

Sprawa C-920/19

Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości

Data wpływu:

16 grudnia 2019 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Austria)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

6 grudnia 2019 r.

Skarżący:

Fluctus s.r.o.

Fluentum s.r.o.

KI

Organ, którego działania skarga dotyczy:

Landespolizeidirektion Steiermark (regionalna komenda policji Styrii)

Przedmiot postępowania głównego

Kara z powodu użytkowania nielegalnych automatów do gier (naruszenie państwowego monopolu w zakresie gier losowych)

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Zgodność austriackiego monopolu w zakresie gier losowych z art. 56 TFUE ze względu na nieumiarkowane praktyki reklamowe koncesjonariuszy

Pytania prejudycjalne

1. Czy art. 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że przy ocenie niedopuszczalnych praktyk reklamowych koncesjonariusza sformułowanych

przez Trybunał Sprawiedliwości w utrwalonym orzecznictwie w przypadku państwowego monopolu w zakresie gier losowych istotne jest, czy w całościowej ocenie w relewantnym okresie faktycznie nastąpił wzrost rynku gier losowych, czy też wystarczy już, że reklama ma na celu zachęcanie do czynnego udziału w grze, w szczególności poprzez banalizację gry, kształtowanie pozytywnego jej obrazu związanego z faktem, iż uzyskane przychody przeznacza się na działalność leżącą w interesie ogólnym, lub poprzez zwiększenie atrakcyjności gry za pomocą chwytliwych haseł reklamowych kuszących znacznymi wygranymi?

2. Czy art. 56 TFUE należy ponadto interpretować w ten sposób, że praktyki reklamowe monopolisty w przypadku ich zaistnienia w każdym razie wykluczają spójność systemu monopolu, czy też w przypadku odpowiedniej działalności reklamowej podmiotów prywatnych monopolista ze swej strony może także zachęcać do czynnego udziału w grze, w szczególności poprzez banalizację gry, kształtowanie pozytywnego jej obrazu związanego z faktem, iż uzyskane przychody przeznacza się na działalność leżącą w interesie ogólnym, lub poprzez zwiększenie atrakcyjności gry za pomocą chwytliwych haseł reklamowych kuszących znacznymi wygranymi?

3. Czy sąd krajowy, który w ramach swojej właściwości musi stosować art. 56 TFUE, na mocy własnych uprawnień decyzyjnych zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność tych norm, nie stosując wszelkich jego zdaniem sprzecznych z nimi przepisów prawa krajowego, nawet jeżeli w postępowaniu konstytucyjnym potwierdzono ich zgodność z prawem Unii?

Przytoczone przepisy prawa Unii

Artykuł 56 TFUE

Przytoczone przepisy krajowe

Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens – Glücksspielgesetz (ustawa federalna z dnia 28 listopada 1989 r. o grach losowych, zwana dalej „GSpG”), BGBl. 620/1989: §§ 2, 3, 4, 14, 17, 21, 24, 50, 52, 53, 54, 56

Przytoczone orzecznictwo

Wyroki: z dnia 30 kwietnia 2014 r., Pflieger, C-390/12; z dnia 6 listopada 2003 r., Gambelli, C-243/01; z dnia 8 września 2010 r., Carmen Media, C-46/08; z dnia 15 września 2011 r., Dickinger/Ömer, C-347/09; z dnia 3 czerwca 2010 r., Ladbrokes, C-258/08; z dnia 8 września 2010 r., Stoß i in., C-316/07, C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07; z dnia 30 czerwca 2011 r., Zeturf, C-212/08; z dnia 24 stycznia 2013 r., Stanleybet i in., C-186/11 i C-209/11; z dnia 11 stycznia 2000 r., Kreil, C-285/98; z dnia 29 kwietnia 1999 r., Ciola, C-224/97;

z dnia 14 czerwca 2017 r., Online Games i in., C-685/15; z dnia 21 lipca 2005 r., Coname, C-231/03; z dnia 13 października 2005 r., Parking Brixen, C-458/03; z dnia 14 listopada 2013 r., Belgacom, C-221/12; z dnia 30 czerwca 2016 r., Admiral Casinos & Entertainment AG, C-464/15; z dnia 10 kwietnia 1984 r., von Colson i Kamann, C-14/83, oraz z dnia 27 czerwca 1991 r., Mecanarte, C-348/89

Krótkie przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

- 1 W ramach kontroli administracyjnych przeprowadzonych w pomieszczeniach zakładu zostały tymczasowo skonfiskowane automaty znalezione w pomieszczeniach, zainstalowane każdorazowo bez zezwolenia administracyjnego („koncesji”) koniecznego zgodnie z ustawą o grach losowych (zwaną dalej „GSpG”). Właściwe organy w drodze decyzji potwierdziły tymczasową konfiskatę, jak również wszczęły postępowania karno-administracyjne oraz nałożyły w drodze decyzji kary pieniężne na odpowiedzialne osoby, a mianowicie na: właścicieli urządzeń, posiadaczy lokali, obsługę i in.
- 2 W niniejszej sprawie w dniu 19 października 2016 r. w lokalu w Grazu została przeprowadzona kontrola na podstawie GSpG. Stwierdzono obecność ośmiu urządzeń, co do których zachodziło podejrzenie naruszenia GSpG. Urządzenia te znajdowały się w użytku i były sprawne oraz częściowo były wykorzystywane przez graczy. Urządzenia (przedmioty wykorzystane do naruszenia monopolu państwowego), których, jak ustalono, właścicielem jest Fluentum s.r.o., a posiadaczem Fluctus s.r.o., zostały tymczasowo skonfiskowane. Stosowne zawiadomienie zostało złożone do właściwego organu, mianowicie Landespolizeidirektion Steiermark (regionalnej komendy policji Styrii). W dalszej konsekwencji w dniu 23 listopada 2016 r. doręczono Fluctus s.r.o. decyzję o konfiskacie, gdyż ustalono, że jest ona posiadaczem urządzeń. W dniu 12 grudnia 2016 r. doręczono Fluentum s.r.o. tej samej treści decyzję o konfiskacie, przy czym spółka ta została wskazana jako organizator gier losowych. Do Landesverwaltungsgericht Steiermark (regionalnego sądu administracyjnego Styrii) zostały wniesione skargi na przywołane decyzje.
- 3 W dalszej konsekwencji wszczęto postępowania karno-administracyjne. Landespolizeidirektion Steiermark, jako właściwy organ karny, uznała, że KI był osobą zarządzającą w rozumieniu prawa handlowego spółek Fluctus s.r.o. i Fluentum s.r.o. Dlatego też wszczęto odrębne postępowania karne wobec KI jako organizatora i przedsiębiorcy prowadzącego działalność w zakresie gier losowych oraz nałożono wobec skarżącego kary pieniężne w łącznej wysokości 480 000 EUR. Koszty postępowania ustalono na łączną kwotę 48 000 EUR. Bardziej szczegółowo rzecz ujmując, decyzją administracyjną o charakterze karnym z dnia 22 stycznia 2018 r. wydaną przez Landespolizeidirektion Steiermark nałożono karę pieniężną w wysokości 30 000 EUR (łącznie 240 000 EUR) za każdy automat do gier losowych oraz, na wypadek braku możliwości uzyskania zapłaty, każdorazowo 7 dni zastępczej kary pozbawienia wolności, a decyzją administracyjną o charakterze karnym z dnia 29 stycznia 2018 r. wydaną przez

Landespolizeidirektion Steiermark również karę pieniężną w wysokości 30 000 EUR za każdy automat do gier losowych (łącznie 240 000 EUR) oraz, na wypadek braku możliwości uzyskania zapłaty, każdorazowo 7 dni zastępczej kary pozbawienia wolności. Do Landesverwaltungsgericht Steiermark (regionalnego sądu administracyjnego Styrii) zostały wniesione skargi na obie decyzje administracyjne o charakterze karnym.

- 4 Istnienie elementu zagranicznego wymagane zgodnie z art. 56 i nast. TFUE jest spełnione w postępowaniu głównym w ten sposób, że bierze w nim udział sp. z o.o. z siedzibą w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej (Bratysława/Słowacja).

Przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego

- 5 Landesverwaltungsgericht Steiermark (regionalny sąd administracyjny Styrii) ma wątpliwości co do zgodności z prawem Unii (art. 56 TFUE) praktyk reklamowych koncesjonariuszy (monopolistów).
- 6 Wymogi prawne dotyczące reklamy gier losowych są sformułowane w austriackiej ustawie o grach losowych tylko bardzo ogólnie. Koncesjonariusze loterii zgodnie z § 17 ust. 7 GSpG są zobowiązani do dbałości o generalne wsparcie medialne. Nie istnieje natomiast obowiązek reklamy dla operatorów kasyn. Obecnie wyraźne ograniczenie w odniesieniu do treści reklamy gier losowych można znaleźć tylko w § 56 ust. 1 GSpG. Zgodnie z nim koncesjonariusze i posiadacze zezwolenia muszą dokonywać swoich przekazów reklamowych „z zachowaniem odpowiedzialnej miary”. Kontrola dochowania tej odpowiedzialnej miary jest przewidziana wyłącznie w ramach nadzoru, podczas gdy droga sądowa na podstawie §§ 1 i nast. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (federalnej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „UWG”) jest wyraźnie wyłączona.
- 7 W licznych postępowaniach administracyjnych i cywilnych sądy austriackie badały i potwierdziły zgodność austriackiej ustawy o grach losowych z obowiązującym prawem Unii, jak również stanowisko Landesverwaltungsgerichte (regionalnych sądów administracyjnych) względnie nie wyraziły co do niej wątpliwości. Orzeczeniami z 2016 r. wszystkie trzy austriackie sądy najwyższe, tj. Verwaltungsgerichtshof (trybunał administracyjny, zwany dalej „VwGH”), Verfassungsgerichtshof (trybunał konstytucyjny, zwany dalej „VfGH”) oraz Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, zwany dalej „OGH”), potwierdziły, że austriacki monopol w zakresie gier losowych jest zgodny z prawem Unii (zob. pkt 21, 23 poniżej). Od tego czasu wydano liczne dalsze orzeczenia, które kierowały się tymi wiodącymi orzeczeniami.
- 8 Austriacki monopol w zakresie gier losowych stanowi co do zasady ograniczenie swobody świadczenia usług w rozumieniu art. 56 TFUE. Jest on zatem tylko wtedy zgodny z prawem Unii, gdy istnieje podstawa prawna unormowana w traktatach lub podstawa prawna wypracowana przez orzecznictwo Trybunału

Sprawiedliwości (nadrzędny wzgląd interesu ogólnego) (zob. wyrok Trybunału, C-390/12, Pflieger, pkt 38 i nast.). Uzasadnienie dla ograniczenia działalności w zakresie gier losowych stanowić by mogły, jako nadrzędne względy interesu ogólnego, w szczególności ochrona konsumentów, zwalczanie oszustw oraz zniechęcanie obywateli do nadmiernych wydatków związanych z grami (zob. wyroki Trybunału: C-243/01, Gambelli, pkt 65 i nast.; C-46/08, Carmen Media, pkt 55). Niemniej realizowanie takich celów nie wystarcza samo w sobie do uzasadnienia wszelkich regulacji ustawowych. Jeżeli występują uznane cele uzasadniające ograniczenie danej swobody podstawowej, należy zbadać, czy dochowano zasady proporcjonalności.

- 9 Trybunał uzależnia dopuszczalność monopolu w zakresie gier losowych zgodnie z prawem Unii nie tylko od określenia celów przez ustawodawcę, ale także od faktycznej skuteczności przepisów (zob. wyrok Trybunału C-347/09, Dickinger/Ömer, pkt 65). Wynika z tego, że – również w związku z działaniami reklamowymi – badanie zgodności z prawem Unii powinno nie tylko kierować się treścią normy, tu w szczególności § 56 ust. 1 GSpG, zgodnie z którym koncesjonariusze i posiadacze zezwolenia muszą dokonywać swoich przekazów reklamowych z zachowaniem odpowiedzialnej miary, lecz istotne są także faktyczne skutki owego przepisu.
- 10 W ramach oceny odpowiedniego charakteru monopolu w zakresie gier losowych istotne znaczenie ma spójność krajowej regulacji (wyroki Trybunału: C-243/01, Gambelli, pkt 65 i nast.; C-390/12, Pflieger, pkt 56). W przypadku potwierdzenia odpowiedniego charakteru, w kolejnym kroku należy ocenić konieczność i ewentualnie w następnym kroku adekwatność ograniczenia. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału przepisy krajowe są sprzeczne z prawem Unii, gdy nie dążą w rzeczywistości do realizacji celu w postaci ochrony graczy lub zwalczania przestępczości i nie są one rzeczywiście podyktowane troską o ograniczenie w sposób spójny i systematyczny okazji do gry lub chęcią zwalczania przestępczości związanej z takimi grami (wyrok C-390/12, Pflieger, pkt 56). Z wymogiem spójności są związane także wymogi dotyczące reklamy prowadzonej przez posiadacza monopolu bądź koncesjonariusza, które Trybunał wyjaśnił w kilku orzeczeniach (zob. przywołane powyżej w punkcie „Przytoczone orzecznictwo” wyroki Ladbrokes, Stoß, Zeturf, Dickinger/Ömer oraz Stanleybet). Sąd odsyłający wnioskuje z tego, że krajowy ustawodawca powinien także regulować i kontrolować działania reklamowe monopolisty. W części literatury kwestionuje się – również w związku z reklamą prowadzoną przez koncesjonariuszy Österreichische Lotterien und Casinos Austria AG – to, czy w odniesieniu do reklamy dochowana jest konieczna odpowiedzialna miara odpowiedzialności. Krytykowana jest wyłączość dla w znacznej mierze prywatnego podmiotu, który – o ile w ogóle – jest kontrolowany tylko pobieżnie i nie podlega barierom regulacyjnym przede wszystkim w odniesieniu do rozszerzenia oferty i agresywnej reklamy, co jest sprzeczne z prawem Unii.
- 11 W ocenie Landesverwaltungsgericht Steiermark (regionalnego sądu administracyjnego Styrii) należy przyjąć, że wymogi stawiane przez Trybunał

odnośnie do dopuszczalności monopolu w zakresie gier losowych nie są spełnione w świetle austriackiej sytuacji prawnej z jednej strony (spójność) i polityki handlowej jedyne go koncesjonariusza dla loterii (rozległa praktyka reklamowa) z drugiej strony. Można przyjąć, że agresywna polityka reklamowa koncesjonariusza przekracza granice określone przez Trybunał w wyrokach Carmen Media, Stoß oraz Dickinger i Ömer, tak że już z tego powodu austriacki monopol w zakresie gier losowych włącznie z jego regulacjami towarzyszącymi nie znajduje zastosowania wobec beneficjenta swobody świadczenia usług takiego jak skarżący. Ocenę taką potwierdza cała literatura prawnicza.

- 12 Ekspansywna polityka monopolisty, której towarzyszą znaczące nakłady na reklamę, podważa wymaganą przez Trybunał ochronę konsumentów przed nakłanianiem ich do nadmiernych wydatków związanych z grami. W praktyce ograniczenia dotyczące reklamy ustanowione przez Trybunał nie są przestrzegane. Polityka rynkowa koncesjonariuszy Österreichische Lotterien GmbH i Casinos Austria AG spełnia wszystkie wskazane przez Trybunał kryteria tego, jak właśnie nie może wyglądać zachowanie monopolisty na rynku: i tak reklama monopolistów zachęca do aktywnego udziału w grze, przypisuje samej grze pozytywny wizerunek, kusi znacznymi wygranymi, zachęca nowe grupy docelowe do grania oraz jest stale rozszerzana przedmiotowo.
- 13 Sąd odsyłający przytacza liczne przykłady intensywnej działalności reklamowej w tych pięciu kategoriach, takich jak roczne wydatki na reklamę w wysokości około 40 mln EUR, osiąganie szerokiego zasięgu poprzez kampanie reklamowe w przestrzeni publicznej i w telewizji, wprowadzanie zachęt do grania jak określone korzyści w celu nakłonienia do rozpoczęcia grania przez grupy docelowe, które dotychczas były mniej zainteresowane grami losowymi – przykładowo kobiety i młodzież, reklama ze szczególnie wysokimi wygranymi w milionowych wysokościach, które miałyby być łatwo osiągalne, przypisanie grom losowym pozytywnych efektów (wspierania imprez publicznych i celów użyteczności publicznej, nakłanianie za pomocą powiązania pomiędzy grami losowymi a wartościami takimi jak szczęście, sława, wygląd, pewność siebie itp. aż do atrakcyjności fizycznej) oraz ułatwienie dostępu do gier losowych (fizyczne powiększanie stanowisk loterii, dostępność w Internecie lub urządzeniach mobilnych, rozdawanie kuponów uprawniających do gry itp.).
- 14 Następujące obecnie przedmiotowe rozszerzenie oferty posiadacza monopolu można wyjaśnić tylko powodami finansowymi, a nie umiarkowanym kanalizowaniem skłonności do gier. Pomieszczenie interesów w ministerstwie finansów jako podmiotu bezpośrednio odnoszącego korzyści finansowe z rozszerzenia oferty i podwyższenia cen gier losowych jest oczywiste. Z jednej strony Republika Austrii sama posiada pośrednio udziały w spółce Casinos Austria AG oraz Österreichische Lotterien GmbH, z drugiej strony minister finansów powinien sprawować kompleksową funkcję nadzorczą nad koncesjonariuszami i udzielać w transparentny i weryfikowalny sposób koncesje w konflikcie z innymi konkurentami na austriackim rynku gier losowych. Ta sprzeczność w sposób nieunikniony ma kompleksowy wpływ na ustawodawstwo

dotyczące gier losowych i w praktyce jest dostrzegalna w niewystarczającym sprawowaniu obowiązków nadzorczych nad koncesjonariuszami.

- 15 Powołując się na wyrok Landesgericht Linz (sądu okręgowego w Linz) z 2014 r. należy stwierdzić, że cała działalność reklamowa jedynych posiadaczy licencji na organizowanie gier losowych (Österreichische Lotterien GmbH i Casinos Austria AG) nie była umiarkowana bądź też ograniczona do tego, aby ukierunkować konsumentów na sieci gier kontrolowanych (monopolistów), jak i zapobiegać tym samym uzależnieniu od hazardu i związanej z tym działalności przestępczej (której występowania w znaczącym wymiarze nie można było stwierdzić), lecz raczej chodziło o ekspansywną działalność reklamową mającą na celu wzrost, która miała wspierać gry losowe oraz stymulować do czynnego udziału poprzez banalizację, kształtowanie pozytywnego wizerunku, zwiększenie atrakcyjności i obiecywanie kuszących wygranych. W ocenie Landesverwaltungsgericht Vorarlberg (regionalnego sądu administracyjnego Vorarlbergu) te działania reklamowe nie są również umiarkowane i ściśle ograniczone do tego, co jest konieczne. Również Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) w wielu orzeczeniach wyraźnie przedstawił sprzeczność monopolu w zakresie gier losowych z prawem Unii.
- 16 Zresztą nie tylko działalność reklamowa monopolistów nie jest umiarkowana, ani ograniczona, i nie podlega skutecznej kontroli, lecz dotyczy to także wielu innych przedsiębiorstw oferujących gry losowe w Austrii, w szczególności w obszarze online, przy czym w większości ogłoszeń chodzi o reklamę przedsiębiorstw, które nie posiadają koncesji do organizowania loterii w Austrii. Nie jest jasne, z jakich powodów ustanowiony w GSpG zakaz reklamy gry losowej nieobjętej koncesją nie jest w żaden sposób egzekwowany przez ministerstwo finansów. W sposób oczywisty nie ma to w każdym razie nic wspólnego ze spójną polityką w zakresie gier losowych lub ochrony graczy.
- 17 W rezultacie reklama nie ogranicza się do ukierunkowania konsumentów do sieci gier kontrolowanych, lecz ma na celu zachęcenie do aktywnego udziału w grze w szczególności te osoby, które dotąd nie są zbyt skłonne do gry. W rozumieniu przedstawionego orzecznictwa Trybunału nie występuje tym samym umiarkowana reklama. W ten obraz wpisuje się okoliczność, że § 56 ust. 1 GSpG wyklucza kontrolę standardu wymaganego przez prawo Unii w przypadku przekazów reklamowych w drodze skargi konkurentów lub związków uprawnionych do wnoszenia skarg zgodnie z UWG. Tym samym monopolowi w zakresie gier losowych brakuje uzasadnienia wymaganego zgodnie z prawem Unii.
- 18 Udzielenie odpowiedzi na zadane pytania jest niezbędne dla niniejszego postępowania, gdyż dwa spośród austriackich sądów najwyższych (VfGH/VwGH) przyjmują, że GSpG jest zgodna z prawem Unii, i w jednorazowym postępowaniu wydały wiodące orzeczenie (por. pkt 21, 23 poniżej), które wiąże obecnie – przynajmniej zdaniem tychże sądów najwyższych – wszystkie pozostałe sądy. Gdyby przyjąć takie stanowisko, niemożliwe byłoby w przyszłości badanie

zgodności przepisów GSpG z prawem Unii. Ponadto taka niezgodna z prawem Unii praktyka jest bezpośrednio sprzeczna z orzecznictwem Trybunału (wyroki: C-285/98, Kreil; C-224/97, Ciola; C-685/15, Online Games).

- 19 Skarżący działają w ramach zakresu ochrony swobody świadczenia usług. Zgodnie z właściwym w tym względzie przepisem art. 56 TFUE, który skierowany jest do każdego organu państwa członkowskiego, ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii ze strony organów władzy publicznej są zakazane. Prawo do swobodnego świadczenia usług ma bezpośrednie zastosowanie, to znaczy nie wymaga żadnego potwierdzenia administracyjnego lub sądowego przez austriackie władze publiczne w celu jego zastosowania. Przywołany wyżej zakaz przewidziany w art. 56 TFUE ma pierwszeństwo przed prawem krajowym, w tym krajowym prawem konstytucyjnym. Krajowy sąd konstytucyjny nie może zatem obchodzić swobód podstawowych. Artykuł 56 TFUE musi być stosowany z pierwszeństwem przez każdy organ władzy publicznej w stosunku do wszelkich ograniczeń krajowych niezależnie od jakości prawnej tych ograniczeń. Nie można stosować żadnych ograniczeń krajowych sprzecznych z zakazem przewidzianym w art. 56 TFUE, nawet jeżeli mają one rangę normy konstytucyjnej lub obowiązują na mocy prawomocnej i potwierdzonej przez sądy decyzji lub wyroku. Już w 1999 r. Trybunał wyjaśnił w dotyczącym Austrii wyroku Ciola (C-224/97, przytoczono pkt 24–34), że obywatelom Unii nie mogą szkodzić niezgodne z prawem Unii ustawy lub środki władz publicznych, chociażby były one prawomocne/ostateczne. Przeciwnie, organy władzy publicznej muszą stosować się do wyższego rzędu prawa Unii.
- 20 Rozpatrywana decyzja o charakterze karnym jest sprzeczna z mającym pierwszeństwo prawem Unii. Opiera się ona na austriackiej ustawie o grach losowych, która ogranicza swobodę świadczenia usług. W postępowaniu nie wykazano, aby występowało teoretycznie możliwe uzasadnienie w postaci nadrzędnych wymogów interesu ogólnego dla naruszenia swobody świadczenia usług przez decyzję wydaną na podstawie niezgodnej z prawem Unii ustawy o grach losowych. W celu wzmocnienia twierdzenia o braku prawnego uzasadnienia dla austriackiego monopolu, wystarczające jest odwołanie do wyroku Trybunału w sprawie Pflieger (C-390/12). Ograniczenia nałożone przez austriacką ustawę o grach losowych są w miarodajnym kontekście „konkretnych zasad ich stosowania” sprzeczne z prawem Unii. Republika Austrii nie twierdzi nawet, że jest inaczej, chociaż to na państwie spoczywa ciężar dowodu (zob. wyrok C-685/15, Online Games).
- 21 Nikt nie może powoływać się na sprzeczne z prawem Unii orzeczenia Verwaltungsgerichtshof (trybunału administracyjnego), jak w szczególności wiodące orzeczenie z dnia 16 marca 2016 r. w sprawie 2015/17/0022. Błędne orzeczenia Verwaltungsgerichtshof (trybunału administracyjnego) nie są ponad prawem Unii i nie zwalniają administracji z obowiązku przestrzegania mającego pierwszeństwo prawa Unii. W sprawie Pflieger (C-390/12, przytoczono pkt 53–55) Trybunał potwierdził swoje utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym nie można

uzasadnić austriackiego monopolu w świetle prawa Unii w oparciu o okoliczności faktyczne występujące w Austrii. Władze państwowe nie były w stanie wykazać, że przestępczość albo uzależnienie od hazardu stanowiły rzeczywiście istotny problem, który uzasadniałby istnienie monopolu.

- 22 To samo ma miejsce w niniejszej sprawie. Właściwe organy władzy publicznej nie wykazały, że przestępczość lub uzależnienie od hazardu w miarodajnym czasie stanowiły rzeczywiście istotny problem, który stanowiłoby prawne uzasadnienie dla istnienia monopolu oraz opartej na nim decyzji. Przeciwnie, ustalono, że prawdziwym celem monopolu nie jest zwalczanie przestępczości i ochrona graczy, lecz wyłącznie maksymalizacja przychodów państwa poprzez uprzywilejowanie monopolistów.
- 23 Verwaltungsgerichtshof (trybunał administracyjny) narusza arbitralnie prawo Unii w jego wiążącej interpretacji dokonanej przez Trybunał, co sprawia, że zadane pytania mają pierwszorzędne znaczenie dla toczącego się postępowania, gdyż w przeciwnym razie istnieje ryzyko, że dojdzie do kolejnego sprzecznego z prawem Unii usankcjonowania GSpG. Relacja pomiędzy tą sprzeczną z prawem praktyką a pytaniami zadanymi co do reklamy uwidacznia się w tym, że relewantne orzeczenia sądów najwyższych instancji (w szczególności orzeczenie VwGH z dnia 16 marca 2016 r., Ro 2015/17/0022 i orzeczenie VfGH z dnia 15 października 2016 r., E 945/2015) nie opierają się na samodzielnym ustaleniu faktów odnoszących się do zagadnienia zgodności z prawem Unii systemu monopolu przewidzianego w GSpG i już tylko z tego powodu – wyłącznie na płaszczyźnie faktów – nie mogą nic wnieść do wyjaśnienia podkreślonego w ostatnim czasie przez Trybunał (zob. wyrok C-464/15, Admiral Casinos & Entertainment AG) wymogu, aby interpretować art. 56 TFUE w ten sposób, że w ramach kontroli proporcjonalności restrykcyjnych przepisów krajowych w dziedzinie gier losowych rozumianej nie tylko w ujęciu statycznym, lecz przeciwnie, w ujęciu dynamicznym, należy uwzględnić nie tylko cel tych przepisów określony w chwili ich przyjęcia, lecz również skutki tychże przepisów oceniane po ich przyjęciu.
- 24 Ponadto zakres możliwej reklamy, względnie reklama gier losowych koncesjonariuszy w Austrii jest spreczna z prawem Unii (ponownie odwołanie do przywołanych wyroków Ladbrokes, Stoß, Zeturf, Dickinger/Ömer i Stanleybet).
- 25 Wprawdzie zgodnie z orzecznictwem Verwaltungsgerichtshof (trybunału administracyjnego) (zob. orzeczenie z dnia 11 lipca 2018 r., Ra 2018/17/0048) byłoby co do zasady dopuszczalne, gdyby koncesjonariusze podejmowali częściowo agresywne działania reklamowe, lecz jest tak tylko wówczas, gdy taka agresywna reklama jest konieczna w odniesieniu do danej gry losowej, względnie danego rodzaju gier losowych, w celu zapewnienia ochrony graczom, a zwłaszcza wówczas, gdy poprzez taką reklamę gracze mogliby zostać odciągnięci z obszaru gier nielegalnych w kierunku gier legalnych. Wobec braku jakichkolwiek wskazań na występowanie w Austrii nielegalnych ofert produktów loteryjnych lub kasyn

przyjąć należy restrykcyjną miarę co do reklamy. Nie może być tak, że agresywna reklama na przykład kuponów loteryjnych jest uzasadniana rzekomo dużą dostępnością nielegalnych automatów do gry. W ocenie prawnej Verwaltungsgerichtshof (trybunału administracyjnego) w świetle powyższego byłoby wprawdzie dopuszczalne, aby stosować częściowo agresywną reklamę, lecz jeżeli chodzi o Austrię, to tylko w obszarze automatów do gry. Tymczasem jest dokładnie odwrotnie. Przedstawione załączniki pokazują, że agresywna i zakazana w świetle orzecznictwa Trybunału reklama występuje w obszarach, w których Austria w ogóle nie jest dotknięta rzekomo nielegalną działalnością. Już z tego powodu ustanowiony w ustawie o grach losowych monopol jest niezgodny z prawem i w związku z tym adresat normy nie może zostać ukarany.

- 26 Mając na względzie pkt 27 postanowienia Trybunału z dnia 9 stycznia 2019 r., C-444/18, Fluctus i Fluentum, udzielenie odpowiedzi na pytania jest konieczne, gdyż austriackie sądy najwyższe wprawdzie, jak wskazano, ustaliły w swoich wiodących orzeczeniach, że reklama jest agresywna i ma na celu przyciągnięcie nowych graczy, którzy dotąd nie grali, lecz okoliczność tę ignorują w ten sposób, że mimo tego stwierdzają zgodność z prawem Unii. Ta niezgodna z prawem Unii praktyka jest bezpośrednio sprzeczna z orzecznictwem Trybunału. Udzielenie odpowiedzi na zadane pytania jest konieczne, gdyż w braku ponownego i wyraźnego orzeczenia Trybunału niezgodna z prawem praktyka sądów austriackich nie zostanie powstrzymana.