

Eryk Kosiński*

NOWA USTAWA HAZARDOWA – PRÓBA OCENY NIEKTÓRYCH ASPEKTÓW REGULACJI

1. Pojęcie gier hazardowych

Ustawa z 19.11.2009 r. o grach hazardowych¹ weszła w życie 1.1.2010 r. (art. 145 ustawy). Ustawa ta wprowadziła nowy termin „gier hazardowych”, obcy poprzednio obowiązującej ustawie z 29.7.1992 r. o grach i zakładach wzajemnych². Wydaje się, iż od strony terminologicznej termin ten zasługuje na pełną akceptację³.

Zgodnie z art. 1 ustawy z 2009 r. ustawa „określa warunki urządzania i zasady prowadzenia działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach”. W konsekwencji nowa ustawa rozróżnia następujące gry hazardowe: gry losowe, zakłady wzajemne oraz gry na automatach. Wskazany katalog gier hazardowych stanowi pierwszą, istotną różnicę pomiędzy poprzednio obowiązującą ustawą o grach i zakładach wzajemnych z 1992 r. a ustawą z 2009 r., albowiem poprzednia ustawa rozróżniała cztery kategorie hazardu (nie używając jednakże tego pojęcia): gry losowe, zakłady

* Dr hab. Eryk Kosiński, prof. UAM – Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

¹ Dz. U. Nr 201, poz. 1540.

² T.j. Dz. U. z 2004 r., Nr 4, poz. 27 ze zm.

³ W przeszłości zauważyć można było pewien niechętny stosunek tak do samego pojęcia „hazardu”, jak i do pojęcia „prawa hazardowego”. Zob. przykładowo uzasadnienie uchwały SN z 15.6.2007 r., I KZP 14/07, OSNKW 2007, z. 7–8, poz. 54.

wzajemne, gry na automatach oraz gry na automatach o niskich wygranych (art. 1 ustawy z 1992 r.). Jak widać więc brak jest w nowej ustawie kategorii gier na automatach o niskich wygranych⁴.

Ustawa z 29.7.1992 r. o grach i zakładach wzajemnych w swym pierwotnym brzmieniu, nosząca wtedy tytuł „ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych”, wyróżniała jedynie dwie kategorie hazardu: gry losowe i zakłady wzajemne (art. 1 ustawy). Tzw. „gry w automatach losowych” należały do kategorii gier losowych (stanowiąc ich subkategorię), i definiowane były jako gry „prowadzone na urządzeniach, które rozstrzygają o wygranej lub przegranej” (art. 2 ust. 1 pkt 6 ustawy z 1992 r. w pierwotnym brzmieniu).

„Gry na automatach” zyskały status nowej gry hazardowej dopiero z dniem 23.11.2000 r. Zmianę tę wprowadziła ustawa z 26.5.2000 r. o zmianie ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁵. Tym samym gry na automatach uzyskały „byt samoistny w sensie kategorii gier hazardowych”⁶. Jednocześnie ustawa z 1992 r. zmieniła tytuł na „o grach losowych, zakładach wzajemnych i grach na automatach”⁷.

Zgodnie z art. 2 ust. 2a ustawy z 1992 r. w brzmieniu nadanym ustawą z 26.5.2000 r. gry na automatach zdefiniowane zostały jako „gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych i elektronicznych”. Definicja ta obowiązywała w niezmiennym kształcie do dnia uchylecia ustawy z 1992 r.

Kategoria „gier na automatach o niskich wygranych” wprowadzona została do ustawy z 29.7.1992 r. przez ustawę z 10.4.2003 r. o zmianie ustawy o grach losowych, zakładach wzajemnych i grach na automatach oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁸. Zmiana ta obowiązywała od 15.6.2003 r. Gry na automatach o niskich wygranych zdefiniowane zostały jako (art. 2 ust. 2b ustawy z 1992 r.)

...gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych i elektronicznych o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których wartość jednorazowej wygra-

⁴ Zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o grach hazardowych, nr druku 2481, s. 41–43 (<http://www.sejm.gov.pl>).

⁵ Dz. U. Nr 70, poz. 816.

⁶ E. Kosiński, *Wygrana rzeczowa – Głosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26.09.2006 r. (II GSK 119/06) oraz wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5.02.2007 r. (VI SA/Wa 2121/06)*, „Głosa” 2009, nr 4, s. 28.

⁷ Zob. art. 1 pkt 1 ustawy z 26.5.2000 r. o zmianie ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw.

⁸ Dz. U. Nr 84, poz. 774.

nej nie może być wyższa niż równowartość 15 euro, a wartość maksymalnej stawki za udział w jednej grze nie może być wyższa niż 0,07 euro.

W następstwie wymienionej nowelizacji (przy braku jednak określonej konsekwencji) ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. uzyskała tytuł „o grach i zakładach wzajemnych”.

Jak wspomniano wyżej, nowa ustawa z 2009 r. rozróżnia trzy kategorie gier hazardowych: gry losowe, zakłady wzajemne oraz gry na automatach. Grami losowymi, zgodnie z ustawą, są „gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku, a warunki gry określa regulamin”. Wymieniona definicja stanowi wierne odbicie definicji zawartej w poprzednio obowiązującej ustawie z 1992 r. w brzmieniu wprowadzonym z dniem 23.11.2000 r. przez ustawę z 26.5.2000 r. o zmianie ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁹.

Obecnie do gier losowych zalicza się (zamknięty katalog ustawowy): gry liczbowe, loterie pieniężne, grę telebingo, gry cylindryczne, gry w kart (black jack, poker, baccarat), gry w kości, grę bingo pieniężne, grę bingo fantowe, loterie fantowe, loterie promocyjne oraz loterie audiotekstowe (łącznie 11 gier; art. 2 ust. 1 ustawy z 2009 r.). Brak jest w tym katalogu wideoloterii, uznawanej przez ustawę z 1992 r. (w pozostałym zakresie katalog gier zasadniczo jest identyczny). Uzasadnienie rządowego projektu ustawy w przedmiocie odstąpienia od wideoloterii jest jednoznaczne. Stwierdza się w nim, dość lakonicznie, iż „biorąc pod uwagę społeczne skutki urządzania tych gier (wysokie ryzyko uzależnień), zrezygnowano z możliwości ich urządzania”¹⁰.

Spośród istotnych zmian co do definiowania określonych gier losowych wskazać należy na definicję gier liczbowych, gdzie pojawia się gra liczbową „keno” (art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2009 r.). W następstwie zaliczenia tej gry do gier liczbowych wprowadzono dla tej gry odrębny sposób ustalania wygranej¹¹.

Definicja zakładów wzajemnych w ustawie z 2009 r. niczym nie różni się od definicji z ustawy z 1992 r.

⁹ Wcześniejsza definicja gier losowych została zmieniona w ten sposób, że po słowach „których wynik...” dodano „w szczególności” i dalej „...zależy od przypadku”. Zmiana ta miała na celu usunięcie pojawiających się wątpliwości interpretacyjnych co do zakresu pojęcia gier losowych. Zob. E. Kosiński, *Wygrana rzeczowa – Glosa...*, s. 29.

¹⁰ Uzasadnienie projektu ustawy o grach hazardowych, op.cit., s. 42.

¹¹ Ibidem, s. 43-44.

Modyfikacji natomiast ulega definicja gier na automatach. Zgodnie z art. 2 ust. 3 ustawy z 2009 r. przez gry na automatach rozumie się

...gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości.

Co więcej, art. 2 ust. 4 ustawy stanowi, że

...wygraną rzeczową w grach na automatach jest również wygrana polegająca na możliwości przedłużenia gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, a także możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze.

Dalej, art. 2 ust. 5 dodaje, iż

...grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy.

Porównując przytoczoną definicję gier na automatach, z uwzględnieniem wszystkich przywołanych jej rozszerzeń przedmiotowych zawartych w kolejnych ustępach art. 2 ustawy, z definicją z ustawy z 1992 r., zauważyć można znaczącą istotną zmianę pojmowania tych gier. Widać także, iż centralnym punktem definicji gry na automatach staje się wygrana. Z oczywistych przyczyn, powszechnie wiadoma jest geneza takich zmian. Winno się jednakże, pomimo zrozumienia dla określonego podłoża faktycznego wprowadzonych przepisów, ocenić nowe regulacje z uwzględnieniem zasad prawnych obecnych w polskim systemie prawnym, w szczególności obowiązującej Konstytucji RP, oraz w prawie unijnym.

2. Zagadnienie pojęcia gry na automatach i wygranej rzeczowej

Należy zauważyć na wstępie, iż autor niniejszego opracowania od wielu lat prezentuje określone stanowisko w zakresie pojmowania tak ogólnie gry losowej, gry na automatach, jak i wygranej rzeczowej¹². Co prawda

¹² Zob. E. Kosiński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 1999 r., I KZP 39/99 (OSNKW 2000, z. 1–2, poz. 9)*, „Monitor Podatkowy” 2000, nr 10, s. 27–29; idem,

wszystkie wcześniejsze publikacje dotyczyły poprzedniego stanu prawnego, jednakże wiele uwag tam zawartych znaleźć może pełne zastosowanie także do obecnych przepisów.

Poprzednio obowiązująca ustawa z 29.7.1992 r. o grach i zakładach wzajemnych¹³ w brzmieniu w dacie jej uchylecia nie definiowała pojęcia „wygranej rzeczowej”. W konsekwencji wskazanego zaniechania ustawodawcy spór interpretacyjny, widoczny w judykaturze oraz w doktrynie, sprowadzał się do problemu zaliczania do wygranych rzeczowych możliwości kontynuowania gry bądź odbycia nowej gry bez uiszczenia dodatkowej opłaty (pomimo upływu z góry przewidzianego czasu gry czy nastąpienia innych zdarzeń kończących grę zgodnie z jej zasadami i regulaminem). Problem ten w praktyce objawił się jako niezwykle ważki, albowiem liczba znajdujących się w obrocie gospodarczym automatów z możliwością uzyskania takiej właśnie „wygranej” okazała się bardzo znacząca.

Jak zauważył Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 26.9.2006 r. (II GSK 119/06)¹⁴

...określenie „wygrana” jest nieprecyzyjne w świetle treści art. 2 ust. 2a ustawy z 29.7.1992 r., skoro przepis ten mówi zarówno o wygranej pieniężnej, jak i rzeczowej.

We wskazanym orzeczeniu Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „efekt w postaci określonego przedłużenia gry na konkretnym automacie mógłby być zakwalifikowany jako «wygrana rzeczowa» tylko pod warunkiem jednoznacznego wykazania – w sposób szczegółowy i zindywidualizowany w każdym przypadku – wystąpienia po stronie grającego korzyści majątkowej wykraczającej wprost ponad to, co dawało już z założenia samo uruchomienie gry na danym automacie przy pomocy przewidzianej w tym celu opłaty. W ramach «wygranej rzeczowej» nie można lokować wyłącznie satysfakcji psychologicznej grającego z udanego wyniku gry. Zaznaczyć trzeba przy tym, że brak pewności wyniku jest immanentną cechą każdej gry”¹⁵.

Wymienione wątpliwości i spory interpretacyjne zdecydował się przeciwstawić projektodawca nowej ustawy o grach hazardowych z 2009 r. Postanowił

Wygrana rzeczowa w polskim prawie hazardowym, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 3, s. 205–215; idem, *Wygrana rzeczowa – Glosa...*

¹³ T.j. Dz. U. z 2004 r., Nr 4, poz. 27 ze zm.

¹⁴ LEX nr 272205.

¹⁵ Na przytoczone orzeczenie zwraca się także uwagę w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o grach hazardowych, op.cit., s. 44.

on tak zdefiniować pojęcie wygranej rzeczowej, ażeby grą na automatach były także gry, w których wygraną może być „również wygrana polegająca na możliwości przedłużenia gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, a także możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze” (art. 2 ust. 5 ustawy z 2009 r.). Jak zauważał sam projektodawca, „definicja ta odnosi się tylko do automatów do gier”¹⁶.

Aksjologia powyższego rozwiązania prawnego to przede wszystkim walka z tzw. szarą strefą. Jak zauważa się w uzasadnieniu projektu nowego prawa hazardowego

...wprowadzenie tego rozwiązania powinno ułatwić walkę z szarą strefą, umożliwiając zakwalifikowanie do automatów do gier urządzenia mechaniczne, elektromechaniczne i elektroniczne, w tym komputerowe, w których gry posiadają elementy losowe, a wygraną gracz otrzymuje w postaci punktów, za które może przedłużyć czas gry (często w takich przypadkach wygrane wypłacane są w ukryciu przez pracowników obsługi). Zawarcie w ustawie ww. definicji spowoduje, iż nie będzie wątpliwości nie tylko co do traktowania możliwości przedłużenia gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze jako wygranej rzeczowej, lecz także możliwości rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej w poprzedniej grze. W drugim przypadku chodzi o zapobieżenie ewentualnemu omijaniu przepisów ustawy przez łączenie możliwości kontynuacji gry wskutek wykorzystania wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze z wpłatą stawki za udział w grze¹⁷.

W imię przytoczonej aksjologii w nowej ustawie objęto pojęciem gry na automatach także taką grę, w której nie można wygrać nawet kontynuacji gry czy nowej gry na jakichkolwiek zasadach. Warunkiem jedynie jest, aby gra na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowana była w „celach komercyjnych”. Nie analizując bliżej znaczenia tzw. „celów komercyjnych”, zauważyć należy niejasność tego pojęcia i możliwe w przyszłości problemy interpretacyjne bliskie problemom z definiowaniem wygranej rzeczowej na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z 1992 r.

Poza walką z „szarą strefą” i ogólnie przestępczością skarbową i gospodarczą, projektodawca nowej ustawy hazardowej zwrócił również ogólnie uwagę na interes państwa w walce z zagrożeniem uzależnienia od hazardu,

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem, s. 41–42.

w tym na „koszty społeczne i ekonomiczne tego uzależnienia”, które ponoszą tak zarówno rodziny uzależnionych, jak i całe społeczeństwo oraz państwo¹⁸. Zwraca się uwagę, iż „patologiczny hazard został podniesiony do rangi osobnego zaburzenia psychicznego”¹⁹.

Nie kwestionując, co do zasady, powyższej argumentacji, zupełnie na marginesie zauważyć można jej nieco demagogiczny wydźwięk.

Poważne wątpliwości natomiast skoncentrować należy wokół samego ustawowego pojęcia gry na automatach i wygranej rzeczowej, albowiem są one immanentnie sprzężone.

Uznanie za wygraną rzeczową możliwości tak kontynuacji gry, jak i odbycia nowej bez uiszczenia opłaty, oraz uznanie, iż grą na automatach jest także gra bez jakiegokolwiek wygranej (w tym bez możliwości wygrania nowej gry) należy uznać za rozwiązanie zbyt daleko idące z różnych względów.

Wstępnie wskazać należy, iż gra, w której jedyną wygraną jest możliwość jej kontynuowania w jakikolwiek sposób – czy poprzez dalsze, ponadczasowe trwanie rozpoczętej gry czy formalnie nową grę, oraz gra w ogóle bez jakiegokolwiek wygranej w żadnej mierze nie powinna być uznana za hazard (grę hazardową).

Zjawisko hazardu (ang. *gambling, gaming*, franc. *jeu de hasard, jeux*) jest zjawiskiem sięgającym początków cywilizacji ludzkiej²⁰. Wykopaliska archeologiczne dowodzą występowania gier hazardowych na Dalekim Wschodzie, w tym w Chinach (tam wynaleziono gry w karty – oczko i poker), oraz w Egipcie już 3 tys. lat p.n.e. W egipskich grobowcach znaleziono m. in. kości do gry, od których to nazwy w języku arabskim „azard” (*al-zahr* czy *az-zahr*)²¹ wzięło się w Europie słowo „hazard” (franc. *hasard*, hiszp. *azar*, włos. *azzardo*)²². Z kolei do języka polskiego słowo to zapożyczone zostało z języka francuskiego. Gry hazardowe popularne były też w starożytnej Grecji i Rzymie. W swym liście Cezar August pisał do syna Tyberiusza, iż należałoby zakazać hazardu, gdyż on sam właśnie przegrał 20 tys. sestercji²³.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem, s. 41.

²⁰ Por. opinia Rzecznika Generalnego D. Ruiz-Jarabo Colomera z 16.5.2006 r. w połączonych sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Procuratore della Repubblica p. Massimiliano Placanice i in.*, Zb. Orz. 2007, s. I-1891, ust. 95.

²¹ Zob. polska i francuska wersja hasła „hazard” w Wikipedii.

²² Zob. opinia Rzecznika Generalnego Y. Bota z 14.10.2008 r. w sprawie C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional (CA/LPFP) Baw International Ltd p. Departamento de Jogos de Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Zb.Orz. 2009, s. 1, ust. 16.

²³ Ibidem.

W znaczeniu słownikowym przez hazard rozumieć należy „ryzykowne przedsięwzięcie, którego wynik zależy wyłącznie od przypadku, zwłaszcza gra o pieniądze (zwykle o dużą stawkę)”. „Hazardowo” to „ryzykownie, wiele stawiając”²⁴. Z kolei gra hazardowa oznacza grę, „w której o wygranej decyduje przypadek”, grę „o wielkiej skali przegranej i wygranej”²⁵.

W świetle powyższych rozważań należy zastanowić się, co uczestnik gry może uzyskać (o co może się „wzbogacić”) w grze, w której jedyną wygraną jest możliwość li tylko jej kontynuowania, a tym bardziej w grze bez jakiegokolwiek wygranej. Wydaje się w sposób jednoznaczny, iż taka gra wiązać może się tylko i wyłącznie z określonymi emocjami zachodzącymi w psychice uczestnika (gracza). Wymienić przykładowo można ogólną satysfakcję, dumę, zadowolenie bądź wręcz szczęście, prestiż (towarzyski, inny), podziw otoczenia, zazdrość²⁶.

Warto w tym miejscu powołać się na stanowisko Rzecznika Generalnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości Dámasa Ruiz-Jarabo Colomera, który w swej opinii w połączonych sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Procuratore della Repubblica p. Massimiliano Placanice i in.* wyróżnił cztery poziomy (stopnie) zaangażowania w hazard²⁷. Pierwszy poziom, według Ruiz-Jarabo Colomera, to hazard jako czysta (spontaniczna i prosta) rozrywka. Drugi poziom to hazard jako konkurencja, rywalizacja danego gracza z innymi graczami, dająca możliwość osiągnięcia uznania i prestiżu społecznego, pozwalająca na podniesienie poczucia własnej wartości i godności, oraz oferująca przyjemność czerpaną ze współzawodnictwa z innymi. Trzeci poziom hazardu to hazard, w który gracz angażuje się ze względu na swój interes ekonomiczny. Na tym poziomie graczem kieruje chęć wzbogacenia się, powiększenia swego majątkowego. Czwarty poziom hazardu oznacza zaburzenie psychiczne po stronie gracza, polegające na uzależnieniu od hazardu (gorączka, pasja hazardowa).

Dámas Ruiz-Jarabo Colomer stosownie do danego, jednego z wymienionych poziomów hazardu, rozróżnia tak konieczność, jak i prawną możliwość interwencji państwa w hazard. Na pierwszym oraz na drugim poziomie, zdaniem Ruiz-Jarabo Colomera, interwencja państwa jest praktycznie

²⁴ *Słownik języka polskiego*, t. 1, red. nauk. M. Szymczak, wyd. zm. i popr., Warszawa, s. 729.

²⁵ Zob. *Mały słownik języka polskiego*, red. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka, Warszawa 1968, s. 221 czy *Mały słownik języka polskiego*, red. E. Sobol, Warszawa 1999, s. 248. Podobnie: w *Słownik języka polskiego...*, t. 1, red. nauk. M. Szymczaka, s. 729.

²⁶ Por. E. Kosiński, *Wygrana rzeczowa – Glosa...*, s. 29.

²⁷ Opinia Rzecznika Generalnego D. Ruiz-Jarabo Colomera w połączonych sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*, ust. 95.

wykluczona²⁸. Interwencja taka staje się konieczna i dopuszczalna dopiero z chwilą wkroczenia na trzeci lub czwarty poziom. Przesłanki tej interwencji, według Ruiz-Jarabo Colomera, skupić należy w dwóch grupach. Do pierwszej zaliczyć należy ochronę majątku uczestnika gry, ochronę zdrowia oraz stabilność jego sytuacji rodzinnej. Jak widać przesłanki te nakierowane są na ochronę uczestnika gry (charakter protekcyjnistyczny)²⁹. Kryterium wyróżniającym drugą grupę przesłanek jest komercyjny charakter takiej działalności³⁰. Wszystkie te przesłanki, według Ruiz-Jarabo Colomera, aktualizują się jednocześnie, jednakże w sytuacji, kiedy w grę wchodzi ryzyko finansowe (*when gaming involves risking money*)³¹. Z pewnością brak takiego ryzyka w sytuacji, gdy jedyne ryzyko to zapłata za grę – kiedy wielkość opłaty, nawet w przypadku wielu gier w ciągu dnia, nie przekracza kwoty zwykłych zakupów codziennych, tym samym nie stanowi jakiegokolwiek zagrożenia dla budżetu gospodarstwa domowego uczestnika oraz jego rodziny.

W świetle opinii Dámasa Ruiz-Jarabo Colomera gra przynosząca jedynie satysfakcję, radość, zabawę, czy nawet poczucie własnej wartości, godności czy prestiżu, nie powinna być poddawana regulacjom prawnym (*unconnected with the law*)³², albowiem państwo nie dysponuje jakakolwiek legitymacją w warunkach demokratycznego państwa prawnego do interwencji w taką aktywność człowieka. Gry, które nie wiążą się z przejściem do „wyższych” poziomów, według Ruiz-Jarabo Colomera, same w sobie nie stanowią, wręcz nie mogą stanowić, jakiegokolwiek społecznego niebezpieczeństwa. Z taką tezą nie sposób się nie zgodzić.

3. Aksjologia oraz warunki dopuszczalności interwencji państwa w sektor hazardowy w świetle prawa unijnego

Dopuszczalność wprowadzania przez państwa określonych ograniczeń w sektorze hazardowym na gruncie prawa unijnego oraz ich przesłanki w oczywisty sposób rozpatrywane być muszą w świetle podstawowych

²⁸ Ibidem, ust. 96.

²⁹ Na takie przesłanki interwencji państwa w sektor hazardowy wskazuje także Rzecznik Generalny S. Alber w swej opinii z 13.3.2003 r. w sprawie C-243/01 *Piergorgio Gambelli i in.* Zb. Orz. 2003, s. I-13031, ust. 117.

³⁰ Ibidem, ust. 96–97.

³¹ Ibidem, ust. 96.

³² Ibidem.

zasad i wolności zawartych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Traktat Rzymski)³³. W konsekwencji chodzi więc o ograniczenia o tzw. wymiarze wspólnotowym. W przypadku działalności hazardowej wskazuje się na element transgraniczny (ang. *cross border aspect of gambling*)³⁴.

W pierwszym chronologicznie z istotnych orzeczeń w sprawach hazardowych – w orzeczeniu w sprawie C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise (HMCE) p. Gerhard i Jörg Schindler (bracia Schindler)*³⁵ – Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) uznał, iż szczególna natura rynku hazardu (w tej sprawie loterii, *...the peculiar nature of lotteries*) w pełni uzasadnia ograniczenia (reglamentację), włącznie z całkowitym zakazem, wprowadzane przez państwa członkowskie³⁶. Państwa, w przedmiocie decydowania, jakie ograniczenia i o jakim zakresie należy wprowadzać, winny cieszyć się określoną swobodą³⁷. Ogólnie wprowadzanie ograniczeń w sektorze hazardowym uzasadnione jest przeważającymi przesłankami w interesie publicznym (ang. *overriding reasons relating to the public interest*), w tym przede wszystkim ogólnie potrzebą ochrony konsumentów oraz utrzymaniem porządku publicznego (ładu społecznego, *...to maintain order in society*)³⁸.

Uzasadniając twierdzenie, iż sektor hazardowy ma szczególny charakter (ang. *peculiar, specific*), wyróżniający go spośród innych sektorów gospodarki, Trybunał uznał, że nie sposób w podejściu do sektora hazardowego „nie brać pod uwagę moralnego, religijnego bądź kulturowego aspektu loterii lub innych rodzajów hazardu”³⁹. Warto w tym miejscu odnotować stanowisko Trybunału wyrażone we wcześniejszych orzeczeniach, zgodnie z którym definiowanie standardów moralności publicznej, obowiązujących na terenie danego kraju, należy zasadniczo do państw członkowskich⁴⁰.

³³ Zob. wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2008 Nr C 115/47.

³⁴ Zob. opinia Rzecznika Generalnego D. Ruiz-Jarabo Colomera w połączonych sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*, ust. 24.

³⁵ Sprawa dotyczyła obowiązującego w Wielkiej Brytanii całkowitego zakazu urządzania loterii (z wyjątkiem lokalnych loterii dobroczynnych), Zb. Orz. 1994, s. I-1039.

³⁶ Zob. ust. 59 uzasadnienia.

³⁷ Zob. ust. 61 uzasadnienia.

³⁸ Zob. ust. 58 uzasadnienia.

³⁹ Zob. ust. 60 uzasadnienia. Zob. krytyczne uwagi względem argumentacji ETS przedstawione przez V. Hatzopoulos, *Case C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise (HMCE) v. Gerhard and Jörg Schindler*, „Common Market Law Review” 1995, nr 5, s. 845 i n.

⁴⁰ Zob. m.in. orzeczenia ETS w sprawach 34/79 *Regina p. Maurice Donald Henn i John Frederick Ernest Darby*, Zb. Orz. 1979, s. 3795, ust. 15; połączonych sprawach 115 i 116/81 *Rezguia Adoui p. Belgii i Miastu Liege, Dominique Cornuaille p. Belgii* Zb. Orz. 1982, s. 1665,

Trybunał nadto podniósł, iż hazard z natury niesie z sobą zagrożenie nadużyć finansowych oraz rozwoju przestępczości, oraz iż stanowi niebezpieczeństwo tak dla poszczególnych jednostek jak i osób im bliskich poprzez zagrożenie utratą majątku przez gracza oraz całą jego rodzinę. To z kolei rodzić może szereg dalszych, niepożądanych konsekwencji społecznych⁴¹.

Jednocześnie ETS uznał za słuszne i do przyjęcia przeznaczenie środków uzyskanych z ewentualnych państwowych monopolii hazardowych na cele dobroczynne czy użyteczności publicznej⁴².

Na powyższe przesłanki interwencji w sektorze zwrócił uwagę Rzecznik Generalny Claus Christian Gulmann w swej opinii dla Trybunału w sprawie C-275/92 *bracia Schindler*⁴³, pisząc m.in., iż uzasadnieniem dla ograniczenia podaży hazardu jest „ochrona konsumentów przed niebezpieczeństwami z natury wiążącymi się z nadmiernym uczestnictwem w hazardzie przez jednostki (gorączka hazardu)”⁴⁴.

Wszystkie przytoczone argumenty zostały następnie podniesione przez ETS w kolejnych orzeczeniach w sprawach: C-124/97 *Markku Juhasi Läärä, Cotswold Microsystems Ltd i Oy Transatlantic Software Ltd p. Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) i Suomen valtio (Läärä i in.)*⁴⁵, C-67/98 *Questore di Verona p. Diego Zenatti (Zenatti)*⁴⁶, C-243/01 *Piergorgio Gambelli i in.*⁴⁷, w połączonych sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Procuratore della Repubblica p. Massimiliano Placanice, Christianowi Palazzese i Angelo Sorricchio (Placanica i in.)*⁴⁸, czy w sprawie C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional (CA/LPFP) Baw International Ltd p. Departamento de Jogos de Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (Liga Portuguesa de Futebol Profissional)*⁴⁹, jak i przez

ust. 8. Zob. także orzeczenie w sprawie C-268/99 *Aldona Małgorzata Jany i in. p. Staatssecretaris van Justitie*, Zb. Orz. 2001, s. I-08615, ust. 56.

⁴¹ Taką samą argumentację znajdujemy w rządowym uzasadnieniu projektu ustawy o grach hazardowych, op.cit., s. 41–42.

⁴² Zob. ust. 60 uzasadnienia w sprawie C-275/92 *bracia Schindler*.

⁴³ Opinia Rzecznika Generalnego C. Gulmanna z 16.12.1993 r. w sprawie C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise (HMCE) p. Gerhard i Jörg Schindler* Zb. Orz. 1994, s. I-1039.

⁴⁴ Ang. ...to protect consumers against the dangers inherent in excessive participation in gambling by individuals (gambling fever... Ust. 37 opinii. Zob. także ust. 83–87 opinii. Wszystkie przytoczone tam argumenty zostały w pełni przyjęte przez ETS w orzeczeniu w sprawie C-275/92 *bracia Schindler*.

⁴⁵ Zb. Orz. 1999, s. I-06067.

⁴⁶ Zb. Orz. 1999, s. I-7289. Zob. m.in. ust. 14–15, ust. 38 uzasadnienia.

⁴⁷ Zb. Orz. 2003, s. I-13031. Zob. m.in. ust. 66 uzasadnienia.

⁴⁸ Zb. Orz. 2007, s. I-1891.

⁴⁹ Dz. Urz. UE Nr C 267 z 7.11.2009 r., s. 9. Zob. m.in. ust. 56, ust. 62–64 uzasadnienia.

Sąd Pierwszej Instancji (SPI) w orzeczeniu w sprawie T-32/93 *Ladbroke Racing Ltd p. Komisji*⁵⁰. Wskazuje się w wymienionych orzeczeniach na „imperatywne wymogi w interesie publicznym” (ang. *imperative requirements in the general interest*) w postaci: ochrony konsumentów, zapobiegania nadużyciom i oszustwom, walki z przestępczością, walki z lansowaniem lekkomyślnego i ekstrawaganckiego podejścia do hazardu (ang. *prevention of 'incitement to squander on gaming'*), oraz utrzymania porządku publicznego.

Powyzszą argumentację znajdujemy także w orzecznictwie Trybunału Europejskiego Obszaru Wolnego Handlu (EFTA). Trybunał ten m.in. w wyroku z 30.5.2007 r. w sprawie E-3/06 *Ladbroke Ltd. oraz Rząd Norwegii, Ministerstwo ds. Kultury i Wyznań i Ministerstwo Rolnictwa i Żywności*⁵¹ uznał, iż ograniczenia w sektorze hazardowym mogą być uzasadnione „słusznymi celami”, takimi jak „zwalczanie uzależnienia od gier hazardowych czy utrzymanie porządku publicznego”.

Niezależnie od akceptacji określonych przesłanek interwencji państwa w sektor hazardowy, Europejski Trybunał Sprawiedliwości równolegle wskazał w swym orzecznictwie na istotne wymogi stawiane reglamentacji hazardu przez państwa członkowskie, pozwalające na przyjęcie dopuszczalności naruszeń wolności traktatowych. Po pierwsze ograniczenia wprowadzane w sektorze hazardowym winny w rzeczywisty, realny sposób ograniczać dostęp konsumentów do hazardu (ograniczać podaż). Po drugie, regulacje te winny mieć spójny i systematyczny charakter (ang. *in a consistent and systematic manner*)⁵² – tak w orzeczeniach w sprawach: C-67/98 *Zenatti*⁵³, C-243/01 *Gambelli i in.*⁵⁴, w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*⁵⁵, w sprawie C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*⁵⁶. Brak polityki państwa w sferze sektora hazardowego o wymienionych cechach sprawić może, że interwencja państwa w ten sektor uznana zostanie za sprzeczną z podstawowymi zasadami i wolnościami unijnymi (przede

⁵⁰ Zb. Orz. 1994, s. II-1015.

⁵¹ Dz. Urz. UE Nr C 301 z 13.12.2007 r., s. 17.

⁵² W orzeczeniu Trybunału Europejskiego Obszaru Wolnego Handlu z 30.5.2007 r. w sprawie E-3/06 *Ladbroke Ltd. oraz Rząd Norwegii, Ministerstwo ds. Kultury i Wyznań i Ministerstwo Rolnictwa i Żywności* używa się z kolei określenia odnoszącego do wprowadzania określonych ograniczeń w sektorze hazardowym: „w sposób właściwy i spójny” (ang. *in a suitable and consistent manner*). Tak w pkt 1–3 rozstrzygnięcia.

⁵³ Zob. ust. 35–36 uzasadnienia.

⁵⁴ Zob. ust. 62 i ust. 67 uzasadnienia.

⁵⁵ Zob. ust. 53 uzasadnienia.

⁵⁶ Zob. ust. 61 uzasadnienia.

wszystkim swobodą przepływu usług, swobodą zakładania przedsiębiorstw czy wolnością gospodarczą⁵⁷. Trybunał wyraźnie wskazał, iż w sytuacji, kiedy dane państwo członkowskie wprowadza restrykcyjną regulację i reglamentację sektora hazardowego, jednocześnie same prowadząc działalność w tym sektorze na rynku krajowym (szczególnie, jeśli państwowe spółki hazardowe zwiększają zakres swej działalności), co zasadniczo ma cele wyłącznie fiskalne, państwo takie nie może powoływać się na przesłanki porządku publicznego i konieczność ograniczenia dostępu do hazardu⁵⁸. Co prawda w sprawie C-275/92 *bracia Schindler* ETS stwierdził, iż uwarunkowania budżetowe nie są zupełnie bez znaczenia, niemniej jednocześnie zaznaczył, iż nie mogą stanowić one jedyne uzasadnienie naruszeń podstawowych wolności traktatowych⁵⁹. W późniejszych orzeczeniach Trybunał wyraźnie podkreślił, że korzyści finansowe płynące dla państwa z sektora hazardowego, w tym możliwość finansowania określonych przedsięwzięć społecznych i społecznych, stanowi li tylko określony efekt uboczny (ang. *an incidental beneficial consequence*), który nie może zostać uznany za uzasadnienie dla restrykcyjnej polityki państwa⁶⁰.

Zauważyć można, iż w swych wcześniejszych orzeczeniach ETS był znacznie bardziej elastyczny względem polityki państw członkowskich w sektorze hazardowym. Dopiero w orzeczeniach w sprawach C-67/98 *Zenatti*, C-243/01 *Gambelli i in.*, oraz w połączonych sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.* Trybunał z całą mocą wskazał, iż nie wystarczy

⁵⁷ Przytoczone zasady stały się podstawą licznych wniosków o wydanie orzeczenia wstępnego, napływające do ETS z różnych sądów państw członkowskich. Zob. m.in., sprawy: C-409/07 *Avalon Service-Online-Dienste GmbH p. Wetteraukreis* (wniosek *Verwaltungsgericht Giessen, Niemcy*), C-64/08 *Postępowanie karne przeciwko Ernst Engelmann* (wniosek *Landesgericht Linz, Austria*), C-203/08 *The Sporting Exchange Ltd* (wniosek *Raad van State, Niderlandy*), C-235/08 *Postępowanie karne przeciwko Rolandowi Langerowi* (wniosek *Landesgericht Ried im Innkreis, Austria*), C-258/08 *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd and Ladbrokes International Ltd p. Stichting de Nationale Sporttotalisator* (wniosek *Hoge Raad der Nederlanden*) itd.

⁵⁸ Tak ETS w orzeczeniu w sprawie C-243/01 *Piorgorgio Gambelli i in.*, ust. 68–69.

⁵⁹ Patrz ust. 60 uzasadnienia w sprawie C-275/92 *bracia Schindler*.

⁶⁰ Tak m.in. w orzeczeniu ETS w sprawie C-67/98 *Zenatti*, ust. 36 uzasadnienia. Identycznie w orzeczeniu Trybunału Europejskiego Obszaru Wolnego Handlu z 30.5.2007 r. w sprawie E-3/06 *Ladbrokes Ltd. oraz Rząd Norwegii, Ministerstwo ds. Kultury i Wyznań i Ministerstwo Rolnictwa i Żywności*. Podobnie Rzecznik Generalny A.M. La Pergola w swej opinii z 4.3.1999 r. w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*, Zb. Orz. 1999, s. I-06067, ust. 35. Inaczej twierdzi A. Tizzano w swej opinii Rzecznika Generalnego z 11.2.2003 r. w sprawie C-6/01 *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) i in. p. Estado portugues*, Zb. Orz 2003, s. I-08621, ust. 67 *in fine*.

powołanie się przez państwo na określone przesłanki uzasadniające ograniczenia podstawowych wolności traktatowych⁶¹. Państwo musi bowiem dążyć do realizacji tych celów w sposób spójny i systematyczny. Znamienne przy tym są słowa Rzecznika Generalnego Dámasa Ruiz-Jarabo Colomera z jego opinii w połączonych sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*:

Rien ne va plus. Trybunał nie może już dłużej unikać przeprowadzenia głębszego badania znaczenia podstawowych wolności Traktatu w sektorze hazardowym⁶².

Podobnie Rzecznik Generalny Siegbert Alber w swej opinii w sprawie C-243/01 *Piergorgio Gambelli i in.* podkreślił, iż każdorazowo należy badać, czy dane państwo ma spójną politykę (ang. *a coherent policy*) w obszarze sektora hazardowego, szczególnie w przypadku, kiedy nie wprowadza się absolutnego zakazu ustawowego urządzania danych gier hazardowych, a przyzwala się na ich prowadzenie po uzyskaniu koncesji i zezwoleń. W systemie reglamentacji i ograniczania hazardu, co do zasady dozwolonego, cele, które państwo chce osiągnąć, winny podlegać wnikliwej analizie⁶³.

W sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.* przywołano argumentację rządu włoskiego, zgodnie z którą włoska regulacja prawna reglamentująca sektor hazardowy oraz jej konkretne rozwiązania są zgodne z prawem wspólnotowym, w tym akceptować należy rozwój włoskiego państwowego sektora hazardowego mający na celu zwiększenie wpływów budżetowych, albowiem włoska polityka w obszarze sektora hazardowego nie miała w istocie za zadanie ograniczenia podaży gier hazardowych (ograniczenie dostępu do hazardu) a walkę z przestępczością (dokładnie: „skanalizowanie popytu i podaży w podlegający kontroli system mający na celu zapobieganie przestępczości”)⁶⁴. Argumentacja taka nie znalazła aprobaty ani w opinii Rzecznika

⁶¹ Y. Bot w swej opinii Rzecznika Generalnego w sprawie C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional (CA/LPFP) Baw International Ltd p. Departamento de Jogos de Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, delikatnie zauważa, iż „w sprawach Zenatti, Gambelli i inni, i Placanica i in. [...] Trybunał [...] bardziej wyraziście wyartykułował warunki, które musi spełniać krajowe ustawodawstwo tak, aby zostać usprawiedliwione” (ust. 78 opinii).

⁶² Od słów tych Rzecznik Generalny D. Ruiz-Jarabo Colomer zaczyna swą opinię w połączonych sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.* (ust. 1).

⁶³ Zob. opinia Rzecznika Generalnego S. Albera w sprawie C-243/01 *Piergorgio Gambelli i in.*, ust. 119.

⁶⁴ Tak włoski Sąd Najwyższy (*Corte Suprema di Cassazione*) w sprawie *Gesualdi* (wyrok nr 111/04 z 26.4.2004 r.). W orzeczeniu tym włoski Sąd Najwyższy przeanalizował orzeczenie

nika Generalnego Dámasa Ruiz-Jarabo Colomera w połączonych sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*, czy wcześniej opinii Rzecznika Generalnego Siegberta Albera w sprawie C-243/01 *Gambelli i in.*⁶⁵, ani też w orzecznictwie ETS.

Zauważyć można, że w orzeczeniu w sprawie C-243/01 *Piergorgio Gambelli i in.* ETS wskazał na negatywne oraz pozytywne przesłanki uznania danej reglamentacji sektora hazardowego, godzącej w podstawowe wolności traktatowe, za akceptowalne. Do negatywnych przesłanek Trybunał wyraźnie zaliczył powoływanie się na wielkość wpływów budżetowych oraz konieczność finansowania określonych przedsięwzięć społecznych i socjalnych⁶⁶. Stąd m.in. w sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.* ETS uznał włoskie ustawodawstwo za sprzeczne z prawem unijnym⁶⁷.

Na koniec niniejszych rozważań godzi się odnotować, iż Komisja Europejska już w 1991 r. podjęła próbę wprowadzenia regulacji wspólnotowej w obszarze sektora hazardowego (na bazie dokumentu *Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation*⁶⁸). Niemniej za sprawą sprzeciwu określonych państw członkowskich finalnie inicjatywa ta została zaniechana, oficjalnie z powołaniem się na zasadę subsydiarności⁶⁹.

Aktualnie zdecydowana większość państw członkowskich jest przeciwna liberalizacji sektora hazardowego. Jednym z największych oponentów zniesienia surowej reglamentacji działalności w sektorze jest, m. in., Portugalia. Rząd portugalski zauważał, iż sektor hazardowy z natury ma charakter nieproduktywny (ang. *...unproductive nature of gambling*), co wręcz wyklucza, zdaniem tego rządu, zastosowanie wszelkich argumentów odwołujących się

ETS w sprawie C-243-01 *Gambelli i in.*, i w następstwie uznał argumentację rządu włoskiego za spójną z tym orzeczeniem. Argumentacja ta zawarta została w piśmie Massimiliano Placaniciego złożonego w sprawie w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.* (zob. <http://www.ictlex.net/index.php/2004/04/26/cass-su-sent-11104/>). Por. Opinia Rzecznika Generalnego D. Ruiz-Jarabo Colomera w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*, ust. 35–38, oraz orzeczenie ETS w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*, ust. 15–16.

⁶⁵ Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-243/01 *Gambelli i in.*, ust. 125–126.

⁶⁶ Zob. uzasadnienie orzeczenia w sprawie C-243/01 *Gambelli i in.*, ust. 67.

⁶⁷ Trybunał uznał, iż zasadniczym celem włoskiej regulacji prawnej jest zwiększenie wpływów budżetowych z hazardu, czego nie da się pogodzić z ograniczeniem dostępu do gier hazardowych. Zob. ust. 54 uzasadnienia orzeczenia.

⁶⁸ Raport przygotowany dla Komisji przez firmę Coopers and Lybrand, Biuro Urzędowych Publikacji Wspólnot Europejskich, Luxemburg 1991. Por. V. Hatzopoulos, op.cit., s. 841.

⁶⁹ Zob. opinia Rzecznika Generalnego D. Ruiz-Jarabo Colomera w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*, ust. 145.

do wolności gospodarczej i wolnej konkurencji. Wiele rządów państw członkowskich uznaje, iż najlepszą formą kontroli sektora hazardowego jest objęcie go monopolem państwowym (tak m.in. rządy Finlandii, Grecji, Portugalii). Powszechnie podzielany jest pogląd o konieczności utrzymania systemu koncesji i zezwoleń w sektorze⁷⁰.

4. Zagadnienie znaczenia zasady proporcjonalności

Tak zarówno Europejski Trybunał Sprawiedliwości, jak i inne sądy europejskie w swych orzeczeniach kładą szczególny nacisk na wymóg adekwatności (właściwości) i proporcjonalności wprowadzanych przez państwa członkowskie regulacji w sektorze hazardowym⁷¹. Wskazać można na orzeczenia ETS w sprawach: C-67/98 *Zenatti*⁷², C-243/01 *Gambelli i in.*⁷³, w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*⁷⁴ Podobnie Trybunał Europejskiego Obszaru Wolnego Handlu w wyroku w sprawie E-3/06 *Ladbroke Ltd. oraz Rząd Norwegii, Ministerstwo ds. Kultury i Wyznań i Ministerstwo Rolnictwa i Żywności*⁷⁵. W orzeczeniach tych wskazuje się, iż środki wprowadzane przez ustawodawstwo państw członkowskich winny być „właściwe” (ang. *suitable*) i „nie wykraczające ponad to, co konieczne aby osiągnąć stawiane cele”. W konsekwencji winny być zgodne z zasadą proporcjonalności⁷⁶.

Także rzecznicy generalni w swych opiniach przedkładanych w sprawach hazardowych zwracają uwagę na obowiązek badania regulacji prawnych po kątem konieczności, adekwatności (właściwości, odpowiedniości) oraz proporcjonalności⁷⁷. Co prawda można zgodzić się ze stanowiskiem Rzecznika

⁷⁰ Zob. opinie rządów państw członkowskich w opinii Rzecznika Generalnego S. Albera w sprawie C-243/01 *Gambelli i in.*, ust. 40–55. Zob. nadto ust. 31–40 uzasadnienia orzeczenia w sprawie C-243/01 *Gambelli i in.*

⁷¹ Zob. przykładowo ust. 39 uzasadnienia orzeczenia ETS w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*

⁷² Zob. ust. 38 uzasadnienia.

⁷³ Zob. ust. 72 uzasadnienia.

⁷⁴ Zob. ust. 48–49 uzasadnienia.

⁷⁵ Zob. pkt 1–3 rozstrzygnięcia w sprawie.

⁷⁶ Zob. szeroko na temat zasady proporcjonalności w systemie prawa unijnego K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, wyd. 2, London 2005, s. 111 i n.

⁷⁷ Zob. C.Ch. Gulmann w opinii w sprawie C-275/92 *bracia Schindler*, ust. 92 i n.; A.M. La Pergola w opinii w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*, ust. 38; S. Alber w *Opinii w sprawie C-243/01 Piergorgio Gambelli i in.*, podkreślając konieczność „odpowiedniości zaangażowanych środków do osiągnięcia zamierzonego celu” (ang. *suitability of the means employed...*), ust. 117; D. Ruiz-

ka Generalnego Antonio Tizzano wyrażonym w jego opinii w sprawie C-6/01 *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) i in. p. Estado portugues*, zgodnie z którym Trybunał w sprawach hazardowych dokonał „istotnego rozluźnienia zasady proporcjonalności normalnie odnoszącej się do wdrażania zasady swobodnego przepływu usług”⁷⁸, niemniej Trybunał wskazał jednocześnie, poczynawszy od orzeczenia w sprawie C-67/98 *Zenatti*, a następnie m. in. w orzeczeniach w sprawach C-243/01 *Gambelli i in.*⁷⁹, połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*, C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, iż ograniczenia wprowadzane przez państwa członkowskie winny w rzeczywisty sposób ograniczać dostęp konsumentów do hazardu (ograniczać podaż) oraz winny mieć spójny i systematyczny charakter (ang. *in a consistent and systematic manner*).

Na gruncie prawa polskiego należy przede wszystkim odnieść się do właściwych przepisów Konstytucji RP.

Według art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Zawarty w tym przepisie zespół norm definiuje przesłanki ustanawiania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności⁸⁰. Po pierwsze, ingerencja ustawodawcy w sferę praw i wolności jednostki może nastąpić wyłącznie w formie ustawy⁸¹. Po drugie, ograniczenia takie muszą być uzasadnione interesem publicznym wyrażonym w jednej z sześciu wymienionych wartości (bezpieczeństwo publiczne, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowie publiczne, moralność publiczna, ochrona wolności i praw innych osób)⁸².

-Jarabo Colomer w opinii w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*, ust. 114, ust. 124 i n.; Y. Bot w opinii w sprawie C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, ust. 258.

⁷⁸ Zob. ust. 71 opinii.

⁷⁹ Zob. ust. 62 i ust. 67 uzasadnienia.

⁸⁰ Zob. L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003, s. 1 oraz s. 28 i n. Zob. także P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 83–85.

⁸¹ Zob. L. Garlicki, *op.cit.*, s. 19 i n.

⁸² *Ibidem*, s. 22 i n.

Po trzecie, wprowadzane ograniczenia nie mogą przekroczyć zakresu naruszającego zasadę proporcjonalności, oraz nie mogą naruszać istoty praw i wolności⁸³.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego

...zasada proporcjonalności nakazuje: 1) stosowanie środków, które umożliwiają skuteczną realizację zamierzonych celów; 2) stosowanie środków niezbędnych, tzn. środków najmniej uciążliwych dla jednostki; 3) zachowanie odpowiedniej proporcji między korzyścią, którą przynoszą zastosowane środki a ciężarem nałożonym na jednostkę⁸⁴.

Wskazane wymogi określa się jako przydatność, konieczność oraz proporcjonalność *sensu stricto*⁸⁵.

Z kolei przez „istotę” wolności i praw rozumieć należy „nienaruszalny rdzeń każdej wolności i każdego prawa”⁸⁶, pewien element podstawowy (rdzeń, jądro), bez którego dane prawo czy wolność nie może istnieć⁸⁷.

Ponad powyższe należy wskazać na ogólną zasadę demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP)⁸⁸ oraz zasadę ochrony zaufania obywatela do państwa. Zasady te pozostają nie bez znaczenia z punktu widzenia oceny określonej interwencji państwa w wolność jednostki⁸⁹.

5. Próba oceny wybranych rozwiązań przyjętych w polskiej ustawie o grach hazardowych

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swym orzecznictwie od dawna wskazuje, iż państwa członkowskie mają pełną swobodę w wyborze

⁸³ Ibidem, s. 28 i n.

⁸⁴ Tak w uzasadnieniu wyroku TK z 28.6.2000 r., K 34/99, OTK 2000, z. 5, poz. 142.

⁸⁵ Zob. L. Garlicki, op.cit., s. 31. Zasadę proporcjonalności uznał TK już w orzeczeniach z 26.1.1993 r., U. 10/92, OTK 1993, s. 32; z 26.4.1995 r., K 11/94, OTK 1995, z. 1, s. 12; czy z 9.1.1996 r., sygn. K 18/95, OTK 1996, z. 1, poz. 1. Zob. *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, red. i wprow. M. Zubik, Warszawa 2008, s. 174 i n.

⁸⁶ Tak w uzasadnieniu wyroku TK z 18.9.2008 r., K 7/07, OTK-A 2008, z. 7, poz. 123.

⁸⁷ Zob. L. Garlicki, op.cit., s. 34. Wcześniej w orzecznictwie TK na istotę wolności i praw wskazywano zwłaszcza w uchwale z 2.3.1994 r., W 3/93, OTK 1994, s. 158–159. Zob. także orzeczenie TK z 26.4.1995 r., K 11/94.

⁸⁸ Z zasady tej TK wywiódł na gruncie poprzednio obowiązującej Konstytucji RP z 1952 r. (art. 1) zasadę proporcjonalności.

⁸⁹ Zob. E. Kosiński, *Wygrana rzeczowa – glosa...*, op.cit., s. 37.

systemu regulacji sektora hazardowego, w tym w wyborze wartości, które decydują się chronić poprzez taki system. W ramach tej swobody państwa mogą wybrać pomiędzy absolutnym zakazem urządzania gier hazardowych, częściowym zakazem, bądź przyzwoleniem połączonym z systemem nadzoru i kontroli nad sektorem⁹⁰. Tym samym można mówić o określonym marginesie swobodnego uznania przysługującego państwom członkowskim⁹¹. Niemniej wymieniony system reglamentacji musi spełniać wymogi zdefiniowane na przestrzeni lat przez ETS, w tym przede wszystkim wymóg proporcjonalności⁹².

Rygorystyczna regulacja prawna i reglamentacja przez państwo gier na automatach, rodzące określone naruszenia przede wszystkim traktatowej swobody przepływu usług (obecnie art. 56 Traktatu), stały się przedmiotem rozważań ETS w dwóch istotnych sprawach: C-124/97 *Läära i in.* oraz C-6/01 *Anomar i in.*

Zarówno w Finlandii, jak i w Portugalii, prowadzenie gier na automatach podlega ścisłej reglamentacji państwa. Z formalnego punktu widzenia gry na automatach objęte są monopolem państwowym. Państwo wykonuje swój monopol udzielając określonym publicznym osobom prawnym⁹³ koncesji (w formie umowy administracyjnej) na prowadzenie tych gier (operatorzy państwowego monopolu)⁹⁴.

Tak gry na automatach, jak i inne gry, mogą być organizowane wyłącznie w kasynach gry, położonych w miejscach wyznaczonych zgodnie z prawem.

Jednakże w Portugalii ustawodawstwo wyróżnia dodatkowo tzw. „automaty rozrywkowe”, których prowadzenie nie podlega restrykcyjnej regulacji gier hazardowych. Są to gry na automatach, których wynik zależy wyłącznie bądź w przeważającej mierze od zręczności (może więc zależeć także od losowości), a wygraną stanowią mogą żetony bądź określone przedmioty o wartości komercyjnej (wygrane rzeczowe)⁹⁵. Wartość tych wygranych nie

⁹⁰ Zob. m.in. uzasadnienie orzeczenia ETS w sprawie C-124/97 *Läära i in.*, ust. 35, czy pkt 6 rozstrzygnięcia w sprawie C-6/01 *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) i in. p. Estado português*. Zob. także opinia Rzecznika Generalnego Y. Bota w sprawie C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, ust. 252.

⁹¹ Por. Rzecznik Generalny N. Fenelly w opinii z 20.5.1999 r. w sprawie C-67/98 *Questore di Verona p. Diego Zenatti* Zb.Orz. 1999, s. I-07289, ust. 30, czy Rzecznik Generalny Y. Bot w opinii w sprawie C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, ust. 258.

⁹² Zob. uzasadnienie orzeczenia ETS w połączonych sprawach C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*, ust. 48.

⁹³ W Portugalii – spółce publicznej, w Finlandii – stowarzyszeniu.

⁹⁴ Zob. m.in. art. 9–10 portugalskiego Dekretu Nr 422/89 (Decreto-Lei No 422/89) z 2.12.1989 r., *Diário da República*, I, No 2777, z 2.12.1989 r.

⁹⁵ Automaty rozrywkowe reguluje odrębny Dekret Nr 316/95.

może przekraczać trzykrotności opłaty za grę. Import, produkcja oraz montaż takich automatów podlega państwowemu nadzorowi (Inspektor Generalny ds. Hazardu, port. *Inspecção-Geral de Jogos*). Automaty mogą być automatyczne, mechaniczne, elektryczne bądź elektroniczne. W celu komercyjnego wykorzystania automatu należy go zarejestrować oraz uzyskać licencję gubernatora okręgu właściwego miejscowo. Licencje te wydawane są na rok bądź dwa lata. Przesłanki odmowy udzielenia licencji to ochrona dzieci i nieletnich, zwalczanie przestępczości oraz utrzymanie lub przywrócenie spokoju publicznego, porządku i bezpieczeństwa (tak art. 20 ust. 1 i ust. 2 portugalskiego Dekretu Nr 316/95). Automaty nie mogą być zlokalizowane w pobliżu szkół. W przypadku, gdy w jednym miejscu znajdują się więcej aniżeli 3 automaty, przedsiębiorca zobowiązany jest uzyskać koncesję tak jak na gry hazardowe. W sytuacji, gdy automat rozrywkowy zawiera cechy gry losowej bądź zakładów wzajemnych, bądź też wyświetla rezultat w postaci punktów zależnych wyłącznie bądź w przeważającej mierze od przypadku, staje się on automatem do gry i podlega regulacji hazardowej (tj. Dekretowi Nr 422/89)⁹⁶.

W sprawie C-124/97 *Läärä i in.* ETS rozważał argumentację, zgodnie z którą fiński system reglamentowania hazardu nie spełniał wymogu proporcjonalności. W sprawie proponowane były rozwiązania zastępujące ograniczenia ustawowe mające na celu zwalczanie oszustw i nadużyć w sektorze hazardowym, jak kodeks dobrego zachowania (deontologia), obowiązujący przedsiębiorców sektora⁹⁷. Z kolei w celu zagwarantowania finansowania określonych zadań społecznych, proponowano podniesienie opodatkowania przedsiębiorców sektora w zamian za rezygnację z restrykcyjnego koncesjonowania⁹⁸. Zdaniem Rzecznika Generalnego Antonio Mario La Pergoli, wyrażonym w opinii w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*⁹⁹, wystarczającym i proporcjonalnym środkiem, który mógłby być zastosowany państwo, jest system reglamentacji z koncesjami oraz nadzorem nad przedsiębiorcami sektora, bez państwowego monopolu¹⁰⁰.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w obydwu wskazanych orzeczeniach podzielił zdania państw wprowadzających reglamentację w sektorze hazardowym, prezentowane w zakresie uzasadnienia określonych ograniczeń

⁹⁶ Zob. obszerny opis portugalskiej regulacji prawnej w uzasadnieniu orzeczenia ETS w sprawie C-6/01 *Anomar i in.*, ust. 19–27.

⁹⁷ Zob. ust. 39 uzasadnienia orzeczenia ETS w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*

⁹⁸ Ibidem, ust. 41.

⁹⁹ Zb. Orz. 1999, s. I-6067.

¹⁰⁰ Zob. ust. 40 opinii.

wolności traktatowych, oraz w zakresie proporcjonalności zastosowanych środków¹⁰¹. W orzeczeniu w sprawie C-124/97 *Läärä i in.* ETS wyraźnie stwierdził, że system, w którym koncesje przyznawane są określonym publicznym jednostkom, z obowiązkiem transferowania zysków do budżetu, ponad wszelką wątpliwość daje większe gwarancje narzucenia surowych ograniczeń w tak lukratywnej sferze, jaką jest hazard¹⁰².

Zwrócić uwagę należy jednakże na określony aspekt regulacji prawnej w Portugalii i Finlandii, i następnie odniesienie go do polskiej nowej regulacji hazardowej.

Podkreślenia wymaga, iż portugalskie ustawodawstwo hazardowe bezspornie należy do najbardziej restrykcyjnych w Europie. Wynika to z wielu przesłanek, w tym kulturowych, historycznych oraz religijnych. Tymczasem portugalska regulacja prawna rozróżnia gry na automatach od „gier rozrywkowych”, tj. gier na automatach, w których wygraną stanowią żetony oraz rzeczy o wartości do trzykrotności opłaty za grę. Te ostatnie gry nie są poddane surowej reglamentacji Dekretu Nr 422/89, mogą być prowadzone przy okazji innej działalności (sklepy, restauracje, puby), bez obowiązku lokalizowania ich wyłącznie w kasynach gry.

Podobnie surowe prawo hazardowe obowiązuje w Finlandii. Zgodnie z art. 1 ust. 1 fińskiej ustawy Nr 491 z 1.9.1965 r. o grach hazardowych (*Arpajaislaki 1.9.1965/491*) gry hazardowe mogą być urządzone w Finlandii wyłącznie po uzyskaniu koncesji w celach charytatywnych bądź innych celach o charakterze niezarobkowym przewidzianych prawem¹⁰³. Dalej fińska ustawa w art. 1 ust 2 stanowi, iż gry hazardowe to gry, w których w zamian za opłatę stanowiącą określoną kwotę pieniędzy gracz może wygrać pieniądze, wygrane rzeczowe bądź inne korzyści mające swą wartość wymierną w pieniądzu¹⁰⁴, jak również żetony wymienne na pieniądze, wygrane rzeczowe bądź inne korzyści o wymiernej wartości¹⁰⁵.

¹⁰¹ Ibidem, ust. 42. Odnotować należy, iż w sprawie C-124/97 *Läärä i in.* Trybunał uznał rozwiązanie fińskiego prawa hazardowego w zakresie regulacji gier na automatach za proporcjonalne (ust. 42) wbrew opinii Rzecznika Generalnego A.M. La Pergoli (zob. ust. 40 *in fine* opinii w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*).

¹⁰² Ang. ...*the lucrative nature of such activities*. Zob. ust. 41 uzasadnienia orzeczenia w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*

¹⁰³ Koncesję taką w Finlandii posiada stowarzyszenie Rah-automaattiyhdistys (Stowarzyszenie Administrujące Automatami do Gry), zgodnie z art. 1 ust. 1 Rozporządzenia Nr 676 z 29.12.1967 r. w sprawie automatów do gry (Raha-automaattiasetus, 29.12.1967/676). Zob. ust. 5 uzasadnienia orzeczenia w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*

¹⁰⁴ Ang. *other benefits of money's worth*. Zob. ust. 3 uzasadnienia orzeczenia w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*

¹⁰⁵ Ibidem.

Porównując powyższe obce rozwiązania ustawowe z polską ustawą z 19.11.2009 r. o grach hazardowych wskazać można, iż według polskiej ustawy gra na automatach to gra zawierająca element losowości (może więc także opierać się na zręczności, art. 2 ust. 3), w której tak zarówno można wygrać określoną wartość majątkową (pieniądze, rzeczy), jak i nic nie można wygrać (wygrana w postaci gry bez opłaty, jak i gra pozbawiona całkowicie jakiegokolwiek „wygranej”). Także więc te gry na automatach, pozbawione wygranej jako takiej z zasady, traktowane są z całą surowością prawa jako gry hazardowe.

W konsekwencji można powiedzieć bez jakiegokolwiek przesady, że aktualne polskie ustawodawstwo hazardowe w zakresie gier na automatach stało się najbardziej restrykcyjne w Europie. Żadne ustawodawstwo bowiem nie traktuje jako hazardu gry bez wygranej o wymiernej w pieniądzu wartości.

Należy więc postawić pytanie dotyczące zgodności rozwiązań wprowadzonych przez nowe polskie prawo hazardowe z regułami zakreślonymi przez orzecznictwo sądów europejskich, z tym zastrzeżeniem, iż wszelkie opinie i rozstrzygnięcia sądów europejskich mają związek z ograniczeniami godzącymi w zasady i swobody traktatowe.

Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o grach hazardowych przesłanki zaostrzenia reglamentacji sektora hazardowego, przede wszystkim w obszarze gier na automatach, to przede wszystkim walka z uzależnieniem od hazardu „dorosłych, jak i nastolatków”¹⁰⁶, oraz walka z nadużyciami i szarą strefą¹⁰⁷. Można więc powiedzieć, iż zamiarem projektodawcy nowych rozwiązań oraz ustawodawcy jest skanalizowanie popytu i podaży w podlegający kontroli system mający na celu zapobieganie przestępczości oraz uzależnieniom od hazardu. Bezsprzecznie wymienione wartości stanowią przeważające przesłankami w interesie publicznym (ang. *overriding reasons relating to the public interest*).

W konsekwencji zbadania wymaga, czy ograniczenia wprowadzane w sektorze hazardowym w rzeczywisty, realny sposób ograniczają dostęp konsumentów do hazardu, oraz czy nowa regulacja prawna ma spójny i systematyczny charakter (ang. *in a consistent and systematic manner*), innymi słowy, czy polityka państwa w sektorze jest spójna (ang. *coherent policy*). Zwrócić wstępnie należy uwagę na fakt, iż w Polsce zgodnie z danymi CBOS w 2009 r. 56% Polaków skorzystało z oferty państwowego Tota-

¹⁰⁶ Zob. s. 41 uzasadnienia rządowego projektu ustawy o grach hazardowych.

¹⁰⁷ Ibidem, s. 44.

lizatora Sportowego (gry liczbowe i loterie)¹⁰⁸. Udział więc państwowego monopolisty w zakresie gier liczbowych i loterii pieniężnych w rynku hazardowym jest bardzo duży.

Co prawda państwa mają pełną swobodę w regulowaniu sektora hazardowego, niemniej, jeśli nie decydują się na totalny zakaz urządzania gier hazardowych (wszystkich czy danego rodzaju), zobowiązane są wykazać spójność systemu reglamentacji. Co więcej, z faktu, iż dane państwo zamiast ogólnego zakazu wprowadza rygorystyczną reglamentację wynika konieczność szczególnie intensywnego badania takiego systemu po kątem proporcjonalności stosowanych środków¹⁰⁹. W sytuacji, kiedy państwo utrzymuje swój monopol w istotnym obszarze sektora hazardowego, czerpiąc z tego wielkie korzyści, i jednocześnie wprowadza restrykcyjną regulację i reglamentację dla pozostałych uczestników rynku z powołaniem się na konieczność walki z uzależnieniami (gdyż przesłankę skanalizowanie popytu i podaży w podlegający kontroli system mający na celu zapobieganie przestępczości w takim przypadku można uznać za akceptowalną), aksjologiczna spójność systemu może okazać się trudna do obrony¹¹⁰. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na interesujące orzeczenie ETS w sprawie C-169/07 *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH p. Wiener Landesregierung i Oberösterreichische Landesregierung (Hartlauer)*¹¹¹, w którym Trybunał uznał za sprzeczny z Traktatem system reglamentacji w sektorze opieki zdrowotnej (konkretnie w sferze opieki dentystrycznej) w Austrii z powołaniem się na brak spójności i systematyczności systemu (powołując się m.in. na standard wyznaczony w orzeczeniu w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*). Według Trybunału rzeczony system był niespójny, i tym samym naruszający bez odpowiedniego uzasadnienia swobodę zakładania przedsiębiorstw¹¹².

Nie jest zamiarem autora dokonywanie oceny spójności systemu prawa hazardowego w Polsce, a jedynie uwypuklenie określonych potencjalnych

¹⁰⁸ Zob. w *Preferencje Polaków, Automaty o niskich wygranych. Blog o automatach i loteriach*, <http://net-automaty.info/tagi/automaty-o-niskich-wygranych/>.

¹⁰⁹ Tak słusznie Rzecznik Generalny A.M. La Pergola w opinii w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*, ust. 38.

¹¹⁰ Zob. podobna uwaga w kierunku fińskiej regulacji prawnej w opinii Rzecznika Generalnego A.M. La Pergoli w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*, ust. 38.

¹¹¹ Zb. Orz. 2008, s. II-00299.

¹¹² Zob. ust. 55–63 uzasadnienia orzeczenia. Orzeczenie to zapadło wbrew opinii Rzecznika Generalnego Y. Bota – zob. opinia z 9.9.2008 r. w sprawie C-169/07 *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH p. Wiener Landesregierung i Oberösterreichische Landesregierung*, Zb. Orz. 2008, s. II-299, ust. 124 oraz ust. 133.

problemów, którym prawdopodobnie rząd polski będzie musiał stawić czoła w przyszłości. Wskazać można jedynie, na marginesie, na stojące przed potencjalnym konsumentem duże możliwości uprawiania gier hazardowych. Podobnie analizy wymagała będzie ilość kasyn oraz gier na automatach z chwilą, kiedy nowa regulacja prawna w pełni zostanie wdrożona (ocena czy podaż gier hazardowych zmalała czy wzrosła).

Zdaniem autora można mieć określone zastrzeżenia do nowej regulacji prawnej pod kątem jej proporcjonalności. W szczególności sprzeczne z zasadą proporcjonalności wydaje się objęcie przez nową ustawę surową reglamentacją gier na automatach, w których to grach bądź można wygrać jedynie kontynuację gry bez dodatkowej opłaty, bądź wręcz nic nie można wygrać (czysta rozrywka). Takie rozwiązanie prawne zdaje się być nieadekwatne do określonego przez ustawodawcę celu, tj. walki z szarą strefą oraz ochrony jednostek przed uzależnieniem od hazardu¹¹³. Po pierwsze zauważyć można, iż przedmiotowe ograniczenia są nieprzydatne do realizacji wskazanego celu – w zasadzie można w ogóle podważyć związek ograniczenia z celem, gdyż opisane gry w istocie nie stanowią gier hazardowych a jedynie gry rozrywkowe (zob. w szczególności opinia Dámasa Ruiz-Jarabo Colomera, przywoływana obszernie wyżej). Co prawda w Portugalii automaty rozrywkowe podlegają określonej reglamentacji (co zdaje się znajdować akceptację ETS), jednak nie na takim poziomie jak w Polsce. Po drugie, wskazane ograniczenia nie są konieczne do osiągnięcia określonego celu – można sobie wyobrazić szereg środków znacznie mniej ingerencyjnych i restrykcyjnych, realizujących wytyczone przez państwo cele z podobną efektywnością (franc. *effet utile*). Przykładowo, w zakresie walki z nadużyciami finansowymi i szarą strefą w pełni wystarczy wzmocnienie kontroli i nadzoru skarbowego oraz policyjnego (obecne regulacje dotyczą tak zarówno nieuczciwych przedsiębiorców, jak i tych dotychczas w pełni uczciwych). Na takie środki w miejsce monopolu państwa oraz rygorystycznej reglamentacji zwraca uwagę Rzecznik Generalny Nial Fenelly w swej opinii przedłożonej 20.5.1999 r. w sprawie C-67/98 *Questore di Verona p. Diego Zenatti*¹¹⁴. Z kolei w zakresie zwalczania uzależnień warto pomyśleć o opiece zdrowotnej i społecznej nad osobami uzależnionymi. Na marginesie zauważyć można, iż walka z uzależnieniami w obecnym systemie może być trudna wobec występowania na rynku tak szerokiego wachlarza zarówno gier hazardowych, jak i zręczno-

¹¹³ Por. E. Kosiński, *Wygrana rzeczowa – glosa...*, s. 36–37.

¹¹⁴ Zb. Orz. 1999, s. I-7289. Zob. ust. 29 opinii.

ściowych czy zależących od wiedzy (przykładowo różnego typu gry oferowane przez telewizje komercyjne, sieci telefonii komórkowej, czy internet, wdzierające się bez ograniczeń do domów, telefonów i komputerów obywateli). Po trzecie, wszystko wskazuje na to, że przyjęte rozwiązanie nie spełnia kryterium proporcjonalności *sensu stricto* – tj. nadmiernie ogranicza wolność tak jednostki (w obszarze swobody decydowania o swej rozrywce), jak i przedsiębiorców (wolność gospodarcza).

Określone poparcie powyższej tezy znaleźć można w orzeczeniu ETS w sprawie C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH p. Heinrich Bauer Verlag (Bauer Verlag)*¹¹⁵, w której Trybunał rozważał zakwalifikowanie do kategorii gier hazardowych krzyżówek zawieranych w austriackim tygodniku „Laura”, publikowanym przez wydawnictwo Heinrich Bauer Verlag. Pośród osób, które prawidłowo rozwiązywały krzyżówki i przesyłały je w terminie do redakcji pisma, rozlosowywano nagrody. Trybunał odmówił traktowania opisanego zjawiska jako gry hazardowej argumentując, iż sposób korzystania z uzyskanych środków na tyle różni się od loterii, oraz skala przedmiotowego zjawiska jest na tyle mała, aby w istocie powodować realne zagrożenie społeczne, w tym zagrożenie przestępczością i nadużyciami¹¹⁶. Trybunał nadto uznał, że oferowanie przedmiotowych krzyżówek przez wydawcę pisma nie stanowi samo w sobie działalności gospodarczej, a jedynie określony aspekt uboczny działalności wydawniczej. Co istotne, Trybunał w orzeczeniu zauważył, iż nie powinno się traktować jednorodnie wszelkich zjawisk mogących, z formalnego punktu widzenia, być kwalifikowanymi jako gry hazardowe. Nie można bowiem przyznawać państwu członkowskim nazbyt daleko idącego uznania w zakresie ograniczania swobód traktatowych z powołaniem się na ochronę obywateli przed zgubnymi skutkami angażowania się w hazard, zwalczanie przestępczości oraz utrzymanie ładu społecznego, jeśli charakter danej gry wskazuje na jej znikomy wpływ na wymienione wartości¹¹⁷. Powyższe niezwykle dobitnie wyraził także Rzecznik Generalny Giuseppe Tesauro w jego opinii z 13.3.1997 r. w sprawie C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH p. Heinrich Bauer Verlag*¹¹⁸. Stwierdził on, iż

¹¹⁵ Zb. Orz. 1997, s. I-03689.

¹¹⁶ Zob. ust. 20–22 uzasadnienia orzeczenia w sprawie C-368/95 *Bauer Verlag*. Orzeczenie to przywołane jest z aprobatą w uzasadnieniu orzeczenia ETS w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*, ust. 16–18.

¹¹⁷ Ibidem, ust. 20.

¹¹⁸ Zb. Orz. 1997, s. I-3689.

...w sposób oczywisty, gdyby było inaczej, to jest gdyby rozstrzygnięcie w sprawie Schindler miało zastosowanie do wszystkich gier hazardowych, to znacząco do każdego ciągnięcia losów z możliwością wygranej, niezależnie od skali i rozmiarów danej gry, [...], groźne i w pełni poza kontrolą naruszenia podstawowych wolności gwarantowanych przez Traktat stałyby się w pełni możliwe. Jakikolwiek ograniczenia tych wolności, o czym nie trzeba wspominać, muszą stanowić wyjątki wąsko sformułowane oraz winny być poddane rygorystycznemu testowi proporcjonalności¹¹⁹.

Pewne argumenty na korzyść nowych polskich rozwiązań prawnych znaleźć można w sprawie C-124/97 *Läärä i in.*, w której Trybunał zmuszony był rozważyć skalę zagrożeń niesionych przez gry na automatach. Rzecznik Generalny Antonio Mario La Pergola w swej opinii w sprawie C-124/97 *Läärä i in.* zauważa, iż porównując do loterii zagrożenie społeczne związane z grami na automatach może być uznane za mniejsze, jako że automaty dostarczają raczej rozrywki aniżeli przynoszą wielkie wygrane pieniądze. Loterie z kolei mogą dać wyłącznie wygraną, bez elementu rozrywki¹²⁰. Niemniej, zdaniem Antonio Mario La Pergoli, pomimo znacznie mniejszego zaangażowania finansowego, gry na automatach także wiążą się z niebezpieczeństwem przeniknięcia przez zorganizowaną przestępczość, zjawiskiem prania brudnych pieniędzy, czy nadużyciami¹²¹. W następstwie tego restrykcyjne środki stosowane przez państwo względem gier na automatach mogą być uzasadnione¹²². Przypomnieć jednakże należy, iż w Finlandii wygrane w grach na automatach mogą mieć wyłącznie wymierną wartość pieniężną.

Zastosowanie testu z orzeczenia ETS w sprawie C-368/95 *Bauer Verlag* może dać odpowiedź na dwa ważne pytania: po pierwsze czy automaty nieoferujące wygranej wymiernej w pieniądzu w istocie stanowią gry hazardowe oraz, po drugie, czy ich prowadzenie stanowi samodzielną działalność gospodarczą czy też ewentualnie li tylko aspekt uboczny innej przedmiotowo działalności (puby, stacje benzynowe)¹²³. Potencjalna odpowiedź negatywna na pierwsze pytanie, oraz przy drugim pytaniu odpowiedź negatywna na

¹¹⁹ Ust. 16 opinii.

¹²⁰ Pogląd ten można uznać za dyskusyjny. Wydaje się, iż uczestnicy loterii także czerpią z niej określoną rozrywkę.

¹²¹ Zob. ust. 33 opinii.

¹²² Ibidem.

¹²³ Test ten stosuje ETS w konkretnych sprawach – zob. orzeczenie w sprawie C-67/98 *Zenatti*, ust. 17 uzasadnienia.

pierwszą kwestię oraz pozytywna co do kwestii drugiej, zasadniczo rozstrzyga zagadnienie przydatności wprowadzonych środków reglamentacji.

Podkreślenia na koniec wymaga, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości pozostawia ocenę czy dane ustawodawstwo krajowe w istocie jest zgodne z zasadą proporcjonalności, w tym czy realnie służy realizacji wytyczonych przez państwo celów, wyłącznie sądom krajowym¹²⁴. Wynika to przede wszystkim z faktu braku harmonizacji przepisów prawa hazardowego na szczeblu unijnym¹²⁵.

W konsekwencji to do polskich sądów należeć będzie ocena rozwiązań nowej ustawy hazardowej pod kątem ich przydatności, konieczności i proporcjonalności.

¹²⁴ Zob. liczne orzecznictwo ETS w tym zakresie, m.in. w sprawie C-67/98 *Zenatti*, ust. 37; w sprawie C-395/05 *Antonello D'Antonio i in.*, Zb. Orz. 2007, s. I-24; w sprawie C-466/05 *Gianluca Damonte*, Zb. Orz. 2007, s. I-27; w sprawie C-191/06 *Aniello Gallo i Gianluca Damonte*, Zb. Orz. 2007, s. I-30; czy w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.* (pkt 2 rozstrzygnięcia oraz ust. 58 uzasadnienia). Zob. nadto m.in. opinia Rzecznika Generalnego Y. Bota w sprawie C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional Lisboa*, ust. 254–258.

¹²⁵ Por. opinia Rzecznika Generalnego Y. Bota w sprawie C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, ust. 256.