

Causa C-920/19**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

16 dicembre 2019

Giudice del rinvio:

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Austria)

Data della decisione di rinvio:

6 dicembre 2019

Ricorrenti:

Fluctus s.r.o.

Fluentum s.r.o.

KI

Amministrazione resistente:

Landespolizeidirektion Steiermark

Oggetto del procedimento principale

Sanzione per gestione di apparecchi automatici da gioco illegali (lesione del monopolio statale sul gioco d'azzardo)

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Compatibilità del monopolio austriaco del gioco d'azzardo con l'articolo 56 TFUE alla luce delle pratiche pubblicitarie eccessive dei titolari delle concessioni

Questioni pregiudiziali

- 1) Se l'articolo 56 TFUE debba essere interpretato nel senso che, in caso di monopolio nazionale del gioco d'azzardo, nella valutazione di pratiche pubblicitarie da parte del titolare di una concessione da ritenersi illecite,

- secondo costante giurisprudenza dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, rilevi la questione se, complessivamente considerato, si sia effettivamente verificata una crescita del mercato del gioco d'azzardo nel periodo di riferimento ovvero se sia già di per sé sufficiente che la pubblicità sia diretta a incoraggiare un'attiva partecipazione al gioco, ad esempio banalizzandolo, conferendogli un'immagine positiva per effetto dell'impiego dei ricavi per attività di interesse pubblico oppure aumentando il suo potere di attrattiva mediante messaggi pubblicitari accattivanti, che allettino con la prospettiva di lauti guadagni.
- 2) Se l'articolo 56 TFUE debba inoltre essere interpretato nel senso che, laddove esistenti, le pratiche pubblicitarie di un monopolista escludano in ogni caso la coerenza del regime di monopolio ovvero se, nel caso di analoghe attività pubblicitarie da parte di fornitori privati, il monopolista possa parimenti incoraggiare la partecipazione attiva al gioco, ad esempio, banalizzandolo, conferendogli un'immagine positiva per effetto dell'impiego dei ricavi per attività di interesse pubblico oppure aumentando il suo potere di attrazione mediante messaggi pubblicitari accattivanti, che allettino con la prospettiva di lauti guadagni.
 - 3) Se un giudice nazionale, chiamato ad applicare nell'ambito della propria giurisdizione l'articolo 56 TFUE sia tenuto a garantire d'ufficio la piena efficacia di tali norme, disapplicando ogni disposizione nazionale che ritenga contraria, anche qualora sia stata confermata la sua conformità al diritto dell'Unione nell'ambito di un procedimento costituzionale.

Disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere

Articolo 56 TFUE

Disposizioni nazionali fatte valere

Bundesgesetz zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz, legge federale del 28 novembre 1989 sul gioco d'azzardo; in prosieguo: il «GSpG»), BGBl. n. 620/1989: articoli 2, 3, 4, 14, 17, 21, 24, 50, 52, 53, 54, 56

Giurisprudenza fatta valere

Sentenze del 30 aprile 2014, *Pfleger*, C-390/12, del 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-243/01, dell'8 settembre 2010, *Carmen Media*, C-46/08, del 15 settembre 2011, *Dickinger/Ömer*, C-347/09, del 3 giugno 2010, *Ladbrokes*, C-258/08, dell'8 settembre 2010, *Stoß e a.*, C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, del 30 giugno 2011, *Zeturf*, C-212/08, del 24 gennaio 2013, *Stanleybet e a.*, C-186/11 e C-209/11, dell'11 gennaio 2000, *Kreil*, C-285/98, del 29 aprile 1999, *Ciola*, C-224/97, del 14 giugno 2017, *Online Games e a.*, C-685/15, del 21

luglio 2005, *Coname*, C-231/03, del 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, del 30 giugno 2016, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, C-464/15, del 10 aprile 1984, *von Colson e Kamann*, 14/83, e del 27 giugno 1991, *Mecanarte*, C-348/89

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 In occasione di una serie di controlli ufficiali compiuti all'interno di locali commerciali venivano sottoposte a sequestro provvisorio le macchine automatiche ivi rinvenute, ognuna delle quali risultava installata in assenza della necessaria licenza amministrativa ai sensi del GSpG («concessione»). L'amministrazione competente confermava, mediante decisione, i sequestri provvisori avviando procedimenti sanzionatori amministrativi, irrogando altresì le relative sanzioni pecuniarie nei confronti dei responsabili, vale a dire, in particolare, dei proprietari degli apparecchi, dei gestori dei locali e degli operatori.
- 2 Nella specie veniva effettuato, in data 19 ottobre 2016, un controllo ai sensi del GSpG all'interno di un locale sito a Graz . In tale occasione, venivano individuati otto apparecchi per i quali vi era il sospetto di una violazione del GSpG. Gli apparecchi erano in funzione e funzionanti, nonché, in parte, anche utilizzati dai giocatori. Questi apparecchi (oggetto dell'intervento), i cui proprietari venivano individuati nella Fluentum s.r.o. e nella Fluctus s.r.o., venivano provvisoriamente sequestrati. La denuncia veniva sottoposta all'amministrazione competente, la Landespolizeidirektion Steiermark (Direzione della polizia regionale della Stiria). Successivamente, in data 23 novembre 2016, un provvedimento di sequestro veniva notificato alla Fluctus s.r.o., dal momento che detta società era stata individuata come proprietaria degli apparecchi. Il 12 dicembre 2016, un provvedimento di sequestro di pari contenuto veniva notificato alla Fluentum s.r.o., ditta quest'ultima indicata come organizzatrice del gioco d'azzardo. Tali decisioni venivano impugnate dinanzi a questo Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunale amministrativo regionale della Stiria).
- 3 Successivamente, venivano avviati procedimenti sanzionatori amministrativi. La Landespolizeidirektion Steiermark, nella veste di autorità penale competente, muoveva dall'assunto che KI fosse l'amministratore delle ditte Fluctus s.r.o. e Fluentum s.r.o. Pertanto, venivano avviati separati procedimenti penali a carico di KI quale organizzatore e imprenditore del gioco d'azzardo e, a carico del ricorrente, venivano inflitte sanzioni pecuniarie per un importo complessivo di EUR 480 000, con liquidazione dei costi del procedimento in complessivi EUR 48 000. Più in particolare, la Landespolizeidirektion Steiermark comminava - con decisione sanzionatoria del 22 gennaio 2018 - per ciascun apparecchio per il gioco d'azzardo una sanzione pecuniaria pari a EUR 30 000 (per un totale di EUR 240 000) prevedendo, in caso di impossibilità a riscuoterla, una pena detentiva sostitutiva pari rispettivamente a 7 giorni di detenzione e - con decisione sanzionatoria del 29 gennaio 2018 - ancora una volta una sanzione pecuniaria di EUR 30 000 per apparecchio (per un totale di EUR 240 000) fissando, in caso di

mancata riscossione, una pena detentiva sostitutiva pari rispettivamente a 7 giorni di detenzione. Entrambe le decisioni sanzionatorie sono state impugnate mediante ricorso dinanzi a questo Landesverwaltungsgericht Steiermark.

- 4 Nei procedimenti de quibus l'elemento transfrontaliero postulato dagli articoli 56 e segg. TFUE sussiste essendo coinvolta una GmbH (società a responsabilità limitata) con sede in un altro Stato membro dell'Unione europea (Bratislava/Slovacchia).

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 5 Questo Landesverwaltungsgericht Steiermark dubita della conformità con il diritto dell'Unione (articolo 56 TFUE) delle pratiche pubblicitarie dei concessionari (monopolisti).
- 6 Nel GSpG austriaco, le norme in materia di pubblicità del gioco d'azzardo sono formulate solo in termini del tutto generici. Ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 7, del GSpG, i concessionari di lotterie sono obbligati a provvedere a un generale sostegno mediatico. Non sussiste, invece, alcun obbligo di pubblicità per i gestori dei casinò. Una chiara restrizione in merito al contenuto della pubblicità del gioco d'azzardo si può attualmente individuare solo nell'articolo 56, paragrafo 1, del GSpG. In base ad esso, i concessionari e i titolari di licenza devono «mantenere uno standard responsabile» nella propria attività pubblicitaria. Ai fini del rispetto di detto standard è previsto solo il meccanismo della vigilanza, mentre è esplicitamente preclusa la via giudiziaria ai sensi degli articoli 1 e segg. del Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (legge federale sulla concorrenza sleale; in prosieguo: l'«UWG»).
- 7 Nell'ambito di numerosi procedimenti amministrativi e civili i giudici austriaci hanno esaminato la compatibilità della legge austriaca sul gioco d'azzardo con il diritto dell'Unione europea e la posizione assunta dai tribunali amministrativi regionali, confermandole o non manifestando alcuna perplessità al riguardo. Con decisioni del 2016 tutte e tre le supreme Corti austriache, il Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa; in prosieguo: «VwGH»), il Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale; in prosieguo: «VfGH») e l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema; in prosieguo: «OGH») hanno confermato la conformità con il diritto dell'Unione del monopolio austriaco sul gioco d'azzardo (v. infra, punti 21 e 23). Da allora, sono state pronunciate numerose decisioni successive che si conformano a tali principi.
- 8 Il monopolio austriaco del gioco d'azzardo rappresenta, in sostanza, una restrizione della libera prestazione dei servizi, ai sensi dell'articolo 56 TFUE. Pertanto, esso è compatibile con il diritto dell'Unione solo in presenza di un giustificato motivo affermato nei Trattati ovvero elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (in prosieguo: la «Corte») (motivo imperativo di interesse generale) (v. sentenza della Corte C-390/12, *Pfleger*, punti 38 e segg.). Per la restrizione delle attività di gioco possono essere presi in

considerazione, quali motivi imperativi di interesse generale, in particolare, la tutela dei consumatori e la prevenzione della frode e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva legata al gioco (v. sentenze della Corte C-243/01, *Gambelli*, punti 65 e segg.; C-46/08, *Carmen Media*, punto 55). Tuttavia, il riconoscimento di siffatti obiettivi non è da solo sufficiente per giustificare qualsiasi disciplina normativa. Ove sussista un obiettivo riconosciuto ai fini della restrizione della pertinente libertà fondamentale, occorre verificare se sia rispettato il principio di proporzionalità.

- 9 La Corte subordina l'ammissibilità del monopolio del gioco d'azzardo ai sensi del diritto dell'Unione non solo all'obiettivo perseguito dal legislatore, ma anche alla concreta efficacia delle norme (v. sentenza C-347/09, *Dickinger e Ömer*, punto 65). Ne risulta che – anche in relazione a misure pubblicitarie - l'esame della conformità al diritto dell'Unione non deve basarsi unicamente sul contenuto della norma, nel caso di specie segnatamente sull'articolo 56, paragrafo 1, del GSpG, a termini del quale i concessionari e i titolari di licenza devono mantenere uno standard responsabile nella propria attività pubblicitaria, ma è altresì rilevante la concreta efficacia della disposizione.
- 10 Nell'ambito della valutazione dell'idoneità di un monopolio del gioco d'azzardo, assume un'importanza significativa la coerenza della normativa nazionale (sentenze della Corte C-243/01 *Gambelli*, punti 65 e segg., e C-390/12, *Pfleger*, punto 56). Ove venga riconosciuta l'idoneità, occorre, in un secondo momento, valutare la necessità (esigenza) ed eventualmente, in un terzo momento, l'opportunità della restrizione. Secondo la giurisprudenza della Corte, una normativa nazionale è contraria al diritto dell'Unione se essa non persegue realmente l'obiettivo della tutela dei giocatori d'azzardo o della lotta alla criminalità né risponde effettivamente alla preoccupazione di ridurre le occasioni di gioco ovvero di contrastare le attività criminali connesse allo stesso in maniera coerente e sistematica (sentenza C-390/12, *Pfleger*, punto 56). Con l'esigenza di coerenza sono parimenti collegati i requisiti relativi alla pubblicità effettuata dal titolare di un monopolio ovvero da un concessionario, precisati dalla Corte in numerose decisioni (v., le sentenze *Ladbroke's, Stoß, Zeturf, Dickinger/Ömer e Stanleybet* indicate sopra, alla voce «Giurisprudenza fatta valere»). Il giudice del rinvio ne desume che il legislatore nazionale deve regolamentare e controllare anche le misure pubblicitarie del monopolista. Parte della dottrina contesta - anche con riferimento alla pubblicità effettuata dai concessionari *Österreichische Lotterien e Casinos Austria AG* – che nella pubblicità venga rispettato lo standard responsabile richiesto. Viene criticata l'esclusiva a favore di un fornitore prevalentemente privato il quale è sottoposto a controlli – quando avviene – del tutto superficiali e, anzitutto per quanto riguarda l'ampliamento dell'offerta e la pubblicità aggressiva, non è soggetto a vigilanza, il che sarebbe contrario al diritto dell'Unione.
- 11 A parere di questo Landesverwaltungsgericht Steiermark si deve ritenere che, nel contesto della normativa austriaca (coerenza), da un lato, e della politica commerciale dell'unico concessionario per le lotterie (pratica pubblicitaria

estensiva), dall'altro, i requisiti stabiliti dalla Corte ai fini dell'ammissibilità di un monopolio del gioco d'azzardo non siano soddisfatti. Si potrebbe ritenere che l'aggressiva politica pubblicitaria del concessionario ecceda i limiti fissati dalla Corte nelle sentenze *Carmen Media*, *Stoß*, nonché *Dickinger e Ömer*, cosicché - già per tal solo motivo - il monopolio austriaco del gioco d'azzardo, ivi comprese le sue norme di accompagnamento, non sarebbe più applicabile nei confronti di chi, come i ricorrenti, si avvalga della libera prestazione dei servizi. Questa conclusione è confermata anche dall'intera dottrina giuridica.

- 12 La politica espansionistica del monopolista accompagnata da ingenti investimenti pubblicitari contrasta con la tutela dei consumatori richiesta dalla Corte nei confronti dell'incitazione ad una spesa eccessiva collegata al gioco. Le restrizioni in materia di pubblicità previste dalla Corte non sono, nella pratica, rispettate. La politica di mercato dei concessionari *Österreichische Lotterien GmbH* e *Casinos Austria AG* soddisfa precisamente tutti quei criteri stabiliti dalla Corte che il comportamento di un monopolista sul mercato non deve presentare: la pubblicità dei monopolisti incoraggia la partecipazione attiva al gioco, conferisce al gioco in sé un'immagine positiva, alletta con la prospettiva di lauti guadagni, incita al gioco nuovi gruppi di destinatari ed è caratterizzata da un costante ampliamento dei contenuti.
- 13 Questo giudice del rinvio richiama numerosi esempi di un'intensa attività pubblicitaria in queste cinque categorie, ad esempio, spese pubblicitarie annuali nell'ordine di EUR 40 milioni, ottenimento di un ampio raggio di azione mediante campagne negli spazi pubblici e in televisione, previsione di incentivi al gioco, come sconti, per indurre ad avvicinarsi al gioco categorie target sino a quel momento meno propense ad esso - ad esempio, le donne e i ragazzi -, pubblicità indicanti vincite estremamente elevate nell'ordine di milioni facilmente ottenibili, attribuzione di effetti positivi al gioco d'azzardo (promozione di eventi pubblici e fini di pubblica utilità, richiamo del pubblico ricorrendo - in chiave pubblicitaria - a valori come felicità, fama, prestigio e autostima, sino a un'attrattività di carattere fisico del gioco d'azzardo) e facilitazione dell'accesso al gioco d'azzardo (ampliamento dei punti vendita tradizionali per il lotto, accessibilità online o su dispositivi mobili, distribuzione di buoni gioco, ecc.).
- 14 L'estensione attualmente in corso dei contenuti offerti dal monopolista può spiegarsi unicamente con esigenze di carattere monetario e non con una canalizzazione moderata della propensione al gioco. La commistione di interessi nel Ministero delle Finanze, quale diretto beneficiario economico degli ampliamenti dell'offerta e degli aumenti di prezzo dei giochi d'azzardo, è evidente. Da un lato, la Repubblica d'Austria detiene essa stessa indirettamente partecipazioni nella *Casinos Austria AG* e nella *Österreichische Lotterien GmbH*, dall'altra, il ministro delle Finanze deve svolgere un'ampia funzione di vigilanza sui concessionari e rilasciare le concessioni in modo trasparente e verificabile nella competizione con altri concorrenti sul mercato austriaco dei giochi d'azzardo. Tale tensione presenta innegabilmente un notevole impatto sulla

legislazione in materia di giochi d'azzardo e si può riconoscere anche, nella pratica, nell'inadeguato adempimento dei doveri di vigilanza sui concessionari.

- 15 Richiamando una sentenza del Landesgericht (Tribunale del Land) di Linz del 2014, si osserva che l'intera pubblicità degli unici titolari di licenze per il gioco d'azzardo (Österreichische Lotterien GmbH e Casinos Austria AG) non era contenuta e non si limitava a incanalare il consumatore verso reti di gioco controllate (dei monopolisti), nonché a contrastare la dipendenza dal gioco e le attività criminali connesse allo stesso (la cui presenza in misura rilevante non è stata accertata), trattandosi piuttosto di una pubblicità espansionistica, orientata alla crescita, volta a promuovere il business del gioco e incoraggiando la partecipazione attiva, banalizzando il gioco, conferendogli un'immagine positiva, aumentando la sua attrattiva e allettando con la prospettiva di lauti guadagni. Secondo il Landesverwaltungsgericht Vorarlberg anche le misure pubblicitarie non sono contenute e limitate strettamente al necessario. Anche l'Oberster Gerichtshof ha esplicitamente riconosciuto, in numerose decisioni, la contrarietà con il diritto dell'Unione del monopolio del gioco d'azzardo.
- 16 Non solo le attività pubblicitarie dei monopolisti non sono né contenute né limitate e non sono neppure sottoposte a un controllo efficace, ma lo stesso vale anche per una molteplicità di imprese terze che offrono gioco d'azzardo in Austria; ciò, in particolare, nel settore online, fermo restando che la maggior parte delle inserzioni rappresentano pubblicità di società prive di una concessione per l'organizzazione di lotterie in Austria. Non è chiaro per quali motivi il Ministero delle Finanze non dia esecuzione in alcun modo al divieto sancito dal GSpG di pubblicizzare il gioco d'azzardo in assenza di concessione. In ogni caso, ciò evidentemente non ha nulla a che vedere con una politica coerente in materia di gioco d'azzardo o con la tutela dei giocatori.
- 17 In conclusione, la pubblicità non è finalizzata unicamente a incanalare il consumatore verso le reti di giocatori controllate, ma persegue lo scopo di incoraggiare alla partecipazione attiva al gioco persone non ancora disposte a giocare senza ulteriori indugi. Ciò non rappresenta una pubblicità contenuta ai sensi della giurisprudenza della Corte. In tale contesto si aggiunge il fatto che l'articolo 56, paragrafo 1, del GSpG esclude un riesame dello standard imposto dal diritto dell'UE per le pubblicità a seguito di ricorso da parte di concorrenti o associazioni a ciò legittimate ai sensi dello UWG. Di conseguenza, il monopolio del gioco d'azzardo non presenta la necessaria giustificazione ai sensi del diritto dell'Unione europea.
- 18 La risposta alle questioni sottoposte è indispensabile nel procedimento in esame avendo due delle supreme Corti austriache (VfGH/VwGH) affermato la conformità al diritto dell'Unione del GSpG ed avendo altresì emanato, nel quadro di un esame *a tantum*, una sentenza di principio (v. *infra* punti 21, 23), cui ora – quantomeno, secondo le Corti medesime – tutti gli altri giudici sono vincolati. Ove si aderisse a questa posizione, un esame delle disposizioni del GSpG sotto il profilo del diritto dell'Unione sarebbe, in futuro, impossibile. Inoltre, questa prassi

contraria al diritto dell'Unione contrasta anche direttamente con la giurisprudenza della Corte (sentenze C-285/98, *Kreil*; C-224/97, *Ciola*; C-685/15, *Online Games*).

- 19 I ricorrenti operano nell'ambito della tutela della libera prestazione dei servizi. A norma della disposizione di cui all'articolo 56 TFUE, pertinente in materia e diretta a ogni autorità dello Stato membro, le autorità non possono prevedere restrizioni alla libera prestazione dei servizi. Il diritto alla libera prestazione dei servizi è immediatamente applicabile: ai fini della sua applicabilità non è cioè richiesta una conferma né amministrativa, né giudiziale da parte di un'autorità statale austriaca. Il divieto introdotto con l'articolo 56 TFUE prevale sul diritto nazionale, anche sul diritto costituzionale nazionale. Pertanto, un giudice costituzionale nazionale non può eludere le libertà fondamentali. A prescindere dalla natura giuridica della restrizione, ciascuna autorità è tenuta a privilegiare l'applicazione dell'articolo 56 TFUE rispetto a ogni restrizione nazionale. Non può essere applicata nessuna restrizione nazionale che contrasti con il prevalente divieto di cui all'articolo 56 TFUE, nemmeno laddove essa abbia rango costituzionale o consista in un provvedimento e/o in una sentenza confermata in sede giudiziale. Già nel 1999, nella decisione *Ciola* (C-224/97, sono citati i punti da 24 a 34), concernente l'Austria, la Corte ha spiegato che leggi e/o provvedimenti amministrativi contrari al diritto dell'Unione non possono comportare svantaggi a danno dei cittadini dell'Unione nemmeno quando siano passati in giudicato/divenuti definitivi. Le autorità sono invece soggette al principio di preminenza del diritto dell'Unione.
- 20 La decisione sanzionatoria di cui trattasi viola il preminente diritto dell'Unione. Essa si fonda sulla legge austriaca sul gioco d'azzardo che limita la libera prestazione dei servizi. Nel corso del procedimento non è stato dimostrato che detta violazione, perpetrata da una decisione fondata sulla succitata legge contraria al diritto dell'Unione, abbia una qualche giustificazione ipotizzabile in forza di esigenze imperative dell'interesse generale. Per confermare la carente legittimazione del monopolio austriaco, basti il rimando alla decisione della Corte nella causa *Pfleger* (C-390/12). Dal punto di vista dirimente delle «concrete modalità di applicazione», le restrizioni della legge austriaca sul gioco d'azzardo sono contrarie al diritto dell'Unione. Benché l'onere della prova gravi sullo Stato (v. sentenza C-685/15, *Online Games*), la Repubblica [d'Austria] nemmeno afferma il contrario.
- 21 Nessuno può richiamarsi a decisioni del Verwaltungsgerichtshof contrarie al diritto dell'Unione, quali, in particolare, la sentenza di principio del 16 marzo 2016 nella causa 2015/17/0022. Eventuali errate decisioni del VwGH non si sovrappongono al diritto dell'Unione e non liberano l'amministrazione dal rispetto del prevalente diritto dell'Unione. Nella causa *Pfleger* (C-390/12, sono citati i punti da 53 a 55) la Corte non si è discostata dalla sua giurisprudenza consolidata secondo cui, dal punto di vista del diritto dell'Unione, il monopolio austriaco non può giustificarsi in ragione della situazione di fatto presente in Austria. Le autorità nazionali non sono state in grado di dimostrare che la criminalità e/o la

dipendenza dal gioco costituissero effettivamente un problema idoneo a giustificare un monopolio.

- 22 Le stesse considerazioni valgono nel caso di specie. Le autorità competenti non hanno dimostrato che la criminalità e/o la dipendenza dal gioco costituissero effettivamente, nel corso del periodo considerato, un problema serio atto a legittimare un monopolio e una decisione adottata sulla base del medesimo. Il vero obiettivo del monopolio consiste non nella lotta alla criminalità e nella tutela dei giocatori, ma esclusivamente nella massimizzazione delle entrate dell'Erario avvantaggiando il monopolista.
- 23 Il Verwaltungsgerichtshof ha arbitrariamente violato il diritto dell'Unione come interpretato in maniera vincolante dalla Corte; le questioni sollevate assumono pertanto massima importanza ai fini del procedimento pendente dinanzi a questo giudice remittente, sussistendo, altrimenti, il rischio di un'ulteriore conferma del GSpG contraria al diritto dell'Unione. Il fatto che tale prassi illegittima si ponga in relazione alle questioni sollevate in materia di pubblicità è dimostrato dal fatto che le pertinenti decisioni delle Corti supreme (in particolare, sentenze del VwGH del 16 marzo 2016, Ro 2015/17/0022, e del VfGH del 15 ottobre 2016, E 945/2015) non sono supportate da alcun accertamento dei fatti riferito alla problematica della compatibilità con il diritto dell'Unione del sistema di monopolio istituito dal GSpG, cosicché – a livello meramente di fatti – già a priori non possono contribuire a un chiarimento del requisito di recente nuovamente ribadito dalla Corte (v. sentenza C-464/15, *Admiral Casinos & Entertainment AG*) secondo cui l'articolo 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che, nel quadro di un approccio non meramente statico, ma dinamico, in sede di esame della proporzionalità di una normativa nazionale restrittiva nel settore dei giochi d'azzardo occorre fondarsi non solo sull'obiettivo di tale normativa, così come appariva al momento della sua adozione, ma anche sugli effetti di detta normativa, valutati successivamente alla sua adozione.
- 24 Inoltre, le pubblicità del gioco d'azzardo effettuate dai concessionari e le possibilità a tal fine previste in Austria contrastano con il diritto dell'Unione (nuovo rimando alle citate sentenze *Ladbroke's*, *Stoß*, *Zeturf*, *Dickinger/Ömer* e *Stanleybet*).
- 25 È ben vero che, in base alla giurisprudenza del Verwaltungsgerichtshof (v. decisione dell'11 luglio 2018, Ra 2018/17/0048), i concessionari possono, in linea di principio, adottare misure pubblicitarie in parte aggressive. Tuttavia, ciò è vero unicamente quando il gioco d'azzardo o l'ambito del gioco d'azzardo rispettivamente considerati richiedono una pubblicità aggressiva per garantire la tutela dei giocatori e, in particolare, quando la pubblicità consente di far rientrare i giocatori dal settore del gioco illegale nella legalità. Posto che in Austria non vi è alcun elemento indicante la presenza di offerte illegali nel settore delle lotterie o dei casinò tradizionali, occorre ritenere che nella specie occorra applicare un criterio rigoroso per quanto attiene alla pubblicità. Una pubblicità aggressiva, ad esempio, per i biglietti della lotteria, non può essere giustificata in considerazione

di un'asserita ampia offerta di apparecchi automatici da gioco illegali. Pertanto, a parere del Verwaltungsgerichtshof, sarebbe possibile ricorrere a pubblicità in parte aggressive, tuttavia, in Austria, solo nel settore degli apparecchi automatici. Ciononostante, è vero proprio il contrario. Gli allegati prodotti nella specie attestano attività pubblicitarie aggressive e, dal punto di vista della giurisprudenza della Corte, vietate proprio in ambiti che, in Austria, non sono interessati da un'asserita illegalità. Già per quanto motivo, il monopolio fondato sulla legge austriaca sul gioco d'azzardo è illegittimo e, pertanto, il destinatario della norma non può essere sanzionato.

- 26 Alla luce del punto 27 dell'ordinanza della Corte del 9 gennaio 2019, C-444/18, *Fluctus e Fluentum*, si rende necessario rispondere alle questioni considerate che, nelle proprie decisioni di principio, le Corti supreme austriache, pur dichiarando, come già ricordato, che la pubblicità è aggressiva ed è volta ad attrarre nuovi giocatori precedentemente non dediti al gioco, hanno peraltro ignorato tale circostanza, ravvisando comunque una compatibilità con il diritto dell'Unione. Questa prassi contraria al diritto dell'Unione contrasta con la giurisprudenza della Corte. È indispensabile rispondere alle questioni sollevate posto che, in assenza di una nuova e chiara decisione della Corte, la prassi *contra legem* accolta dai giudici austriaci non può essere contrastata.