard, en ce compris son mécanisme de contrôle, ne peut pas être appliqué à l'encontre d'une personne qui, tels les requérants, invoquent la libre prestation des services.

Cette conclusion est appuyée par l'ensemble de la doctrine :

[omissis] **[Or. 30]**

[omissis] **[Or. 31]**

[omissis] [extraits de cinq articles de doctrine, qui défendent en substance la position selon laquelle les limitations à la publicité prévues par la Cour de justice ne sont pas respectées dans la pratique ; au contraire, les activités publicitaires intensives des concessionnaires qui ciblent différents groupes (notamment, ceux peu enclins jusqu'ici à jouer à des jeux de hasard) semblent viser une extension du marché existant]

De même, dans ses conclusions du 14 novembre 2013 dans l'affaire Pflieger e.a. (C-390/12, EU:C:2013:747), l'avocat général Sharpston a déclaré, concernant cette affaire déferée par le Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (chambre administrative indépendante de Basse-Autriche), que, lorsque, comme dans le cas d'espèce en Autriche, des titulaires de concession

*« se sont engagés dans ce qu'elle qualifie de “dépenses colossales” pour une campagne publicitaire “agressive” qui promeut une image positive des jeux de hasard et encourage une participation active », cette « politique commerciale expansionniste est **totale**ment incohérente avec un objectif consistant à atteindre un niveau élevé de protection des consommateurs » (point 60).*

Et il est effectivement clair que la politique expansionniste du titulaire du monopole (Österreichische Lotterien GmbH et Casinos Austria AG peuvent tout à fait être considérées comme une entité unique en raison de leur interdépendance en termes de participations), accompagnée d'intenses dépenses publicitaires **contrecarre tout simplement la protection des consommateurs contre les incitations à des dépenses excessives pour le jeu**, exigée par la Cour de justice.

La politique de marché des titulaires de concession Österreichische Lotterien GmbH et Casinos Austria AG remplissent tous les critères que, selon la Cour de justice, le comportement du titulaire du monopole ne doit précisément **PAS** présenter :

La publicité des titulaires du monopole

a. incite à une participation active au jeu

- b. attribue au jeu lui-même une image positive
- c. fait miroiter des gains importants
- d. incite de nouveaux groupes cibles au jeu
- e. étend constamment son contenu. [Or. 32]

a. Incitation à une participation active au jeu

De nombreuses campagnes publicitaires incitent à participer activement au jeu. Ainsi, les dépenses publicitaires de 2012 placent Österreichische Lotterien GmbH/Casinos Austria AG à la 6^e place en Autriche, celles de 2013 à la 7^e place, avec un montant de 41 millions d'euros. Régulièrement l'ensemble des médias quotidiens font l'objet d'annonces en pleine page.

Une nouvelle campagne vidéo (diffusée en télévision et sur Internet) pour la plateforme Internet Win2Day (« La chance est où vous êtes ») vise à ce que les personnes se réfugient dans le monde bariolé des jeux en ligne en raison de situations quotidiennes tristes ou pesantes.

[omissis] [portée grâce à des tirages publics du Lotto ou des émissions télévisées consacrées aux gains]

[omissis] [autres exemples de campagne publicitaire destinées à inciter à une participation active au jeu, entre autres bon pour un tirage Lotto sur les timbres postes]

b. Une image positive est attribuée au jeu lui-même

Des messages publicitaires tels que, par exemple, « **Gagner vous rend beau** » ou « **La chance vous va bien** » attribuent définitivement au jeu en tant que tel **une image positive**. De même des slogans tels que « **Gagnez la célébrité pour l'éternité !** » dans le cas du Hörsaal-Poker ou « Le Lotto garantit votre pension » nimbent le jeu de « célébrité » ou parlent positivement d'une prestation de retraite. Des images en lien avec des événements réjouissants (par exemple un mariage) donnent également au jeu une connotation positive.

De plus, en suggérant une **prétendue utilisation à but non lucratif des recettes** de Österreichische Lotterien GmbH/Casinos Austria AG (par exemple en soutenant le Burgtheater de Vienne), on attribue au jeu une image positive (« **Un gain pour la culture** » et « **Bon pour l'Autriche** »).

c. On fait miroiter d'importants gains

Dans le cadre de « Euro-Millions », on fait miroiter **des gains allant jusqu'à 190 millions d'euros (!!!!) ; publicité dans la presse « 10 millions d'euros en un jour »** ; [Or. 33] annonce avec des sujets tels que **« Devenir automatiquement millionnaire : millionnaire sur simple pression d'un bouton avec MegaMillion »** ; promotion permanente de « Jackpots Lotto » de plusieurs millions. En 2010, le titulaire de la concession a fait modifier une rame complète de métro (d'une longueur de 104 mètres) pour sa campagne « Golden Roulette » et a fait miroiter le gain de barres en or.

Cela continue encore actuellement, lorsque toute la longueur d'un tramway, décoré de messages et graphiques publicitaires, invite à Innsbruck à des jeux de hasard ; un tramway par lequel des centaines d'élèves sont transportés quotidiennement.

d. De nouveaux groupes cibles sont encouragés à jouer

En s'adressant à de nouveaux groupes cibles (notamment les **femmes** et les **jeunes gens** de la « **génération Facebook** »), on cherche à **étendre globalement le marché du jeu**.

aa) Les femmes

La ligne publicitaire « **Diamantenfieber** » (la fièvre du diamant) en 2009 devait attirer les **femmes** au casino lors de la « Journée de la femme » ; en 2010, une **action publicitaire pour la fête des mères** a été organisée pour une visite de casino visant les **femmes en tant que nouveau groupe cible**.

Les explications figurant dans les annonces (« **Comment fonctionne la roulette ?** » ; « **Comment fonctionne le poker ?** ») **établissent explicitement** que ces publicités doivent s'adresser à de nouveaux groupes cibles et ainsi **étendre le marché des jeux de hasard** étant donné que les règles de ces jeux extrêmement populaires sont certainement connues du public existant. [omissis]

bb) „Génération Facebook“

En revanche, les **jeunes utilisateurs d'Internet** sont approchés, par exemple, grâce aux **machines à sous Internet « Farmwin »**, inspirées du populaire jeu Facebook « Farmville ». À la différence que, à l'inverse du jeu Facebook « Farmville » qui ne demande aucune mise, la variante sur win2day.at permet des mises jusqu'à 15 euros par jeu.

[omissis] [Or. 34] [omissis] [autres exemples d'un public cible de jeunes, comme des programme de jeux de hasard pour appareils mobiles]

cc) Public cible stylisé et sûr de soi

Enfin, selon leurs propres déclarations, le **client moderne, sûr de soi** doit également être approché par une **nouvelle ligne publicitaire « stylée »** dans les campagnes sur Internet.

[omissis] [exemple d'un texte publicitaire d'un casino]

e. Extension du contenu de l'offre de Österreichische Lotterien GmbH

Les produits de la Loterie classiques « physiques » sont pour une grande partie commercialisés via des « points de vente » – on entend traditionnellement par là en Autriche, jusqu'il y a peu, uniquement les bureaux de tabac. Toutefois, au cours des dernières années, Österreichische Lotterien GmbH a commencé à étendre les points de vente par exemple aussi aux stations-services et aux bureaux de poste, mais également aux établissements gastronomiques et est donc passé de manière radicale d'un chiffre de 3500 à plus de 5000 [points de vente]. En augmentant le nombre de points de vente, Österreichische Lotterien GmbH s'attend à une augmentation des recettes de 15 à 30 %.

On ne comprend absolument pas comment cela pourrait lutter efficacement contre les activités illégales en matière de jeux de hasard puisqu'il est notoire qu'il n'existe pas de loterie illégale en Autriche et que l'on n'imagine que difficilement que l'extension de la vente de jeux à gratter et de billets de la Loterie pourrait dissuader quiconque de quelque manière que ce soit de participer à des jeux de hasard. De plus, les produits de la loterie de Österreichische Lotterien GmbH sont en effet les seuls jeux de hasard en Autriche qui sont accessibles aux mineurs – ils constituent donc aussi, de ce point de vue, une offre sans concurrence. Par conséquent, c'est plutôt l'augmentation attendue [Or. 35] des recettes « de 15 à 30 % », qui est réalisée également au détriment des mineurs, qui constitue l'unique point de vue de cette extension de l'offre.

De la même manière, l'actuelle extension du contenu de l'offre de la titulaire du monopole ne peut s'expliquer que par des considérations financières.

[omissis] [augmentation des gains et publicité correspondante également spécialement dirigée vers les jeunes]

Österreichische Lotterien GmbH a renchéri pour la troisième fois depuis 2007 son offre de jeux de hasard et a étendu son offre en septembre 2010, directement avant l'entrée en vigueur de l'amendement de la loi sur les jeux de hasard à l'été 2010, en offrant davantage de rangs gagnants et un Jackpot minimum de 1 million d'euros. Cela n'a rien à voir avec une canalisation modérée, étant donné que les jeux de hasard de la loterie ont été précisément autorisés de manière expresse par l'autorité de surveillance des jeux de hasard au sein du Ministère des Finances et par une politique ne fixant aucune règle relative à l'âge en vue de la protection des joueurs ! Seul l'opérateur privé Österreichische Lotterien GmbH lui-même, auquel participent différents médias, s'impose une limite d'âge de 16 ans. Ainsi que l'ont montré des tests indépendants, des jeunes de 12 ans peuvent déjà sans problème

dépenser leur argent de poche pour des produits de jeux de hasard de Österreichische Lotterien GmbH dans toujours davantage de points de vente. Le plus grand bénéficiaire financier de cette extension de l'offre de jeux de hasard et des augmentations de prix est l'organe de contrôle de Österreichische Lotterien GmbH, le Ministère des Finances.

Le mélange des intérêts au sein du Ministère des Finances, en tant que bénéficiaire financier direct de cette extension de l'offre de jeux de hasard et des augmentations de prix, est évidente. D'une part, le Ministre des Finances est lui-même le représentant indirect des parts de la République d'Autriche via une participation de 33,6 % de la Monnaie d'Autriche dans Casinos Austria AG et, par là, dans Österreichische Lotterien GmbH. D'autre part, le Ministre des Finances doit assumer une large fonction de surveillance sur les concessionnaires et octroyer les concessions en [Or. 36] conflit avec d'autres concurrents sur le marché autrichien des jeux de hasard de manière transparente et vérifiable.

Ce rapport de tension a inévitablement une grande incidence sur la réglementation en matière de jeux de hasard et se perçoit également en pratique dans la prise en considération insuffisante des obligations de contrôle sur les concessionnaires.

Le fait que les limitations à la publicité fixées par la Cour de justice ne sont pas effectivement respectées dans la pratique est admis par toute personne qui observe attentivement les annonces publicitaires à grande échelle [omissis] [renvoi à l'annexe 5].

[omissis] [exemples de messages publicitaires, en grande partie déjà cités ci-dessus] De nombreuses annonces publicitaires servent clairement à une **politique commerciale expansionniste**, en séduisant les femmes moins enclines aux jeux de hasard et en visant dans le même temps un accroissement de la fréquentation les jours creux :

[omissis] [Or. 37]

[omissis]

La « Journée internationale de la chance » :

À l'occasion de la Journée internationale de la chance, le concessionnaire fait toujours distribuer sur l'ensemble du territoire national des messages publicitaires ainsi que des bons cadeaux et des biscuits de la chance. [omissis]

Les actions publicitaires du concessionnaire visent manifestement **en premier lieu à attirer de nouveaux clients**, ainsi que cela ressort déjà clairement de la promotion constante des explications des joueurs et de la direction des casinos.

Grâce à cette campagne publicitaire massive, Casinos Austria AG – selon son propre communiqué de presse du 23 mars 2015 – **a battu tous les records** et a

atteint une **affluence record de son histoire** avec 16.000 visiteurs lors de la Journée de la chance.

[omissis]

Sur la politique commerciale et de marché de Casinos Austria AG et Österreichische Lotterien GmbH en ce qui concerne la promotion des machines à sous

Casinos Austria AG organise régulièrement des « Tournées » avec des automates et fait la promotion de ses Jackpot-Cafés – dans lesquels elle exploite notamment des automates de hasard (par exemple des Video Lottery Terminal) [omissis] [avantages].

La publicité indique que l'on peut gagner jusqu'à 1.000.000 euros avec une mise minimale de 0.01 euros.

[omissis] **[Or. 38]**

[omissis]

Österreichische Lotterien GmbH fait la promotion de ses machines à sous [accessibles] sur le site www.win2day.at notamment via la radio et la télévision. De sorte qu'il n'existe pratiquement pas de pause publicitaire sur l'ORF qui ne fasse pas la publicité pour les machines à sous.

[omissis] [preuves]

Casinos Austria et Österreichische Lotterien GmbH font état pour l'exercice 2014 d'un **chiffre d'affaires record de 3,62 milliards d'euros** (*dépassé à nouveau de manière sensationnelle* en 2015). D'après son propre communiqué de presse du 8 avril 2015, ce succès est dû notamment à une **extension du contenu de l'offre** :

[omissis]

De plus, le groupe d'entreprises s'avère être également plus qu'un des plus grands sponsors dans les domaines social, culturel, du sport et du tourisme.

[omissis]

- 19 Il a déjà été constaté à de nombreuses reprises que la politique commerciale appliquée par Casinos Austria AG et Österreichische Lotterien GmbH ne peut pas être considérée, au niveau tant de l'ampleur de la publicité effectuée que de la création par celui-ci de nouveaux jeux, comme s'inscrivant dans le cadre d'une politique d'expansion contrôlée dans le secteur des jeux de hasard, visant effectivement à canaliser l'appétence pour le jeu dans des circuits contrôlés, et que les mesures légales ne visent pas à canaliser l'appétence pour le jeu dans des circuits contrôlés – ainsi que l'exige la jurisprudence de la Cour de justice relative à la justification des restrictions aux libertés fondamentales du droit de l'Union en

matière de jeux [Or. 39] de hasard (voir, notamment, les points 65 et 67 de l'arrêt u 15 septembre 2011, Dickinger et Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582).

- 20 Dans son arrêt du 28 novembre 2014 [référence GZ 1 Cg 190/11y-40], le Landesgericht Linz a constaté ce qui suit :

« En Autriche, seules Österreichische Lotterien GmbH pour le secteur des loteries (jeux de hasard) et Casinos Austria AG pour le secteur des casinos disposent des licences nécessaires pour organiser des paris et des jeux de hasard. Elles proposent également des jeux de roulette et autres jeux de hasard sur Internet à l'adresse www.win2day.at. Elles font de la publicité pour les jeux de hasard, comme la roulette, sur tous les médias pertinents, tels que la télévision, la presse et les médias online etc. Au cours des années 2009-2011, Österreichische Lotterien GmbH affichait environ 40 millions d'euros de valeur brute annuelle en publicité. Les dépenses de publicité ont été respectivement de 37 121 055 d'euros, 38 698 475 d'euros et 42 438 813 d'euros. Ce faisant, elle figurait toujours dans le top 5 des budgets publicitaires des annonceurs en Autriche. Les dépenses publicitaires de Casinos Austria AG se sont élevées à 6.770.680,00 d'euros en 2009 et à 6.121.542,00 d'euros en 2011. Entre 2009 et 2011, Österreichische Lotterien GmbH et Casinos Austria AG ont placé un total de 2352 annonces dans la presse écrite autrichienne, à la radio et à la télévision. [omissis]

La publicité mise en œuvre par Casinos Austria AG et Österreichische Lotterien GmbH n'était pas mesurée. Elle ne visait pas non plus exclusivement à canaliser les consommateurs vers des circuits de jeux contrôlés. Au contraire, elle visait à encourager la propension naturelle au jeu des gens et à les inciter ainsi à participer activement au jeu.

La publicité était essentiellement caractérisée par le fait qu'elle ne voulait pas s'adresser uniquement aux jeunes gens qui étaient déjà d'emblée prêts à jouer. Elle ne les invitait pas seulement à participer activement, mais elle s'adressait aussi explicitement à de nouveaux clients pour les jeux de hasard. [omissis] [Or. 40] [omissis] [exemples de publicité auprès des femmes et des jeunes]

La forme de la publicité, d'une part, banalise le jeu de hasard concerné et, d'autre part, lui attribue une image positive. Cela est aussi plusieurs fois lié au fait que l'affectation des gains à des activités d'intérêt général est mise en avant.

[omissis] [Or. 41] [omissis][Nombreux exemples]

On trouve également dans la publicité des messages publicitaires fréquemment accrocheurs, qui doivent augmenter l'attractivité et faire miroiter le plus souvent d'importants gains. Ce faisant, le gain est partiellement présenté comme étant "automatique", ou à tout le moins "facile" : [omissis].

Le pouvoir d'attraction du message publicitaire est aussi augmenté par des slogans et des déclarations particulièrement insistants – partiellement aussi sous la forme de messages publicitaires payés. [omissis] [Or. 42] [omissis]

Il n'est pas possible de constater que, de 2009 à 2012, des activités criminelles et frauduleuses ont représenté un problème important en Autriche en rapport avec les jeux de hasard et l'addiction au jeu [omissis].

À la lumière de toutes ces circonstances, il y a lieu de constater que l'ensemble de la publicité n'est pas mesurée et ne se limite pas à canaliser le consommateur vers des circuits de jeu contrôlés (celui des titulaires du monopole), ou à lutter contre la dépendance au jeu ou contre les activités criminelles afférentes, mais qu'il est plutôt question d'une publicité expansionniste visant une croissance, qui veut inciter au jeu, encourager une participation active au jeu en le banalisant, en lui donnant une image positive, en augmentant son attractivité et en faisant miroiter des gains. »

21. Le Landesverwaltungsgericht Vorarlberg (tribunal administratif régional du Land de Vorarlberg), dans sa décision du 21 mars 2016 (portant la référence LVwG-1-059/R11-2015), a déclaré ceci :

« *Les actions publicitaires ne sont pas mesurées ni limitées à ce qui est strictement nécessaire* ».
22. De même, dans sa décision du 30 mars 2016, dans l'affaire **4 Ob 31/16m e.a.**, l'Oberste Gerichtshof (Cour suprême) a explicitement constaté la contrariété avec le droit de l'Union du monopole sur les jeux de hasard (voir le point 4 de la demande : en raison de la contrariété avec le droit de l'Union admise par la chambre [...]).
23. Dans la décision du 28 juin 2016, dans l'affaire **2 Ob 92/15s**, cette contrariété avec le droit de l'Union a été une nouvelle fois constatée et il a été confirmé que ce fait ressort également de manière évidente des constatations dans la procédure 1 Ob 125/09b, si l'on songe que, sur la base d'un contrat conclu entre Österreichische Lotterien GmbH et l'association défenderesse, qui représentait les intérêts éditoriaux des journaux autrichiens, Österreichische Lotterien GmbH était disposée à verser à la partie défenderesse une somme pour le reportage positif sur les jeux de hasard qu'elle organisait – en 2007, il s'agissait par exemple d'un montant de 3.680.000 euros – et que Österreichische Lotterien GmbH a conclu des contrats similaires avec d'autres partenaires non nommés.
24. Et dans une décision de l'**Oberste Gerichtshof** (Cour suprême) du **11 novembre 2016**, dans l'affaire **10 Ob52/16v**, il a été fait référence à une décision du Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle) dans les affaires E 945/2016, E 947/2016 et E 1054/2016 [**Or. 43**] et il a été enjoint à la juridiction de première instance de procéder à une appréciation globale des circonstances dans lesquelles a été adoptée et appliquée une règle restrictive. En fait, il était à nouveau question ici du non-respect de la jurisprudence de la Cour de justice (pourtant claire et univoque), dont il ressortait que la publicité des concessionnaires et des titulaires d'une autorisation devait en tout état de cause – c'est-à-dire toujours – respecter les conditions fixées pour des actions publicitaires légales.

25. Non seulement les activités publicitaires de Casinos Austria AG et de Österreichische Lotterien GmbH ne sont ni mesurées ni limitées et elles ne sont non plus soumises à aucun contrôle effectif, mais cela vaut notamment aussi pour de nombreuses entreprises tierces qui proposent des jeux de hasard en Autriche ; notamment dans le secteur des jeux en ligne.

Ainsi, il est notoire que pratiquement aucune pause publicitaire à la télévision (en ce compris sur ORF) ne comporte pas au moins un spot publicitaire d'un opérateur de jeux de hasard en ligne, qui, dans la majorité des encarts, est une publicité pour une entreprise qui dispose en Autriche d'une concession pour organiser des loteries. Il est notoire que seul Casinos Austria AG dispose d'une concession pour des jeux de hasard en ligne (www.win2day.at).

[omissis] [exemple de l'offre de jeux de hasard « Mr. Green » sur Internet, avec une forte présence sur le marché]

26. On ne voit pas clairement pour quelles raisons le ministère fédéral des Finances n'applique aucunement l'interdiction de la publicité pour les jeux de hasard qui ne font pas l'objet d'une concession prévue par la loi sur les jeux de hasard. En tout état de cause, cela n'a manifestement rien à voir avec une politique cohérente en matière de jeux de hasard ; pas plus qu'avec la protection des joueurs, ce qui ressort par exemple clairement d'une perte possible jusqu'à 9.999.999 euros en jouant avec Mr. Green. On ne comprend pas non plus pour quels motifs une entreprise de paris sportifs n'est soumise à aucune limite distincte en matière de publicité.

Österreichische Lotterien GmbH, titulaire de toutes les concessions énumérées à l'article 14 de la loi sur les jeux de hasard, investit annuellement pour la publicité de 40 à près de 50 millions d'euros et fait partie des huit investisseurs ayant les plus importantes dépenses de publicité en Autriche. Ce faisant, elle s'adresse à un large public [Or. 44] [omissis] [en ce qu'elle fait de la publicité dans les journaux et sponsorise des événements culturels, sportifs et caritatifs]

[omissis] [exemples de campagne publicitaire de Casinos Austria AG, titulaire de toutes les concessions de casino prévues à l'article 21 de la loi sur les jeux de hasard, déjà partiellement cités ci-dessus]

27. Par conséquent, la publicité ne vise finalement pas exclusivement à canaliser le consommateur vers des circuits de jeux contrôlés, mais poursuit l'objectif d'inciter à une participation active au jeu notamment toute personne qui n'était pas jusqu'alors disposée à jouer. Une image positive est attribuée au jeu. La publicité cherche à augmenter l'attractivité par des messages publicitaires accrocheurs et fait miroiter d'importants gains. Ce faisant, notamment de nouveaux groupes cibles sont incités à jouer et le contenu de la publicité est continuellement élargi. Au sens de la jurisprudence précitée de la Cour de justice, il n'y a pas de publicité mesurée, qui se limite à canaliser le consommateur vers des circuits de jeux contrôlés. S'intègre à cette image le fait que l'article 56,

paragraphe 1, de la loi sur les jeux de hasard exclut un contrôle du caractère mesuré, exigé par le droit de l'Union, des actions publicitaires via un recours des concurrents ou des associations habilitées à introduire un recours en vertu du Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale). Par conséquent, le monopole sur les jeux de hasard est dénué de la justification exigée par le droit de l'Union. [Or. 45]

28. Les réponses aux questions posées sont indispensables pour la présente procédure, car deux des plus hautes juridictions autrichiennes (le Verfassungsgerichtshof [Cour constitutionnelle] et le Verwaltungsgerichtshof [Cour administrative]) partent du principe que la loi sur les jeux de hasard est conforme au droit de l'Union et ont rendu un arrêt de principe (« leading case ») dans le cadre d'un examen unique, qui lie désormais toutes les autres juridictions – du moins de l'avis des plus hautes juridictions autrichiennes. Si l'on suivait ce point de vue, il serait impossible à l'avenir de vérifier les règles de la loi sur les jeux de hasard au regard du droit de l'Union. En outre, cette pratique, qui est contraire au droit de l'Union, est également en contradiction directe avec la jurisprudence de la Cour de justice (arrêt du 29 avril 1999, Ciola, C-224/97, EU:C:1999:212 ; arrêt du 11 janvier 2000, Kreil, C-285/98, EU:C:2000:2 ; arrêt du 14 juin 2017, Online Games e.a., C-685/15, EU:C:2017:452).

29. Il y a lieu de préciser cette position :

Selon la juridiction de renvoi, les requérantes font application de la protection tirée de la libre prestation de services. Conformément à la disposition applicable de l'article 56 TFUE, il est « interdit » aux autorités d'adopter des restrictions à la libre prestation de services.

L'article 56 TFUE s'adresse à toute autorité publique des 28 États membres et est rédigé en ces termes : « *Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation* ».

Les requérantes peuvent invoquer cette règle d'interdiction vis-à-vis de toute autorité publique. Le droit à la libre prestation des services est directement applicable. Cela signifie que son application ne nécessite pas de confirmation de la part des pouvoirs publics autrichiens, que ce soit par les autorités administratives ou judiciaires.

En dépit de l'élément d'extranéité existant, il convient de souligner qu'une situation purement interne ne s'opposerait pas non plus à l'applicabilité de l'article 56 TFUE. Le droit à la libre prestation des services s'applique dans des situations purement nationales si – comme en l'espèce – le service restreint intéresse également des entreprises établies dans un autre État membre de l'UE (arrêts du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, EU:C:2005:487 ; du 13 octobre

2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605 ; du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736) [Or. 46]

La disposition d'interdiction précitée de l'article 56 TFUE prime sur le droit national, y compris le droit constitutionnel national. Une cour constitutionnelle nationale ne peut donc pas contourner les libertés fondamentales. L'article 56 du TFUE doit être appliqué par chaque autorité à l'encontre de toute restriction nationale, quel que soit le statut juridique de cette restriction.

Aucune restriction nationale ne peut être appliquée, même si elle a rang constitutionnel ou consiste en une décision et/ou un jugement définitif confirmé par les tribunaux et est donc en conflit avec la disposition d'interdiction de rang supérieur de l'article 56 du TFUE.

La Cour de justice a déjà déclaré en 1999 dans l'arrêt **Ciola** qui concernait l'Autriche (arrêt du 239 avril 1999, Ciola, C-224/97, EU:C:1999:212) que les citoyens de l'Union européenne ne peuvent subir aucun désavantage du fait de lois et/ou de mesures administratives contraires au droit de l'Union, même si elles sont exécutoires/définitives. Au contraire, la Cour de justice a expressément déclaré que les fonctionnaires doivent se « soumettre » au droit de l'Union de rang supérieur. À l'époque, l'Autriche avait fait valoir devant la Cour de justice que la primauté du droit de l'Union n'affecterait que les lois nationales, mais pas les décisions administratives.

Dans l'arrêt précité, la Cour de justice a déclaré ceci :

« 24. Le gouvernement autrichien soutient qu'il n'y a aucune raison de transposer, sans examen et sans limites, la jurisprudence sur la primauté du droit communautaire à des actes administratifs individuels et concrets. Pour étayer sa thèse, il invoque la force exécutoire des actes administratifs et renvoie dans ce contexte à la jurisprudence concernant ce qu'il est convenu d'appeler "l'autonomie procédurale des États membres". Selon lui, affirmer la primauté du droit communautaire sur un acte administratif exécutoire serait susceptible de remettre en cause les principes de la sécurité juridique, de la protection de la confiance légitime ou des droits régulièrement acquis.

25. Il convient de constater à titre liminaire, ainsi que M. l'avocat général l'a fait aux points 40 à 43 de ses conclusions, que le litige ne concerne pas le sort de l'acte administratif lui-même, en l'occurrence la décision du 9 août 1990, mais la question de savoir si un tel acte doit être écarté, dans le cadre de l'appréciation du bien-fondé d'une sanction pour non-respect d'une obligation en découlant, en raison de son incompatibilité avec le principe de la libre prestation de services. [Or. 47]

26. Il convient de rappeler, ensuite, que les dispositions du traité CE étant directement applicables dans l'ordre juridique de tout État membre et le droit communautaire ayant la primauté sur le droit national, ces dispositions engendrent, dans le chef des intéressés, des droits que les autorités nationales

doivent respecter et sauvegarder et que, dès lors, toute disposition contraire du droit interne devient, de ce fait, inapplicable (voir arrêt du 4 avril 1974, *Commission/France*, 167/73, *Rec. p.* 359, point 35).

27. Les impératifs de l'article 59 du traité étant d'application directe et inconditionnelle à l'expiration de la période de transition (voir arrêt du 17 décembre 1981, *Webb*, 279/80, *Rec. p.* 3305, point 13), cette disposition exclut, par conséquent, l'application de tout acte contraire du droit interne.

28. En ce qui concerne la république d'Autriche, il ressort de l'article 2 de l'acte d'adhésion que les dispositions du traité CE sont applicables dès l'adhésion, soit le 1^{er} janvier 1995, date à compter de laquelle l'article 59 de ce traité est donc devenu source immédiate de droit.

29. Si la Cour a initialement jugé que c'est au juge national qu'il incombe éventuellement de laisser inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale (voir arrêt *Simmenthal*, précité, point 21), elle a par la suite précisé sa jurisprudence dans deux directions.

30. Il ressort en effet de cette dernière que, d'une part, sont soumis à cette obligation de primauté tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées, à l'encontre desquels les particuliers sont, dès lors, fondés à se prévaloir de telle disposition communautaire (arrêt du 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, *Rec. p.* 1839, point 32).

31. D'autre part, parmi les dispositions du droit interne contraires à telle disposition communautaire, sont susceptibles de figurer des dispositions soit législatives, soit administratives (voir, en ce sens, arrêt du 7 juillet 1981, *Rewe*, 158/80, *Rec. p.* 1805, point 43).

32. Il est dans la logique de cette jurisprudence que les dispositions administratives de droit interne susmentionnées ne comprennent pas uniquement des normes générales et abstraites, mais également des décisions administratives individuelles et concrètes. **[Or. 48]**

33. En effet, aucune raison ne justifierait que la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire et qu'il incombe aux juridictions nationales d'assurer (voir arrêt du 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, *Rec. p.* I-2433, point 19) soit refusée à ces mêmes justiciables dans l'occurrence où c'est la validité d'un acte administratif qui est en cause. L'existence d'une telle protection ne saurait dépendre de la nature de la disposition contraire du droit national.

34. Il ressort des considérations qui précèdent qu'une interdiction édictée avant l'adhésion d'un État membre à l'Union européenne non par une règle générale et abstraite, mais par une décision administrative individuelle et concrète devenue définitive, qui est contraire à la liberté de prestation de services, doit être écartée

lors de l'appréciation du bien-fondé d'une amende qui sanctionne le non-respect de cette interdiction postérieurement à la date d'adhésion. »

La primauté du droit à la libre prestation de services que les requérantes tirent de l'article 56 du TFUE signifie donc que les décisions de principe susmentionnées du Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle) et du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) ne peuvent avoir aucun effet sur la présente procédure et il doit en être fait abstraction en l'espèce.

La décision/décision pénale en question enfreint le droit de l'Union de rang supérieur. Elle est basée sur la loi autrichienne sur les jeux de hasard qui restreint la libre prestation de services.

Certes, cette infraction pourrait théoriquement être légitimée par des exigences impératives d'intérêt public. Tel n'est toutefois pas le cas. En conséquence, [les autorités] ne fournissent aucune légitimation (justification) de la violation de la libre prestation des services par la décision fondée sur la loi sur les jeux d'argent qui est contraire au droit de l'Union.

Pour étayer l'absence de légitimité du monopole autrichien, il suffit de se référer à l'arrêt du 30 avril 2014, Pflieger e.a. (C-390/12, EU:C:2014:281). Les restrictions de la loi autrichienne sur les jeux de hasard sont contraires au droit de l'Union à la lumière des « modalités d'application concrètes ».

La République [d'Autriche] n'a même pas prétendu le contraire. Cela est remarquable ne serait-ce que parce que les décisions de principe évoquées existent, mais que – ainsi que la Cour de justice l'a confirmé récemment dans l'affaire C-685/15 (arrêt du 14 juin 2017, Online [Or. 49] Games e.a., C-685/15, EU:C:2017:452), qui concernait la situation en Autriche relative aux automates de jeux – la charge de la preuve pèse sur l'État. Sur l'État, et non pas sur les juridictions.

Les décisions fondées sur une loi contraire au droit de l'Union ne devraient pas être adoptées. Si elles sont néanmoins adoptées, de telles décisions ne peuvent être exécutées. Pour reprendre les termes de la Cour de justice dans l'arrêt Ciola, les autorités doivent « s'incliner » devant le droit supérieur de l'Union.

Nul ne peut invoquer des décisions du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) contraires au droit de l'Union, comme notamment la décision de principe du 16 mars 2016 dans l'affaire 2015/17/0022. Les décisions erronées du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) ne priment pas sur le droit de l'Union et ne dispensent pas l'administration de son obligation de respecter le droit de l'Union de rang supérieur. Toutes les autres décisions du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) dans le cadre de procédures parallèles sont également erronées du point de vue du droit de l'Union. C'est facile à comprendre :

Par sa décision du 9 mai 2014, le Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (tribunal administratif régional de Haute-Autriche), sur la base de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Pflieger, a confirmé à juste titre l'absence de légitimité du monopole autrichien sur les jeux de hasard, en raison de ses modalités d'application spécifiques. Il s'était contenté d'apprécier les faits correctement établis de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Pflieger. Le ministre fédéral des Finances a alors formé un recours en révision et le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative), par décision du 15 décembre 2014, a renvoyé l'affaire devant le Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (tribunal administratif régional de Haute-Autriche) pour suite à donner. Dans son arrêt du 29 mai 2015, le Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (tribunal administratif régional de Haute-Autriche) a de nouveau reconnu que la décision de justice en question devait être révoquée en raison du défaut de légitimation des restrictions à la libre prestation des services et de l'illégalité du monopole qui en résulte au regard du droit de l'Union.

Il est vrai que le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) a annulé la décision du Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (tribunal administratif régional de Haute-Autriche) dans une procédure pénale administrative par son arrêt du 16 mars 2016 précité (Ro 2015/17/022). Cela ne change toutefois rien à la contradiction avec le droit de l'Union et à l'inapplicabilité qui en résulte pour le monopole autrichien en matière de jeux de hasard et pour les décisions qui se fondent sur celui-ci. En effet, le droit de l'Union n'est pas interprété de manière contraignante par le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative), mais (uniquement) par la Cour de justice.

C'est ce que la Cour de justice a fait dans l'affaire Pflieger et elle a maintenu sa jurisprudence constante selon laquelle le monopole autrichien - et donc aussi les décisions se fondant sur celui-ci - ne peut être justifié au regard du droit de l'Union sur la base de la situation réelle en Autriche. **[Or. 50]** Les pouvoirs publics n'ont pas été en mesure de prouver que la criminalité ou la dépendance au jeu sont effectivement un problème qui justifie un monopole.

Le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) n'a rien changé et ne pouvait rien changer à cette conclusion. Il a statué sans tenir d'audience. Il n'a donc pas modifié les constatations de fait du Landesverwaltungsgericht (tribunal administratif régional) et ne pouvait pas les modifier.

Il n'en reste pas moins qu'il n'y a pas de faits qui pourraient légitimer le monopole au regard du droit de l'Union.

Dans l'arrêt Pflieger (arrêt du 30 avril 2014, Pflieger e.a., C-390/12, EU:C:2014:281), la Cour de justice déclare ceci :

« [53]. En l'occurrence, la juridiction de renvoi considère que les autorités nationales n'ont pas démontré que la criminalité et/ou l'assuétude au jeu

constituaient effectivement, au cours de la période en cause, un problème considérable.

[54]. Cette juridiction semble en outre estimer que l'objectif véritable du régime restrictif en cause est non pas la lutte contre la criminalité et la protection des joueurs, mais une simple maximisation des recettes de l'État (...)

[55]. Si cette appréciation devait en définitive être consacrée par la juridiction de renvoi, il lui incomberait de conclure que le régime en cause au principal est incompatible avec le droit de l'Union. »

Il en va de même dans le cas présent. Les parties concernées [omissis] n'ont pas démontré que la criminalité et/ou la dépendance au jeu constituaient effectivement, pendant la période concernée, un problème considérable qui pouvait légitimer un monopole et une décision fondée sur celui-ci. Il est plutôt clair que le véritable objectif du monopole n'est pas de lutter contre la criminalité et de protéger les joueurs, mais seulement de maximiser les recettes de l'État en favorisant un titulaire de monopole.

En tout état de cause, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) n'a pas tenu d'audience dans la procédure 2015/17/0022 susmentionnée, sur laquelle il fonde toutes ses décisions ultérieures, et n'a donc pas établi de faits nouveaux. Il n'a donc pu fonder sa décision du 16 mars 2016 que sur les faits établis par le Landesverwaltungsgericht (tribunal administratif régional). Il aurait dû nécessairement en déduire, au regard du droit de l'Union, que le monopole n'est pas justifié au regard du droit de l'Union [Or. 51] et qu'il ne peut pas être mis en œuvre. En effet, cela avait été confirmé par la Cour de justice dans l'arrêt Pflieger.

En résumé, il y a lieu de reprocher au Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) d'avoir arbitrairement ignoré le droit de l'Union tel qu'interprété de manière contraignante par la Cour de justice. Les juges siégeant au sein du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) ébranlent ainsi durablement la confiance du public dans le pouvoir judiciaire, mais ils ne savent pas la primauté du droit de l'UE, qu'ils doivent respecter. Comme ce fait est ignoré, les questions posées sont de la plus haute importance pour la procédure en cours, car sinon il y a un risque que ne soit confirmée une nouvelle fois, en contradiction avec le droit de l'Union, la loi sur les jeux de hasard - bien que le juge saisi en l'espèce soit d'un avis différent. Le lien entre cette pratique illégale et les questions posées relatives à la publicité découle des éléments ci-dessous :

En ce qui concerne l'arrêt du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) du 16 mars 2016, Ro 2015/17/0022 et l'arrêt du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) du 15 octobre 2016, E 945/2015, qui ont chacun constaté – explicitement ou implicitement – le caractère non répréhensible, au regard du droit de l'Union, du système de monopole réglementé par la loi sur les jeux de hasard, ainsi qu'en ce qui concerne l'ordonnance de l'Oberste Gerichtshof (Cour suprême) du 30 mars 2016, 4 Ob 31/16m, dans laquelle ce dernier part en

revanche de l'hypothèse que la réglementation du monopole telle que fixée dans la loi sur les jeux de hasard est contraire au droit de l'Union et inconstitutionnelle :

Toutes ces décisions se caractérisent par le fait qu'elles ne sont pas fondées sur un processus indépendant d'établissement des faits concernant la question de la compatibilité du régime de monopole de la loi sur les jeux de hasard avec le droit de l'Union. [omissis] Au contraire, la détermination des faits, telle qu'effectuée par les autres juges uniques du Landesverwaltungsgericht (tribunal administratif régional) dans leurs audiences publiques, se limitait – ainsi que cela ressort des procès-verbaux correspondants – exclusivement aux circonstances des contrôles effectués par les organes de la police fédérale ou de la police financière, mais [ne s'intéressait] nullement (aussi) aux questions liées à la conformité, avec le droit de l'Union, du régime de monopole de la loi sur les jeux de hasard.

Par conséquent, ces décisions ne permettent en rien – purement au niveau des faits – de contribuer d'emblée à clarifier l'exigence récemment posée par la Cour de justice (arrêt du 30 juin 2016, Admiral Casinos & Entertainment, C-464/15, EU:C:2016:500) selon laquelle l'article 56 TUE doit être interprété en ce sens que le contrôle de proportionnalité d'une réglementation nationale restrictive dans le domaine des jeux de hasard, au sens d'une approche non pas simplement statique, mais plutôt dynamique, [Or. 52] ne dépend pas uniquement de l'objectif poursuivi par cette réglementation à la date de son adoption, mais également des effets à apprécier après son adoption.

En outre, les possibilités de publicité et la publicité pour les jeux de hasard au profit des concessionnaires en Autriche sont contraires au droit communautaire :

L'arrêt du 3 juin 2010, Ladbrokes (C-258/08, EU:C:2010:308), qui concernait une législation néerlandaise, portait avant tout sur la question de la légalité de l'introduction de nouveaux jeux de hasard et du recours à publicité par l'opérateur national agréé de jeux de hasard. Cela pourrait être justifié si cela s'inscrit dans le cadre d'une politique d'expansion contrôlée dans le secteur des jeux de hasard, visant effectivement à la canalisation de l'envie de jouer vers des circuits légaux (point 27 de l'arrêt). En revanche, si cela poursuit une politique de forte expansion des jeux de hasard, en incitant et en encourageant de manière excessive les consommateurs à participer à ceux-ci, dans le but principal de récolter des fonds, une telle politique ne limite pas de manière cohérente et systématique l'essence des jeux de hasard (point 28 de l'arrêt).

Dans le cadre de cet examen, la juridiction de renvoi devrait également vérifier si les activités de jeux illégaux peuvent constituer un problème et si une expansion des activités autorisées et réglementées serait de nature à remédier à un tel problème (point 29 de l'arrêt). L'objectif de protéger les consommateurs contre la dépendance au jeu étant, en principe, difficilement compatible avec une politique d'expansion des jeux de hasard. Une telle politique ne saurait être considérée comme cohérente que si les activités illégaux présentaient une dimension

considérable et si les mesures adoptées visaient à canaliser l'envie de jouer des consommateurs dans des circuits légaux (point 30 de l'arrêt).

Dans l'arrêt du 8 septembre 2010, Stoß e.a. (C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07, EU:C:2010:504), la Cour de justice a déclaré que la publicité éventuellement mise en œuvre par le titulaire d'un monopole public demeure mesurée et strictement limitée à ce qui est nécessaire pour canaliser ainsi, de manière contrôlée, les consommateurs vers les réseaux de jeu autorisés. Une telle publicité ne saurait, en revanche, notamment viser à encourager la propension naturelle au jeu des consommateurs en stimulant leur participation active à celui-ci, notamment en banalisant le jeu ou en donnant une image positive liée au fait que les recettes récoltées sont affectées à des activités d'intérêt général ou encore en augmentant la force attractive du jeu au moyen de messages publicitaires accrocheurs faisant miroiter d'importants gains (point 103 de l'arrêt). **[Or. 53]**

Dans l'arrêt du 30 juin 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437), la Cour de justice a déclaré que le recours à une publicité soutenue pour les produits, y compris sur Internet, et l'augmentation du nombre des points de vente des paris et des produits offerts aux joueurs, accompagnés d'une stratégie commerciale qui vise à capter de nouveaux publics pour les jeux proposés ne justifient pas les limitations aux libertés fondamentales car cela encouragerait les consommateurs à participer aux jeux de hasard (point 66). Afin d'être cohérente avec les objectifs de lutte contre la criminalité ainsi que de réduction des occasions de jeu, une réglementation nationale instituant un monopole doit reposer sur la constatation selon laquelle les activités criminelles et frauduleuses liées aux jeux et l'assuétude au jeu constituent effectivement un problème sur le territoire de l'État membre concerné auquel une expansion des activités autorisées et réglementées serait de nature à remédier et doit ne permettre la mise en œuvre que d'une publicité mesurée et strictement limitée à ce qui est nécessaire pour canaliser les consommateurs vers les réseaux de jeu contrôlés (point 72).

La Cour de justice a par ailleurs déclaré dans l'arrêt du 15 septembre 2011, Dickinger/Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582) qu'en tout état de cause, la publicité effectuée par le détenteur d'un monopole d'État doit être limitée de manière modérée et strictement à ce qui est nécessaire pour canaliser les consommateurs vers les réseaux de jeux contrôlés. La publicité ne saurait, en revanche, viser à encourager la propension naturelle au jeu des consommateurs en stimulant leur participation active à celui-ci, notamment en banalisant le jeu ou en donnant une image positive liée au fait que les recettes récoltées sont affectées à des activités d'intérêt général ou encore en augmentant la force attractive du jeu au moyen de messages publicitaires accrocheurs faisant miroiter d'importants gains (point 68). Une distinction doit donc être opérée entre une politique commerciale restreinte, qui cherche seulement à capter ou à fidéliser le marché existant au profit de l'organisme bénéficiant d'un monopole, et une politique commerciale expansionniste, dont l'objectif est l'accroissement du marché global des activités de jeux (point 69).

Dans l'arrêt du 24 janvier 2103, Stanleybet International e.a. (C-186/11, EU:C:2013:33), la Cour de justice fait observer qu'il y a lieu de vérifier l'efficacité du contrôle exercé par l'État en cas de monopole auquel sont liés, entre autres, des privilèges en matière de publicité (points 33 et suivants), ce dont il faut conclure que le législateur national doit également réguler et contrôler les actions publicitaires du titulaire du monopole [omissis].

30. Également en rapport avec la publicité effectuée par Österreichische Lotterien et Casinos Austria AG, une partie de la doctrine a contesté que la publicité respectait le caractère mesuré requis [omissis]. **[Or. 54]** [omissis] [Résumé des opinions dans la doctrine, présentées dans les points 17 et 18]
31. Österreichische Lotterien GmbH, titulaire de toutes les concessions énumérées à l'article 14 de la loi sur les jeux de hasard, investit annuellement pour la publicité de 40 à près de 50 millions d'euros et fait partie des huit investisseurs ayant les plus importantes dépenses de publicité en Autriche. Ce faisant, elle s'adresse à un large public. [omissis] [en faisant, entre autres, de la publicité dans les journaux et en sponsorisant des événements culturels, sportifs et caritatifs]

Par conséquent, la publicité ne vise finalement pas exclusivement à canaliser le consommateur vers des circuits de jeux contrôlés, mais poursuit l'objectif d'inciter à une participation active au jeu notamment toute personne qui n'était pas jusqu'alors disposée à jouer. Une image positive est attribuée au jeu. La publicité cherche à augmenter l'attractivité par des messages publicitaires accrocheurs et fait miroiter d'importants gains. **[Or. 55]** Ce faisant, notamment de nouveaux groupes cibles sont incités à jouer et le contenu de la publicité est continuellement élargi. Au sens de la jurisprudence précitée de la Cour de justice, il n'y a pas de publicité mesurée, qui se limite à canaliser le consommateur vers des circuits de jeux contrôlés. S'intègre à cette image le fait que l'article 56, paragraphe 1, de la loi sur les jeux de hasard exclut un contrôle du caractère mesuré, exigé par le droit de l'Union, des actions publicitaires via un recours des concurrents ou des associations habilitées à introduire un recours en vertu du Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale). Par conséquent, le monopole sur les jeux de hasard est dénué de la justification exigée par le droit de l'Union.

32. Le fait que la publicité autrichienne pour les jeux de hasard est incohérente et ne répond pas aux exigences de la Cour de justice a également été relevé par le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) dans sa décision du 11 juillet 2018, Ra 2018/17/0048. Aux termes de cet arrêt :

« Compte tenu de toutes ces considérations, l'approche des concessionnaires autorisée par le législateur, consistant à introduire de manière modérée de nouveaux jeux de hasard attrayants, avec des restrictions supplémentaires pour certains jeux de hasard, notamment aussi ceux particulièrement addictifs, et à faire davantage de publicité pour des jeux de hasard moins addictifs, doit être considérée comme appropriée pour détourner les joueurs des possibilités de jeu

illégales vers les possibilités de jeu légales [omissis]. D'autre part, si les possibilités de publicité devaient être restreintes, il faudrait garder à l'esprit qu'une telle restriction entraînerait un déplacement des jeux de hasard vers des jeux illégaux présentant un potentiel de dépendance plus élevé, une protection moindre des joueurs et un risque de perte financière plus important. »

33. De l'avis du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative), cette réorientation des joueurs depuis le domaine des jeux de hasard sur machines à sous, avec un risque d'addiction particulièrement élevé [omissis], vers des jeux de hasard autorisés, moins addictifs et couverts par le monopole justifie également, dans un cas particulier, compte tenu de l'ampleur des jeux de hasard illégaux, une approche, dans la poursuite de cet objectif, que le Landesverwaltungsgericht (tribunal administratif régional) qualifie dans son ensemble d'« agressive » - mais qui n'est pas compréhensible, comme indiqué ci-dessus. **[Or. 56]**

Il est donc clair qu'il serait en principe permis aux concessionnaires de prendre des mesures publicitaires agressives. Cependant, cela n'est le cas que si une publicité agressive est nécessaire pour le jeu de hasard ou le secteur des jeux de hasard en cause afin d'assurer la protection des joueurs, en particulier si la publicité peut pousser ou canaliser les joueurs du secteur illégal vers le secteur légal. Comme il n'existe en Autriche aucune indication ou approche indiquant qu'il existe des offres illégales relatives à des produits de loterie ou des jeux de casino en direct, force est de supposer qu'il convient d'appliquer en l'espèce un critère plus strict en ce qui concerne la publicité. Il ne saurait être question qu'une publicité agressive, par exemple pour des produits de loterie ou même des cartes à gratter, soit justifiée par une offre illégale prétendument importante d'automates de jeux de hasard. Selon l'opinion juridique du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) (voir ci-dessus), il serait certes permis de recourir à une publicité partiellement agressive, mais seulement pour le secteur des automates en ce qui concerne l'Autriche. Or, c'est exactement le contraire qui se produit. Les pièces jointes présentées indiquent le recours à la publicité agressive et, selon la jurisprudence de la Cour de justice confirmée par le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative), interdite dans des domaines qui ne sont absolument pas concernés en Autriche par l'illégalité alléguée. Ne serait-ce que pour cette seule raison, le monopole inscrit dans la loi sur les jeux de hasard est illégal et, par conséquent, un justiciable ne peut être sanctionné.

34. Résumé [en réponse] au point 27 de l'arrêt du 9 janvier 2019, Fluctus et Fluentum (C-444/18, EU:C:2019:1) :

Comme l'ont montré les considérations ci-dessus, il est nécessaire de répondre aux questions car, bien que les juridictions suprêmes autrichiennes aient constaté, comme cela a été expliqué, que la publicité est agressive et vise à attirer de nouveaux joueurs qui n'ont pas encore joué, elles ignorent toutefois ce fait dans la mesure où la compatibilité avec le droit de l'Union est néanmoins établie (décisions de principe). Si les questions posées ne reçoivent pas de réponse, il ne pourra être mis un terme à la pratique des juridictions suprêmes autrichiennes, qui

est contraire au droit de l'Union. En outre, cette pratique contraire au droit de l'Union est également en contradiction directe avec la jurisprudence de la Cour de justice. Il est indispensable de répondre aux questions posées, car sans une nouvelle décision claire de la Cour de justice, il ne pourra être mis un terme à la pratique illégale des tribunaux autrichiens. **[Or. 57]**

IV.

35. L'ensemble des autorités et juridictions des États membres est tenu d'interpréter le droit conformément à la directive, de sorte que l'objectif de la directive ne soit pas compromis par l'interprétation du droit national (voir arrêt du 10 avril 1984, Coslon et Kamann, 14/83, EU:C:1984:153). Étant donné qu'une application correcte du droit de l'Union n'apparaît pas de manière à ce point claire pour écarter tout doute raisonnable et qu'il n'est donc pas possible d'interpréter le droit national conformément à la directive, les questions préjudicielles sont déférées en application de l'article 267 TFUE en vue d'une décision à titre préjudiciel.

Landesverwaltungsgericht Steiermark (tribunal administratif régional de Styrie)

[omissis] [signature]

Annexes :

[omissis] [voir point 18]

[Or. 58]

[omissis]