

Zaak C-920/19

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

16 december 2019

Verwijzende rechter:

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

6 december 2019

Verzoekende partijen:

Fluctus s.r.o.

Fluentum s.r.o.

KI

Verwerende instantie:

Landespolizeidirektion Steiermark

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Strafoplegging wegens de exploitatie van illegale speelautomaten (inbreuk op het overheidsmonopolie voor kansspelen)

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Verenigbaarheid van het Oostenrijkse monopolie voor kansspelen met artikel 56 VWEU, gelet op de mateloze reclamepraktijken van de vergunninghouders

Prejudiciële vragen

1. Moet artikel 56 VWEU aldus worden gelegd dat het bij de beoordeling van ongeoorloofde reclamepraktijken van een vergunninghouder, waaraan het Hof van Justitie van de Europese Unie ingeval van een overheidsmonopolie voor kansspelen in zijn vaste rechtspraak invulling heeft gegeven, van belang is of de kansspelmarkt alles bij elkaar genomen in het betrokken tijdvak daadwerkelijk een groei heeft laten optekenen dan wel of het al voldoende is dat de reclame beoogt ertoe aan te zetten actief deel te nemen aan het spel, bijvoorbeeld door gokken te bagatelliseren, door de aanwending van de inkomsten voor activiteiten van algemeen belang aan te grijpen om een positief imago op te hangen of door de aantrekkingskracht ervan te vergroten met behulp van indringende reclameboodschappen die aanzienlijke opbrengsten aantrekkelijk in het vooruitzicht stellen?

2. Moet artikel 56 VWEU voorts aldus worden uitgelegd dat wanneer sprake is van reclamepraktijken van een monopolist, het monopolie daardoor in elk geval zijn samenhang verliest of kan de monopolist, wanneer particuliere aanbieders dergelijke reclameactiviteiten verrichten, ook ertoe aanzetten om actief deel te nemen aan het spel, bijvoorbeeld door gokken te bagatelliseren, door de aanwending van de inkomsten voor activiteiten van algemeen belang aan te grijpen om een positief imago op te hangen of door de aantrekkingskracht ervan te vergroten met behulp van indringende reclameboodschappen die aanzienlijke opbrengsten aantrekkelijk in het vooruitzicht stellen?

3. Dient een nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheid artikel 56 VWEU moet toepassen, op eigen gezag zorg te dragen voor de volle werking van deze normen door alle bepalingen van nationaal recht die hij daarmee strijdig acht buiten toepassing te laten, zelfs wanneer in een constitutionele procedure is bevestigd dat zij in overeenstemming zijn met het Unierecht?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 56 VWEU

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Bundesgesetz van 28 november 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (federale wet van 28 november 1989 tot regeling van kansspelen) (kansspelwet; hierna: „GSpG”), BGBl. nr. 620/1989: §§ 2, 3, 4, 14, 17, 21, 24, 50, 52, 53, 54, 56

Aangevoerde rechtspraak

Arresten van 30 april 2014, Pflieger e.a. (C-390/12, EU:C:2014:281; hierna: „Pflieger”); 6 november 2003, Gambelli e.a. (C-243/01, EU:C:2003:597; hierna:

„Gambelli”); 8 september 2010, Carmen Media Group (C-46/08, EU:C:2010:505; hierna: „Carmen Media Group”); 15 september 2011, Dickinger en Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582; hierna: „Dickinger en Ömer”); 3 juni 2010, Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International (C-258/08, EU:C:2010:308; hierna: „Ladbrokes”); 8 september 2010, Stoß (gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07, EU:C:2010:504; hierna: „Stoß”); 30 juni 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437; hierna: „Zeturf”); 24 januari 2013, Stanleybet International e.a. (gevoegde zaken C-186/11 en C-209/11, EU:C:2013:33; hierna: „Stanleybet”); 11 januari 2000, Kreil (C-285/98, EU:C:2000:2; hierna: „Kreil”); 29 april 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212; hierna: „Ciola”); 14 juni 2017, Online Games e.a. (C-685/15, EU:C:2017:452; hierna: „Online Games”); 21 juli 2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487; hierna: „Coname”); 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605; hierna: „Parking Brixen”); 14 november 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736; hierna: „Belgacom”); 30 juni 2016, Admiral Casinos & Entertainment (C-464/15, EU:C:2016:500; hierna: „Admiral Casinos & Entertainment”); 10 april 1984, Von Colson en Kamann/Land Nordrhein-Westfalen (14/83, EU:C:1984:153), en 27 juni 1991, Mecanarte-Metalurgica da Lagoa/Alfandega do Porto (C-348/89, EU:C:1991:278)

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure

- 1 In het kader van administratieve controles in bedrijfslokalen werden de aangetroffen automaten, die daar zonder de krachtens het GSpG vereiste bestuurlijke vergunning („Konzession”) (hierna: „concessie”) waren geplaatst, voorlopig in beslag genomen. De bevoegde autoriteiten hebben bij besluit de voorlopige inbeslagnames bevestigd, bestuursrechtelijke strafprocedures ingeleid en de verantwoordelijke personen, waaronder de eigenaars van de automaten, de exploitanten van de lokalen en het bedieningspersoneel, bij wege van bestuurlijke sancties gepaste geldboeten opgelegd.
- 2 In casu vond op 19 oktober 2016 in een lokaal te Graz een controle op grond van het GSpG plaats. Er werden acht automaten aangetroffen waarvan werd vermoed dat hiermee het GSpG werd overtreden. Deze automaten waren in gebruik en bedrijfsklaar en op sommigen werd door spelers gegokt. De automaten (bij de overtreding gebruikte voorwerpen), waarvan Fluentum s.r.o. als eigenares en Fluctus s.r.o. als houdster zijn vastgesteld, werden voorlopig in beslag genomen. De kennisgeving werd overgelegd aan de bevoegde autoriteit, te weten de Landespolizeidirektion Steiermark (regionaal directoraat van de politie van de deelstaat Steiermark, Oostenrijk; hierna: „regionaal directoraat”). Vervolgens is de inbeslagname op 23 november 2016 aan Fluctus s.r.o. bij besluit bevestigd, daar zij als houdster van de automaten was vastgesteld. Op 12 december 2016 is een gelijkkluidend besluit omtrent de inbeslagname aan Fluentum s.r.o. betekend, waarin zij als organisator van het kansspel werd aangewezen. Tegen de genoemde beslissingen is beroep ingesteld bij het Landesverwaltungsgericht Steiermark

(bestuursrechter in eerste aanleg van de deelstaat Steiermark, Oostenrijk), de verwijzende rechter.

- 3 Vervolgens zijn bestuursrechtelijke strafprocedures ingeleid. Het regionaal directoraat is als bevoegde strafautoriteit ervan uitgegaan dat KI commercieel directeur van de bedrijven Fluctus s.r.o. en Fluentum s.r.o. is. Om die reden zijn tegen KI, als organisator en als kansspelaanbieder, afzonderlijke strafrechtelijke procedures ingeleid en aan hem – verzoeker in de beroepsprocedure – geldboeten opgelegd ten belope van in totaal 480 000 EUR. De procedurekosten werden bepaald op een totaalbedrag van 48 000 EUR. Meer in het bijzonder is bij besluit van het regionaal directoraat van 22 januari 2018 voor elk kansspelautomaat een geldboete van 30 000 EUR (in totaal 240 000 EUR) opgelegd alsook, bij niet-betaling daarvan, een vervangende hechtenis van 7 dagen per kansspelautomaat en, bij besluit van het regionale directoraat van 29 januari 2018, tevens een geldboete van 30 000 EUR per kansspelautomaat (in totaal 240 000 EUR) alsook, bij niet-betaling daarvan, een vervangende hechtenis van 7 dagen per kansspelautomaat. Tegen deze twee beslissingen is beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.
- 4 Het overeenkomstig de artikelen 56 e.v. VWEU vereiste grensoverschrijdende element is aanwezig, aangezien in de hoofdingen een in een andere lidstaat van de Europese Unie (Bratislava/Slowakije) gevestigde besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid een van de procespartijen is.

Uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 5 De verwijzende rechter betwijfelt of de reclamepraktijken van de concessiehouders (monopolisten) in overeenstemming zijn met het Unierecht (artikel 56 VWEU).
- 6 De wettelijke voorschriften betreffende reclame voor kansspelen zijn in het GSpG slechts zeer vaag geformuleerd. Overeenkomstig § 17, lid 7, GSpG zijn de houders van een loterijvergunning verplicht om algemene mediaondersteuning te bieden. Exploitanten van casino's zijn daarentegen niet verplicht om reclame te voeren. Van een ingrijpende beperking met betrekking tot de inhoud van reclame voor kansspelen is thans alleen sprake in § 56, lid 1, GSpG. Volgens die bepaling dienen concessie- en vergunninghouders, wanneer zij reclame voeren, „blijk te geven van een verantwoordelijke houding”. De naleving hiervan wordt enkel gewaarborgd door de toezichthouder terwijl de gang naar de rechter overeenkomstig de §§ 1 e.v. van het Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Oostenrijkse federale wet op de oneerlijke mededinging; hierna: „UWG”) uitdrukkelijk is uitgesloten.
- 7 In talrijke bestuursrechtelijke en civiele procedures hebben de Oostenrijkse rechterlijke instanties de verenigbaarheid van het GSpG met het geldende Unierecht en het standpunt van de deelstatelijke bestuursrechters onderzocht en bevestigd dan wel geen bezwaar daartegen gemaakt. In diverse beslissingen van

2016 hebben de drie hoogste Oostenrijkse rechterlijke instanties, het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter; hierna ook: „VwGH”), het Verfassungsgerichtshof (constitutioneel hof; hierna ook: „VfGH”) en het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken; hierna ook: „OGH”), bevestigd dat het Oostenrijkse kansspelmonopolie in overeenstemming is met het Unierecht (zie de punten 21 en 23 hieronder). Sindsdien zijn deze beslissingen in talrijke latere uitspraken gevolgd.

- 8 Het Oostenrijkse kansspelmonopolie vormt in beginsel een beperking van de vrijheid van dienstverrichting in de zin van artikel 56 VWEU. Dat houdt in dat het slechts met het Unierecht verenigbaar is mits hiervoor een in de verdragen verankerde of in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) ontwikkelde rechtvaardigingsgrond (dwingende reden van algemeen belang) bestaat (zie arrest Pflieger, punten 38 e.v.). Als dwingende redenen van algemeen belang voor de beperkingen van kansspelactiviteiten wordt in het bijzonder gedacht aan de bescherming van de consument, de bestrijding van fraude en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord (zie arresten Gambelli, punten 65 e.v., en Carmen Media Group, punt 42). Enkel het aanvoeren van dergelijke doelen volstaat echter niet om elke wettelijke regeling te rechtvaardigen. Indien een algemeen erkende doelstelling voor de beperking van de betrokken fundamentele vrijheid bestaat, moet worden onderzocht of het evenredigheidsbeginsel in acht is genomen.
- 9 Het Hof stelt niet alleen de doelstelling van de wetgever als voorwaarde voor de Unierechtelijke toelaatbaarheid van een kansspelmonopolie maar ook de werkelijke effecten van de regelingen (zie arrest Dickinger en Ömer, punt 65). Hieruit blijkt dat, ook in samenhang met reclame, bij de beoordeling van de verenigbaarheid met het Unierecht niet alleen moet worden gekeken naar de inhoud van de norm – in casu met name § 56, lid 1, GSpG, volgens welke bepaling concessie- en vergunninghouders zich verantwoordelijk dienen op te stellen wanneer zij reclame voeren –, maar dat ook de werkelijke effecten van deze bepaling in aanmerking moeten worden genomen.
- 10 Bij de beoordeling van de geschiktheid van een kansspelmonopolie speelt de samenhang van de nationale regeling (arresten Gambelli, punten 65 e.v., en Pflieger, punt 56) een wezenlijke rol. Ingeval een kansspelmonopolie geschikt wordt geacht, dient in een tweede fase de noodzaak en in voorkomend geval in een derde fase de adequaatheid van de beperking te worden beoordeeld. Volgens de rechtspraak van het Hof is een nationale regeling in strijd met het Unierecht wanneer zij niet werkelijk beoogt de gokker te beschermen of criminaliteit te bestrijden en niet daadwerkelijk beantwoordt aan het streven om op samenhangende en stelselmatige wijze de gelegenheden tot gokken te verminderen of de met het gokken verbonden criminaliteit te bestrijden (arrest Pflieger, punt 56). De noodzaak van samenhang gaat ook gepaard met eisen die worden gesteld aan de door de monopolie- of vergunninghouder gevoerde reclame, welke eisen in verschillende beslissingen door het Hof zijn verduidelijkt (zie de arresten Ladbrokes, Stoß, Zeturf, Dickinger/Ömer en Stanleybett,

aangehaald onder „Aangevoerde rechtspraak” hier boven). Volgens de verwijzende rechter volgt hieruit dat de nationale wetgever ook de promotieacties van monopoliehouders dient te reguleren en daarop toezicht dient uit te oefenen. In de rechtsleer wordt, ook wat de reclame van de concessiehouders Österreichische Lotterien en Casinos Austria AG betreft, door sommigen betwist dat bij het voeren van reclame blijk wordt gegeven van de vereiste verantwoordelijke houding. Er wordt kritiek geuit op de exclusiviteit die is verleend aan een overwegend particuliere aanbieder, waarop – als het dan al gebeurt – slechts oppervlakkig toezicht wordt uitgeoefend en waarvoor, vooral voor wat betreft aanbodverruiming en agressieve reclame, geen wettelijke toezichtsbepalingen zijn vastgesteld, hetgeen indruist tegen het Unierecht.

- 11 De verwijzende rechter is van oordeel dat, gelet op de Oostenrijkse rechtssituatie (coherentie) enerzijds en de bedrijfspolitiek van de enige concessiehouder voor loterijtrekkingen (extensieve reclamepraktijken) anderzijds, niet is voldaan aan de door het Hof gestelde eisen voor de toelaatbaarheid van een kansspelmonopolie. Aangenomen kan worden dat het offensieve reclamebeleid van de concessiehouder de door het Hof in de arresten Carmen Media, Stoß, alsmede in het arrest Dickinger en Ömer vastgelegde grenzen overschrijdt, zodat alleen al om deze reden het Oostenrijkse kansspelmonopolie en de bijbehorende regelgeving niet meer van toepassing zijn op begunstigden die, zoals verzoekers, de vrijheid van dienstverrichting in acht nemen. Deze beoordeling vindt steun in de gehele rechtsleer.
- 12 Het groeibeleid van de monopolist, waarbij intensief gebruik wordt gemaakt van reclame, gaat in tegen de door het Hof geëiste bescherming van de consument tegen prikkels om buitensporige bedragen te besteden aan spelen. De door het Hof voorgeschreven beperkingen voor het voeren van reclame worden in de praktijk niet in acht genomen. Het commerciële beleid van de concessiehouders Österreichische Lotterien GmbH en Casinos Austria AG beantwoordt aan alle door het Hof gestelde criteria waarvan het marktgedrag van een monopolist juist géén blijk mag geven. De reclame die door de monopolisten wordt gevoerd, zet bijvoorbeeld ertoe aan om actief deel te nemen aan het spel, verbindt aan gokken als zodanig een positief imago, stelt aanzienlijke opbrengsten aantrekkelijk in het vooruitzicht, moedigt nieuwe doelgroepen aan om te gokken en wordt voortdurend inhoudelijk uitgebreid.
- 13 De verwijzende rechter noemt talrijke voorbeelden van intensieve reclameactiviteiten in deze vijf categorieën, zoals de jaarlijkse uitgaven voor reclame van circa 40 miljoen EUR, het bereiken van een breed publiek door middel van campagnes op openbare plaatsen en op televisie, en het aansporen tot gokken door middel van bijvoorbeeld kortingen, om doelgroepen die tot dusver niet zonder meer bereid waren om te gokken – zoals vrouwen en jongeren – daartoe aan te zetten, reclame voor extreem hoge winsten ter waarde van miljoenen die gemakkelijk zouden kunnen worden behaald, het toeschrijven van positieve effecten aan het kansspel (bevorderen van openbare evenementen en liefdadigheidsdoelen, aantrekken door middel van reclame die waarden zoals

geluk, roem, aanzien, zelfvertrouwen en fysieke aantrekkingskracht met het kansspel in verband brengt) en het vergemakkelijken van de toegang tot het kansspel (uitbreiding van het aantal loterijloketten, beschikbaarheid op het internet of mobiele apparaten, uitdelen van tegoedbonnen voor kansspelen enz.).

- 14 De huidige aan de gang zijnde verruiming van het inhoudelijke aanbod van de monopoliehouder is uitsluitend door financiële overwegingen ingegeven en niet door een gematigde kanalisatie van kansspelen. De belangenverstrengeling binnen het ministerie van Financiën als degene die direct financieel voordeel heeft bij aanbodverruiming en prijsstijgingen bij kansspelen, ligt voor de hand. Enerzijds bezit de Republiek Oostenrijk indirect zelf aandelen in Casinos Austria AG dan wel Österreichische Lotterien GmbH, anderzijds behoort het tot de taken van de minister van Financiën om grondig toezicht te houden op de vergunninghouders en om op transparante en controleerbare wijze vergunningen te verlenen waarop verschillende concurrenten op de Oostenrijkse kansspelmarkt aanspraak maken. Die spanningsverhouding heeft onvermijdelijk verstrekkingen gevolgen voor de kansspelwetgeving en komt ook in de praktijk tot uiting in het feit dat de verplichtingen inzake toezicht op de vergunninghouders ontoereikend ter harte worden genomen.
- 15 Onder verwijzing naar een uitspraak van Landesgericht Linz (rechter in eerste of tweede aanleg Linz, Oostenrijk) moet worden vastgesteld dat alle door de enige licentiehouders voor kansspelen (Österreichische Lotterien GmbH en Casinos Austria AG) gevoerde reclame geen blijk gaf van terughoudendheid en niet strikt beperkt was tot wat nodig is om consumenten naar gecontroleerde kansspelcircuits (van de monopolisten) te leiden en om goklust en criminele activiteiten in dat verband (waarvan het bestaan in aanzienlijke mate niet kon worden vastgesteld) een halt toe te roepen, maar dat het veeleer om expansionistische, op groei gerichte reclame ging, die het gokken wilde aanmoedigen en ertoe aanzette om actief deel te nemen door te bagatelliseren, een positief imago op te hangen, de aantrekkingskracht te vergroten en aanlokkelijke winsten in het vooruitzicht te stellen. Ook volgens het Landesverwaltungsgericht Vorarlberg (bestuursrechter in eerste aanleg Vorarlberg, Oostenrijk) geeft de reclame geen blijk van terughoudendheid en zijn deze niet strikt beperkt tot hetgeen nodig is. Bovendien heeft het Oberste Gerichtshof in verschillende beslissingen de strijdigheid van het kansspelmonopolie met het Unierecht expliciet uiteengezet.
- 16 Niet alleen geven de reclameactiviteiten van de monopolisten geen blijk van terughoudendheid noch zijn deze strikt beperkt en aan een doeltreffend toezicht onderworpen, maar dit geldt ook voor een groot aantal andere ondernemingen die in Oostenrijk kansspelen aanbieden. Dit betreft in het bijzonder online kansspelen, waarbij het meestal gaat om reclame van bedrijven die in Oostenrijk niet over een vergunning voor de organisatie van loterijen beschikken. Het blijft onduidelijk waarom het ministerie van Financiën het in het GSpG verankerde verbod op reclame voor niet-vergunde kansspelen op geen enkele wijze ten uitvoer legt. Dat stilzitten heeft hoe dan ook kennelijk niets te maken met een coherent kansspelbeleid, en evenmin met de bescherming van de spelers.

- 17 Alles bij elkaar genomen heeft reclame niet uitsluitend tot doel de consument in de richting van gecontroleerde kansspelcircuits te leiden, maar wordt daarmee beoogd personen die tot dusver niet zonder meer bereid waren om te gokken, ertoe aan te zetten om actief aan kansspelen deel te nemen. Er is derhalve geen sprake van gematigde reclame in de zin van de aangehaalde rechtspraak van het Hof. In dit beeld past ook de omstandigheid dat volgens § 56, lid 1, GSpG elke toetsing door een rechter van de maatstaf die uit hoofde van het Unierecht bij het voeren van reclame moet worden geëerbiedigd, uitgesloten is in het kader van een beroep dat overeenkomstig het UWG wordt ingesteld door concurrenten of procesbevoegde verenigingen. Dat betekent dat de uit hoofde van het Unierecht vereiste rechtvaardiging voor het kansspelmonopolie ontbreekt.
- 18 De beantwoording van de gestelde vragen is noodzakelijk voor de afdoening van het onderhavige geding, aangezien twee van de hoogste Oostenrijkse rechterlijke instanties (VfGH en VwGH) ervan uitgaan dat het GSpG in overeenstemming is met het Unierecht en na één enkele toetsing een beginsel arrest hebben gewezen (zie punten 21 en 23 hieronder), dat voortaan, althans volgens de hoogste rechterlijke instanties, bindend is voor alle andere rechterlijke instanties. Indien die benadering zou worden gevolgd, zou het in de toekomst onmogelijk zijn om de bepalingen van het GSpG aan het Unierecht te toetsen. Bovendien is deze tegen het Unierecht indruisende praktijk ook rechtstreeks in strijd met de rechtspraak van het Hof (arresten Kreil, Ciola, Online Games).
- 19 Verzoekers vallen binnen de werkingssfeer van de vrijheid van dienstverrichting. Volgens de relevante bepaling van artikel 56 VWEU, die tot alle autoriteiten van de lidstaten is gericht, zijn beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting door overheidsinstanties verboden. Het recht op het vrij verrichten van diensten is rechtstreeks toepasselijk, dat wil zeggen dat voor de toepasselijkheid ervan geen bevestiging van Oostenrijkse autoriteiten of rechterlijke instanties vereist is. De voornoemde verbodsbepaling van artikel 56 VWEU heeft voorrang boven nationaal recht, ook nationaal constitutioneel recht. Een nationaal constitutioneel hof kan dus niet voorbijgaan aan de fundamentele vrijheden. Ten aanzien van elke nationale beperking, ongeacht de juridische kwaliteit ervan, moeten alle overheidsinstanties bij voorrang artikel 56 VWEU toepassen. Een nationale beperking moet zelfs buiten toepassing worden gelaten indien zij een grondwettelijke status heeft of voortvloeit uit een onherroepelijk besluit en/of een rechterlijke uitspraak die een hogere rechterlijke instantie is bevestigd, wanneer die beperking indruist tegen de hogere verbodsbepaling van artikel 56 VWEU. Het Hof heeft reeds in 1999 in het op Oostenrijk betrekking hebbende arrest Ciola (punten 24 tot en met 34, reeds aangehaald) gepreciseerd dat de burgers van de Unie geen nadelen mogen ondervinden door wetten en/of administratieve handelingen die in strijd zijn met het Unierecht, ook al zijn deze definitief geworden. Veeleer moeten de overheidsinstanties zich houden aan het Unierecht dat verplichte voorrang heeft.
- 20 De relevante bestuurlijke sanctie is in strijd met het hogere Unierecht. Deze sanctie berust op het Oostenrijkse GSpG dat de vrijheid van dienstverrichting

beperkt. Een – op grond van dwingende vereisten van algemeen belang theoretisch mogelijke – rechtvaardiging van de inbreuk op de vrijheid van dienstverrichting door de beslissing die op het met het Unierecht strijdige GSpG is gebaseerd, is tijdens de procedure niet aangevoerd. Ter onderbouwing van de vaststelling dat elke legitimatie van het Oostenrijkse monopolie ontbreekt, hoeft slechts te worden verwezen naar het arrest van het Hof in de zaak Pfleger (reeds aangehaald). De beperkingen van het Oostenrijkse GSpG zijn, gelet op de relevante en „concrete wijze waarop zij worden toegepast”, in strijd met het Unierecht. Oostenrijk beweert niet eens het tegendeel, hoewel de bewijslast op de lidstaat rust (zie arrest Online Games).

- 21 Op beslissingen van het Verwaltungsgerichtshof die in strijd zijn met het Unierecht, zoals in het bijzonder de uitspraak van 16 maart 2016 in de zaak 2015/17/0022, kan niemand zich beroepen. Onjuiste beslissingen van het VwGH prevaleren niet boven het Unierecht en ontheffen de administratie niet van de verplichting om het hogere recht van de Unie te eerbiedigen. In het arrest Pfleger (punten 53 tot en met 55) heeft het Hof zijn vaste rechtspraak bevestigd volgens welke het Oostenrijkse monopolie vanuit Unierechtelijk oogpunt niet kan worden gerechtvaardigd op basis van de in Oostenrijk bestaande feitelijke situatie. De nationale autoriteiten hebben in die zaak niet het bewijs kunnen leveren dat criminaliteit of gokverslaving daadwerkelijk een probleem vormde dat een monopolie rechtvaardigde.
- 22 Hetzelfde geldt in de onderhavige zaak. De bevoegde autoriteiten hebben niet aangetoond dat criminaliteit en/of gokverslaving in de betrokken periode daadwerkelijk een substantieel probleem vormde dat een monopolie en een daarop gebaseerde beslissing zou kunnen rechtvaardigen. Integendeel, vaststaat dat het werkelijke doel van het monopolie niet erin bestaat criminaliteit te bestrijden en de speler te beschermen, maar louter de inkomsten van de Staat te maximaliseren door het begunstigen van een monopolist.
- 23 Het Verwaltungsgerichtshof veronachtzaamt op willekeurige wijze het Unierecht, zoals dit door het Hof dwingend is uitgelegd, zodat de voorgelegde vragen van eminent belang zijn voor de lopende procedure, aangezien anders het gevaar bestaat dat het GSpG nog eens op een tegen het Unierecht indruisende wijze wordt bevestigd. Hoe deze onwettige praktijk verband houdt met de gestelde vragen over de wijze waarop reclame wordt gevoerd, blijkt daaruit dat aan de relevante hoogste rechterlijke beslissingen (in het bijzonder VwGH, 16 maart 2016, Ro 2015/17/0022 en VfGH, 15 oktober 2016, E 945/2015) geen onafhankelijk feitenonderzoek ten grondslag ligt dat de vraag van de verenigbaarheid van de in het GSpG neergelegde monopolieregeling met het Unierecht betreft, zodat deze uitspraken – op zuiver feitelijk niveau – reeds bij voorbaat niet kunnen bijdragen aan een verduidelijking van het onlangs opnieuw (zie arrest Admiral Casinos & Entertainment) door het Hof benadrukte vereiste dat artikel 56 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat bij de toetsing van de evenredigheid van een beperkende nationale regeling op het vlak van kansspelen niet enkel rekening moet worden gehouden met het doel van die regeling zoals dat

bestond op het tijdstip waarop deze is vastgesteld, maar ook met de gevolgen van die regeling zoals deze worden beoordeeld ná de vaststelling ervan.

- 24 Bovendien zijn de reclamemogelijkheden of de reclame voor kansspelen van de Oostenrijkse concessiehouders in strijd met het Unierecht (ook hier kan worden verwezen naar de reeds aangehaalde arresten *Ladbroke*, *Stoß*, *Zeturf*, *Dickinger* en *Ömer* en *Stanleybet*).
- 25 Volgens de rechtspraak van het Verwaltungsgerichtshof (zie beslissing van 11 juli 2018, Ra 2018/17/0048) is het weliswaar in beginsel toelaatbaar dat door concessiehouders deels agressieve reclame worden gevoerd. Dit is echter alleen het geval indien voor dat specifieke kansspel of soort kansspel agressieve reclame noodzakelijk is om de bescherming van de spelers te waarborgen, in het bijzonder wanneer door die reclame de spelers uit het illegale circuit naar het legale circuit kunnen worden overgeheveld. Daar enige aanwijzing over een illegaal aanbod van loterijproducten of casinospelen in Oostenrijk ontbreekt, moet ervan worden uitgegaan dat in dit geval met betrekking tot de reclame een streng criterium moet worden gehanteerd. Het is onaanvaardbaar dat agressieve reclame, bijvoorbeeld voor een loterij, rechtvaardiging vindt in een vermeend groot illegaal aanbod van speelautomaten. Volgens de rechtsopvatting van het Verwaltungsgerichtshof is het dus weliswaar toelaatbaar om deels agressieve reclame te gebruiken, maar in Oostenrijk zou dit dan alleen gelden voor de speelautomatensector. Juist het tegenovergestelde is echter het geval. Uit de overgelegde stukken blijkt dat het gaat om agressieve en volgens de rechtspraak van het Hof verboden reclame voor betrokken sectoren die zich in Oostenrijk helemaal niet in de vermeende illegaliteit bevinden. Alleen al om die reden is het in de kansspelwet verankerde monopolie onwettig en kan een justitiabele daarom niet worden bestraft.
- 26 Tegen de achtergrond van punt 27 van de beschikking van het Hof van 9 januari 2019, *Fluctus en Fluentum*, (C-444/18, EU:C:2019:1), zij erop gewezen dat de beantwoording van de gestelde vragen in dier voege noodzakelijk is dat de hoogste Oostenrijkse rechterlijke instanties in hun beslissingen weliswaar hebben vastgesteld dat de reclame agressief is en beoogt nieuwe spelers aan te trekken die tot dan toe nog niet hebben gespeeld, maar vervolgens aan deze omstandigheid voorbijgaan zodat niettemin wordt vastgesteld dat er geen sprake is van onverenigbaarheid met het Unierecht. Deze tegen het Unierecht indruisende praktijk is rechtstreeks in strijd met de rechtspraak van het Hof. Het is noodzakelijk dat de voorgelegde vragen worden beantwoord omdat zonder een nieuwe en duidelijke beslissing van het Hof de onwettige praktijk van de Oostenrijkse rechterlijke instanties voortduurt.