

**Věc C-920/19**

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1  
jednacího řádu Soudního dvora**

**Datum doručení:**

16. prosince 2019

**Předkládající soud:**

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Rakousko)

**Datum předkládacího rozhodnutí:**

6. prosince 2019

**Navrhovatelé:**

Fluctus s.r.o.

Fluentum s.r.o.

KI

**Žalovaný orgán:**

Landespolizeidirektion Steiermark (Rakousko)

---

**Předmět původního řízení**

Uložení trestu za provozování nezákonných herních automatů (zásah do státního monopolu na hazardní hry)

**Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce**

Slučitelnost rakouského monopolu na hazardní hry s článkem 56 SFEU s ohledem na nepřiměřené reklamní praktiky držitelů koncese

**Předběžné otázky**

1. Je třeba článek 56 SFEU vykládat v tom smyslu, že při posuzování nepřijatelných reklamních praktik držitele koncese formulovaných v ustálené

judikatuře Soudního dvora týkající se státního monopolu na hazardní hry je relevantní, zda v příslušném období skutečně obecně došlo k růstu trhu hazardních her, nebo zda stačí již okolnost, že tato reklama směřuje k podněcování k aktivní účasti na hře, například tím, že zlehčuje nepříznivé následky hry, vytváří její pozitivní obraz použitím příjmů z ní na činnosti, které jsou v obecném zájmu, nebo tím, že je její přitažlivost zvyšována poutavými reklamními sděleními, která vyvolávají lákavé představy o vysokých výhrách?

2. Je třeba článek 56 SFEU dále vykládat v tom smyslu, že reklamní praktiky držitele monopolu, pokud k nim dochází, v každém případě vylučují soudržnost právní úpravy monopolu, nebo může držitel monopolu v případě obdobných propagačních činností soukromých poskytovatelů rovněž podněcovat k aktivní účasti na hře, například tím, že zlehčuje nepříznivé následky hry, vytváří její pozitivní obraz použitím příjmů z ní na činnosti, které jsou v obecném zájmu, nebo tím, že je její přitažlivost zvyšována poutavými reklamními sděleními, která vyvolávají lákavé představy o vysokých výhrách?

3. Musí vnitrostátní soud povoláný v rámci své působnosti k uplatňování článku 56 SFEU na základě své vlastní pravomoci zajistit plný účinek těchto norem tak, že upustí od použití každého ustanovení vnitrostátního práva, které je podle jeho názoru v rozporu s tímto článkem, a to i tehdy, když byl soulad takového ustanovení s unijním právem potvrzen ústavním postupem?

### **Uplatňovaná ustanovení unijního práva**

Článek 56 SFEU

### **Uvedené vnitrostátní předpisy**

Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz – spolkový zákon ze dne 28. listopadu 1989 o hazardních hrách, dále jen „GSpG“), BGBl. č. 620/1989: § 2, § 3, § 4, § 14, § 17, § 21, § 24, § 50, § 52, § 53, § 54 a § 56

### **Citovaná judikatura**

Rozsudky ze dne 30. dubna 2014, *Pfleger*, C-390/12, ze dne 6. listopadu 2003, *Gambelli*, C-243/01, ze dne 8. září 2010, *Carmen Media*, C-46/08, ze dne 15. září 2011, *Dickinger a Ömer*, C-347/09, ze dne 3. června 2010, *Ladbroke's*, C-258/08, ze dne 8. září 2010, *Stoß a další*, C-316/07, C-358/07 až C-360/07, C-409/07 a C-410/07, ze dne 30. června 2011, *Zeturf*, C-212/08, ze dne 24. ledna 2013, *Stanleybet a další*, C-186/11 a C-209/11, ze dne 11. ledna 2000, *Kreil*, C-285/98, ze dne 29. dubna 1999, *Ciola*, C-224/97, ze dne 14. června 2017, *Online Games a další*, C-685/15, ze dne 21. července 2005, *Coname*, C-231/03, ze dne 13. října 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, ze dne 14. listopadu 2013, *Belgacom*, C-221/12,

ze dne 30. června 2016, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, C-464/15, ze dne 10. dubna 1984, *von Colson a Kamann*, 14/83, a ze dne 27. června 1991, *Mecanarte*, C-348/89

### **Stručné shrnutí skutkového stavu a řízení**

- 1 Na základě úředních kontrol provedených v různých provozovnách byly předběžně zabaveny herní automaty, které tam byly nalezeny a umístěny bez úředního povolení („koncese“) vyžadovaného zákonem o hazardních hrách (GSpG). Příslušné orgány potvrdily předběžné zabavení herních automatů rozhodnutím, zahájily řízení o správních deliktech a odpovědným osobám – vlastníkům automatů, provozovatelům lokálů, obsluze atd. – uložily na základě trestních rozhodnutí pokuty.
- 2 V projednávané věci byla dne 19. října 2016 v prostorách ve Štýrském Hradci provedena kontrola na základě GSpG. Bylo zabaveno osm přístrojů, u nichž existovalo podezření z porušení GSpG. Přístroje byly v provozu, funkční a částečně používány hráči. Předběžně byly zabaveny přístroje (předměty zásahu), o nichž bylo zjištěno, že jejich vlastníkem byla společnost Fluentum s.r.o. a majitelem společnost Fluctus s.r.o. K příslušnému orgánu, a sice Landespolizeidirektion Steiermark (Zemské policejní ředitelství Štýrska), bylo podáno trestní oznámení. V návaznosti na to bylo dne 23. listopadu 2016 vydáno rozhodnutí o zabavení věci, které bylo určeno společnosti Fluctus s.r.o., o níž bylo zjištěno, že je majitelem přístrojů. Dne 12. prosince 2016 bylo rozhodnutí stejného znění doručeno společnosti Fluentum s.r.o., která byla označena za organizátora hazardní hry. Proti předmětným rozhodnutím byla podána stížnost k Landesverwaltungsgericht Steiermark (Zemský správní soud spolkové země Štýrsko, Rakousko).
- 3 Následně byla zahájena řízení o správních deliktech. Zemské policejní ředitelství Štýrska, jakožto příslušný trestní orgán, mělo za to, že KI je obchodním jednatelem společností Fluctus s.r.o. a Fluentum s.r.o. Proti KI jakožto organizátorovi a provozovateli hazardní hry byla tedy zahájena samostatná trestní řízení a navrhovatelům byly uloženy pokuty v celkové výši 480 000 eur. Z titulu nákladů řízení byla uložena celková částka 48 000 eur. Konkrétně pak rozhodnutím Zemského policejního ředitelství Štýrska ze dne 22. ledna 2018 byla za každý přístroj pro hazardní hry uložena pokuta ve výši 30 000 eur (celkem 240 000 eur) a v případě nevymahatelnosti náhradní trest odnětí svobody v délce 7 dnů, a rozhodnutím Zemského policejního ředitelství Štýrska ze dne 29. ledna 2018 rovněž pokuta ve výši 30 000 eur za každý přístroj pro hazardní hry (celkem 240 000 eur) a v případě nevymahatelnosti náhradní trest odnětí svobody v délce 7 dnů. Proti oběma rozhodnutím byly podány stížnosti k Landesverwaltungsgericht Steiermark (Zemský správní soud spolkové země Štýrsko, Rakousko).

- 4 Cizí prvek vyžadovaný článkem 56 a následujícími SFEU je v těchto řízeních dán tím, že účastníkem původního řízení je společnost s ručením omezeným se sídlem v jiném členském státě Evropské unie (Bratislava/Slovensko).

### **Stručné uvedení důvodů žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce**

- 5 Landesverwaltungsgericht Steiermark (Zemský správní soud spolkové země Štýrsko, Rakousko) má pochybnosti o souladu reklamních praktik držitelů koncese (monopolistů) s unijním právem (článek 56 SFEU).
- 6 Právní normy týkající se reklamy na hazardní hry jsou v rakouském zákoně o hazardních hrách (GSpG) formulovány jen velice neurčitě. Držitelé koncese k provozování loterií jsou podle § 17 odst. 7 GSpG povinni starat se o obecnou mediální podporu. Naproti tomu provozovatelé kasin propagační povinnost nemají. Jasně omezení týkající se obsahu reklamy na hazardní hry lze v současné době nalézt výlučně v § 56 odst. 1 GSpG. Podle tohoto ustanovení jsou držitelé koncese a povolení ve své reklamě povinni „zachovávat kritérium odpovědné míry“. Dodržování tohoto kritéria odpovědné míry má být zajištěno výlučně prostřednictvím dohledu, naproti tomu možnost podat žalobu podle § 1 a následujících Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (spolkový zákon proti nekalé soutěži, dále též jen „UWG“) je výslovně vyloučena.
- 7 Rakouské soudy v řadě správních a občanskoprávních řízení přezkoumaly a potvrdily slučitelnost rakouského zákona o hazardních hrách s platným unijním právem, jakož i postoj zemských správních soudů. Všechny tři nejvyšší rakouské soudy – Verwaltungsgerichtshof (Nejvyšší správní soud, VwGH), Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud, VfGH) a Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud, OGH) – v rozhodnutích z roku 2016 potvrdily, že rakouský monopol na hazardní hry je v souladu s unijním právem (srov. níže body 21 a 23). Od té doby byla na základě závěrů těchto zásadních rozhodnutí přijata řada následných rozhodnutí.
- 8 Rakouský monopol na hazardní hry v zásadě představuje omezení volného pohybu služeb ve smyslu článku 56 SFEU. Jakožto omezení volného pohybu služeb je tedy s unijním právem slučitelný jen tehdy, jestliže je dán důvod upravený ve Smlouvách nebo formulovaný v judikatuře Soudního dvora (naléhavý důvod obecného zájmu) (viz rozsudek Soudního dvora C-390/12, *Pfleger*, bod 38 a násl.). Pro omezení hazardních her přicházejí jakožto naléhavé důvody obecného zájmu v úvahu zejména ochrana spotřebitele, předcházení podvodům a podněcování občanů k nadměrným útratám za hru (viz rozsudky Soudního dvora C-243/01, *Gambelli*, bod 65 a násl.; C-46/08, *Carmen Media*, bod 55). Nicméně tvrzení takových cílů samo o sobě nestačí k odůvodnění jakékoli zákonné úpravy. Pokud existuje uznaný cíl omezující příslušnou základní svobodu, je třeba přezkoumat, zda byla dodržena zásada proporcionality.
- 9 Podle Soudního dvora je přípustnost monopolu na hazardní hry z hlediska unijního práva závislá nejen na cíli zákonodárce, nýbrž i na skutečných dopadech

- dané úpravy (viz rozsudek C-347/09, *Dickinger a Ömer*, bod 65). Přezkum souladu s unijním právem se tedy ani v kontextu reklamních opatření nemůže zaměřit jen na obsah příslušné normy, zde především na obsah § 56 odst. 1 GSpG, podle něhož jsou držitelé koncese a povolení povinni zachovávat ve své reklamě kritérium odpovědné míry, nýbrž záleží i na skutečném dopadu tohoto ustanovení.
- 10 V rámci posuzování způsobilosti monopolu na hazardní hry má velký význam soudržnost vnitrostátní úpravy (rozsudky C-243/01, *Gambelli*, bod 65 a následující, a C-390/12, *Pfleger*, bod 56). Pro případ, že je otázka způsobilosti zodpovězena kladně, je třeba ve druhé fázi posoudit nezbytnost (nutnost) a v případné třetí fázi přiměřenost omezení. Vnitrostátní úprava je podle judikatury Soudního dvora v rozporu s unijním právem tehdy, pokud tato právní úprava nesleduje skutečně cíl ochrany hráčů nebo boje proti kriminalitě a neodpovídá skutečně snaze o omezení herních příležitostí nebo o potírání kriminality spojené s těmito hrami soudržným a systematickým způsobem (rozsudek C-390/12, *Pfleger*, bod 56). S požadavkem soudržnosti jsou spojeny i požadavky kladené na reklamu uskutečňovanou držitelem monopolu, resp. držitelem koncese, které Soudní dvůr ozřejmil v řadě svých rozhodnutí (viz rozsudky *Ladbroke's, Stoß, Zeturf, Dickinger a Ömer* a *Stanleybet*, uvedené výše pod nadpisem „Citovaná judikatura“). Předkládající soud z toho dovozuje, že vnitrostátní zákonodárce musí upravit a kontrolovat i reklamní činnosti držitele monopolu. Část nauky zpochybňuje, a to i pokud jde o reklamu uskutečňovanou držitelem koncese Österreichische Lotterien a Casinos Austria AG, že reklama splňuje požadované kritérium odpovědné míry. Kritizováno je výlučné postavení převážně soukromého provozovatele, který je – pokud vůbec – kontrolován jen povrchně a jemuž nejsou z hlediska dohledu stanoveny právní meze, především co se týče šíře nabídky a agresivní reklamy, což je v rozporu s unijním právem.
- 11 Podle názoru Landesverwaltungsgericht Steiermark (Zemský správní soud spolkové země Štýrsko, Rakousko) je třeba vycházet z toho, že nejsou splněny požadavky kladené Soudním dvorem na přípustnost monopolu na hazardní hry, a to se zřetelem k rakouské právní úpravě na jedné straně (soudržnost) a k obchodní politice výhradního držitele koncese pro provozování loterií (rozsáhlá reklamní praxe) na straně druhé. Lze vycházet z toho, že agresivní reklamní politika držitele koncese překračuje meze stanovené Soudním dvorem v rozsudcích *Carmen Media, Stoß*, jakož i *Dickinger a Ömer*, takže rakouský monopol na hazardní hry včetně souvisejících předpisů není již z tohoto důvodu použitelný vůči někomu, kdo stejně jako navrhovatelé uskutečňuje volný pohyb služeb. Tento závěr je podpořen celou vědeckou právní naukou.
- 12 Expanzivní politika držitele monopolu provázená intenzivní reklamou narušuje Soudním dvorem požadovanou ochranu spotřebitele před podněcováním k nadměrným výdajům za hru. Omezení reklamy uložená Soudním dvorem nejsou v praxi dodržována. Tržní politika držitelů koncese Österreichische Lotterien GmbH a Casinos Austria AG naplňuje všechna kritéria vytyčená Soudním dvorem, která tržní chování držitele monopolu právě vůbec nesmí vykazovat: reklama uskutečněná monopoly tak podněcuje k aktivní účasti na hře tím, že poskytuje

kladný obraz o hře jako takové, vyvolává lákavé představy o vysokých výhrách, vybízí k hraní nové cílové herní skupiny a je průběžně obsahově rozšiřována.

- 13 Předkládající soud uvádí četné příklady intenzivních reklamních činností v těchto pěti kategoriích, například roční výdaje na reklamu ve výši přibližně 40 milionů eur, realizaci velkého dosahu prostřednictvím veřejných a televizních kampaní, poskytování pobídek k hraní, jako jsou výhody, jež mají k hraní podněcovat cílové skupiny s menší náklonností k hraní, například ženy a mladistvé, reklamu na mimořádně vysoké a snadno dosažitelné výhry v milionové výši, připisování pozitivních účinků hazardním hrám (podpora veřejných a veřejně prospěšných akcí, vábení tím, že hazardní hry jsou v reklamě dávány do souvislosti s hodnotami počínaje štěstím, slávou, uznáním, sebevědomím atd. a konče fyzickou atraktivitou), a usnadňování přístupu k hazardním hrám (rozšiřování počtu loterijních míst, dostupnost přes internet či na mobilních telefonech, rozdávání herních poukázek atd.).
- 14 Současné rozšiřování obsahu nabídky držitele monopolu lze vysvětlit pouze finančními hledisky, a nikoli mírným usměrňováním her. Je zřejmé, že se na ministerstvu financí, které má z rozšiřování nabídky a zvyšování cen hazardních her přímý finanční prospěch, střetávají různé zájmy. Sama Rakouská republika má na jednu stranu nepřímé podíly ve společnosti Casinos Austria AG, resp. ve společnosti Österreichische Lotterien GmbH, na druhou stranu má ministr financí vykonávat rozsáhlou funkci dohledu nad držiteli koncese a transparentním a přezkoumatelným způsobem udělovat koncese, a to ve střetu s ostatními soutěžiteli na rakouském trhu hazardních her. Tento napjatý vztah má nevyhnutelně značný dopad na legislativu v oblasti hazardních her a též v praxi se projevuje nedostatečným výkonem povinností dohledového orgánu nad držiteli koncese.
- 15 S odkazem na rozsudek vydaný Landesgericht Linz (Zemský soud v Linci, Rakousko) lze konstatovat, že veškerá reklama prováděná jedinými držiteli licencí na hazardní hry (Österreichische Lotterien GmbH a Casinos Austria AG) byla nepřiměřená a neomezovala se na usměrnění spotřebitelů do kontrolované sítě hazardních her (provozované držitelem monopolu) a na boj s hráčskou vášní a související trestnou činností (jejíž existence ve značném rozsahu nemohla být zjištěna), nýbrž že se naopak jedná o expanzivní reklamu zacílenou na růst, jejímž účelem je podpora provozování hazardních her a která pobízí k aktivní účasti, a to zlehčováním škodlivých následků, vytvářením pozitivního obrazu, zvyšováním přitažlivosti a vyvoláváním představ lákavých výher. Podle názoru Landesverwaltungsgericht Vorarlberg (Zemský správní soud spolkové země Vorarlbersko, Rakousko) nejsou tyto reklamní činnosti přiměřené a striktně omezené pouze na to, co je nezbytné. Také Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud, Rakousko) v mnoha rozsudcích výslovně popsal rozpor monopolu na hazardní hry s unijním právem.
- 16 Nejen pro reklamní aktivity držitelů monopolu platí, že nejsou ani přiměřené, ani omezené a nepodléhají ani účinnému dohledu, ale totéž platí i pro řadu třetích

podniků, které v Rakousku nabízejí hazardní hry, a to zejména v oblasti her online; přitom se jedná převážně o reklamu uskutečňovanou podniky, které nemají v Rakousku koncesi na pořádání loterií. Není jasné, z jakého důvodu ministerstvo financí nevymáhá dodržování zákazu reklamy na hazardní hry pořádané bez koncese, který je zakotven v GSpG. Zjevně to nemá nic společného se soudržnou politikou v oblasti hazardních her ani s ochranou hráčů.

- 17 Ve výsledku tedy reklama nesměruje výlučně k usměrnění spotřebitelů do kontrolovaných sítí hráčů, nýbrž jejím účelem je podnítit k aktivní účasti na hře zejména osoby, které až dosud nebyly bez dalšího ochotny hrát. Ve smyslu citované judikatury Soudního dvora tak nedochází k přiměřené reklamě. Do tohoto obrazu zapadá okolnost, že § 56 odst. 1 GSpG vylučuje u reklamy přezkum kritéria odpovědné míry předepsaného unijním právem prostřednictvím žaloby konkurentů nebo aktivně legitimovaných sdružení podle UWG. Monopol na hazardní hry tak postrádá ospravedlnění vyžadované unijním právem.
- 18 Odpověď na položené otázky je pro projednávanou věc nezbytná, jelikož dva z nejvyšších rakouských nejvyšších soudů (VfGH/VwGH) vycházejí ze slučitelnosti GSpG s unijním právem a v rámci jediného přezkumu přijaly zásadní rozhodnutí (viz body 21 a 23 níže), které je nyní – přinejmenším podle názoru nejvyšších soudů – závazné pro všechny ostatní soudy. Pokud by byl takový názor přijat, bylo by v budoucnu nemožné provést přezkum ustanovení GSpG z hlediska unijního práva. Mimoto je tato praxe, která je v rozporu s unijním právem, rovněž v přímém rozporu s judikaturou Soudního dvora (rozsudky C-285/98, *Kreil*; C-224/97, *Ciola*; C-685/15, *Online Games*).
- 19 Navrhovatelé jsou činní v oblasti, na niž se vztahuje volný pohyb služeb. Příslušné ustanovení článku 56 SFEU, které je určeno každému orgánu členského státu, zakazuje orgánům veřejné moci omezovat volný pohyb služeb. Právo na volný pohyb služeb je přímo použitelné, to znamená, že se k jeho použitelnosti nevyžaduje žádné správní nebo soudní potvrzení rakouskými vnitrostátními orgány. Výše uvedené ustanovení článku 56 SFEU je nadřazeno vnitrostátnímu právu, a to i právu ústavnímu. Vnitrostátní ústavní soud tedy nemůže použití základních svobod zabránit. Každý orgán veřejné moci musí článek 56 SFEU použít přednostně na veškerá vnitrostátní omezení bez ohledu na právní povahu tohoto omezení. Nesmí být použito jakékoli vnitrostátní omezení, i když má sílu ústavní normy nebo spočívá v pravomocném rozhodnutí nebo rozsudku potvrzeném soudy, je-li v rozporu s nadřazeným pravidlem zákazu uvedeným v článku 56 SFEU. Soudní dvůr již v roce 1999 v rozhodnutí *Ciola* (C-224/97, body 24 až 34) týkajícím se Rakouska upřesnil, že zákony nebo opatření veřejných orgánů, jež jsou v rozporu s unijním právem, nemohou být na újmu občanům Unie, i kdyby byly pravomocné/konečné. Naopak je třeba, aby orgány veřejné správy postupovaly v souladu s unijním právem, které má vyšší právní sílu.
- 20 Příslušné trestní rozhodnutí je v rozporu s nadřazeným unijním právem. Opírá se o rakouský zákon o hazardních hrách, který omezuje volný pohyb služeb. V řízení nebyla prokázána teoretická možnost, že by porušení svobody poskytování služeb

rozhodnutím opírajícím se o zákon o hazardních hrách, který je v rozporu s unijním právem, bylo odůvodněno naléhavými požadavky obecného zájmu. K prokázání chybějící legitimacy rakouského monopolu postačí odkázat na rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Pfleger* (C-390/12). Ve světle „konkrétních prováděcích pravidel“ jsou omezení uložená rakouským zákonem o hazardních hrách v rozporu s unijním právem. Stát ani netvrdí opak, přestože nese důkazní břemeno (viz rozsudek C-685/15, *Online Games*).

- 21 Nikdo se nemůže dovolávat rozhodnutí Verwaltungsgerichtshof – zejména zásadního rozhodnutí ze dne 16. března 2016 ve věci 2015/17/0022 – která jsou v rozporu s unijním právem. Chybná rozhodnutí VwGH se nepřekrývají s unijním právem a nezprošťují správu povinnosti dodržovat nadřazené unijní právo. Soudní dvůr v rozsudku *Pfleger* (C-390/12, body 53 až 55) potvrdil svou ustálenou judikaturu, že rakouský monopol nelze z hlediska unijního práva odůvodnit faktickou situací v Rakousku. Vnitrostátní orgány neprokázaly, že kriminalita nebo závislost na hře skutečně představují problém, jenž by mohl ospravedlnit existenci monopolu.
- 22 Tak je tomu i v projednávané věci. Příslušné orgány neprokázaly, že kriminalita nebo závislost na hře představovaly v rozhodné době skutečně významný problém, jenž by mohl ospravedlnit existenci monopolu a rozhodnutí vydané na jeho základě. Naopak je nesporné, že skutečným cílem monopolu není boj proti kriminalitě a ochrana hráčů, ale pouze maximalizace příjmů státu zvýhodněním držitele monopolu.
- 23 Verwaltungsgerichtshof svévolně porušuje unijní právo, jak je závazně vykládáno Soudním dvorem, takže položené otázky mají pro probíhající řízení prvořadý význam, neboť jinak by existovalo riziko, že dojde k dalšímu potvrzení GSpG v rozporu s unijním právem. To, že má tato protiprávní praxe spojitost s položenými otázkami týkajícími se reklamy, je patrné z toho, že základem relevantních rozhodnutí nejvyšších soudů (zejména VwGH ze dne 16. března 2016, Ro 2015/17/0022, a VfGH ze dne 15. října 2016, E 945/2015) nejsou skutková zjištění, jež by byla učiněna samostatně a se zaměřením na otázku, zda je systém monopolů vytvořený na základě GSpG slučitelný s unijním právem, takže v čistě skutkové rovině již *a priori* nemohou přispět k objasnění nedávno zdůrazněného požadavku Soudního dvora (viz rozsudek C-464/15, *Admiral Casinos & Entertainment AG*), že článek 56 SFEU musí být vykládán v tom smyslu, že při posuzování proporcionality vnitrostátní restriktivní právní úpravy v oblasti hazardních her je třeba se ve smyslu nikoli jen statického, ale i dynamického přístupu opírat nejen o cíl této právní úpravy v době jejího přijetí, ale i o účinky uvedené právní úpravy posuzované po jejím přijetí.
- 24 Kromě toho jsou reklamní možnosti a reklama na hazardní hry držitelů koncese v Rakousku v rozporu s unijním právem (opět odkaz na výše uvedené rozsudky *Ladbrokes*, *Stoß*, *Zeturf*, *Dickinger a Ömer* a *Stanleybet*).



- 25 Podle judikatury Verwaltungsgerichtshof (viz rozhodnutí ze dne 11. července 2018, Ra 2018/17/0048) je sice v zásadě přípustné, aby držitelé koncese sáhli ke zčásti agresivním reklamním opatřením. Tak je tomu ovšem pouze tehdy, pokud je pro každou z hazardních her nebo okruh hazardních her nezbytná agresivní reklama za účelem zajištění ochrany hráčů, zejména pokud reklama umožňuje nasměrovat hráče z protiprávní do legální zóny. Vzhledem k tomu, že nic nenasvědčuje existenci protiprávních nabídek týkajících se loterijských produktů nebo her provozovaných v kasinech v Rakousku, je třeba mít za to, že pokud jde o reklamu, je na tomto místě třeba použít striktní kritérium. Nelze připustit, aby agresivní reklama například na loterie byla odůvodněna údajně vysokým počtem nezákonných herních automatů. Podle právního názoru Verwaltungsgerichtshof je tedy možné používat částečně agresivní reklamu, v Rakousku ovšem jen v oblasti herních automatů. Pravdou je ovšem pravý opak. Předložené přílohy ukazují agresivní a z pohledu judikatury Soudního dvora zakázanou reklamu v oblastech, které nejsou v Rakousku dotčeny údajnou protiprávností. Již z tohoto důvodu je monopol zakotvený zákonem o hazardních hrách protiprávní, a adresát této normy tedy nemůže být sankcionován.
- 26 S ohledem na bod 27 usnesení Soudního dvora ze dne 9. ledna 2019, C-444/18, *Fluctus a Fluentum*, je odpověď na položené otázky nezbytná, jelikož nejvyšší rakouské soudy sice ve svých zásadních rozhodnutích konstatovaly, že reklama je agresivní a jejím cílem je přilákat nové hráče, kteří do té doby nehráli, tuto okolnost však přehlížejí a přesto konstatují slučitelnost s unijním právem. Tato praxe, která odporuje unijnímu právu, je v přímém rozporu s judikaturou Soudního dvora. Je nezbytně nutné, aby bylo na položené otázky odpovězeno, jelikož bez nového a jednoznačného rozhodnutí Soudního dvora nebude možné protiprávní praxi rakouských soudů zabránit.