Folia Iuridica Wratislaviensis
2014, vol. 3 (1), 139–184

Dariusz Barwaśny
Uniwersytet Wrocławski

Zasady świadczenia usług w zakresie gier hazardowych w prawie Unii Europejskiej

1. Zagadnienia wstępne

„Wielu moralistów potępia loterie i nie jest w stanie dostrzec niczego szlachetnego w pasji zwyczajnego gracza. Oceniają oni hazard tak, jak niektórzy ateiści oceniają religie – przez pryzmat ekscesów”[1].

1.1. Znaczenie zjawiska hazardu i pojęcie gier hazardowych

Hazard jest zjawiskiem złożonym; zjawiskiem, którego pełne ujęcie zakłada przyjęcie spojrzenia wielopłaszczyznowego i aplikację metody stosującej integrację zewnętrzną dyscyplin naukowych. W niniejszej pracy podstawową rolę odgrywać będzie analiza problematyki prawnej i choć inne aspekty tego zjawiska również będą poruszane, to stanowić będą perspektywy pomocnicze – służebne wobec perspektywy jurydycznej. Nie są one jednak bez znaczenia – wręcz przeciwnie, to właśnie one wprowadzają elementy stanowiące o atrakcyjności i kontrowersyjności tego tematu.

Gry hazardowe są uprawiane od dawna. Długa jest też historia zakazów z nimi związanych[2]. Uczestnictwo w tym procederze jest karane, m.in. w islamie[3]. Również chrześcijaństwo nie patrzy na hazard przychylnym okiem[4]. Wraz z laicyzacją społeczeństwa

---

1 Ch. Lamb, *Essays of Elia*, Edinburgh 1885.

2 „Na początku II wieku n.e. w Rzymie podjęto pewne działania w celu zakazania gier; grający otrzymywali kary grzywny oraz byli skazywani na wygnanie. W średniowieczu Kościół potępiał gry hazardowe. Oskarżano je o to, że zachęcają do kłamstwa, zdrady, kradzieży, bójek, zabójstw, sprzyjają uzależnieniom, chciwości oraz pijaństwu. Były zakazane przez wielu władców w Anglii, Francji, w Świętym Cesarstwie Rzymskim Narodu Niemieckiego. W 1215 r. Sobór Laterański IV zakazał wszelkich gier, za wyjątkiem szachów”. (*Würfeln, wetten, Karten spielen – Die Geschichte des Glücksspiels*, „Damals” 4/2008, s. 25, [za:] BwinLiga, przypis 14 z opinii Rzecznika Generalnego, dalej jako ORG).

3 Koran wprost potępia hazard. Hazard jest w krajach muzułmańskich albo całkowicie zakazany albo na jego organizację są nałożone znaczne ograniczenia (P. Binde, *Gambling and religion: Histories of concord and conflict*, „Journal of Gambling Issues” 6/2007, s. 153).

4 Chrześcijańska krytyka hazardu opiera się na czterech elementach: 1) domniemanej chciwości graczy, 2) hazardzie, jako posiadającym demoniczne moce, 3) hazardzie, jako będącym sprzecznym z chrześci-

i wzrostem znaczenia pierwiastka materialistycznego zmieniły się również zapatrywania dotyczące hazardu[5]. Nadal jednak powszechne opinie opierają się na paradygmacie o bezwzględnej szkodliwości uprawiania tych gier, z tym że dawne zakazy religijne zastąpiły obostrzenia prawne.

Niezwykle istotny dla tematu podjętego w pracy jest fakt, że sektor hazardowy ma obecnie coraz większe znaczenie ekonomiczne. W 2011 roku roczne przychody osiągnięte w branży hazardowej osiągnęły 85 miliardów euro z przewidywanym wzrostem rocznym w wysokości 2,8%[6]. W związku z rozwojem technologii skutkującym możliwością świadczenia usług za pomocą różnych kanałów dystrybucji, w tym internetu oraz innych środków komunikacji dokonywanej na odległość, najszybciej rozwijającą się częścią sektora gier hazardowych jest sektor gier hazardowych oferowanych *online*. Przewiduje się, że w 2015 roku wygeneruje on dochody w wysokości 13 miliardów, co stanowić będzie już ponad 14% całości dochodów przynoszonych przez te gry[7].

Problematyka hazardu doczekała się wielu opracowań zarówno w prawoznawstwie, jak i w innych dziedzinach humanistyki. Mimo że przedmiotowe zagadnienie stanowi relatywnie nowy obszar analiz podjętych przez jurysprudencję państw Unii Europejskiej (dalej jako UE) – dziedzinę zawierającą stosunkowo niewielki materiał badawczy[8] – istnieje kilka obszernych opracowań w tym zakresie. Dominują jednak artykuły analizujące poszczególne orzeczenia, co nie sprzyja dokonaniu analizy problemowej. W Polsce tematyka ta jest zdecydowanie bardziej uboga; co więcej nie stworzono do tej pory żadnego opracowania, które można by nazwać wyczerpującym. Polskie analizy dokonywane na kanwie tego zagadnienia są fragmentaryczne, a często nawet czynione przy okazji omawiania innej tematyki lub wręcz jako dodatek przewidziany w przypisie. Dlatego też niniejsza praca opiera się w dominującym stopniu na publikacjach zagranicznych.

W związku z deficytem szerszych badań konieczne staje się pilne podjęcie próby bardziej kompleksowej i pełnej analizy problematyki prawnej organizowania gier

jańską kosmologią i 4) hazardzie, jako niepożądanej alternatywie dla religii w kwestiach dotyczących przeznaczenia, nieznanego i transcendencji. *Ibidem*, s. 157.

5 W dzisiejszym społeczeństwie bowiem „hazard oferuje nadzieję na nowe, lepsze życie, otwiera drogę do szczęścia jako świecki odpowiednik łaski, dostarcza transcendentnych doświadczeń i zapewnia styczność z losem, przeznaczeniem – z nieznanym". *Ibidem*, s. 158.

6 Dokument Komisji – Hazard *online* na rynku wewnętrznym – towarzyszący Komunikatowi Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Społeczno-Ekonomicznego i Komitetu Regionów „W stronę kompleksowych europejskich ram dla hazardu *online*" z 23 października 2012 r. (dalej jako Dokument Komisji dotyczący Komunikatu), s. 9.

7 *Ibidem*, s. 9.

8 Pierwsze orzeczenie w sprawie dotyczącej hazardu zostało wydane w 1994 r. (wyrok Trybunału z dnia 24 marca 1994 w sprawie C-275/92 *Schindler*, ECR 1994 I-01039 (dalej jako *Schindler*). Do momentu zakończenia niniejszej pracy wydano około trzydzieści orzeczeń relewantnych dla unijnego prawa hazardowego.

hazardowych w prawie UE. Przeprowadzenie analizy tego tematu ma istotne znaczenie zarówno dla nauki prawa Unii Europejskiej, jak i dla praktyki działalności gospodarczej, na co wskazują wcześniej poczynione ustalenia dotyczące ekonomicznych uwarunkowań tego sektora usług.

Należy podkreślić, że istotą niniejszego zagadnienia jest odpowiedź na pytanie: jaka jest treść prawa Unii Europejskiej regulującego działalność w zakresie gier hazardowych i jakie są cechy tego sektora prawa. Ten generalnie nakreślony cel opracowania sprowadza się w rzeczywistości do odpowiedzi na szereg pytań szczegółowych: w jakim stopniu na kształt prawa hazardowego mają wpływ państwa członkowskie, jaka jest rola Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE lub Trybunał) w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w sprawach dotyczących hazardu, jakie są cechy przynależne temu orzecznictwu i jakim zmianom ono podlegało. Autor stawia sobie cel przede wszystkim deskryptywny i eksplanacyjny. Po pierwsze w związku z wcześniej przedstawionym stanem nauki w pracy zostaną omówione prawo i orzeczenia mające znaczenie dla ustalenia zasad prowadzenia działalności gospodarczej w Unii Europejskiej. Takie zamierzenie jest przyjęte w celu uporządkowania wiedzy naukowej na ten temat. Po drugie materiał opisowy zostanie poddany analizie wyjaśniającej obecny stan unijnego prawa hazardowego i przyczyny jego obecnej kondycji normatywnej.

Niniejsza praca oparta będzie na trzech podstawowych źródłach: 1) przepisach prawa pierwotnego i wtórnego wraz z komplementarnymi wobec nich dokumentami organów UE, 2) orzeczeniach TSUE wraz z opiniami rzeczników generalnych oraz na 3) poglądach wyrażonych w doktrynie. Należy również podkreślić, że pośród dwóch sposobów badania hazardowego orzecznictwa TSUE występujących w literaturze autor zasadniczo wybrał metodę przedmiotową, która materię badawczą łączy według podobieństwa problematyki, a zasadniczo odrzucił metodę historyczną, która przedstawia zagadnienie wyłącznie chronologicznie, według czasu podjęcia określonego orzeczenia. Zdaniem autora taki sposób lepiej przyczyni się do spełnienia celu dydaktycznego niniejszego opracowania.

Generalnie zatem zadanie, jakie postawił sobie twórca tej pracy, to nakreślenie aktualnego stanu unijnego prawa hazardowego – zasad, na jakich mogą być świadczone usługi w zakresie gier hazardowych. Dodatkowo, autor spróbuje poprzez szerokie przedstawienie dorobku doktryny prawa UE odpowiedzieć na pytanie, czy cele, które stoją u podstaw wprowadzenia w ustawodawstwie krajowym przepisów ograniczających, mogłyby być osiągnięte przy zastosowaniu w przedmiotowym sektorze bardziej liberalnego podejścia; słowem, czy obawy państw członkowskich dotyczące ryzyka, jakie niesie ze sobą organizacja tych gier, są uzasadnione.

Pojęcie hazardu[9], choć intuicyjnie zrozumiałe, jest wyrażeniem nieostrym znaczeniowo. *Słownik języka polskiego* podaje, że słowo hazard oznacza „niebezpieczne przedsięwzięcie, którego wynik jest wątpliwy i zależny wyłącznie od przypadku, ślepego losu; ryzyko"[10]. Losowość jest zatem podstawową cechą wspólną dla gier hazardowych. W związku z tym, że czynnik ten w mniejszym lub większym stopniu występuje w innych grach czy też innych dyscyplinach sportu, należy stwierdzić generalnie, że wpływ czynnika losowego na grę w tym przypadku jest znacznie większy i ma znaczenie podstawowe. Wątpliwości mogą się jednak pojawić w przypadku gier, w których oprócz czynnika losowego występuje w dużym stopniu czynnik umiejętności[11]. O ile bowiem w ruletce wygrana zależy wyłącznie od szczęścia, o tyle w pokerze umiejętność gry w dłuższym okresie zawsze przeważa nad przypadkiem[12]. Pytanie zatem, jak w orzecznictwie TSUE dotyczącym gier hazardowych traktowane są poszczególne gry?

Trybunał, niestety, nie podjął się głębszej analizy tego zagadnienia. Przede wszystkim w sprawie *Läärä*[13] dokonał uniwersalizacji swoich zapatrywań przedstawionych w sprawie *Schindler*; odtąd rozwiązania, które zastosowano w odniesieniu do loterii, miały dotyczyć innych form hazardu[14]. Państwo zatem może swobodnie zaszeregować daną grę do kategorii gier hazardowych lub traktować ją podobnie do innych dyscyplin, np. szachów, jako grę sportową. Należy stwierdzić, że swoboda państw w tym zakresie wydaje się być ograniczona przez zdrowy rozsądek, który oddziela wyraźnie „gry na

---

9 Nazwa hazard pochodzi o arabskiej nazwy kości – *Azard*. Od arabskiej wersji tego słowa pochodzą wyrazy *azzardo* w języku włoskim, *azar* w języku hiszpańskim oraz *hasard* w języku francuskim (*BwinLiga*, 7 przypis w opinii Rzecznika Generalnego).

10 B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996, s. 302. Natomiast hazardzista to „osoba, która podejmuje ryzykowne przedsięwzięcia, lubiąca ryzyko; ryzykant" – *ibidem*, s. 302.

11 „W celu uniknięcia tego, że niektóre gry nie zostaną objęte definicją gier hazardowych, ponieważ element umiejętności może w danej grze przeważać i będzie istniało ryzyko niespójności, pojęcie gier losowych powinno również obejmować gry zawierające zarówno element losowy, jak i element umiejętności. Dotyczy to gier, w których wynik nie jest wyłącznie przypadkowy, ale zależy w pewnym zakresie od umiejętności lub wiedzy uczestnika (np. poker lub zakłady bukmacherskie). Należy jednak mieć na uwadze, że rozróżnienie takich gier nie zawsze jest łatwe do przeprowadzenia i w związku z tym było przedmiotem wielu postępowań na szczeblu krajowym", (Dokument Komisji dotyczący Komunikatu, s. 7).

12 Teza o tym, że poker jest grą umiejętności, stanowi wniosek m.in. w analizie M. Czajkowskiego, *Poker – gra szczęścia czy umiejętności? Przegląd analiz teoretycznych i empirycznych oraz wnioski dla regulacji*, opublikowano pod adresem internetowym: www.miq.woee.pl/images/stories/poker/Poker.gra.szczescia.czy.umiejetnosci.pdf (dostęp: 20.06.2013). Wydaje się, że Komisja również zdaje sobie sprawę z konieczności odmiennego traktowania pokera, o czym może świadczyć wyodrębnienie kategorii „graczy zarabiających na życie jako profesjonalni hazardziści (np. profesjonalni gracze pokerowi)", (Dokument Komisji towarzyszący Zielonej Księdze w sprawie gier hazardowych oferowanych w Internecie w obrębie rynku wewnętrznego z 24 marca 2011 r., dalej jako Dokument Komisji dotyczący Zielonej Księgi), s. 3.

13 Wyrok z 21 września 1999 r. w sprawie C-124/97 *Läärä i inni*, ECR 1999 I-06067 (dalej jako *Läärä*).

14 W sprawie *Zenatti* (wyrok z 21 października 1999 r. w sprawie C-67/98 *Zenatti*, ECR 1999 I-07289, dalej jako *Zenatti*) natomiast postulowano konieczność dokonania odrębnej oceny w przypadku zakładów sportowych, ze względu na to, że stanowią one grę umiejętności (pkt 13).

pewno hazardowe" od tych „na pewno nie hazardowych" – swoboda ta wydaje się być zatem limitowana przez „istotę" gier hazardowych, czyli losowość. Można przypuszczać więc, że ze względu na obecny stan prawa hazardowego w UE opartego na orzecznictwie oraz tradycyjne postrzeganie gier, w których umiejętności stanowią czynnik podstawowy, państwa nie będą zmuszone do bardziej liberalnego traktowania ich. Takie podejście budzi jednak wątpliwości między innymi ze względu na obowiązek uwzględnienia przy ocenie zasady proporcjonalności i wynikającą z niej konieczność gradacji wymogów co do poszczególnych gier[15].

W prawie UE brak jest jednolitej definicji gier hazardowych, a nawet definicji w klasycznym rozumieniu tego słowa. Warty podkreślenia jest natomiast fakt, że akty prawa wtórnego, które wprost mówią o hazardzie, czynią to w sposób niejednolity i niekonsekwentny, co może budzić wątpliwości z punktu widzenia pewności prawa. Mimo tych wątpliwości natury językowej Trybunał Sprawiedliwości nie przedstawił żadnych specjalnych wskazówek dotyczących interpretacji definicji użytych w prawie wtórnym[16]. Podsumowując, należy zatem generalnie stwierdzić, że podstawową przesłanką uznania gry za hazardową jest pieniężny oraz (mniej lub bardziej) losowy jej charakter.

1.2. Gry hazardowe w przepisach prawa pierwotnego i wtórnego

Prawo pierwotne nie wspomina wprost o hazardzie, jednak zastosowanie do gier hazardowych jako usług mogą mieć przepisy TFUE[17] dotyczące podstawowych swobód rynku wewnętrznego: art. 49 w przypadku usług i art. 43 w przypadku przedsiębiorczości. Na podstawie tych przepisów zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową i nakładanie innych nieuzasadnionych odpowiednio ograniczeń na prowadzenie działalności. 24 marca 1994 roku Trybunał wydał orzeczenie w sprawie *Schindler*. Postępowanie dotyczyło tego, czy przepisy brytyjskie zakazujące podmiotom zagranicznym świadczenia usług hazardowych są zgodne z prawem UE, ściślej – czy nie stanowią naruszenia swobody świadczenia usług. W ww. wyroku Trybunał przesądził, że gry hazardowe mają charakter ekonomiczny. Traktat bowiem stwierdza, że zastosowanie do niego mają wszystkie usługi normalnie świadczone za wynagrodzeniem – jest to traktatowa definicja usług na potrzeby stosowania przepisów dotyczących swobody ich świadczenia[18]. Celem operatorów świadczących te usługi jest zasadniczo zysk, a zysk jest podstawową kategorią ekonomiczną. Na ocenę możliwości

[15] Mimo że w kilku orzeczeniach lub opiniach rzeczników generalnych przewidywano konieczność zróżnicowania oceny, nie było to do tej pory przedmiotem głębszej analizy Trybunału.

[16] Dokument Komisji dotyczący Komunikatu, s. 7.

[17] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana z 26 października 2012 r. (Dz. Urz. UE, Nr 2012/C 326/01) – dalej jako TFUE.

[18] *Ibidem*, pkt 19.

zastosowania przepisów nie ma wpływu losowy charakter gier, ich funkcja rekreacyjna, przeznaczenie zysku na cele publiczne, organizacja przez państwo lub specjalnie utworzone w tym celu podmioty. Co do pobudek gracza to mają one przecież również charakter ekonomiczny, a nie wszystkie zyski operatora są przeznaczane na cele publiczne. Słowem, fakt, że świadczenie tych usług może być uznane przez niektórych za moralnie wątpliwe, nie wyklucza tych gier z zakresu zastosowania Traktatu.

Jeżeli chodzi o prawo wtórne, to prowadzenie działalności w sektorze hazardu nie jest zharmonizowane na poziomie europejskim. Oznacza to, że prawo UE wyznacza państwom członkowskim tylko pewne granice dotyczące podstawowych kwestii związanych z grami hazardowymi. Istnieje jednak kilka aktów prawa wtórnego, które poświęcają mniej lub więcej uwagi tej dziedzinie działalności gospodarczej. Przepisy te traktują zasadniczo o kwestiach drugorzędnych (pobocznych) – dodatkowych dla świadczenia usług, jednak i w tym przypadku da się zauważyć szczególny sposób traktowania gier hazardowych na poziomie unijnym, zasadniczo bowiem gry te są wprost wyłączone z zakresu zastosowania tych aktów. Należy jednak podkreślić, że choć większość dyrektyw wyłącza przedmiotową dziedzinę z zakresu swojego zastosowania, to nie wszystkie czynią to na podstawie specyficznych kulturalnych uwarunkowań tego sektora. Podsumowując, prawo wtórne po pierwsze, nie zawiera żadnych istotnych norm materialnoprawnych odnoszących się do hazardu, lecz reguluje jedynie kwestie formalne; po drugie, kiedy wprowadza mechanizm ułatwiania handlu transgranicznego w postaci obowiązku zastosowania zasady państwa pochodzenia (*country of origin principle*), wprost wyłącza z zakresu przedmiotowego działalność w zakresie gier hazardowych[19].

1.3. Zastosowanie przepisów wyłączających swobody

W pierwszych sprawach dotyczących gier hazardowych Trybunał przyznał, że mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące swobody przepływu usług. Podmioty zagraniczne zatem mogą korzystać z uprawnień, jakie przyznaje w tym zakresie traktat w celu nieskrępowanego prowadzenia działalności gospodarczej. Swoboda przepływu usług nie jest jednak absolutna. Art. 52 TFUE przewiduje tzw. klauzule derogacyjne, które obok przesłanek dotyczących działalności związanej z wykonywaniem władzy publicznej stanowią podstawy uzasadniające wprowadzenie ograniczeń w swobodzie przepływu usług. Do tych przesłanek należy ochrona porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego oraz zdrowia publicznego. W sprawach dotyczących gier hazardowych próbowano powoływać kilkukrotnie przesłanki derogacyjne w celu uzasadnienia restrykcji krajowych, najczęściej tytułem subsydiarnym. Należy podkreślić, że oprócz samego

[19] *Ibidem*, s. 225 oraz 228.

charakteru przesłanek[20] istnieje jedna, niezwykle ważna różnica między tymi dwoma podstawami wyłączenia przepisów dotyczących podstawowych swobód. O ile wymóg imperatywny w postaci chęci przeciwdziałania negatywnym skutkom gier hazardowych może być uzasadniony w wypadku, gdy przepisy ograniczające nie mają charakteru dyskryminacyjnego, o tyle taki wymóg nie jest przewidziany w wypadku klauzul derogacyjnych[21]. Takie ułatwienie stanowić może zatem niezwykle atrakcyjną podstawę dla uzasadnienia krajowych przepisów ograniczających. Co więcej, przesłanka porządku publicznego jest pojemna treściowo, przez co stwarza możliwość częstszego powoływania jej przez państwa. Trybunał jednak ze względu na daleko idące konsekwencje oraz wyjątkowy charakter tych przesłanek[22] ostrożnie akceptuje powołanie się na te podstawy, przy czym nigdy, z wyjątkiem sprawy *Omega*, nie zgodził się na to w sprawach hazardowych[23], jak przyznaje się bowiem w orzecznictwie, klauzule derogacyjne mają zastosowanie tylko w wypadku dziedzin mających fundamentalne znaczenie dla społeczeństwa[24].

W sprawie *Gebhard*[25] Trybunał podsumował obowiązywanie w prawie UE doktryny wymogów imperatywnych. Są to podstawy uzasadniające wyłączenie przepisów dotyczących swobód rynku wewnętrznego, ale nieznajdujące się wprost w katalogu z art. 52 TFUE. Trudno bowiem „wykluczyć istnienie kategorii świadczeń, które uznawane za legalne i możliwe do wykonywania za wynagrodzeniem w niektórych państwach, w innych kwalifikowane są jako całkowicie bezprawne i niedopuszczone do obrotu”[26]. Rozwijająca się już przez ponad trzydzieści lat doktryna wymogów imperatywnych znacznie rozbudowała katalog przesłanek orzeczniczych i w związku z tym istotnie

[20] Wymogu imperatywnego bowiem, obecnego w sprawach hazardowych, nie można wywieść z ogólnej przesłanki porządku publicznego. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 300.

[21] Przepisy krajowe jednak muszą również spełniać warunek proporcjonalności. Por. wyrok Trybunału z dnia 9 września 2010 r. w sprawie C-64/08 *Engelmann,* ECR 2010 I-8219 (dalej jako *Engelmann*), pkt 1 sentencji.

[22] „Pojęcie porządku publicznego w kontekście wspólnotowym, a w szczególności, jeżeli chodzi o uzasadnienie ograniczenia podstawowej zasady swobodnego świadczenia usług, powinno być interpretowane w sposób wąski, aby jego zasięg nie był określany jednostronnie przez każde Państwo Członkowskie bez kontroli przez instytucje Wspólnoty” – wyrok Trybunału z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs – GmbH*, ECR 2004 I-09609 (dalej jako *Omega*), pkt 30.

[23] Stanowi to jedną ze nieprzekraczalnych granic postawionych dla szerokiej swobody państw w tym sektorze.

[24] Należy bowiem wykazać istnienie „zagrożenia mającego wpływ na podstawowe interesy społeczeństwa”, *Engelmann*, pkt 59 ORG.

[25] Wyrok Trybunału z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 *Gebhard*, ECR 1995 I-04165.

[26] A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Tom I Swobody rynku wewnętrznego,* Warszawa 2008, s. 629. Podstawę wprowadzenia dodatkowych możliwości dokonania wyłączeń stanowi reguła rozsądku (ang. *rule of reason,* fr. *regle de raison*), „Zasada ta wymaga szukania równowagi pomiędzy negatywnymi i pozytywnymi skutkami aktywności przedsiębiorców”, (*ibidem*, s. 578).

ograniczyła zasięg obowiązywania fundamentalnej dla prawa UE koncepcji swobód. Za uzasadnione względy interesu publicznego uznano m.in. chęć ochrony konsumentów, zapewnienia pluralizmu w mediach czy zapewnienia spójności systemu podatkowego i skuteczności kontroli podatkowej oraz względy ochrony środowiska. Im większa przewaga w danej dziedzinie wartości publicznych nad wolnością gospodarczą, tym większa swoboda państwa w jej ograniczaniu, z tym że granice tej swobody wyznacza orzecznictwo TSUE. Ze względu na to, że orzecznictwo hazardowe TSUE dotyczy wymogu imperatywnego w postaci generalnej chęci przeciwdziałania negatywnym konsekwencjom organizacji gier hazardowych, w dalszej części opracowania zostanie przedstawiona pogłębiona analiza tych podstaw. Pierwszym etapem analizy legalności przepisów krajowych jest badanie ich dyskryminacyjnego lub niedyskryminacyjnego charakteru.

2. Przesłanki wyłączenia stosowania przepisów dotyczących swobody przepływu usług przez powołanie nadrzędnego względu interesu ogólnego

2.1. Niedyskryminacyjny charakter środka krajowego

Zasada niedyskryminacji oznacza w ogólności zakaz uprzywilejowanego traktowania podmiotów krajowych w stosunku do podmiotów zagranicznych[27]. Jest to podstawowe narzędzie zapewniające eliminację barier na wspólnym rynku – „przyjęty w tym kontekście model nie polega więc z założenia na rozbudowanych regulacjach pozytywnych, lecz ustanawianiu ogólnych gwarancji oraz wykorzystywania możliwości, jakie daje odpowiednio prointegracyjna ich wykładnia”[28]. Obowiązywanie tej zasady jest przykładem integracji negatywnej. Zdając sobie sprawę z wagi i wartości, jaką stanowi dla budowania wspólnego rynku potrzeba zmniejszenia wszelkich ograniczeń dla prowadzenia działalności gospodarczej, Trybunał rozszerzył obowiązywanie tego mechanizmu. Zakazane jest zatem wprowadzanie w ustawodawstwie krajowym środków ograniczających, które są dyskryminujące. Dotyczy to również środków, które są stosowane bez rozróżnienia, „jeżeli ograniczenia te są w stanie uniemożliwić, utrudnić lub uczynić mniej atrakcyjną działalność usługodawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, w którym zgodnie z przepisami świadczy on takie same usługi”[29]. Niewielka

[27] Podstawą prawną jej obowiązywania jest art. 18 TFUE. W interesującym nas zakresie zakaz dyskryminacji oparty jest na kryterium przynależności państwowej, natomiast warto wspomnieć, że Traktat przewiduje szczególne emanacje tej zasady. Dozwolona jest natomiast w pewnym zakresie tzw. odwrotna dyskryminacja, czyli uprzywilejowane traktowanie podmiotów zagranicznych w stosunku do krajowych.

[28] A. Cieśliński, *op. cit*., s. 305

[29] Wyrok Trybunału z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-258/08 *Ladbrokes Betting & Gaming i Ladbrokes International*, ECR 2010 I-4757 (dalej jako *Ladbrokes*), pkt 15.

i często trudno dostrzegalna jest jednak różnica między ograniczeniami niedyskryminacyjnymi a dyskryminacją pośrednią[30].

Oprócz rzeczywistej chęci przeciwdziałania uzależnieniom od hazardu i popełnianiu przestępstw państwa zdają sobie doskonale sprawę z faktu, że dochody z hazardu stanowią znaczącą część ich dochodów budżetowych. W związku z powyższym niezwykle ważna dla ochrony podmiotów zagranicznych jest zasada niedyskryminacji, ponieważ w sektorze, który w dużym stopniu ma charakter propaństwowy, stanowi ona wyraźnie postawioną cezurę dla protekcjonistycznych zamiarów państw. Ujawnienie rzeczywistych pobudek, dla których wprowadza się przepisy ograniczające, jest zatem łatwiejsze w sprawach podatkowych, w których często nie jest przestrzegana zasada równego traktowania. W sprawach hazardowych ze względu na ich specyfikę Trybunał nie orzekał wprost o niezgodności, lecz często pozostawiał ocenę sądowi krajowemu lub nawet orzekał o zgodności krajowego ustawodawstwa, mimo że, jak wskazuje się w literaturze, środki te były j a w n i e d y s k r y m i n u j ą c e[31].

W sprawie *Lindman*[32] wygraną obywatelki Finlandii w loterii zorganizowanej w Szwecji uznano za podlegającą opodatkowaniu podatkiem dochodowym, argumentując m.in., że brak opodatkowania tej nagrody zachęcałby obywateli Finlandii do uczestnictwa w zagranicznych grach hazardowych, co byłoby sprzeczne z chęcią ochrony mieszkańców przed negatywnymi skutkami tych gier[33]. Trybunał stwierdził, że mimo iż dziedzina podatków bezpośrednich należy do kompetencji państw, to muszą one tę kompetencję wykonywać zgodnie z prawem UE[34]. W związku z tym, analizując przedstawiony stan faktyczny, stwierdził, że opodatkowanie wygranych w loteriach zagranicznych stawia organizatorów tych gier w gorszej sytuacji[35]. Rząd próbował powoływać się również na nadrzędny wzgląd interesu ogólnego w postaci chęci zachowania spójności systemu podatkowego, jednak Trybunał stwierdził, że aby mógł być realizowany ten cel, musi istnieć związek bezpośredni między środkami państwowymi[36]. Ze względu jednak na to, że po pierwsze sprawa dotyczyła podatków o zupełnie odmiennej istocie (podatku dochodowego i podatku od gier), a po drugie, końcowa wysokość podatku do zapłaty w przypadku tych podatków była odmienna – taki związek nie istnieje.

---

30 A. Cieśliński, *op. cit*., s. 405.

31 A. Littler, *In a Bet there is a Fool and a State Monopoly: Are the Odds Stacked against Cross-border Gambling?*, "European Law Review" 36/2011, s. 30.

32 Wyrok Trybunału z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie C-42/02 *Lindman*, ECR 2003 I-13519 (dalej jako *Lindman*).

33 *Ibidem,* pkt 14.

34 *Ibidem,* pkt 18.

35 *Ibidem*, pkt 21.

36 *Ibidem*, pkt 22.

W związku z powyższym przepisy fińskie są dyskryminujące i dlatego należy je uznać za niezgodne z prawem UE.

W sprawie *Komisja przeciwko Hiszpanii*[37] przepisy hiszpańskie przyznawały uprzywilejowane traktowanie podmiotom publicznym oraz innym mającym siedzibę w Hiszpanii, jeśli świadczyły usługi hazardowe i jednocześnie prowadziły działalność charytatywną. Trybunał stwierdził, że niezgodne z zasadą niedyskryminacji jest uprzywilejowanie podatników na podstawie kryterium posiadania siedziby w państwie członkowskim. Przyznał, że zwolnienie może dotyczyć organizacji dobroczynnych, jednak kryterium to powinno być oparte na wskazaniu ogólnych cech i warunków, jakie powinien spełniać podmiot, a nie na szczegółowym wyliczeniu podmiotów, które mogą skorzystać z tego zwolnienia[38].

2.2. Powołanie nadrzędnego względu interesu ogólnego

Analizując orzecznictwo dotyczące gier hazardowych w aspekcie powoływania się przez państwo na pewne interesy publiczne, należy przede wszystkim stwierdzić, że państwo może ograniczyć[39] możliwość świadczenia usług hazardowych, odwołując się do interesu imperatywnego, jakim jest generalnie chęć ochrony jednostek i całego społeczeństwa przed negatywnymi konsekwencjami przeprowadzania takich gier. Według utrwalonej linii orzeczniczej brak uregulowań tego sektora usług na poziomie unijnym oraz jego specyfika[40] pozwalają państwom na dostosowanie przepisów hazardowych do poziomu ochrony, jaki wynika z przyjętego przez dane państwo systemu wartości[41]. Trybunał zauważył, że tendencja do ograniczenia lub nawet zakazywania takich gier występuje powszechnie. Stanowią one szczególną kategorię usług, w związku z czym ograniczenia w ich świadczeniu powinny być oceniane inaczej niż w przypadku typowych usług. Dlatego też przepisy krajowe mogą odzwierciedlać różny stosunek społeczeństwa do hazardu i określać indywidualną aksjologię państwa, która może przeważać nad wolnorynkową aksjologią Unii Europejskiej. Słowem, przyjęcie określonego systemu wartości determinuje przyjęty model regulacyjny[42].

---

[37] Wyrok Trybunału z dnia 6 października 2009 r. w sprawie C-153/08 *Komisja przeciwko Hiszpanii,* ECR 2009 I-09735.

[38] *Ibidem*, pkt 13.

[39] Przykładowe formy ograniczeń: wprowadzenie zakazu prowadzenia gier, wprowadzenie systemu licencji wyłącznych, wymaganie posiadania odpowiedniej formy prawnej, wymaganie posiadania kapitału zakładowego o odpowiedniej wysokości.

[40] A. Littler, *Regulatory perspectives on the future of interactive gambling in the internal market,* "European Law Review" 2/2008, s. 217.

[41] *Schindler*, pkt 59–61.

[42] J. Łacny, *Gry hazardowe w Internecie – ustępstwo wobec swobód rynku zewnętrznego?*, „Europejski Przegląd Sądowy" 1/2012, s. 21.

Tolerowanie ograniczeń swobód jest również wyrazem zasady zachowania tożsamości kulturowej państw członkowskich. W kontekście gier hazardowych oznacza to, po pierwsze, że w Unii Europejskiej istnieje możliwość zróżnicowania sytuacji prawnej każdego z państw członkowskich poprzez przyjęcie odmiennych założeń systemu ochrony społeczeństwa przed negatywnymi następstwami gier hazardowych, co w konsekwencji uzależnia ocenę legalności rozwiązań od przyjętego systemu[43]. Po drugie, na etapie sądowej kontroli sądowej przepisów krajowych przez TSUE zasada ta ma odzwierciedlenie w obowiązku konkretnej kontroli ograniczeń krajowych, który zasadza się na tym, że konkretne rozwiązanie krajowe bada się wyłącznie przez pryzmat przyjętej przez państwo podstawy aksjologicznej, co sprawia, że istnieje hipotetyczna możliwość odmiennego osądu co do takich samych przepisów, występujących w innych państwach[44].

Generalna przesłanka aksjologiczna w postaci zamiaru ochrony społeczeństwa przed negatywnymi skutkami hazardu przybiera w praktyce orzeczniczej postać formalnych przesłanek szczegółowych[45], które konstytuują katalog pozytywny nadrzędnych względów interesu ogólnego w dziedzinie prawa hazardowego Unii Europejskiej. Cele ochrony powoływane przez państwa możemy podzielić na dwie grupy na podstawie kryterium źródła zagrożenia i przedmiotu ochrony. Pierwsza grupa przesłanek odwołuje się do ochrony porządku publicznego; państwa zamierzają w tym przypadku zapewnić bezpieczeństwo przez zapobieganie zjawiskom kryminalnym, których źródłem są nieuczciwi operatorzy lub inni gracze. W związku z tym, że cechą charakterystyczną gier hazardowych jest immanentnie w nich tkwiący czynnik losowy oraz że zyski z tych gier mogą być wysokie, państwa podnoszą, że niosą one ze sobą duże niebezpieczeństwo popełniania przestępstw, w szczególności oszustw. Druga grupa przesłanek uwydatnia aspekt zdrowotny i społeczny hazardu oraz stawia sobie za cel ochronę graczy przed skutkami ich własnych, nierozważnych zachowań. Państwa, opierając ograniczenia legislacyjne na tej podstawie, argumentują, że ich celem jest zapobieżenie uzależnieniu, które oddziałuje szkodliwie zarówno na zdrowie gracza, jak i na jego otoczenie, a w związku z tym również zmniejszenie nadmiernego zainteresowania tego typu rozrywką.

Równoległe do interesów uzasadniających wprowadzenie ograniczeń, Trybunał badał te pobudki, które w jego opinii nie mogą stanowić podstaw dla takich działań,

[43] Możliwe jest zatem zarówno zróżnicowanie terytorialne, jak i czasowe tych wartości.

[44] J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007, s. 168–169.

[45] W rzeczywistości liczba powoływanych przez państwa celów ochrony jest znaczna, jednak mimo różnych sformułowań w istocie wyrażają one to samo, przez co orzecznictwo sprowadza je do kilku generalnych grup.

stwarzając tym samym katalog negatywny wymogów imperatywnych w sferze gier hazardowych. W początkowych sprawach Trybunał konsekwentnie odmawiał uznania za zasadne wszystkich interesów, które były podstawą wprowadzenia środków mających charakter finansowy i ekonomiczny[46], gdyż „zważywszy na cele jednolitego rynku niewątpliwie nie zasługują one na nadmierną ochronę"[47]. Kategoria interesów gospodarczych nie jest jednak wewnętrznie jednorodna. Z jednej strony za bezwzględnie niezgodne z prawem Trybunał uznał ograniczenia wprowadzone w obawie przed zmniejszeniem wpływów podatkowych[48], z drugiej zaś stwierdził, że chęć przeznaczenia dochodów z gier hazardowych na finansowanie działalności charytatywnej czy społecznej może być wyłącznie argumentem powoływanym dodatkowo i uboczną korzyścią wynikającą z chęci ochrony innych, niewątpliwie uzasadnionych interesów[49]. Przesłanka ta zatem nie może być traktowana jako samoistna podstawa wyłączeń[50], ale jej samodzielne powołanie może być konwalidowane przez powołanie innych przesłanek, z tym że te drugie muszą mieć charakter dominujący, zasadniczy[51]. Istnieje zatem „konieczność każdorazowego dokonania starannej oceny intencji władz krajowych i wyważenia, która przesłanka ma znaczenie dominujące, a ich decydenci muszą liczyć się z poważnymi ograniczeniami, jeżeli kierują nimi względy ekonomiczne"[52].

Brak uprawomocnienia celów finansowych wydawał się początkowo pewną i w zasadzie jedyną okolicznością jasno delimitującą szeroką swobodę państw w dziedzinie hazardu. Chroniło to z jednej strony przed hipokryzją w realizowaniu *de facto* fiskalnych celów protekcjonistycznej polityki, a z drugiej stanowiło gwarancję, by ograniczenia legislacyjne sprzyjały osiągnięciu celów, które są rzeczywiście uzasadnione aksjologicznie. Zakaz wskazywania celów o charakterze ekonomicznym budzi jednak ostatnio duże kontrowersje. W sprawie *Sjöberg*[53] Trybunał uznał za nadrzędny interes publiczny podlegający ochronie chęć zapewnienia, by hazard nie mógł być źródłem prywatnego zysku, tym samym podał w wątpliwość istnienie wyraźnej linii demarkacyjnej między

[46] Choć w sprawie *Schindler* Trybunał enigmatycznie stwierdził, że te cele „nie są bez znaczenia". *Schindler*, pkt 60. Ekonomiczne intencje były początkowo badane w kontekście formalnie powołanych interesów chronionych, później zaczęto je badać w ramach testu spójności.

[47] A. Cieśliński, *op. cit*., s. 642.

[48] Wyrok Trybunału z 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 *Gambelli i inni*, ECR 2003 I-13031 (dalej jako *Gambelli*), pkt 61. Por. również np. *Engelmann*, pkt 23.

[49] *Zenatti*, pkt 36. Podobnie powołany w pkt 51–54 sprawy *Zeturf* (wyrok Trybunału z dnia 30 czerwca 2011 r. w sprawie C-212/08 *Zeturf*, ECR 2011 I-0000) cel w postaci rozwoju obszarów wiejskich nie uzasadnia samoistnie wprowadzenia ograniczeń.

[50] *Gambelli*, pkt 62.

[51] Stanowi to zatem o istnieniu pewnego katalogu przesłanek względnie nieważnych.

[52] A. Cieśliński, *op. cit*., s. 642.

[53] Wyrok Trybunału z dnia 8 lipca 2010 r. w sprawie C-447/08, C-448/08 *Sjöberg i Gerdin*, ECR 2010 I-6921 (dalej jako *Sjöberg*).

uzasadnionymi a nieuzasadnionymi interesami, którą do tej pory wyznaczał ekonomiczny charakter tego interesu.

Podział interesów publicznych na wcześniej wskazane dwie grupy nie jest wyłącznie formalny i nie ma znaczenia tylko teoretycznego, a oprócz powołania *in abstracto* państwo musi przejść test zgodności z prawem UE badanych *in concreto* rozwiązań krajowych. Jak już wcześniej zostało wspomniane, wybór celu determinuje legalność środków w ten sposób, że w zależności od niego różna może być ocena przepisów krajowych. Państwa mogą deklarować zarówno chęć ochrony jednego celu, jak i chęć osiągnięcia kilku z nich kumulatywnie. W kwestii kumulatywności powołania przesłanek można zauważyć zdecydowaną zmianę podejścia Trybunału. Początkowo Trybunał stanowczo przyznawał, że jeżeli przesłanki są powołane wspólnie, to należy je badać razem[54] i w związku z tym środek może być uznany za legalny w świetle połączonej oceny obu przesłanek, chociaż w świetle każdej z nich, badanej indywidualnie, taki nie był. W sprawie *Gambelli* i „w sprawie Placanica Trybunał zaprzestał jednak dokonywania wspólnej oceny podstaw uzasadniających i rozróżnił argument z ochrony zdrowia i uzależnień od tego dotyczącego zapobiegania przestępczości związanej z hazardem"[55]. Stwierdzono bowiem, że przesłanki te różnią się od siebie na tyle, że należy badać przepisy krajowe odrębnie w świetle zgodności z każdą z nich[56]. Dlatego też przepisy krajowe mogą być uzasadnione przez chęć zapobiegania oszustwom hazardowym, ale jednocześnie nieuzasadnione z punktu widzenia ochrony konsumentów. Co więcej, jeśli państwo powołuje się na ochronę większej liczby interesów, to są one realizowane zgodnie z prawem UE wyłącznie, gdy każdy oceniany z osobna jest z nim zgodny.

Konsekwencją przyjęcia takiego rozumowania jest zróżnicowanie warunków, jakim musi odpowiadać regulacja krajowa w zależności od interesu, jaki chce chronić. W sprawie *Zenatti* przyjęto, że kiedy państwo powołuje interes w postaci ochrony przed oszustwami, może w tym celu korzystać z reklamy, ponieważ takie rozwiązanie jest w stanie zapewnić sprowadzenie gier nielegalnych, które odznaczają się wyższym stopniem kryminogenności, do kontrolowanego obiegu tworzonego przez legalnie działających operatorów[57]. Co więcej, takie zadanie może wymagać stworzenia nie tylko

[54] Wyrok Trybunału z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-6/01 *Anomar,* ECR 2003 I-08621, pkt 73.

[55] A. Terbea, *The internal market for gambling services and the need for a clearer proportionality test*, opublikowano pod adresem internetowym: www.lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=1628024&fileOId=1628025 (dostęp: 20.06.2013 r.), s. 47.

[56] Na zmianę podejścia mogło mieć wpływ przyjęcie w tej sprawie takiego stanowiska przez włoski Trybunał Konstytucyjny.

[57] *Zenatti*, pkt 35 i 37.

stabilnej i bezpiecznej, ale również atrakcyjnej alternatywy oferowanej przez operatora publicznego[58].

W konsekwencji należy stwierdzić, że według Trybunału generalnie reklama, nawet intensywna, nie koliduje z chęcią osiągnięcia celu w postaci zapobiegania popełnianiu przestępstw. Inaczej jest jednak w przypadku chęci ochrony graczy przed uzależnieniami. Na kanwie powyższego możemy dokonać rozróżnienia na przesłanki, które mogą być uzasadnione tylko bez istnienia ekspansywnej polityki reklamowej, i te, które mogą być uzasadnione nawet w takim przypadku[59]. Ta istotna dystynkcja zmieniła swój stanowczy charakter w sprawie *Placanica*[60]. Generalny zakaz reklamy gier przez państwowego monopolistę w przypadku prozdrowotnego celu ochrony został złagodzony przez koncept tzw. kontrolowanej ekspansji. Rozwój reklamowego aspektu orzecznictwa hazardowego sprawił, że coraz bardziej zaczęto zdawać sobie sprawę z tego, że tak jak hazard jest nieodłącznym elementem życia społecznego[61], tak i istnienie państwowego, hazardowego operatora publicznego (który – choć szczególnym –bądź co bądź jest podmiotem gospodarczym) bez umożliwienia mu prowadzenia kampanii reklamowych jest niemożliwe. W związku z tym stwierdzono, że nawet kiedy państwo stawia sobie za cel ochronę graczy przed uzależnieniem od hazardu, może za pomocą monopolisty prowadzić na rynku politykę kontrolowanej ekspansji[62]. Taka konstatacja oznacza rozluźnienie wymogów legalności krajowych ograniczeń i dalsze poszerzenie dla państw legislacyjnego pola manewru, ale nie należy też zapominać, że kontrolowana ekspansja, jak sama nazwa wskazuje, obejmuje działania o węższym zasięgu i skali niż ekspansja „zwykła" w przypadku chęci ochrony „tylko" przed oszustwami.

Drugim syndromem rozluźniania testu z Gambelli jest legitymizacja nowego celu w postaci chęci zapobiegania, by profity z gier hazardowych mogły stać się źródłem prywatnego zysku[63]. Uznanie tej przyczyny jako samoistnej przesłanki uzasadniającej ograniczenia jest kontrowersyjne. Mimo że na pozór taka argumentacja wydaje się być rezultatem przyjęcia określonej etyki, która zakazuje czerpania dochodów i zawodowego traktowania tej działalności[64], to bardziej szczegółowa analiza pozwala na ujawnienie ukrytych intencji, niebezpieczeństwa przyjęcia takiego uzasadnienia za ważne i braku uzasadnienia dla podnoszenia tego argumentu. Po pierwsze, odmówienie możliwości

---

58 Wyrok Trybunału z dnia 6 marca 2007 r. w sprawie C-338/04 *Placanica*, ECR 2007 I-01891 (dalej jako *Placanica*), pkt 55.

59 Takiego rozróżnienia dokonują S. van den Bogaert i A. Cuyvers w *Money on nothing – the case law of the EU court of justice on the regulation of gambling*, "Common Market Law Review" 48/2011.

60 *Placanica*, pkt 55.

61 Stwierdził to m.in. rzecznik generalny w pkt 40 opinii w sprawie *Läärä*.

62 *Ladbrokes*, pkt 32.

63 *Sjöberg*, pkt 1 sentencji.

64 Państwa wskazywały czasem na zdecydowane potępienie tego typu działalności w ich społeczeństwie oraz na to, że prowadzenie takiej działalności jest moralnie wątpliwe.

osiągania zysków z takiej działalności podmiotom prywatnym – niezależnie od rzeczywistych pobudek państwa – w obiektywnej analizie skutków tej czynności bezpośrednio prowadzi do tego, że zysk będzie mógł osiągać tylko państwowy monopolista[65]. Pośrednio zatem przez takie rozwiązanie państwo będzie mogło zwiększać dochody budżetowe. Nie stoi więc na przeszkodzie nic, by stwierdzić, że ta przesłanka ma charakter *de facto* ekonomiczny, a jedyną różnicą między nią a nieusankcjonowaną przez Trybunał przesłanką zwiększenia wpływów budżetowych jest wyłącznie subiektywny (postulowany) zamiar państwa. Co więcej, przy wyborze tego celu działalność będzie mogła być reklamowana w podobny sposób, jak w przypadku chęci zapobiegania oszustwom, tj. bez barier nakładanych przez koncept kontrolowanej ekspansji, ponieważ nie istnieje tu bezpośredni związek tej przesłanki z chęcią ochrony zdrowia graczy.

Najistotniejszym wreszcie skutkiem uznania tego celu jest to, że możemy mieć do czynienia w orzecznictwie dotyczącym tego sektora z rozwojem przesłanek mających wymiar moralny[66], choć formalnie nie będą one powoływane jako podstawy derogujące wprost przewidziane w traktacie. W związku z powyższym samoistną podstawą wyłączeń staną się względy etyczne wynikające z różnic w systemach moralnych, kulturalnych i religijnych każdego państwa. W takim wypadku obiektywna kontrola przepisów krajowych będzie musiała ustąpić przed dyskrecjonalną władzą państwa w określaniu celów swojej polityki według własnej skali wartości, co sprawi, że kontrola stanie się iluzoryczna.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że państwa mogą ograniczyć swobodę świadczenia usług w zakresie gier hazardowych, powołując się na chęć przeciwdziałania różnym negatywnym aspektom organizowania tych gier, pod warunkiem, że interes powoływany przez państwo jest uzasadniony na podstawie dotychczasowego orzecznictwa Trybunału. „Ocena spełnienia tych warunków, które determinują zgodność przepisów krajowych z prawem UE, spoczywa na sądzie krajowym, który w tych ramach zobowiązany jest zarówno do formalnej oceny przepisów krajowych, odnoszonej do badania tekstu prawnego, jak i do oceny ich stosowania”[67].

2.3. Proporcjonalność ograniczeń

Ustalenie istnienia w państwie chęci ochrony interesu ogólnego nie wystarczy do stwierdzenia legalności środka ograniczającego swobodę działalności gospodarczej.

---

[65] S. van den Bogaert, A. Cuyvers, *op. cit*., s. 1195.

[66] „Rozważania natury kulturowej, moralnej lub religijnej mogą bowiem uzasadniać ograniczenia swobody świadczenia usług przez podmioty prowadzące gry losowe, w szczególności w zakresie, w jakim za niedopuszczalne mogłoby zostać uznane umożliwienie czerpania prywatnych korzyści z negatywnego zjawiska społecznego lub ze słabości graczy i ich nieszczęścia” (podkreślenie – D. B.), *Sjöberg*, pkt 1 sentencji.

[67] J. Łacny, *Swoboda państw członkowskich w zakresie regulowania gier hazardowych – przegląd orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 12/2012, s. 47.

Wobec braku harmonizacji orzecznictwo Trybunału. przyznając państwom margines uznania w określaniu polityki dotyczącej gier hazardowych. musiało ustanowić pewną granicę dla tej swobody. Dowolność państwa w tej dziedzinie nie jest bowiem nieograniczona – środki ograniczające muszą być zgodne z ogólnymi zasadami traktatowymi dotyczącymi prowadzenia działalności gospodarczej. Mechanizmem, który ma za zadanie limitować arbitralność we wprowadzaniu regulacji, jest zasada proporcjonalności. „Z ogólnego i teoretycznego punktu widzenia zastosowanie tej zasady ma skutkować racjonalizacją orzekania w ten sposób, że pozwala to, by orzekanie zawierało pewien stopień neutralności, obiektywności i przewidywalności"[68].

Ogólna dyrektywa proporcjonalności zawiera w sobie w rzeczywistości trzy dyrektywy szczegółowe, które tworzą bardziej konkretne narzędzia służące do weryfikacji zgodności przepisów z prawem. Po pierwsze, instrumenty krajowe muszą być odpowiednie do osiągnięcia celu. Oznacza to, że powinien istnieć związek przyczynowy między konkretną normą prawa krajowego a celem, który zamierza się osiągnąć[69]. Po drugie, za pomocą tej zasady bada się, czy nie istnieją inne, mniej restrykcyjne środki do osiągnięcia celu. Jeśli istnieje możliwość równie efektywnego osiągnięcia celu, lecz w sposób mniej ingerujący przy tym w rynek wewnętrzny należy stwierdzić, że kryterium proporcjonalności nie zostało spełnione[70]. Trzecią dyrektywę szczegółową stanowi tzw. proporcjonalność *sensu stricto*, stanowiąca swoistą regułę kolizyjną. Za pomocą tego instrumentu sąd orzekający waży dwa interesy, których konflikt jest konsekwencją wprowadzenia środków ograniczających. „Analiza (orzecznictwa) jasno pokazuje, że Trybunał interpretuje (tę) zasadę w rozmaity, zróżnicowany sposób"[71], poprzestając czasem tylko na przeprowadzeniu jednego czy dwóch testów szczegółowych.

Generalnie autorzy opracowań uważają, że zastosowanie zasady proporcjonalności w sprawach dotyczących hazardu jest niesatysfakcjonujące[72], a według niektórych Trybunał nie dokonał w ogóle analizy proporcjonalności rozwiązań[73]. „Trybunał był

---

[68] A. Terbea, *op. cit*., s. 43.

[69] T.I. Harbo, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, "European Law Journal", Vol. 16, No. 2/2010, s. 165.

[70] Podobnie zasada ta jest rozumiana w prawie konstytucyjnym: „W odniesieniu zaś do regulacji niedotyczących sfery praw i wolności jednostki TK wyprowadza zasadę proporcjonalności z pojęcia demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). Oceniając czy nastąpiło naruszenie zasady proporcjonalności TK bada zarzut nierzetelnego, niezrozumiale intensywnego działania ustawodawcy korzystającego ze swobody regulacyjnej", B. Banaszak, *Prawo Konstytucyjne*, Warszawa 2010, s. 234–235.

[71] T.I. Harbo, *op. cit*., s. 158.

[72] S. Planzer, *The ECJ on gambling: how much discretion for the member states*?, opublikowano pod adresem internetowym: www.easg.org/media/file/vienna2010/presentations/Wednesday/1330/P5/2_Simon_Planzer.pdf (dostęp: 27.05.2013 r.), s. 10.

[73] W związku z tym „kontrola uprawnień dyskrecjonalnych w tej dziedzinie na wspólnotowym czy krajowym poziomie jest prawie nieistniejąca". S. O'Leary, J. Fernandez-Martin, *Judicial Exceptions to the*

niezwykle łaskawy w stosunku do państw członkowskich, ponieważ z łatwością zaakceptował uzasadnienia wynikające z nadrzędnych względów interesu ogólnego różnego rodzaju bez zagłębiania się w badanie ich proporcjonalności, a nawet ich dyskryminacyjnej natury[74]. W związku z obowiązkiem indywidualnego badania ograniczeń przedstawiona zostanie analiza poszczególnych środków ograniczających.

2.3.1. Proporcjonalność systemu ograniczeń

Aspektem proporcjonalności, który najpierw musiał poddać analizie Trybunał, była proporcjonalność przyjętej przez państwo formy ograniczeń. Rynek może bowiem być bardziej lub mniej otwarty dla podmiotów prywatnych w zależności od stosunku państwa do zjawiska hazardu. Mimo sprzeciwów operatorów prywatnych już w sprawie *Schindler* Trybunał orzekł, że nawet całkowity zakaz ustanowiony dla pewnego typu gry może być zgodny z prawem UE[75], ustanawiając tym samym podstawową zasadę orzecznictwa dotyczącego materii hazardowej – państwo ma swobodę wyboru systemu ograniczeń wedle swojego uznania. Mimo że przedstawione wtedy *ratio decidendi* nie uległo do tej pory zmianie co do samego (szerokiego) zakresu swobody regulacyjnej państw, to w kolejnych orzeczeniach Trybunał (i rzecznicy generalni) poddali poszczególne systemy ograniczeń bardziej gruntownej analizie, wyszczególniając również warunki ich legalności.

Po uznaniu legalności całkowitego zakazu organizowania gier Trybunał w sprawie *Läärä* orzekł, że również drugi najbardziej rygorystyczny system regulacyjny – system praw wyłącznych – może być zgodny z prawem UE. Zdaniem skarżącego istnieją mniej restrykcyjne formy ograniczeń, służące ochronie przed szkodliwymi następstwami gier hazardowych niż istniejący w Finlandii system praw wyłącznych. W jego opinii wprowadzenie kodeksu postępowania zapewniłoby odpowiedni stopień bezpieczeństwa na rynku, a jednocześnie byłoby łagodniejsze dla przedsiębiorców i w związku z tym państwowy monopol narusza prawo UE[76]. Trybunał jednak nie podzielił tego zdania. Prawdą jest, że osiągnięcie celu może zapewnić zarówno bardzo restrykcyjny środek w postaci monopolu, jak i opodatkowanie wygranych, jednak jego zdaniem nie ulega wątpliwości, że to pierwsze rozwiązanie jest bardziej efektywne[77]. Dyskrecjonalna swoboda państw w tej sferze znalazła swoje potwierdzenie w tezie o tym, że system ochrony wybrany w jednym państwie nie może mieć wpływu na ocenę potrzeby i proporcjonalności rozwiązań

Free Provision of Services, "European Law Journal", Vol. 1, Issue 3 11/1995, [za:] A. Frąckowiak-Adamska, *op. cit.*, s. 302.

[74] V. Hatzopoulos, T. Uyen Do, *The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services: 2000–2005*, "European Legal Studies" 2/2006, s. 50.

[75] Choć nie zanalizowano przy tym prawie w ogóle proporcjonalności takiego zakazu.

[76] *Läärä*, pkt 11.

[77] *Ibidem*, pkt 39–40.

wybranych w innym państwie[78], gdyż te należy oceniać indywidualnie przez pryzmat celów ochrony przyjętych w każdym z nich. Z tego stwierdzenia wynika, że ocena legalności tego samego środka przyjętego w dwóch państwach może być odmienna w świetle różnic w przyjętych celach i zamierzonym poziomie ochrony. Fakt, że państwo A przyjęło mniej restryktywny system ochrony, nie znaczy automatycznie, że bardziej surowe przepisy państwa B są nieproporcjonalne. Biorąc zatem pod uwagę to, że w ustawodawstwach hazardowych postulowane cele ochrony są podobne, decydujące znaczenie przy ocenie ma wybrany poziom ochrony. Im ten poziom jest wyższy, tym bardziej restrykcyjne przepisy państwo może wprowadzić, ale jednocześnie bardziej rygorystyczna jest ocena proporcjonalności.

Choć początkowo wydawało się, że swoboda państw w istocie jest nieograniczona, to z czasem zaczęto badać dokładniej proporcjonalność systemów regulacyjnych, zalet i wad każdego z nich oraz warunków, jakie muszą spełniać, by być uznane za legalne. „W związku z tym, że monopol stanowi najdalej idące ograniczenia dla swobody świadczenia usług, kryteria, które muszą być spełnione, by uzasadnić taki monopol wykraczają ponad standardową formułę uzasadnień"[79]. Dlatego też Trybunał stwierdził, że monopol jest formą dozwoloną[80], jednak jego wprowadzenie jest możliwe tylko wtedy, gdy państwo chce zapewnić szczególnie wysoki poziom ochrony[81]. Ta generalna teza ma znaczenie przy badaniu spójności; bardziej rygorystyczna jest ocena spójności systemu monopolistycznego niż systemu zezwoleń niewyłącznych.

Możliwość ustanowienia takiej formy regulacji wynika nie tylko ze swobody wyboru preferowanego systemu ochrony, ale również z zalet, jakie ze sobą niesie jego wprowadzenie. Rzecznik Generalny w sprawie *Dickinger*[82] stwierdził, że takie rozwiązanie niweluje szkodliwe wady konkurencji na rynku gier. Pełna konkurencja wiązałaby się z rywalizacją operatorów w zakresie innowacyjności celem uczynienia oferty bardziej atrakcyjną, co skutkowałoby zachęceniem graczy do gry i zwiększeniem wydatkowania przez nich pieniędzy na ten cel[83]. W związku z tym monopol zapewnia bardziej skuteczne służenie interesowi publicznemu niż system oparty na konkurencji podmiotów prywatnych, w szczególności w zakresie osiągania celu ochrony graczy przed

[78] *Ibidem*, pkt 36.

[79] T. Talos, N. Aquilina, *ECJ Defines Stringent Hypocrisy Test for Online Gambling Monopolies*, "European Law Review" 9/2011, s. 254.

[80] Państwo może przekazać prawa wyłączne zarówno podmiotowi publicznemu, jak i prywatnemu.

[81] Wyrok Trybunału z dnia 8 września 2010 r. w sprawie C-316/07 *Stoß i inni*, ECR 2010 I-8069 (dalej jako *Stoß*), pkt 83.

[82] Wyrok Trybunału z dnia 15 września 2011 r. w sprawie C-347/09 *Dickinger i Ömer*, ECR 2011 I-0000 (dalej jako *Dickinger*).

[83] *Dickinger*, pkt 87–90 ORG.

szkodliwymi następstwami gry[84]. Również w sprawie *BwinLiga*[85] Rzecznik Generalny stwierdził, że nadrzędne względy interesu ogólnego lepiej mogą być osiągnięte przez przekazanie praw wyłącznych jednemu operatorowi, ponieważ daje to możliwość szybszego, łatwiejszego i skuteczniejszego działania niż w przypadku wielu, czasem nierzetelnych operatorów prywatnych. Zaletą takiego systemu jest prostota, dzięki której łatwo można informować o zagrożeniach[86]. Co więcej w sprawie *Stoß* przyjęto, że w przypadku monopolu państwo będzie posiadało poza prawnymi mechanizmami regulacyjnymi i nadzorczymi, dodatkowe środki pozwalające wpływać na jego postępowanie, a to może zapewnić lepsze panowanie nad ofertą gier i lepsze gwarancje skuteczności przy wdrażaniu ich polityki niż w przypadku konkurencyjnych podmiotów prywatnych, choćby objęte były systemem zezwoleń, kontroli i sankcji[87].

Państwo, w ramach swobody wyboru metody organizacji gier hazardowych, może również ustanowić system praw niewyłącznych. Już w sprawie *Läärä* Rzecznik Generalny stwierdził, że taki system stanowi idealne rozwiązanie kompromisowe, ponieważ godzi we właściwej proporcji z jednej strony swobody rynku wewnętrznego, a z drugiej nadrzędne względy interesu ogólnego. Jest to najmniej restrykcyjna z występujących powszechnie w Europie metoda uregulowania i najbardziej z nich zbliżona do wolnej konkurencji.

Samo wdrożenie mniej restrykcyjnego systemu nie może jednak legitymować dyskrecjonalnych decyzji państwa[88]. Zastanawiając się nad legalnością włoskiego systemu koncesyjnego, Trybunał ustalił warunki, które musi on spełniać, żeby mógł być zgodny z prawem UE i żeby zapewniać, że uprawnienia wynikające ze swobody przepływu usług nie staną się iluzoryczne. W sprawie *Placanica* Trybunał stwierdził generalnie, że państwo powinno stworzyć procedury, które zapewnią ochronę podmiotów zagranicznych zgodnie z zasadą równoważności i skuteczności[89]. Normy prawa krajowego muszą gwarantować, że władze nie będą traktowały gorzej obywateli innych państw (zasada równoważności) i przepisy te nie uczynią praktycznie niemożliwym lub zbyt utrudnionym wykonywania uprawnień wspólnotowych (zasada skuteczności). „Z perspektywy wspólnego rynku to korzystne rozstrzygnięcie, ponieważ wymaga od państw badania na poważnie możliwości istnienia podwójnych barier ograniczających”[90]. Poza tym system

---

84 Dotyczy to tym bardziej gier oferowanych przez internet ze względu na szczególne niebezpieczeństwa z nimi związane.

85 Wyrok Trybunału z dnia 8 września 2009 r. w sprawie C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International (Santa Casa)*, ECR 2009 I-7633 (dalej jako *BwinLiga*).

86 *BwinLiga*, pkt 314 ORG.

87 *Stoß*, pkt 82.

88 *Engelmann*, pkt 30.

89 *Placanica*, pkt 63.

90 A. Littler, *Regulatory perspectives …,* s. 220.

udzielania zezwoleń musi być: niedyskryminacyjny, oparty na obiektywnych i z góry znanych kryteriach, stosowany w sposób niearbitralny[91]. Procedury muszą być łatwo dostępne, zawierające gwarancje obiektywności i bezstronności oraz rozpatrzenia sprawy w odpowiednim terminie, a przesłanki odmowy udzielenia zezwolenia muszą być wyczerpujące. Ustanowienie systemu niezgodnego z prawem wiązać się może z dużymi konsekwencjami praktycznymi. Zdaniem Trybunału do sanacji stanu niezgodnego z prawem właściwe byłoby nawet cofnięcie koncesji podmiotom, które je uzyskały, i ponowne rozdzielenie lub ogłoszenie przetargu na odpowiednią liczbę nowych koncesji[92].

2.3.2. Proporcjonalność przepisów prawa karnego i ograniczeń dotyczących formy prawnej

Ocenie Trybunału podlega również proporcjonalność przepisów prawa karnego. Trybunał w sprawie *Placanica* orzekł, że chociaż dziedzina prawa karnego należy zasadniczo do kompetencji państw, to przepisy karne nie mogą być sprzeczne z normami unijnymi, w szczególności dotyczącymi praw i wolności[93]. Należy podkreślić, że Trybunał nie ocenia słuszności wprowadzenia konkretnych sankcji i ich wysokości, ale analizuje generalnie szerszy układ, jaki tworzy całe prawo karne w danym państwie. Nie do przyjęcia jest karanie za uchybienie formalnościom administracyjnym, gdy dokonania ich odmówiono lub uniemożliwiono na podstawie przepisu niezgodnego z prawem UE[94]. Trybunał stwierdził również, że można przyjąć, że jeśli monopol jako całość jest zgodny z prawem UE, to *a maiori ad minus* również sankcje karne dotyczące gier hazardowych są z nim zgodne, jeśli nie naruszają one innych przepisów, zwłaszcza dotyczących praw podstawowych[95]. Zdaniem Trybunału nieproporcjonalne jest istnienie sankcji karnych za organizowanie gier hazardowych, gdy państwo jednocześnie samo zachęca do gry[96].

Ograniczenia wprowadzone przez państwo mogą dotyczyć również formy prawnej, którą musi przybrać operator prywatny. Dotyczy to przede wszystkim obowiązku bycia spółką kapitałową, ze względu na chęć narzucenia pewnej struktury wewnętrznej, nałożenia obowiązków w zakresie księgowości, posiadania możliwości kontrolowania takiego podmiotu oraz regulowania jego stosunków z osobami trzecimi. W sprawie

---

[91] Wyrok Trybunału z dnia 8 września 2010 r. w sprawie C-46/08 *Carmen Media Group,* ECR 2010 I-8149 (dalej jako *Carmen Media*), pkt 87.

[92] *Placanica*, pkt 81. Co więcej wyłączenie z procedury ubiegania się o koncesję dla podmiotów, które zostały bezprawnie pozbawione takiej koncesji nie może prowadzić do zastosowania wobec nich sankcji karnych.

[93] *Ibidem*, pkt 68.

[94] *Ibidem*, pkt 69.

[95] *Dickinger*, pkt 45–50 ORG; pkt 31 wyroku.

[96] *Gambelli*, pkt 72. Zdaniem autora należy przyjąć takie stwierdzenie ze względu na negatywną wymowę fragmentu wyroku analizującego to zagadnienie, mimo że formalnie pozostawił to ocenie sądu krajowego.

Engelmann badano krajowe ograniczenie prawa do ubiegania się o zezwolenie do spółek akcyjnych. W rzeczywistości spełnienie warunków krajowych wymagałoby w tym przypadku utworzenia lub nabycia takiej spółki. Trybunał ustanowił w tej sprawie generalną zasadę, zgodnie z którą pewne cele, na które powołuje się państwo, mogą uzasadnić ograniczenie swobody gospodarczej w postaci nałożenia obowiązku przybrania szczególnej formy prawnej. Argumentowano, że takie przepisy są uzasadnione ze względu na cel skutecznej ochrony państwowej oraz chęć zapewnienia odpowiedniej ochrony wierzycieli. Z drugiej strony, w sprawie *Gambelli* badano zgodność z prawem wykluczenia z przetargu spółek akcyjnych. Rząd argumentował, że jest to konieczne ze względu na to, że ich stałe i precyzyjne kontrolowanie jest niemożliwe. Stwierdzono wtedy, że takie rozwiązanie wydaje się nieproporcjonalne, ponieważ istnieją inne, mniej restrykcyjne sposoby kontroli uczciwości zagranicznych spółek. Instrumentem służącym do monitorowania może być np. zasięganie informacji o uczciwości spółki i jej akcjonariuszy. Podsumowując, całkowite wykluczenie spółek kapitałowych z postępowania w sprawie wydania zezwoleń wykracza poza to, co niezbędne, ponieważ są inne środki[97] kontroli dokumentów księgowych i kontroli działalności spółki w ogóle, np. zebranie informacji dotyczących przedstawicieli i głównych akcjonariuszy[98].

Trybunał w sprawie *Engelmann* badał również kwestię tego, czy samo określenie okresu ważności koncesji stanowi ograniczenie i w związku z tym, czy taka przeszkoda w funkcjonowaniu wspólnego rynku może być uzasadniona. Przyznał, że stanowi to ograniczenie, ponieważ zamyka na ten okres dostęp do rynku innym podmiotom, w tym zagranicznym. Takie ograniczenie jest jednak rozsądne i proporcjonalne ze względu na to, że należy zapewnić koncesjobiorcom czas na amortyzację inwestycji oraz możliwość ich zwrotu. Podkreślono, że okres ten nie jest ani za długi – i w związku z tym zamknięcie rynku nie jest zbyt dotkliwe i nieuzasadnione i zapewnia otwarcie na konkurencję w okresie średnioterminowym – ani nie jest też zbyt krótki, co skutkowałoby koniecznością przyjęcia przez koncesjobiorcę agresywnej strategii marketingowej, co z kolei byłoby nie do pogodzenia w celem w postaci chęci ochrony konsumentów.

2.3.3. Problem wzajemnej uznawalności

Jednym z elementów składających się na ocenę proporcjonalności polityki krajowej jest wzajemne uznanie (*mutual recognition*). Zasada ta „nakazuje, by władze państwa członkowskiego, w którym usługi świadczy przedsiębiorca mający siedzibę w innym państwie członkowskim, uwzględniały środki nadzoru i kontroli, które są w odniesieniu

[97] O tym, że istniały w rzeczywistości równie słuszne i mniej restrykcyjne środki, może świadczyć fakt, że w trakcie prowadzonego postępowania Włosi zmienili prawo i usunęli te ograniczenia.

[98] *Placanica*, pkt 62.

do niego wykonywane przez państwo członkowskie, w którym ma siedzibę"[99]. Przyjmuje się, że zasada wzajemnego uznawania stanowi kamień węgielny rynku wewnętrznego i kluczowy mechanizm umożliwiający przedsiębiorcom korzystanie ze swobód tego rynku"[100]. Kwestia istnienia tego obowiązku w sektorze gier hazardowych jest problematyczna. W pierwszych sprawach Trybunał milczał na ten temat, jednak to zagadnienie poddawali analizie rzecznicy generalni. Już w sprawie *Schindler* jeden z nich stwierdził, że uznanie przez państwo przeznaczenia zagranicznych kontroli sprawia, że środek ograniczający jest mniej restrykcyjny. To przemawiałoby z jednej strony za obowiązkiem wzajemnego uznania, jeśli państwo macierzyste zapewnia adekwatną ochronę. Z drugiej jednak strony, jego zdaniem, w tej sprawie nie można zbadać poziomu ochrony, który chce zapewnić Wielka Brytania i w związku z tym odpowiedzieć na pytanie, czy Niemcy zapewniają wystarczający poziom ochrony, ponieważ do tej pory nie istniała tam duża loteria krajowa. Słusznie jednak skonstatował, że nie można przyjąć niezgodnego z ideą wspólnego rynku domniemania większego ryzyka oszustw tylko dlatego, że dotyczy ono wejścia na rynek zagranicznego operatora. To rozsądne rozumowanie musiało jednak znowu ustąpić argumentowi o szerokim marginesie uznania państw. Według rzecznika bowiem państwo może swobodnie oceniać, czy zagraniczny operator poddany jest w swoim państwie wystarczającym wymogom, tj. czy przepisy państwa pochodzenia zapewniają adekwatną ochronę[101]. W sprawie *Läärä* i *Zenatti* rzecznicy również opowiadali się za istnieniem takiego obowiązku. Podkreślono jednak, że według niektórych przedstawicieli doktryny Trybunał w sprawie *Schindler* nie miał zamiaru ustalenia zasady równoważności[102] i nie wypowiedział się na ten temat, ponieważ uznaje on, iż niezależnie od tego, jak rygorystyczne byłyby wymogi w państwie pochodzenia, nie mogą one być uznane za równoważne w efekcie ochronnym[103].

Chociaż Trybunał w sprawie *Gambelli* wypowiedział się pierwszy raz wprost o *mutual recognition*, to uznał, że ocena istnienia tego obowiązku, jako elementu oceny proporcjonalności, należy do sądu krajowego. W sprawie *Placanica* Trybunał znowu nie wiedzieć czemu przemilczał kwestię wzajemnego uznania, podczas gdy rzecznik generalny po raz kolejny opowiedział się wyraźnie za tą koncepcją, dodając, że brak jest argumentów uzasadniających możliwość podwójnej kontroli operatorów, o ile interes publiczny, który państwo chce chronić, jest już chroniony regułami, którym operator podlega w swoim państwie[104]. Pierwszy raz wyraźnie swoje zdanie na temat *mutual*

[99] J. Łacny, *Gry hazardowe*..., s. 17.
[100] *Ibidem*, s. 18.
[101] *Schindler*, pkt 97.
[102] *Läärä*, pkt 36.
[103] *Zenatti*, pkt 28.
[104] *Placanica*, pkt 128–132 ORG.

recognition Trybunał przedstawił dopiero w sprawie *BwinLiga*. Ocena ta nie była jednak korzystna dla podmiotów zagranicznych. Po pierwsze Trybunał orzekł, że ewentualne istnienie obowiązku uznawania zezwoleń i jego konieczność należy oceniać przez pryzmat braku harmonizacji sektora hazardowego w ramach Unii Europejskiej. W związku z tym, że gry hazardowe nie są objęte przepisami prawa wtórnego, państwa mają swobodę w regulowaniu krajowego rynku tych gier. To powoduje, że istnieje w Europie ogromna różnorodność rozwiązań prawnych w tej dziedzinie. Dlatego też Trybunał orzekł, że wzajemne uznanie nie ma zastosowania w tym sektorze, bo wymogi w państwie macierzystym mogą być uznane za niewystarczającą gwarancję ochrony krajowych konsumentów w świetle trudności dotyczących oceny profesjonalnych walorów i rzetelności tego podmiotu[105]. Władze nie mają takich samych możliwości kontrolowania podmiotów zagranicznych jak krajowych, zwłaszcza gdy podmioty zagraniczne świadczą usługi drogą internetową.

Stanowcze stwierdzenie Trybunału sprawiło, że w następnych sprawach zmieniło się również podejście rzeczników generalnych. Po pierwsze, zaczęli oni wprost podawać argumenty przeciwko obowiązkowi wzajemnego uznania. Po drugie, w swoich opiniach zaczęli kłaść nacisk na gwarancję ochrony zapewnioną w państwie siedziby podmiotu zagranicznego, co daje wrażenie chęci stworzenia pewnego domniemania na rzecz braku obowiązku wzajemnego uznania. W sprawie *Stoß* przedstawiono konkretne argumenty przeciwko *mutual recognition*, podsumowujące nieśmiałe tezy z dotychczasowych orzeczeń, z tym że podstawy argumentacji rzecznika i trybunału różniły się. Rzecznik przedstawił trzy argumenty[106]. Po pierwsze zwrócił uwagę na to, iż fakt, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem monopole w sektorze gier hazardowych mogą być zgodne z prawem UE, świadczy o tym, że nie może być mowy o obowiązku wzajemnego uznania, ponieważ pozbawiłoby to sensu dotychczasowe orzecznictwo. Oparł się przy tym na sprawie *Säger*, z której wynika, iż, owszem, istnieje obowiązek wzajemnego uznania, ale tylko wtedy, gdy interes jest już chroniony w państwie pochodzenia. Dlatego też trudno przyjąć rozsądnie, że dla państwa przyjmującego model praw wyłącznych, mający za zadanie zgodnie z orzecznictwem zapewnić szczególnie wysoki poziom ochrony, system ochrony istniejący w innym państwie wdrażającym bardziej liberalne rozwiązania, daje wystarczającą gwarancję ochrony. Po drugie, jego zdaniem, brak wspólnej, choćby minimalnej regulacji skutkuje ogromnym zróżnicowaniem ustawodawstw państwowych i wobec tego uniemożliwia zastosowanie zasady równoważności. W końcu po trzecie, instytucja wzajemnego uznania opiera się na wzajemnym zaufaniu między państwami członkowskimi a nieodosobnione przypadki ustanawiania

[105] *BwinLiga*, pkt 2 sentencji.
[106] *Stoß*, pkt 94, 100 i 104 ORG.

w państwach na korzyść podmiotów krajowych zezwoleń specjalnych i licencji *off shore* (licencji eksterytorialnych) zdają się przeczyć możliwości szczerej współpracy w tej kwestii[107]. W sprawie *Dickinger* dodał, że nie można rozsądnie stwierdzić, że władze mają możliwość bezpośredniego i szczegółowego sprawdzenia, że podmiot sumiennie i stale przestrzega wymogów nałożonych na niego w każdym z państw, w którym posiada zezwolenie, zwłaszcza że wobec braku harmonizacji te wymogi znacznie się różnią i często mogą się zmieniać, a działalność operatora może być skierowana do wielu państw. Moim zdaniem Trybunał oparł swoją ocenę przede wszystkim nie na wskazaniu konkretnych argumentów, ale na „niezastąpionej" koncepcji uznaniowej swobody państw wynikającej z moralnych i kulturowych różnic oraz ze szczególnego charakteru gier hazardowych.

W sprawie *Stoß* oraz w kolejnych Trybunał stwierdził, że z uwagi na to, iż monopol w danym państwie jest legalny, nie można mówić o obowiązku wzajemnego uznania. Dodał jednak, że istnienie takiego obowiązku teoretycznie można by dopuścić, gdyby monopol został uznany za nielegalny. Co więcej, rzecznicy generalni kilkakrotnie stwierdzali, że ze względu na brak harmonizacji (i wiążącą się z tym dużą różnorodnością systemów regulacji) nie można mówić o obowiązku wzajemnego uznania, jednak można by się zastanowić nad zastosowaniem częściowego wzajemnego uznania pomiędzy państwami o podobnych, liberalnych reżimach normatywnych i podobnych celach regulacji[108]. Taka możliwość wydaje się uzasadniona w wypadku, gdy w dwóch państwach istnieje system zezwoleń niewyłącznych. W związku z powyższym należy stwierdzić, że Trybunał powinien dać choćby ogólne wskazówki dotyczące hipotetycznej możliwości zastosowania częściowego wzajemnego uznania. Ten argument wydaje się tym bardziej słuszny, że Trybunał rozpatrywał już sprawy, w których stan faktyczny dotyczył otwartego modelu regulacyjnego uznanego za sprzeczny z prawem UE.

Drugą kontrowersyjną kwestią przy analizie istnienia obowiązku wzajemnego uznania jest kwestia warunku dokonania uznania zagranicznych zezwoleń. Podejście rzeczników generalnych do tego zagadnienia zmieniło się diametralnie, odkąd Trybunał wypowiedział swój negatywny pogląd na ten temat. Zaczęli oni bowiem kłaść nacisk nie na istniejący według nich obowiązek wzajemnego uznania, ale na konieczność zapewnienia wystarczającej gwarancji ochrony. Takie stanowisko, w połączeniu ze swobodnym uznaniem, wydaje się tworzyć pewne domniemanie braku wystarczającej ochrony w państwie pochodzenia. Ujęcie tej kwestii w ten sposób nie jest jednak poparte żadnymi badaniami rzetelności operatorów ani jakości systemu kontroli w innym państwie.

[107] W sprawie *Carmen Media* dodano do tego argument o braku niezbędnej współpracy administracyjnej w tym zakresie, potrzebnej do wdrożenia systemu wzajemnego uznania.

[108] *Stoß*, pkt 96 ORG.

Co więcej, do tej pory w postępowaniach pojawiały się wyłącznie sformułowania oceniające pozytywnie konkretnych operatorów (Stanley, BWin, Bet-at-home)[109] oraz wypowiadające się korzystnie o istniejących w państwie siedziby standardach ochrony[110].

2.4. Spójność polityki krajowej

Wzięcie pod uwagę wymogu proporcjonalności przepisów krajowych okazało się niewystarczające. Operatorzy podnosili, że państwa tak naprawdę nie działają zgodnie z celem ochrony przed negatywnymi skutkami hazardu, a ich prawdziwe intencje nie mają nic wspólnego z postulowanymi. „W sprawie Gambelli Trybunał pokazał, że jest gotów dokonać nie tylko marginalnej kontroli przez wprowadzenie tego, co w doktrynie nazywa się testem hipokryzji"[111]. Trybunał stwierdził wtedy, że państwo musi realizować swoją politykę w sposób spójny i systematyczny (*in a consistent and systematic manner*)[112], konstytuując tym samym kolejną przesłankę legalności środków ograniczających – przesłankę spójności, jako szczególną emanację proporcjonalności. Konieczność bliższego przyjrzenia się praktyce stosowania przepisów wynikała z zauważenia nieścisłości, a czasem wręcz jawnej hipokryzji państw przy realizacji założonych przez nie celów, a w związku z tym z chęci zapewnienia, by ochrona graczy i porządku publicznego nie była iluzją. Orzecznictwo w tej kwestii pozwala na dokonanie rozróżnienia na spójność prawną (formalną) i spójność faktyczną ze względu na kryterium przedmiotu badania.

2.4.1. Spójność prawna

Pierwsza z nich dotyczy struktury ograniczeń gier hazardowych na rynku danego państwa. Można ją rozumieć na dwa sposoby: jako spójność zewnętrzną i wewnętrzną. „Funkcjonalna dychotomia spójności zewnętrznej i wewnętrznej odnosi się do tego, jak szeroko interpretuje się tę koncepcję – jako odnoszącą się tylko do tych gier losowych, których organizowanie poddane jest ścisłej kontroli, czy mając na względzie całą politykę hazardową państwa"[113]. Wyrazem tej pierwszej jest konsekwentne traktowanie w ten sam sposób wszystkich gier zawierających znaczny element losowości. Koncepcja spójności zewnętrznej została odrzucona przez Trybunał już w sprawie *Schindler*. Uznał on,

[109] Np. w sprawie *Placanica* stwierdzono, że spółka Stanley jest czwartym co do wielkości operatorem gier hazardowych w Wielkiej Brytanii i podlega „kontroli władz brytyjskich pod względem porządku publicznego i bezpieczeństwa, kontrolom wewnętrznym w zakresie prawidłowości prowadzonej działalności, kontrolom dokonywanym przez prywatną spółkę audytorską oraz kontrolom ze strony służb podatkowych i celnych Zjednoczonego Królestwa". *Placanica*, pkt 20–21.

[110] W przypadku Niemiec – w sprawie *Schindler*, w przypadku Gibraltaru – w sprawie *BwinLiga*.

[111] A. Terbea, *op. cit*., s. 47.

[112] *Gambelli*, pkt 67.

[113] A. Terbea, *op. cit*., s. 49; Por. również T. Talos, A. Stradler, *ECJ: requirement of consistent and systematic gambling policy*, "World Online Gambling" 4/2009, s. 12–13.

że państwa w ramach swobody normowania tej materii mogą podzielić swój rynek gier i wprowadzić zróżnicowany co do organizacji i kontroli reżim prawny dla poszczególnych z nich. Podsumowując, sama wewnętrzna rozbieżność przedmiotowa systemów regulacji nie wpływa negatywnie na ocenę spójności polityki państwa. To korzystne dla państwowej swobody podejście zostało jednak zaostrzone. Zmiana linii orzeczniczej dotyczyła determinującego wpływu danej gry na regulację innych gier.

Początkowo Trybunał stał na stanowisku, że legalności polityki państwa nie należy oceniać na podstawie kryterium potencjału uzależniającego każdej z gier. Według tego podejścia państwo nie postępuje niekonsekwentnie, jeśli traktuje w sposób bardziej liberalny gry o wyższym ryzyku uzależnienia, jednocześnie ograniczając oferowanie gier zawierających mniejszy ładunek ryzyka. Taki pogląd argumentowano tym, że bardziej uzależniający potencjał nie stanowi jedynego kryterium oceny szkodliwości danej gry, bo nie musi on oznaczać automatycznie większego niebezpieczeństwa dla graczy[114]. Mimo że kasyna i loterie są uznawane za posiadające najwyższy potencjał uzależniający, to wymagają jednak fizycznej obecności gracza i przez to może on łatwiej kontrolować siebie samego i być kontrolowany przez organizatora niż w przypadku gier *online*, które dają nieograniczone wręcz możliwości gry. Co więcej, Trybunał stwierdził, że gry hazardowe zasadniczo różnią się między sobą i sama okoliczność, że są objęte różnymi reżimami, nie sprawia, że środek jest niespójny, a przez to niezgodny z celami ochrony. Jedna gra może być niebezpieczna w kwestii kryminogenności, druga pod względem ochrony konsumentów. „W ten sposób rzecznik generalny odrzucił koncepcję porównawczej analizy różnych sektorów rynku przy ocenie koherencji, podtrzymując zróżnicowane badanie każdego środka w stosunku do celu, który zamierza osiągnąć”[115].

W związku z powyższym uznano, że państwo ma swobodę różnego traktowania dwóch gier, podobnie jak to jest w przypadku selektywnego zakazu reklamy w telewizji części napojów alkoholowych[116]. Jest uprawnione do określenia tego, co uznaje za szkodliwe i nawet jeśli gra taki przymiot uzyska, nie skutkuje to automatycznie obowiązkiem zakazania jej czy nawet ograniczenia jej. Kierując się potrzebami swojej polityki społecznej, władze decydują o poziomie podaży gier hazardowych, który uznają za właściwy w świetle indywidualnych cech kultury i moralności każdego państwa. Jeśli istnieje możliwość przekroczenia tego abstrakcyjnego wzorca ochrony porządku społecznego, państwo może wprowadzić ograniczenia swobody świadczenia takich usług.

Odrzucenie w pierwszych orzeczeniach konstrukcji spójności zewnętrznej zostało wzmocnione w późniejszych sprawach, w których Trybunał zdecydowanie opowiedział

[114] *Stoß*, pkt 73 ORG.
[115] A. Terbea, *op. cit*., s. 50.
[116] *Engelmann*, pkt 98 ORG.

się za koncepcją sektorowej analizy ograniczeń. Według niej legalność danego środka ograniczającego ocenia się indywidualnie dla każdego typu gry, a nie wspólnie dla całej branży gier hazardowych. Stopień swobody oferowania innych gier nie determinuje tej oceny, a brak zakazu powszechnego nie świadczy o niespójności, ponieważ działania państwa należy badać całościowo, kompleksowo. Stanowisko przyjęte przez Trybunał jest rozsądne. W doktrynie wskazano słusznie, że „z perspektywy państw członkowskich sukcesywne otwieranie rynku mogłoby okazać się niemożliwe albo przynajmniej nieatrakcyjne, jeśli kryterium spójności byłoby rozumiane jako odnoszące się do systemu/sektora jako całości”[117], dlatego też państwa byłyby zmuszone w takim wypadku do przyjęcia skrajnych modeli regulacyjnych. Zapatrywanie Trybunału umożliwia natomiast korzystne dla operatorów ewolucyjne otwieranie rynku.

Niespójność formalna może dotyczyć również samego nośnika, metody dystrybucji gier. W sprawie *Carmen Media* Trybunał orzekł, że ze względu na szczególny charakter gier oferowanych przez internet, które mogą być źródłem innego i bardziej znaczącego ryzyka uzależnień[118], zasadniczo zgodny z prawem jest zakaz oferowania gier przez internet, podczas gdy organizowanie tej samej gry w tradycyjny sposób nie jest zakazane. Trybunał musiał również odpowiedzieć na pytanie, czy grę oferowaną przez internet należy poddać ocenie łącznie z tą samą grą, ale oferowaną w sposób tradycyjny, czy, jak wynika z koncepcji analizy sektorowej, oceniać te gry indywidualnie, niezależnie od ich odpowiednika *offline*. Trybunał słusznie zauważył, że internet nie tworzy nowego rodzaju gry, ale jest tylko innym sposobem jej dystrybucji. W związku z tym należy przyjąć, że grę oferowaną w punktach naziemnych i jej odpowiednik dostępny przez internet zasadniczo powinno traktować się jako jedną grę podlegającą ocenie. Istnieje zatem w tym wypadku domniemanie na rzecz oceny wspólnej. Pogląd ten został jednak później złagodzony. Sąd powinien bowiem uwzględnić przy ocenie ogół zastępowalnych kanałów dystrybucji. Oznacza to, że jeśli z punktu widzenia konsumenta dwa środki dystrybucji nie stanowią dla siebie równoważnych substytutów, to należy je traktować odrębnie.

2.4.2. Spójność faktyczna

Wnikliwa analiza orzecznictwa Trybunału i odrzucenie przez niego koncepcji spójności formalnej pozwala na ustalenie, że przez wymóg spójnej polityki państwa rozumiał on w rzeczywistości obowiązek realizowania w sposób koherentny praktyki stosowania przepisów ograniczających. Badanie tej przesłanki jest wyrazem coraz częściej występującej przy sprawach dotyczących monopoli hazardowych potrzeby analizy

[117] A. Terbea, *op. cit*., s. 53.
[118] *Carmen Media*, pkt 105.

sposobu stosowania przepisów, tzn. analizy bardziej faktów (sfery rzeczywistości) niż samych przepisów (sfery prawa). Państwo może bowiem działać niezgodnie z zamierzonym celem, nawet gdy nie świadczą o tym wprost przepisy prawa, ponieważ zapewnienie rzeczywistej ochrony powinno być zarówno celem, jak i skutkiem regulacji. Monopol krajowy jest spójny tylko wtedy, jeśli odzwierciedla prawdziwą chęć, zamiar zmniejszenia popytu i przez to efektywnie przyczynia się do osiągnięcia celu[119]. Mając na uwadze ten przedstawiony w sprawie *Zenatti* pogląd, Trybunał oświadczył, że stan postulowany przez państwo musi odpowiadać stanowi rzeczywistemu. W związku z tym sąd krajowy może orzec, że polityka państwa jest niespójna, gdy jest prowadzona niezgodnie z celami ochrony, np. przez wyrażanie chęci maksymalizacji zysku. O niespójności środków krajowych może świadczyć również łagodzenie warunków uzyskiwania licencji na grę, zwiększanie liczby ośrodków gry, nieprzestrzeganie w praktyce zasad dotyczących ochrony małoletnich, ustalanie liczby automatów do zainstalowania na podstawie wyłącznie kryteriów ekonomicznych. W związku z tym oczywiste jest, że im przepisy prawa krajowego są bardziej restrykcyjne, tym bardziej prawdopodobna jest ich spójność z określonym celem"[120]. Najczęstszym przejawem niespójnej polityki państwa jest jednak ekspansywna strategia marketingowa państwowego monopolisty. Operatorzy podnosili, że ewidentnie sprzeczne z celem rozumianym jako ochrona konsumentów przed szkodliwymi konsekwencjami uprawiania hazardu jest reklamowanie gier przez publicznego operatora[121].

Odnosząc się do zarzutów operatorów, Trybunał stwierdził w sprawie *Läärä*, że reklamowanie gier przez państwowego monopolistę może stanowić mniejsze zło niż całkowity zakaz, ponieważ takie rozwiązanie może zapewnić odsunięcie graczy od rozgrywek nielegalnych i skierowanie popytu w kierunku kontrolowanego obiegu[122]. W sprawie *Gambelli* ustalono[123], że Włochy prowadzą politykę wielkiej ekspansji branży hazardowej, dlatego że w tym czasie przyznawano coraz więcej koncesji i zwiększano ilość oferowanych gier. W związku z powyższym uznano, że polityka Włoch ma cel raczej fiskalny niż społeczny, ponieważ w praktyce w większym stopniu zwiększano chęć do gry niż ją zmniejszano. W związku z tym Trybunał orzekł, że jeśli władze nakłaniają i zachęcają do gier po to, żeby skarb państwa miał z tego korzyści, sąd krajowy

[119] *Zenatti*, pkt 36.

[120] A. Terbea, *op. cit.,* s. 49.

[121] Analizując w świetle spójności ten aspekt organizowania gier hazardowych, należy pamiętać o rozważaniach dotyczących szczegółowych celów ochrony wyznaczających zakres legalności działań promujących ofertę operatorów publicznych. Kryterium oceny jest ostrzejsze w przypadku konceptu kontrolowanej ekspansji niż w przypadku konceptu kontrolowanego obiegu i zezwala na węższy zakres działań reklamowych.

[122] *Läärä*, pkt 37.

[123] M.in. na podstawie analizy przedstawionej przez ekspertów.

może uznać takie przepisy za niezgodne z prawem UE. Jednoznaczna wskazówka dla sądu krajowego o tym, że najprawdopodobniej przepisy włoskie, a właściwie praktyka ich stosowania, są niespójne, sprawiła, że orzeczenie w sprawie *Gambelli* traktowano jako możliwy kamień milowy[124] w walce o liberalizację rynku gier hazardowych w Unii Europejskiej. Jednak już następne orzeczenie dotyczące Włoch pokazało, że Trybunał nadal stoi na stanowisku szerokiej swobody państw w regulowaniu hazardu.

W sprawie *Placanica* stwierdzono bowiem, że cel, jakim jest chęć skupienia gier w obszarach reglamentowanych, państwo może osiągnąć nawet przy zastosowaniu reklamy, która może wymagać stworzenia nie tylko stabilnej i bezpiecznej, ale również atrakcyjnej alternatywy, a to z kolei może wymagać udostępnienia szerokiej gamy oferowanych gier, szerokiej reklamy i korzystania z nowoczesnych technik dystrybucji[125]. „Ten fragment orzeczenia Placanica pokazuje, że Trybunał nie wziął pod uwagę potencjalnie szerszych ekonomicznych konsekwencji swojego orzeczenia. W świetle zwiększonej podaży hazardu kierowanej przez państwo istnieje potencjalna reakcja na popyt, który może skutkować równoległym zwiększeniem ilości uzależnień i przestępczości, a w związku z potrzebą skierowania gier na kontrolowane obszary będzie to wymagało kolejnego zwiększenia stopnia państwowej podaży. Ten proces może trwać w nieskończoność"[126].

W związku z szeroką swobodą państw w dziedzinie gier wydaje się, że od początku rozważań nad legalnością reklamy państwowego monopolisty Trybunał nie miał właściwie wątpliwości, że reklama gier musi być dozwolona. Przyjmując do wiadomości, że chęć gry jest naturalna, a hazard zawsze będzie częścią życia społecznego, oraz mając na uwadze, że monopole na organizację hazardu nie są zasadniczo nielegalne w świetle postanowień traktatu, przyznał, że nie jest zbyt realistyczne wspieranie istnienia monopoli i organizatorów posiadających koncesje bez umożliwienia im reklamowania usług[127]. Przy takim stwierdzeniu pytanie o spójność nie dotyczyło już tego, czy reklama jest legalna, ale tego, w jakim zakresie, pod jakimi warunkami można przyzwolić na jej stosowanie. Tak więc cele interesu publicznego nie kolidują z reklamą gier, jednak instrumenty marketingowe mogą służyć jedynie do osiągnięcia tego celu i nie mogą przekraczać pewnego progu równowagi, który oddziela atrakcyjną, ale legalną reklamę, mającą ukierunkować graczy na reglamentowane ścieżki gry, od reklamy nazbyt zachęcającej i nakłaniającej do gry. „Należy zatem odróżnić umiarkowaną politykę reklamową mającą na celu wyłącznie utrzymanie istniejącego stanu rynku przez

[124] N. O'Connor, *European Gambling Law: From Schindler to HIT*, opublikowano pod adresem internetowym: www.bettingmarket.com/eurolaw222428.htm (dostęp: 27.05.2013 r.).
[125] *Placanica*, pkt 55.
[126] A. Littler, *Regulatory perspectives …*, s. 219.
[127] *Stoß*, pkt 61 ORG.

organizację monopolu od ekspansywnej polityki reklamowej, której celem jest rozszerzanie całego rynku gier hazardowych”[128].

Generalnie reklama musi być umiarkowana, wyważona i nie może wykraczać ponad to, co konieczne do ochrony interesu ogólnego. W celu konkretyzacji znaczenia kontrolowanej ekspansji marketingowej Trybunał wskazał warunki, jakim powinna odpowiadać „właściwa” reklama. Reklama nie może nadmiernie zachęcać do gry, wzmacniać naturalnej skłonności do gry poprzez stymulację udziału, banalizację gry oraz dawanie pozytywnego obrazu poprzez głoszenie, że dochody przeznaczane są na cele w interesie ogólnym[129]. Nie może również zwiększać atrakcyjności poprzez zachęcające hasła reklamowe kuszące znacznymi wygranymi i być przedstawiana jako zasadniczo nieszkodliwa, akceptowana, a nawet pozytywna[130]. Błędny jest jednak argument o tym, że szersza (nadmierna) reklama w stosunku do gier o mniejszym ryzyku uzależnienia może prowadzić graczy w kierunku takich gier, odwodząc ich od gier o ryzyku wyższym[131].

Badając strategię handlową, sąd krajowy powinien wziąć pod uwagę charakter i rozmiar ekspansji. O istnieniu dynamicznej polityki handlowej może świadczyć intensywnie rozwijająca się reklama, także w internecie, zwiększenie liczby punktów przyjmowania zakładów i liczby produktów, istnienie strategii handlowej nastawionej na pozyskiwanie klientów, duża wysokość wydatków przeznaczana na marketing. Jednak nawet w stosunku do takiej polityki możliwe jest stwierdzenie jej spójności. Wobec tego należy zbadać, czy strategie faktycznego monopolisty w dziedzinie reklamy i produktów służą jedynie informowaniu potencjalnych klientów o produktach i w związku z tym służą zagwarantowaniu normalnego dostępu do gry, czy może zachęcają i pobudzają do czynnego udziału[132]. Reklama i ekspansja musi być proporcjonalna, reklama może stanowić atrakcyjną alternatywę, ale nie może pobudzać nadmiernie do gry. W sprawie *Dickinger* stwierdzono, że duże nakłady przeznaczane na reklamę nie muszą być sprzeczne z prawem, jeśli się wykaże, że nielegalne gry przybierają w danym państwie znaczne rozmiary i celem ekspansywnej polityki jest skierowanie graczy na legalne tory. Legalna jest nawet dość szeroka reklama, która musi być atrakcyjna, ponieważ istnieje wiele stron oferujących grę w internecie.

Nowością w sprawie *Sjöberg* było stwierdzenie obowiązku badania działalności wymiaru sprawiedliwości i organów śledczych, w tym prokuratury. Tak jak w przypadku reklamy ocenie podlegała praktyka marketingowa monopolisty, tak tutaj bada się praktykę wszczynania i prowadzenia postępowań. Należy w tym wypadku zbadać przez

[128] *Dickinger*, pkt 69.
[129] *Stoß*, pkt 103.
[130] *Stoß*, pkt 63 ORG.
[131] *Stoß*, pkt 103.
[132] *Engelmann*, pkt 84 ORG.

pryzmat spójności, czy postępowania przeciwko podmiotom zagranicznym są prowadzone z tą samą starannością jak w przypadku podmiotów krajowych, jeśli podstawa do ścigania podmiotów krajowych i zagranicznych jest różna. Dla stwierdzenia spójności nie ma znaczenia, że sankcja jest przewidziana w dwóch aktach prawnych, ponieważ liczy się ostateczny skutek tych norm i praktyka ich zastosowania. Istotne jest w tym wypadku to, czy unormowania krajowe prowadzą do równoważnych kar. Rozwiązania krajowe są nielegalne, jeśli organy państwowe w przypadku podmiotów zagranicznych stosują sankcje karne, natomiast w przypadku podmiotów krajowych, mimo posiadania takiej możliwości, poprzestają na zastosowaniu sankcji administracyjnych, ponieważ np. grzywna w prawie karnym stanowi zawsze większą dolegliwość niż w innych gałęziach prawa, nawet jeśli opiewa na taką samą kwotę. O niespójności może świadczyć trudniejsza, bardziej skomplikowana niż w przypadku podmiotów zagranicznych, ścieżka dochodzenia odpowiedzialności.

3. Specyfika spraw dotyczących gier hazardowych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

3.1. Margines uznania

Temat, który został podjęty w niniejszej pracy, jest niezwykle interesujący ze względu na specyfikę orzeczeń Trybunału UE w sprawach dotyczących gier hazardowych. Ze względu na te rozbieżności można generalnie stwierdzić, że ta sfera orzecznictwa TSUE jest przedmiotem licznych kontrowersji. Pierwszym elementem, który tworzy charakterystyczny model orzekania w sprawach hazardowych, jest tzw. margines uznania. Doktryna marginesu uznania (ang. *margin of appreciation*) została wprowadzona przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Według tej zasady interpretacja postanowień międzynarodowych może być odmienna w różnych państwach ze względu na kulturalne, historyczne i filozoficzne różnice między państwami. W literaturze wskazuje się, że koncepcja marginesu uznania została wprowadzona w celu pełniejszego uwzględniania przy ocenie „kontekstu lokalnego i wartości lokalnych”[133]. „Jej źródłem jest uznanie administracyjne podlegające ocenie sądów”[134]. Należy zatem stwierdzić, że uprawomocnienie tej koncepcji jest wyrazem zgody na istnienie w Europie pewnego pluralizmu światopoglądowego i świadczy o pewnej autonomii aksjologicznej. Z punktu widzenia

[133] A. Garnuszek, P. Sosnowski (red.), *Rola Trybunałów i Doktryny w Prawie Międzynarodowym*, Warszawa 2010, s. 338.
[134] *Ibidem*, s. 338.

prawa Unii Europejskiej stanowi ona przykład obowiązującej zasady poszanowania tożsamości narodowej państw[135].

Rozpatrując sprawy z zakresu prawa hazardowego, można zauważyć, że Trybunał rezygnuje ze skierowanego na rzecz wzmocnienia wspólnego rynku aktywizmu orzeczniczego i stosuje zasadę pomocniczości[136]. Wprowadzając w sprawie *Schindler* koncepcję marginesu uznania, Trybunał zdecydował się ograniczyć zakres obowiązywania artykułu 49 dotyczącego swobody świadczenia usług[137]. „TS przyjmuje zatem, że względy moralne, religijne lub kulturowe oraz szkodliwe dla jednostek i dla społeczeństwa konsekwencje moralne i finansowe, które wiążą się z grami hazardowymi, a w szerszej perspektywie podwyższone ryzyko dla konsumentów i dla porządku publicznego, które gry te wywołują, mogą uzasadniać istnienie szerokiego zakresu władztwa regulacyjnego państw członkowskich w zakresie ustalania niezbędnego poziomu ochrony konsumentów i porządku publicznego"[138].

Należy zwrócić uwagę na fakt, że na gruncie orzecznictwa unijnego możemy wyróżnić dwie odseparowane metody rozwiązywania sporów – doktryna marginesu uznania obowiązuje zasadniczo w sprawach, które dotyczą aktów prawnych o proweniencji unijnej[139]. W przypadku unormowań unijnych orzeka się na korzyść unijnego interesu ogólnego (kolektywnego), przyznając im przewagę nad interesami partykularnymi (indywidualnymi), natomiast przy ocenie legalności przepisów krajowych badanie jest bardziej rygorystyczne i charakteryzuje się podejściem sprzyjającym zachowaniu w niezmienionej formie traktatowych uprawnień gospodarczych. Znamienne jest zatem w przedmiotowej dziedzinie obowiązywanie odmiennej od zasadniczo występującej metody rozpatrywania pytań prejudycjalnych – orzecznictwo dotyczące tej problematyki utraciło zatem swój charakter i przedstawia nietypowe właściwości. Trybunał bowiem w sprawach hazardowych „stosuje skromną ocenę, co skutkuje tym, że Trybunał tylko unieważnia środki regulacyjne, gdy uważa je za jawnie nieproporcjonalne do osiągnięcia zamierzonego celu"[140]. Oznacza to, że Trybunał orzeknie o niezgodności tych środków tylko wtedy, gdy są one n i e w ą t p l i w i e n i e w ł a ś c i w e[141] do osiągnięcia

[135] Zasada poszanowania tożsamości narodowych państw członkowskich „zasługuje na szczególną uwagę, ponieważ dostarcza istotnych dyrektyw wykładni relacji między Unią jako szczególnego rodzaju organizacją a państwami członkowskimi". A. Kuś, *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, Lublin 2010, s. 95.

[136] A. Terbea, *op. cit.*, s. 44.

[137] S. Planzer, *Liga Portuguesa – the ECJ and its Mysterious Ways of reasoning*, "European Law Review" 11/2009, s. 370.

[138] J. Łacny, *Swoboda państw członkowskich…*, s. 39.

[139] T.I. Harbo, *op. cit.*, s. 172. Stanowi to podział na wymiar wertykalny i horyzontalny.

[140] *Ibidem*, s. 172.

[141] Rzecznik Generalny w sprawie *BwinLiga* postulował (a raczej przyjął jako *nomen omen* oczywistość), by orzekać o niezgodności tylko w przypadku oczywistego przekroczenia przez państwo zakresu swobodnego!, pkt 207, 258, 299, 309.

zamierzonego celu, podczas gdy w przypadku oceny przepisów krajowych Trybunał stwierdzi ich niezgodność z prawem, gdy uzna, że istnieją mniej restrykcyjne środki do osiągnięcia celu[142].

„W dziedzinie gier hazardowych oferowanych za pośrednictwem Internetu względy ochrony konsumentów i porządku publicznego przeważają nad aksjologią wolnorynkową, co przekłada się na większą, niż w innych obszarach, swobodę regulacyjną państw członkowskich"[143]. Poddając analizie znaczenie tej koncepcji dla wyników rozstrzygnięć podejmowanych przez Trybunał, należy podkreślić, że zasada marginesu uznania nie stanowi tylko ogólnej, teoretycznej teorii opisującej tendencje orzecznicze TSUE; ma ona bowiem istotne znaczenie przy ocenie ustawodawstwa państw członkowskich. Obowiązywanie tej koncepcji stanowi determinantę swobody organizowania krajowego rynku gier, tzn. państwa mają pełny wachlarz możliwości co do przyjętego systemu podaży gier – mogą zliberalizować zupełnie swój rynek lub np. zakazać organizowania pewnych gier całkowicie lub częściowo. Co więcej, jak stwierdzono w sprawie *Läärä*, ze względu na swobodę wyboru konsekwencji obowiązywania pewnych wartości państwo ma wybór przyjęcia określonego kształtu swojej polityki, a ocena polityki jednego państwa nie determinuje oceny polityki przedsiębranej w drugim państwie. Niezależność światopoglądowa wynikająca ze swobodnie przyjętego systemu wartości jest zatem bezpośrednią konsekwencją obowiązywania tej koncepcji i zarazem najważniejszym jej skutkiem. Po drugie państwo ma swobodę wyboru racji, dla której wprowadza przepisy ograniczające prowadzenie działalności hazardowej. Ustawodawca krajowy może przede wszystkim zdecydować, czy powodem, dla którego wprowadza ograniczenia, jest ryzyko uzależnień czy też zwiększona kryminogenność w branży hazardowej[144].

Dodatkowo, jak pokazuje praktyka orzecznicza Trybunału, nie przeprowadzał on weryfikacji interesów powołanych przez państwo i wydaje się słuszne stwierdzenie, że państwo mogło *ad hoc* wybierać spośród dwóch celów, zależnie od tego, który lepiej spełniałby ich oczekiwania Wydaje się to również o tyle istotne, że, jak już wcześniej zostało wspomniane, wybór państw co do celu wprowadzenia ograniczeń ma znaczenie przy badaniu proporcjonalności i spójności rozwiązań krajowych. „Mimo że Trybunał stosuje standardowy test uzasadnienia, to czasem rozluźnia ocenę dla któregoś warunku w stronę kolejnej dyskrecjonalnej swobody! (nadrzędne względy są przyjmowane za uzasadnione łatwiej, ciężar dowodu jest właściwie odwrócony, a test niezbędności jest praktycznie zniesiony)"[145]. Dodatkowo, zdaniem S. van den Bogaerta i A. Cuyversa, językowe brzmienie wyroku w sprawie *Sjöberg* zdaje się sugerować, że „moralne i kulturalne

[142] T.I. Harbo, *op. cit*., s. 172.
[143] J. Łacny, *Gry hazardowe*…, s. 15.
[144] Praktyczne implikacje tego wyboru zostały opisane już wcześniej, w części drugiej.
[145] S. van den Bogaert, A. Cuyvers, *op. cit*., s. 1191.

cechy nie zostały przywołane po to, żeby pokazać margines swobody przynależny państwom, ale tworzyły cel sam w sobie"[146] – stanowiły rzeczywistą podstawę normatywną.

Jak się jednak okazuje, mimo iż nie ulega wątpliwości, że hazard jest zjawiskiem kontrowersyjnym, co do którego istnieją zróżnicowanie poglądy, to podstawowe problemy, na jakie wskazują państwa, wydają się być niezwiązane z moralnością. Państwa wskazują mianowicie na potrzebę ochrony konsumentów przed negatywnymi konsekwencjami uprawiania hazardu oraz ochronę przed przestępczością z tymi grami związaną. Należy sobie zadać pytanie, czy w tych przypadkach podstawą wprowadzania ograniczeń jest w rzeczywistości chęć ochrony konsumentów czy chęć ochrony szerzej pojętej moralności publicznej. Wydaje się bowiem, że zarówno ochrona konsumentów, jak i zapobieganie przestępczości stanowią dziedziny, w których ze względu na swój charakter istnieje możliwość przyjęcia bardziej powszechnego i wspólnego stanowiska[147]. Chęć ochrony konsumentów wydaje się być przesłanką obiektywną, rozumianą podobnie, niezależnie od krajowego porządku prawnego; wartością, w stosunku do której poziom ochrony między państwami nie powinien różnić się znacznie. Wydaje się zatem, że „nie istnieje (nie powinien istnieć) żaden szczególny (dodatkowy) zakres swobodnej oceny dotyczący ochrony konsumentów, zapobiegania przestępczości i dotyczący kwestii zdrowotnych. W tych sytuacjach możliwa jest bardziej obiektywna ocena"[148] niż w przypadku spraw stanowiących tradycyjnie *hard cases*. Intuicyjnie kojarzymy tę przesłankę z wprowadzeniem w ustawodawstwie pewnych wymagań technicznych czy instytucji prawnych, które mają za zadanie ułatwić korzystanie z usług oraz wyrównać czy nawet polepszyć sytuację kontraktową słabszej strony stosunku prawnego, jaką jest konsument. Komparatystyczna analiza przepisów dotyczących ww. aspektów działalności gospodarczej pozwala na stwierdzenie, że mają one techniczny charakter i ich stosowanie nie wymaga dokonywania odniesień do pozaprawnych ocen normatywnych. Tymczasem w orzecznictwie dotyczącym hazardu mniej zwraca się uwagę na powyższe funkcje, a bardziej na abstrakcyjną potrzebę ochrony społeczeństwa przed bliżej nieokreślonymi zagrożeniami przez wprowadzenie odmiennych dla każdego państwa środków, których wpływ na poprawę przedmiotowej sytuacji jest niewiadomy. W związku z tym należałoby stwierdzić, że tylko w sprawie *Omega*, która bezpośrednio dotyczyła praw podstawowych, pojawił się problem „kontrowersji moralnych związanych

[146] *Ibidem*, s. 1195.

[147] S. Planzer, *The ECJ on gambling: how much discretion …,* s. 12. Wskazuje na to prawodawstwo unijne dotyczące ochrony konsumentów, w którym choć występują zwroty ocenne, to nie odsyłają one do ocen moralnych. Nie bez znaczenia jest też dorobek unijny dotyczący zbliżania ustawodawstw w zakresie prawa karnego, w tym dyrektywa o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy.

[148] *Ibidem*, s. 12.

z organizowaniem gier". W innych sprawach takie kontrowersje nie były przedmiotem sporu, a pytania dotyczyły wyłącznie weryfikacji metod ochrony graczy i zapewnienia odpowiedniej kontroli. Należałoby zatem postawić pytanie, czy w istocie swoboda organizacji gier hazardowych jest oparta na względach ochrony konsumentów – jak argumentują państwa – czy na chęci ochrony moralności lub obyczajności publicznej.

3.2. Kontrowersje dotyczące problematyki dowodowej

Biorąc pod uwagę fakt, że fundamentalną zasadą prawa Unii Europejskiej jest wolność gospodarcza realizująca się w ramach koncepcji swobód przepływu, każde ograniczenie tej swobody stanowi wyjątek, a te, co wynika z ich istoty, powinny być interpretowane zawężająco[149]. W związku z tym, jak się powszechnie przyjmuje w literaturze, to na państwach, jako zamierzających wyłączyć stosowanie ogólnej zasady, spoczywa ciężar dowodu, dlatego też to one powinny, wprowadzając restrykcyjne przepisy, wykazać nie tylko istnienie nadrzędnego względu interesu ogólnego, ale również jego proporcjonalność oraz ewentualnie realizowanie krajowej polityki hazardowej w sposób spójny i systematyczny. Kwestia ta w praktyce jest jednak problematyczna. Zagadnienie dowodzenia w sprawach hazardowych może być analizowane w kilku powiązanych ze sobą aspektach jako: 1) problem odwrócenia ciężaru dowodu, 2) problem interpretacji stanu faktycznego na korzyść państw oraz jako 3) problem braku uwzględnienia przy ocenie analiz naukowych.

Jak już wcześniej wspomniano, w najwcześniej podjętych orzeczeniach nie przeprowadzono choćby rudymentarnej kontroli proporcjonalności przepisów krajowych i można zaryzykować stwierdzenie, że moralne, kulturalne i religijne uwarunkowania organizowania gier hazardowych uzasadniały istnienie w prawie UE niewzruszalnego domniemania zgodności przepisów krajowych z unijnymi swobodami przepływów. Po raz pierwszy na poważnie w sprawach dowodowych Trybunał wypowiedział się w sprawie *Lindman*. Trybunał zarzucił wtedy Szwecji, że nie ujawniono żadnego dowodu statystycznego lub innego, ujawniającego wagę ryzyka związanego z grami hazardowymi, i nie wykazano żadnego specyficznego związku przyczynowego miedzy takim ryzykiem a udziałem w loteriach zagranicznych[150]. Operatorzy odczytywali ten fragment wyroku jako wyraźne wprowadzenie (a może raczej przypomnienie oczywistego) obowiązku przedstawienia przez państwo badania dotyczącego proporcjonalności, które zawierałoby analizę rynku gier, niebezpieczeństw oraz możliwości zapobieżenia ich skutkom[151]. Z takiego sformułowania wynika, jak można sądzić, iż „ocena niebezpieczeństw, z jakimi wiąże się oferowanie gier hazardowych za pośrednictwem Internetu,

[149] A. Terbea, *op. cit.*, s. 32.
[150] *Lindman*, pkt 26.
[151] N. O'Connor, *op. cit*.; *Stoß*, pkt 22.

mogących uzasadniać ograniczanie swobód rynku wewnętrznego, powinna być oparta na wynikach badań odnoszących się do specyficznych kategorii gier i oferowania ich w środowisku internetowym, a nie na samej tylko tezie o szczególnych ryzykach związanych z tego rodzaju grami"[152]. Jak się jednak okazało nadzieje operatorów okazały się płonne. Zdaniem Trybunału bowiem, przedstawionym w kolejnym orzeczeniu, takie twierdzenie wynika z błędnego rozumienia ww. części wyroku *Lindman*, co zostało potwierdzone w późniejszym orzecznictwie[153]. Trybunał rozjaśniając swój zamysł, orzekł, że owszem, to na państwie spoczywa ciężar przedstawienia wszystkich dowodów, które mogą pozwolić Trybunałowi na ustalenie, że spełnione zostały wymogi proporcjonalności, ale państwo może uznać, że wewnętrzny środek spełnia te wymogi, bez przeprowadzenia dowodu. Taki dowód nie jest zatem obligatoryjny i nie stanowi obowiązku[154]. Skorzystanie z niego jest kwestią uznania państwa (ma charakter fakultatywny) i choć państwo może ponieść konsekwencje nieprzedstawienia go, to możliwość taka pojawi się tylko w przypadku odmowy wiarygodności argumentacji państw.

Podsumowując tę część, należy stwierdzić, że w sprawach hazardowych w istocie przerzucono ciężar dowodu na operatorów, których jedyną linię obrony, biorąc pod uwagę dalsze wypadki, stanowiło wykazanie niespójności polityki krajowej. Jedyne złagodzenie konsekwencji takiego stanu rzeczy możemy zauważyć w przejściu z niewzruszalnego domniemania zgodności polityki państwa do domniemania wzruszalnego, nadal jednak narzucającego na operatorów obowiązek bronienia uprawnień gospodarczych wprost przewidzianych przez Traktat.

Po drugie, równie nieprawdopodobne wydaje się podejście Trybunału do samej oceny stanu faktycznego i przedstawionych dowodów. Można tu zauważyć, że Trybunał prowadzi selektywną ocenę dowodów w ten sposób, że umniejsza wartość dowodów przedstawionych przez podmioty prywatne (a nawet nie bierze pod uwagę podstawowych dla biegu postępowania zarzutów formalnych!)[155], przyznając niepewnym, często wyłącznie uprawdopodobnionym twierdzeniom państw silniejszą moc dowodową[156]. Warto w tym miejscu podać przykład sprawy *BwinLiga*, w której Trybunał stwierdził, że na rzecz zgodności monopolu portugalskiego z prawem UE przemawia fakt kilkusetletniego istnienia państwowego monopolisty. „Historyczny rodowód, kulturalne znaczenie oraz dobroczynne związki monopolisty Santa Casa były również oceniane jako dowód spójności polityki krajowej"[157]. Należy się zgodzić z S. Planzerem, który

[152] J. Łacny, *Gry hazardowe….*, s. 17.
[153] *Stoß*, pkt 71.
[154] „Stanowi silny argument, ale nie stanowi warunku *sine qua non*", *Stoß*, pkt 83 ORG.
[155] Nie wziął na przykład pod uwagę braku notyfikacji dyrektywy przez państwo. S. Planzer, *Liga Portuguesa…*, s. 370.
[156] S. van den Bogaert, A. Cuyvers, *op. cit*., s. 1205.
[157] A. Terbea, *op. cit*., s. 53.

stwierdza, że argument o rzetelności i jakości tego podmiotu oparty na jego długoletnim istnieniu jest nieprzekonywujący, monopole bowiem często właśnie działają „od niepamiętnych czasów”[158]. Co więcej, w tej samej sprawie Trybunał, mimo iż stwierdził, że rząd portugalski nie przedstawił wprost dowodu na istnienie chęci ochrony nadrzędnego względu interesu ogólnego, to jednocześnie samodzielnie wybrał cel, jaki jego zdaniem wydawał się stać u podstaw restrykcyjnego ustawodawstwa krajowego[159], w istocie pragmatycznie wybierając uzasadnienie lepiej pasujące do argumentacji przedstawianej przez rząd.

Kolejny przykład nieuzasadnionego rozumowania prezentowanego przez Trybunał stanowią zapatrywania co do kryminogenności gier hazardowych. Trybunał przyjmował bezpodstawnie, że sam udział operatora zagranicznego w rynku krajowym wiąże się z zagrożeniem dla bezpieczeństwa i istnieje wysokie prawdopodobieństwo popełniania przestępstw[160]. Co więcej, we wcześniej przywołanej sprawie *BwinLiga* uznano również, że nie można stwierdzić, iż operator, który jest jednocześnie tytularnym sponsorem rozgrywek ligowych, będzie miał możliwość „ustawiania” wyników meczów[161]. Trybunał zatem przyjmował *de facto* kolejne niekorzystne dla podmiotów prywatnych domniemanie – tym razem domniemanie prowadzenia przez podmiot zagraniczny działalności w sposób niezgodny z prawem, mimo że wszyscy operatorzy, których dotyczyły sprawy hazardowe, mogli być uznani za tzw. operatorów zasłużonych. Można zatem stwierdzić, że w pewnym uproszczeniu Trybunał, oprócz wprowadzenia w swoich rozważaniach zasady odwróconego *onus probandi*, zastosował również domniemanie złej wiary lub nawet przeciwieństwo zasady *in dubio pro reo*. „Domniemanie przestępczości stoi w ostrej sprzeczności ze szczegółową oceną ryzyka, której Trybunał żąda od państw członkowskich w innych dziedzinach, w których istnieje takie ryzyko, z obowiązkiem dokonywania oceny opartej na najbardziej rzetelnych dostępnych danych naukowych i najbardziej aktualnych wynikach międzynarodowych badań”[162].

Drugim krytykowanym w literaturze przedmiotu aspektem niewłaściwego przeprowadzania postępowania dowodowego przez Trybunał jest jego stosunek do badań naukowych. Warty nadmienienia jest. art. 114 TFUE, który wprost mówi o obowiązku wzięcia pod uwagę badań naukowych w dziedzinach dotyczących ochrony zdrowia, bezpieczeństwa, czy, co w analizowanym sektorze jest szczególnie istotne, w sprawach

[158] S. Planzer, *Liga Portuguesa...*, s. 371.
[159] *Ibidem*, s. 371.
[160] *Ibidem,* s. 372. Już w sprawie *Schindler* RG stwierdził, że sam fakt działania operatora zagranicznego na rynku nie może skłaniać do przyjęcia większego niebezpieczeństwa popełniania przestępstw.
[161] N. O’Connor., *op. cit*.
[162] S. Planzer, *Liga Portuguesa…,* s. 372–373.

dotyczących ochrony konsumentów[163]. Kwestia ta wydaje się istotna m.in. ze względu na fakt, iż poznanie rzeczywistych skutków hazardu nie tylko miałoby wpływ na odpowiedź na pytanie, czy państwo może ograniczać prowadzenie tego typu gier, ale również określałoby kształt i granice ingerencji państwa ze względu na możliwość stanowienia bardziej efektywnego mechanizmu badania proporcjonalności rozwiązań. Istnieją bowiem badania naukowe, które nie tylko analizują skalę uzależnień, ale również różnice w stopniach uzależnień wywołanych przez poszczególne rodzaje gry. Wydaje się jednak, że jedyną do tej pory podstawą, jaką bierze pod uwagę Trybunał w swoim orzecznictwie, jest d o g m a t o o d w i e c z n y m z ł u, jakie immanentnie tkwi w grach losowych. Jak się jednak okazuje, twierdzenia przyjmowane dotąd przez Trybunał nie są tak oczywiste[164]. Zdaniem Simona Planzera „nie ma niezbitego dowodu, według którego zwiększona możliwość wyboru oferty gier hazardowych musi koniecznie prowadzić do większego stopnia uzależnienia"[165], w związku z czym tym bardziej istotna wydaje się konieczność przeprowadzenia na poziomie unijnym pogłębionych badań rzeczywistego oddziaływania gier hazardowych na jednostkę i społeczeństwo[166].

Świetnym przykładem na to, że przeświadczenia Trybunału nie zawsze są zgodne z rzeczywistością, jest stanowisko dotyczące szkodliwości gier oferowanych przez Internet. Trybunał dotychczas utrzymywał stanowczo, że uczestnictwo w grach hazardowych wiążą się z innym i większym ryzykiem pojawienia się negatywnych konsekwencji. Wydaje się jednak, że TSUE sam zmienił swoje zdanie w tej kwestii, ponieważ w sprawie *Dickinger* nie powtórzył tej tezy i wydaje się, że całkowicie zrezygnował ze swoich krytycznych zapatrywań na temat Internetu, a w szczególności dotyczących hazardu w Internecie[167]. Pozytywna dla internetowego rynku gier ocena została również wyrażona przez specjalistów na zorganizowanej przez Komisję konferencji poświęconej kwestii hazardu: „**Generalnie wydaje się, że dostęp do gier hazardowych oferowanych *online* nie zwiększa uzależnienia w większym stopniu niż dzieje się to**

[163] Ust. 3: „Komisja […] w dziedzinie ochrony zdrowia, bezpieczeństwa, ochrony środowiska naturalnego i ochrony konsumentów przyjmie jako podstawę wysoki poziom ochrony, uwzględniając w szczególności wszelkie zmiany oparte na faktach naukowych [...]".

[164] Simon Planzer w *The ECJ on Gambling Addiction – Absence of an Evidence-Oriented Approach,* "European Journal of Risk Regulation" 3/2010, na stronie 294 wskazuje przykład dwóch badań naukowych, w których analizowano zmiany odsetka uzależnień od hazardu w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych na przestrzeni lat; wynikiem obu tych badań było stwierdzenie, że odsetek ten zmalał, mimo znacznego rozwoju hazardu i oferty gry.

[165] *Ibidem,* s. 294.

[166] Warto wskazać, że z inicjatywy Komisji Europejskiej powstał projekt ALICE RAP, którego „celem jest stymulowanie szerokiej i produktywnej debaty na temat opartej na osiągnięciach nauki polityki uzależnień", (opublikowano pod adresem internetowym: www.alicerap.eu, dostęp: 27.05.2013 r.). Badania prowadzone w ramach tego projektu dotyczą również problematycznych zachowań związanych z hazardem.

[167] T. Talos, N. Aquilina, *op. cit*., s. 256.

w wypadku gier oferowanych w środowisku *offline*"[168] (zaznaczenie – D.B.). Podkreślono również, że istnieje wiele środków technicznych, które zapewniają ochronę graczy, np. zaawansowane sposoby ochrony graczy nieletnich, czy takie, które umożliwiają samowykluczanie się z gry[169].

Koncentrując się w tym miejscu na kwestiach dowodowych, warto jednak zauważyć fakt, że wraz z ogólną zmianą tendencji orzeczniczej w sprawach hazardowych zmieniło się również w pewnym stopniu podejście Trybunału do problematyki dowodu. Mimo że Trybunał nie powrócił do swojego *obiter dictum* dotyczącego „statystycznego lub innego dowodu", to w sprawie *Ladbrokes* można znaleźć pewien wyjątek[170]. Trybunał uznał wtedy, że państwo musi udowodnić, że rzeczywiście istnieje w Holandii problem hazardu i że środki przyjęte przez państwo mogą ten problem rozwiązać[171]. Co więcej, w związku z tym, iż „cel w postaci ochrony konsumentów przed uzależnieniami jest zasadniczo trudny do pogodzenia z polityką ekspansji gier losowych polegającą m.in. na tworzeniu nowych gier i ich reklamowaniu, taka polityka nie może być uznana za spójną, chyba że skala nielegalnych gier jest znacząca[172]. Państwo musi zatem przedstawić istotność skali działalności nielegalnej[173]. „To dowodzi, że teoretyczne i abstrakcyjne zagrożenia nie wystarczą, by uzasadnić ograniczenia[174]", jednak mimo to nadal nie jest pewne, czy Trybunał wyraźnie oparł swoje orzecznictwo na podejściu bazującym na konkretnych dowodach. Analiza orzeczeń dotyczących spraw hazardowych pokazuje, że jego twierdzenia odnoszące się do uzależnienia od gier przypominają raczej opieranie się na „zapatrywaniach moralnych i stereotypowych mądrościach; innymi słowy dotyczą subiektywnych poglądów, przypuszczeń, a nie naukowych wniosków"[175]. W literaturze powszechnie postuluje się zmianę stanowiska Trybunału i przyjęcia podejścia bardziej zorientowanego na dowód. Wymaga to przyjęcia nowego paradygmatu, opartego na badaniach medycznych, faktach i nauce w ogólności[176] – paradygmatu, w wyniku którego „ocena zachowania operatorów gier hazardowych nie będzie polegała już na odróżnieniu dobrego od złego, ale raczej na odróżnieniu działania profesjonalnego od nieprofesjonalnego"[177].

---

[168] Konkluzje konferencji z dnia 25 maja 2011 r. dotyczącej hazardu *online*: wykrywania i zapobiegania problematycznemu hazardowi i uzależnieniom od hazardu, s. 2.
[169] T. Talos, N. Aquilina, *op. cit*., s. 257.
[170] S. Planzer, *The ECJ on Gambling Addiction – Absence of...,* s. 293.
[171] *Ladbrokes*, pkt 29.
[172] *Dickinger*, pkt 67.
[173] S. Planzer, *The ECJ on Gambling Addiction – Absence of...,* s. 293.
[174] T. Talos, N. Aquilina, *op. cit*., s. 254.
[175] S. Planzer, *The ECJ on Gambling Addiction – Absence of...,* s. 294.
[176] S. Planzer, *Place your bets – towards a policy of responsible gambling*, "European Law Review" 6/2007, s. 209.
[177] *Ibidem*, s. 209

Zakończenie

Na podstawie przeprowadzonych badań należy stwierdzić, że unijne prawo hazardowe przedstawia wiele cech wyróżniających tę dziedzinę działalności gospodarczej spośród innych. Sektor ten nie jest bowiem przedmiotem kompleksowej regulacji mimo istotnych implikacji ekonomicznych i dającego się zauważyć wzrostu zainteresowania tego typu rozrywką. Podstawy ustroju gospodarczego UE wyznaczają zatem dla kompetentnych w tym przedmiocie władz krajowych granicę, w tym podstawową wyznaczoną przez zasadę niedyskryminacji. Jest to swoisty metaporządek prawny dla ustawodawstwa państw członkowskich, w związku z czym państwa powinny wziąć pod uwagę dorobek orzeczniczy TSUE przedstawiony na kanwie art. 43 i art. 49 TFUE. Dlatego też daje się zauważyć twórczą rolę TSUE w uzupełnianiu luk normatywnych podczas dokonywania na podstawie art. 267 TFUE wiążącej wykładni traktatów. Trybunał bowiem pełni w tej dziedzinie rolę regulatora *de facto*[178].

W związku z moralnymi i kulturowymi uwarunkowaniami organizacji tych gier Trybunał zdaje się brać przy ocenie pod uwagę nieujawnione przesłanki polityczne. Te pozaprawne determinanty stały u podstaw ukonstytuowania w tej dziedzinie szerokiego marginesu uznania jako swoistej podstawy prawnej, punktu wyjścia przy dokonywaniu oceny legalności krajowych środków ograniczających. Taka konstrukcja normatywna początkowo stanowiła jedyny element treści formuły generalnej orzekania w sprawach hazardowych. TSUE „przeszedł do porządku nad wątpliwościami, które w odniesieniu do wielu innych usług wykluczałyby akceptację tego rodzaju rozwiązań krajowych”[179]. Państwa wydawały się w tej dziedzinie być omnipotentne, a ze względu na uprawomocnienie w tej dziedzinie daleko idącej subiektywności w przyjętej moralności ograniczono po części możliwość dokonania obiektywnej oceny ograniczeń, bowiem już w sprawie *Schindler* powołano się na ochronę moralności publicznej. Dawało to państwom regulacyjną *carte blanche* i uzasadniało tezę o obowiązywaniu swoistego domniemania zgodności przepisów krajowych z prawem UE. Taki sposób rozpatrywania sporów podaje w wątpliwość istotę procesu sądowego jako sprawy prowadzonej przed bezstronnym sądem, ponieważ Trybunał jawił się tutaj jako rzecznik interesu rządów będący *iudex in causa sua*.

Orzecznictwo ulegało jednak zmianie. Generalnym symptomem zmian jest zawężenie swobody uznania zasadzające się na badaniu spójności i systematyczności mającej udaremnić pełne hipokryzji pobudki krajowej polityki (anty)hazardowej. Coraz odważniejsze wprowadzanie przez Trybunał przesłanek, które można ogólnie nazwać przesłankami zapewniającymi rzeczywistą gwarancję ochrony interesu publicznego,

[178] J. Łacny, *Gry hazardowe…*, s. 21.
[179] A. Cieśliński, *op. cit*., s. 641.

sprawia, że kolejną cechą tego orzecznictwa jest pogłębione badanie nie tylko stanu prawnego, ale i szczegółowego stanu faktycznego.

Jak widać, problematyka hazardu na gruncie europejskim jest ciągle żywa. Zagadnienie to zostało zanalizowane w szerokim, ale na pewno niewystarczającym zakresie – w zakresie, który wydał się autorowi najważniejszy i może należycie pełnić funkcje dydaktyczne. Niestety, ze względu na rozmiar obszaru badawczego, wykraczającego również poza dziedzinę nauki prawa, oraz konieczność uwzględnienia materiału empirycznego badań naukowych nie było możliwe podanie jednoznacznie konkluzywnej odpowiedzi na zarysowane we wstępie hipotezy. W związku z tym wiele wątków poruszonych zostało tylko w formie dygresji lub nie zostało poruszonych w ogóle, co kreuje rozległą perspektywę przeprowadzenia nowych badań. Należy stwierdzić, że badania te powinny brać pod uwagę zarówno uwarunkowania prawne, jak i kulturowe oraz ekonomiczne; dlatego też wydaje się, że istnieje możliwość przeprowadzenia zobiektywizowanej oceny przedstawiającej rozwiązania uwzględniające zarówno postulowaną przez operatorów konieczność liberalizacji rynku gier hazardowych, jak i konieczność rzeczywistej ochrony interesu publicznego. Pytanie bowiem powinno brzmieć raczej w następujący sposób: czy jest możliwe, by efektywnie chronić konsumentów w (regulowanej) gospodarce rynkowej, zwłaszcza że doświadczenia kilku państw potwierdziły taką możliwość[180].

W związku z podjęciem w ostatnim czasie przez Komisję Europejską inicjatyw[181] mających na celu uregulowanie sytuacji prawnej gier hazardowych zainteresowanym pozostaje czekać na wynik tych działań. Nie jest bowiem pewne, czy ostateczne unormowanie przyjmie postać horyzontalnego rozporządzenia czy zawierającej tylko minimalne standardy dyrektywy. Nie jest też pewne, kiedy ostatecznie przepisy wejdą w życie ani jaki model organizacji gier przyjmą: liberalny czy ściśle regulowany. Do tego czasu możemy tylko śledzić kolejne rozstrzygnięcia podejmowane przez Trybunał w sprawach hazardowych i zastanawiać się, czy następnym głosem unijnych organów będzie *shuffle up and deal*, czy *rien ne va plus*.

Summary

Principles of providing gambling services in European Union law

The paper presents principles of providing gambling services in European Union law. This article is based not only on a legal perspective, but also shows external factors

[180] S. Planzer, *Place your Bets…,* s. 209.

[181] Komisja przedstawiła wraz z wcześniej powoływanym komunikatem z 2012 r. proponowany plan działania w celu rozwiązania problematycznej kwestii internetowego hazardu.

that make the present subject so attractive. Ethic, religious aspects and a strong economic background of this topic seem to have impact on legal regulations. European Union law does not contain a particular „gambling act", thus the Court of Justice of the European Union functions de facto as a lawmaker.

A quite significant number of judgements in this area allows to decode some common rules on the basis of which the Member States are entitled to limit an organization of this type of entertainment. Fundamentals for this competence are established by the doctrine of overriding reasons in the public interest, restricted, however, by the requirements of nondiscrimination, proportionality and cohesion of restrictions. The elements mentioned before result in a fact that the CJEU's decision–making presents a few special features, concerning inter alia a wide margin of appreciation and evidentiary issues.

Bibliografia

Akty prawne i dokumenty organów UE

Zielona księga w sprawie gier hazardowych oferowanych w Internecie w obrębie rynku wewnętrznego z 24 marca 2011 r.

Komunikat Komisji z 23 października 2012 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „W stronę kompleksowych europejskich ram dla hazardu *online*".

Dokument Komisji – Hazard *online* na rynku wewnętrznym – towarzyszący Komunikatowi Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Społeczno-Ekonomicznego i Komitetu Regionów „W stronę kompleksowych europejskich ram dla hazardu *online*" z 23 października 2012 r.

Dokument Komisji towarzyszący Zielonej księdze w sprawie gier hazardowych oferowanych w Internecie w obrębie rynku wewnętrznego z 24 marca 2011 r.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana z 26 października 2012 r. (Dz. Urz. UE, Nr 2012/C 326/01).

Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wraz z opiniami rzeczników generalnych)

Schindler (C-275/92), *Gebhard* (C-55/94), *Familiapress* (C-368/95), *Fischer* (C-283/95), *Läärä* (C-124/97), *Zenatti* (C-67/98), *Anomar* (C-6/01), *Gambelli* (C-243/01), *Lindman* (C-42/02), *Omega* (C-36/02), *Linneweber* (C-462/02), *Komisja przeciwko Grecji* (C65/05), *Placanica* (C-338/04), wyrok Trybunału EFTA (E-1/06), wyrok Trybunału EFTA (E-3/06), *BwinLiga* (C-42/07), *Komisja przeciwko Hiszpanii* (C-153/08), *Sporting Exchange* (C-203/08), *Ladbrokes* (C-258/08), *Sjöberg* (C-447/08), *Winner Wetten* (C-409/06), *Stoß* (C-316/07), *Carmen Media* (C-46/08), *Engelmann* (C-64/08), *Zeturf* (C-212/08), *Dickinger* (C-347/09), *The Rank Group* (C-260/1), *Costa* (C-72/10), *HIT* (C-176/11), *SIA Garkalns* (C-470/11), *Stanleybet* (C-186/11), *Fortuna* (C-213/11).

Literatura przedmiotu oraz literatura pomocnicza

Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2010.

Binde P., *Gambling and religion: Histories of concord and conflict*,

"Journal of Gambling Issues" 6/2007.

Bogaert S. van den, Cuyvers A., *Money on nothing - the case law of the EU court of justice on the regulation of gambling*, "Common Market Law Review" 48/2011.

Cieśliński A., *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t.1: *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2008.

Cieśliński A., *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t.2, Warszawa 2007.

Czajkowski M., *Poker – gra szczęścia czy umiejętności? Przegląd analiz teoretycznych i empirycznych oraz wnioski dla regulacji*, opublikowano pod adresem internetowym: www.wolnypoker.org/Media/Default/DocGalleries/ekspertyzy/m_czajkowski_ekspertyza.pdf (dostęp: 20.06.2013 r.).

Würfeln, wetten, Karten spielen – Die Geschichte des Glücksspiels, "Damals" 4/2008.

Doukas D., *In a Bet there is a Fool and a State Monopoly: Are the Odds Stacked against Cross-border Gambling?*, "European Law Review" 36/2011.

Dunaj B. (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996.

Dzabirova L., *New developments in EU internal market – harmonization vs mutual recognition*, "Romanian Journal of European Affairs", Vol. 9, No. 1/2009.

Frąckowiak-Adamska A., *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009.

Garnuszek A., Sosnowski P. (red.), *Rola Trybunałów i Doktryny w Prawie Międzynarodowym*, Warszawa 2010.

Haar M. ter, *The Winner Wetten-Case: on Gambling Monopolies, the Transitional Application of Restrictive Legislation and the Very Essence of Union Law*, "The Columbia Journal of European Law Online", vol. 17/2010.

Harbo T.I., *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, "European Law Journal", Vol. 16, No. 2, 3/2010.

Hatzopoulos V., *C-275/92, Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and Jörg Schindler, 1994 ECR I-1039*, "Common Market Law Review" 32/1995.

Hatzopoulos V., Thien Uyen Do, *The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services: 2000–2005*, "European Legal Studies" 2/2006.

Hop R.J., *Gambling and the Services Directive: the way to a more open gambling policy?*, opublikowano pod adresem internetowym: http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=106285 (dostęp: 20.06.2013 r.)

Kaburakis A., Rodenberg R.M., *EU gambling at the intersection of policy and litigation,* "The Journal of Gambling Business and Economics" 5/2011.

Kaburakis A., Rodenberg R.M., *Odds: Gambling, Law and Strategy in the European Union*, "Business Law International" 13/2012.

Koscik M., *The gambling on the internet – a true challenge for fundamental freedoms,* "Masaryk University Journal of Law and Technology" 4/2010.

Kosiński E., *Nowe prawo hazardowe. Wybrane zagadnienia*, „Homines Hominibus" 7/2011.

Kuś A., *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, Lublin 2010.

Lamb Ch., *Essays of Elia*, Edinburgh 1885.

Lewandowicz M., *Ustawa o grach hazardowych w świetle norm unijnych*, „Europejski Przegląd Sądowy" 6/2012.

Littler A., *In a Bet there is a Fool and a State Monopoly: Are the Odds Stacked against Cross-border Gambling?*, "European Law Review" 36/2011.

Littler A., *Regulatory perspectives on the future of interactive gambling in the internal market,* "European Law Review" 2/2008.

Łacny J., *Gry hazardowe w Internecie – ustępstwo wobec swobód rynku zewnętrznego?*, „Europejski Przegląd Sądowy" 1/2012.

Łacny J., *Swoboda państw członkowskich w zakresie regulowania gier hazardowych – przegląd orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy" 12/2012.

Maliszewska-Nienartowicz J., *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007.

O'Connor N., *European Gambling Law: From Schindler to HIT*, opublikowano pod adresem internetowym www.bettingmarket.com/eurolaw222428.htm (dostęp: 20.06.2013 r.)

O'Leary S., Fernandez-Martin J.M., *Judicial Exceptions to the Free Provision of Services*, "European Law Journal", Vol. 1, Issue 3, 11/1995.

Planzer S., *Liga Portuguesa – the ECJ and its Mysterious Ways of Reasoning*, "European Law Review" 11/2009.

Planzer S., *Place your Bets – Towards a Policy of Responsible Gambling*, "European Law Review" 6/2007.

Planzer S., *The ECJ on Gambling Addiction – Absence of an Evidence-Oriented Approach*, "European Journal of Risk Regulation" 3/2010.

Planzer S., *The ECJ on gambling: how much discretion for the member states*?, opublikowano podadresem internetowym: www.easg.org/media/file/vienna2010/presentations/Wednesday/1330/P5/2_Simon_Planzer.pdf (dostęp: 20.06.2013 r.)

Rebeggiani L., *The Liga Portuguesa decision of the European Court of Justice – an economist's view*, "Rivista di diritto en economia dello sport", Vol. 5, Fasc. 3/2009.

Schmidl M., *The ECJ and the National Monopoly in the Field of Gambling – Next Round*, "European Law Review" 10/2010.

Skrzydło-Tefelska E., *Nowe wyroki TS w sprawie organizacji gier hazardowych*, cz. 1, „Europejski Przegląd Sądowy" 1/2013.

Spindler G., Hambach W., Berberich B., *The Carmen Media Case – The Expected Catalyst from Brussels for a New Approach to German Gambling Law*, "European Journal of Risk Regulation" 1/2011.

Talos T., Stradler A., *ECJ: requirement of consistent and systematic gambling policy*, "World Online Gambling" 4/2009.

Talos T., *ECJ Defines Stringent Hypocrisy Test for Online Gambling Monopolies*, "European Law Review" 9/2011.

Talos T., *The Engelmann Judgment Austrias Casino Monopoly is not EU-Compliant*, "European Law Review" 10/2010.

Terbea A., *The internal market for gambling services and the need for a clearer proportionality test*, opublikowano pod adresem internetowym: www.lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=1628024&fileOId=1628025 (dostęp: 20.06.2013 r.)

Vlaemminck P., *Overview of the status of EU/EFTA case law in the gambling sector*, opublikowano pod adresem internetowym: http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201106/20110615ATT21467/20110615ATT21467EN.pdf (dostęp: 20.06.2013 r.)

Wiśniewski A., *W sprawie koncepcji marginesu oceny w orzecznictwie strasburskim*, „Państwo i Prawo" nr 12/2008.

Zawidzka A., *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2005.