



# Pracodawcy RP

Komitet Podatkowy

**Analiza prawna w sprawie odpowiedzialności karnoskarbowej za uczestnictwo w internetowych zakładach bukmacherskich urządzanych bez zezwolenia Ministra Finansów.**

**PAŹDZIERNIK 2015**

## 1 Tezy opinii

- A. Urządzanie zakładów wzajemnych przez Internet wymaga uzyskania zezwolenia udzielanego przez Ministra Finansów. W obecnym stanie faktycznym, zezwolenie takie posiadają jedynie cztery podmioty funkcjonujące na rynku – Fortuna, STS, Millennium i Totolotek.
- B. Udział gracza w zakładach wzajemnych przez Internet prowadzonych przez bukmachera zagranicznego działającego bez zezwolenia Ministra Finansów, jeżeli osoba ta znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi wykroczenie lub przestępstwo karnoskarbowe (art. 107 § 2 i 4 Kodeksu karnego skarbowego).
- C. Z popełnionym przestępstwem wiąże się zagrożenie karą w wysokości do 720 stawek dziennych grzywny (minimalnie – 5.770 PLN, maksymalnie – 700.000 PLN, w zależności liczby stawek dziennych oraz statusu majątkowego gracza), a także kara pozbawienia wolności do lat 3.
- D. Jeżeli wykupiony tytuł uczestnictwa w zakładzie wzajemnym lub uzyskana wygrana nie przekracza dwustukrotności minimalnego wynagrodzenia za pracę (350.000 PLN) ma miejsce wykroczenie skarbowe, zagrożone karą grzywny (minimalnie 175 PLN, maksymalnie 35.000 PLN).
- E. W obu wypadkach, sąd może orzec również przepadek na rzecz Skarbu Państwa wygranej, a jeśli środki te wydano lub przekazano je innej osobie – ich równowartości, także od innych niż gracz osób.
- F. Uzyskanie przez gracza informacji o karalności udziału w zagranicznych zakładach bukmacherskich – np. w wyniku działań informacyjnych polskich bukmacherów – w zasadzie wyłącza możliwość powoływania się na błąd co do prawa, nawet jeśli działalność ta jest reklamowana jako legalna i dostępna dla graczy z terytorium Polski.
- G. W związku z zarzutami Komisji Europejskiej przeciwko Polsce, trwają prace nad zmniejszeniem wysokości sankcji za przestępstwo skarbowe udziału w zagranicznym zakładzie wzajemnym do zagrożenia karą grzywny w wysokości do 120 stawek dziennych grzywny (minimalnie – 5.770 PLN, maksymalnie – 210.000 PLN, w zależności liczby stawek dziennych oraz statusu majątkowego gracza). Jest to zmiana w obrębie art. 107 § 2 k.k.s.
- H. Może okazać się, iż prawidłowa – z punktu widzenia regulacji wspólnotowych – legislacja z zakresu odpowiedzialności karnoskarbowej graczy, powinna jednak zakładać skreślenie art. 107 § 2 k.k.s. penalizującego uczestnictwo w zakładach wzajemnych jedynie ze względu na miejsce ich organizacji (uczestnictwo w zagranicznych zakładach wzajemnych) i pozostawienie wynikającego z art. 109 zakazu uczestnictwa w nielegalnych internetowych zakładach wzajemnych

urządzanych i prowadzonych wbrew ustawie lub niezgodnie z warunkami udzielonego zezwolenia lub koncesji.

- I. Za zasadne należy uznać znowelizowanie przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, by w całości wyłączyć spod jej zakresu umowy w zakresie usług bukmacherskich, by państwo mogło zgodnie z przepisami unijnymi ograniczyć dostępność na terytorium Polski zagranicznych zakładów wzajemnych, zarządzanych niezgodnie z polską ustawą o grach hazardowych.

## **Wprowadzenie**

Niniejsza opinia dotyczy zagadnień związanych z nakładaniem sankcji karnoskarbowych oraz stosowania środków karnych przewidzianych w Kodeksie karnym skarbowym (dalej jako „k.k.s.”) związanych z karalnym uczestnictwem w internetowych grach hazardowych urządzanych niezgodnie z polskimi przepisami.

Celem opinii jest w szczególności udzielenie odpowiedzi na pytanie:

- czy i kiedy uczestnictwo w grze hazardowej organizowanej przez podmiot zagraniczny, do której akces następuje przez Internet, będzie penalizowane przez k.k.s., oraz
- jakie sankcje są w tym wypadku przewidziane przez prawo.

Analiza powyższych zagadnień wymaga interpretacji znamion dwóch typów czynów zabronionych penalizowanych przez:

- art. 107 § 2 k.k.s. (zakaz uczestniczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w zagranicznym zakładzie wzajemnym), a także
- art. 109 k.k.s. (zakaz uczestniczenia w zakładzie wzajemnym urządzonym lub prowadzonym wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia).

Przyjęty układ opinii wiąże się ze specyficzną konstrukcją znamion analizowanych typów czynów zabronionych. Pierwszy wprowadza *prima facie* zakaz uczestniczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w jakimkolwiek zagranicznym zakładzie wzajemnym, drugi zaś zakaz uczestniczenia w zakładzie wzajemnym urządzonym lub prowadzonym wbrew przepisom ustawy, warunkom koncesji lub zezwolenia.

## **Urządzenie zakładów wzajemnych przez Internet – analiza stanu prawnego**

Zgodnie z przepisami ustawy z 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (t.j. z 8 kwietnia 2015 roku, DzU poz. 612, dalej jako „ugh”), co do zasady zakazane jest (art. 29a ust. 1 oraz ust. 2 ugh):

- urządzenie gier hazardowych przez sieć Internet
- uczestniczenie w grach hazardowych urządzanych przez sieć Internet.

Jednocześnie, w art. 29a ust. 3 ugh Ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie ograniczenia wynikających z ust. 1 oraz ust. 2 zakazów wyłączając z ich zakresu urządzenie zakładów wzajemnych przez sieć Internet na podstawie udzielonego zezwolenia.

Zgodnie z ugh, urządzenie internetowych zakładów wzajemnych jest możliwe po uzyskaniu zezwolenia Ministra Finansów, wydanego na podstawie art. 32 ust. 2 ugh. W reżimie wspomnianej ustawy, podmiot zarządzający zakłady wzajemne może wykorzystywać jedynie taką stronę internetową, której krajowa domena najwyższego poziomu jest przypisana do polskich stron internetowych (art. 15d ust. 2 ugh), przy czym treść zezwolenia wprost wskazuje domenę internetową, pod którą prowadzona ma być usługa bukmacherska.

Z przyjmowaniem zakładów wzajemnych przez Internet połączono regulacje szczegółowe, mające na celu bardziej intensywne związanie przedsiębiorstwa z krajem, tj.

- określenie rodzaju rachunku bankowego, za pośrednictwem którego przeprowadzane mają być transakcje wynikające z zakładów (art. 15e ugh), czy w przypadku
- zakazu powierzenia przez spółkę bukmacherską innemu podmiotowi na podstawie umowy agencyjnej czynności z zakresu przyjmowania zakładów i stawek a także wypłaty wygranych (art. 28 ust. 2 ugh).

Jednocześnie ugh wyłącza ogólny zakaz reklamy i promocji zakładów wzajemnych, dopuszczając prowadzenie jej na określonej w zezwoleniu stronie internetowej wykorzystywanej do zarządzania tych zakładów (art. 29 ust. 1 i ust. 5 ugh).

Praktyka organizacji i prowadzenia zakładów wzajemnych z wykorzystaniem sieci Internet wykazuje olbrzymią dysproporcję między spółkami polskimi a podmiotami zagranicznymi. Obie grupy świadczą tożsame usługi, skierowane do wszystkich odbiorców korzystających z sieci, niezależnie od ich miejsca pobytu, przy czym spółki polskie, ze względu na siedzibę (zob. art. 17 ust. 1 ustawy z 4 lutego 2011 roku – Prawo prywatne międzynarodowe, DzU nr 80, poz. 432) funkcjonują w polskim systemie prawnym i niewątpliwie podlegają ograniczeniom wynikającym z systemu koncesji i zezwoleń, wynikających z ugh, a w odniesieniu do organizatorów rozgrywek – systemu zgód na wykorzystywanie ich wyników, zgodnie z art. 31 ust. 2 ugh.

Stosownie do tego ostatniego przepisu, podmiot posiadający lub ubiegający się o zezwolenie na prowadzenie zakładów wzajemnych lub zmianę jego warunków, dotyczące wyników współzawodnictwa sportowego, obowiązany jest uzyskać zgodę krajowych organizatorów takiego współzawodnictwa na wykorzystanie jego wyników. Jest to przepis o charakterze regulacyjnym i nadzorczym, związany z potrzebą zapewnienia

wiarygodności i rzetelności w funkcjonowaniu podmiotów prowadzących działalność związaną z przyjmowaniem zakładów wzajemnych.

Opisywana regulacja reglamentacyjna stawia spółki bukmacherskie z siedzibą w Polsce w istotnej dysproporcji co do warunków, jakie muszą być spełnione, by względem polskich obywateli świadczyć usługi w zakresie przyjmowania zakładów wzajemnych.

Zgodnie z raportem Bettingexpert z czerwca 2015 roku, aktywność zagranicznej konkurencji sprawiła również, że o ile w grudniu 2014 można było mówić o 10% udziale w rynku bukmacherskim czterech spółek posiadających zezwolenia Ministra Finansów (STS, Totolotka, Fortuny i Millenium), to w połowie 2015 roku udział ten spadł do ok. 8% (<http://www.bettingexpert.com/pl/blog/rynek-bukmacherski-w-polsce-czerwiec-2015>, dostęp 3 sierpnia 2015 roku). Jednocześnie, mimo tego, że świadczenie usług w zakresie gier hazardowych zostało wyłączone spod regulacji dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 roku w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), Komisja akcentuje konieczność dostosowania regulacji krajowej do ogólnych zasad wolnego rynku.

W komunikacie z 23 października 2012 roku pt. *Towards a comprehensive European Framework on online gambling* (IP/12/1135), Komisja argumentowała, że: „Państwa członkowskie mają wprowadzić zasadniczo swobodę, jeśli chodzi o ustalanie celów własnej polityki w obszarze internetowych gier hazardowych, jednak zapewnienie zgodności prawa krajowego z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TfUE) pozostaje nieodzownym warunkiem skutecznej unijnej polityki w tym obszarze. [...] [Aczkolwiek] Komisja nie zaproponowała mających obowiązywać w całej UE przepisów dotyczących internetowych gier hazardowych – przedstawiła natomiast obszerny pakiet działań oraz wspólnych zasad dotyczących ochrony”.

Tym samym kierowała się Komisja wszczynając przeciwko Polsce sprawę EU-Pilot o sygn. 6863/14/MARK, w której wezwano państwo polskie do zrównania sankcji za uczestnictwo w nielegalnych grach hazardowych organizowanych w kraju, jak i poza jego granicami (zob. odpowiednio art. 107 § 2 i art. 109 k.k.s.). Rozumowanie to co do zasady odpowiada wnioskowaniu nawiązującemu ostatecznie do interpretacji dyrektywy o handlu zagranicznym (zob. wyr. TS w połączonych sprawach o sygn. C-509/09 i C-161/10 *eDate Advertising GmbH przeciwko X* oraz *Olivier Martinez et Robert Marnitez przeciwko MGN Limited*).

Warto przy tym zwrócić uwagę na to, że jako argumenty przemawiające na rzecz rozważenia zaproponowania przez Komisję unijnego prawodawstwa w zakresie

konkurencji w świadczeniu usług z zakresu gier hazardowych, Komisja przytacza ochronę małoletnich, przeciwdziałanie wykorzystaniu zakładów wzajemnych do prania brudnych pieniędzy, ochronę budżetu i skuteczność egzekucji prawa. Nie wskazuje natomiast na konieczność pogłębienia gwarancji wolnej konkurencji, akceptując właściwość prawa krajowego do definiowania lokalnych warunków koncesyjnych.

## **Legalność/bezprawność przyjmowania zakładów przez zagranicznych operatorów – analiza stanu prawnego w zakresie ustalenia prawa właściwego**

### **Uwagi ogólne**

Ocena legalności przyjmowania zakładów wzajemnych w sieci przez podmioty prowadzące przedsiębiorstwo poza terytorium Polski wymaga odpowiedzi na pytanie o to, jakie jest prawo właściwe dla określenia warunków funkcjonowania danego podmiotu w zakresie świadczenia usług polegających na przyjmowaniu zakładów wzajemnych, a co za tym idzie, odpowiedzi na pytanie, czy zagraniczne podmioty bukmacherskie urządzające lub prowadzące na terytorium Polski internetowe zakłady wzajemne podlegają reżimowi ustawy o grach hazardowych.

### **Regulacje Unijne**

Punktem wyjścia dla ustalenia prawa właściwego są bezpośrednio obowiązujące przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 roku w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (dalej jako „Rzym I”).

Zgodnie z motywem 25 preambuły zadeklarowano zasadę ograniczonej swobody wyboru prawa właściwego, twierdząc, że: *„Konsumenci powinni podlegać ochronie tych przepisów obowiązujących w państwie ich zwykłego miejsca pobytu, których nie można wyłączyć w drodze umowy, pod warunkiem że umowa z konsumentem została zawarta w następstwie wykonywania przez przedsiębiorcę w tym państwie działalności gospodarczej lub zawodowej. Taka sama ochrona powinna zostać zagwarantowana, jeżeli przedsiębiorca, mimo niewykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej w państwie zwykłego miejsca pobytu konsumenta, w jakikolwiek sposób kieruje swą działalność do tego państwa lub do kilku państw z tym państwem włącznie, a umowę zawarto w wyniku takiej działalności”*.

Na konieczność powiązania wyboru prawa właściwego z konsumenckim rodzajem stosunku prawnego wskazuje motyw 24, który, mimo wejścia w życie późniejszego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1215/2012 z 12 grudnia 2012 roku w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach

cywilnych i handlowych (dalej jako „Bruksela Ibis”), powinien być rozumiany w taki sposób, że nie wystarczy, aby przedsiębiorstwo kierowało swoje usługi w stronę państwa członkowskiego będącego krajem zamieszkania konsumenta lub w stronę grupy państw członkowskich obejmującej to państwo, ale konieczne jest również, aby umowa została zawarta w ramach jego działalności. Sam fakt, że strona internetowa jest dostępna, nie wystarcza do zastosowania reżimu konsumenckiego; konieczne jest również to, aby strona ta umożliwiała zawieranie umów na odległość i aby umowa taka została rzeczywiście zawarta za pomocą dowolnych środków. Przy tym język lub rodzaj waluty używany na stronie internetowej nie są elementami istotnymi.

W rozporządzeniu Bruksela Ibis przewidziano szczególną regulację dotyczącą umów konsumenckich, a więc takich, gdzie po stronie usługobiorcy występuje osoba, *„która zawiera umowę w celu, który nie może być uważany za działalność zawodową lub gospodarczą tej osoby [...], gdy druga strona umowy w państwie członkowskim, na terytorium którego konsument ma miejsce zamieszkania prowadzi działalność zawodową lub gospodarczą lub taką działalnością w jakikolwiek sposób kieruje do tego państwa członkowskiego lub do kilku państw włącznie z tym państwem członkowskim, a umowa wchodzi w zakres tej działalności”* (zob. art. 17 ust. 1 Rozporządzenia Bruksela Ibis). Towarzyszy temu ogólna zasada, że w odniesieniu do umów zawartych ze stroną uznawaną za słabszą stronie takiej należy zapewnić ochronę za pomocą tych norm kolizyjnych, które są dla niej korzystniejsze niż reguły ogólne.

Wskazana powyżej regulacja ma znaczenie wobec systemu szczegółowych wyłączeń związanych z regulacjami konsumenckimi. Dyrektywa o handlu elektronicznym przewiduje bowiem jako zasadę przyjmowanie jako prawa właściwego prawa państwa, skąd pochodzi usługa (art. 3 ust. 1). Jednocześnie zawiera wprost wyłączenia, zezwalając państwom członkowskim na zachowanie możliwości domagania się od dostawców usług świadczonych drogą elektroniczną spełnienia wymogów prawnych państwa odbioru. Pierwsze wyłączenie obejmuje zobowiązania umowne dotyczące umów konsumenckich zaś drugie wyłączenie całkowicie wyjmuje spod regulacji tej dyrektywy usługi związane ze świadczeniem gier hazardowych.

**W obu wypadkach prowadzi to do wniosku o stosowaniu jako prawa właściwego – o ile w pewnym zakresie nie doszło do jego zmiany w trybie umownym – prawa państwa odbioru usługi.**



## Regulacje krajowe

Na tle wskazanych regulacji unijnych wskazać należy na przepisy polskie, które niejednolicie wyłączają spod regulacji właściwej dla ochrony konkurencji i konsumentów problematykę zawierania umów w przedmiocie uczestnictwa w grach hazardowych (zob. art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. z 26 stycznia 2015 roku w związku z art. 1 ugh). Wyłączenie to, zgodnie z art. 5 ust. 3 ugh obejmuje jedynie te gry hazardowe, które są objęte monopolem państwa, a więc gry liczbowe, loterie pieniężne i gry telebingo. W pozostałym zakresie ugh wprowadza reżim regulacyjny, który zakłada udzielanie zezwoleń na urządzenie i prowadzenie innych gier, w tym zakładów wzajemnych. Nie stanowi to jednak bezpośredniego wyłączenia reguł konkurencji w odniesieniu do podmiotów świadczących te usługi na podstawie udzielonych zezwoleń (por. wyr. SN z 25 kwietnia 2007 roku, III SK/07; wyr. SN z 13 lipca 2012 roku, III SK 44/11). Nie można z tego tym bardziej wyprowadzać tezy, że doszło do wyłączenia zastosowania odpowiednich przepisów rozporządzeń unijnych, a także przepisów traktatowych o zasadzie wolnego rynku, związanych z określaniem prawa właściwego dla umów z zakresu gier hazardowych. Te ostatnie bowiem mają charakter autonomiczny i nie poddają się modyfikacji ustawowej, która mogłaby wyłączyć ich obowiązywanie.

Szczególną uwagę należy tymczasem skierować ku art. 3a<sup>1</sup> ustawy z 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. z dnia 15 października 2013 roku, DzU poz. 1422, dalej jako „usude”), zgodnie z którym: **„Świadczenie usług drogą elektroniczną w zakresie gier hazardowych podlega prawu polskiemu, w przypadku gdy gra hazardowa jest urządzana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub usługobiorca uczestniczy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w grze hazardowej, lub usługa jest kierowana do usługobiorców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności dostępne jest korzystanie z niej w języku polskim lub jest reklamowana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.**

Prawidłowe odczytanie sensu cytowanego przepisu wymaga zbadania, w jakiej relacji przewidziane w nim rozwiązanie pozostaje z wiodącą dla stosunków prawnych w cyberprzestrzeni zasadą wyboru prawa właściwego, określaną jako zasada państwa pochodzenia, która zakłada, że to na państwie źródła usługi spoczywa obowiązek kontroli usługodawców mających siedzibę na jego terytorium, a pozostałe państwa nie mogą, co do zasady, ingerować w ten proces, uznając legalność usług świadczonych z terytorium danego państwa.

Każde z państw członkowskich obowiązane jest sprawować nadzór nad działalnością przedsiębiorców mających siedzibę na jego terytorium, czego korelatem jest konieczność respektowania swobody świadczenia usług przez dostawców pochodzących z innych państw członkowskich (P. Polański, *Europejskie prawo handlu*, op. cit., roz. III § 1).

Zasada ta obejmuje aspekt pozytywny (art. 3 ust. 1 dyrektywy o handlu elektronicznym) i negatywny (art. 3 ust. 2 dyrektywy o handlu elektronicznym).

Pozytywny aspekt zasady państwa pochodzenia oznacza, że państwo pochodzenia powinno zapewnić ochronę nie tylko własnym obywatelom, ale także wszystkim obywatelom Unii, na co zresztą wyraźnie wskazuje motyw 22 dyrektywy o handlu elektronicznym.

Negatywny aspekt zasady państwa pochodzenia oznacza tymczasem, że państwo odbioru nie może ograniczyć usług pochodzących z innych państw członkowskich jedynie ze względu na bardziej restrykcyjne regulacje obowiązujące na swoim terytorium, o ile regulacje te mieszczą się w pojęciu tzw. dziedziny koordynowanej.

Pojęcie dziedziny podlegającej koordynacji dotyczy wszelkich przepisów odnoszących się do podejmowania działalności w sieci (np. obowiązek związany z krajową domeną strony, zob. art. 15d ust. 2 ugh) oraz jej prowadzenia (np. umieszczenie treści reklamowych, zob. art. 29 ust. 5 ugh). Natomiast zakres dziedziny podlegającej koordynacji nie obejmuje „nie-elektronicznych” aspektów świadczenia usługi.

Na tle powyższego należy uznać, że przepis art. 3a<sup>1</sup> usude zawiera bezpośrednie rozwiązanie dotyczące jedynie pozytywnego aspektu zasady państwa pochodzenia, a mianowicie wyłącza ją w odniesieniu do prawa właściwego regulującego warunki, jakie musi spełnić podmiot przyjmujący zakłady wzajemne w sieci. Nie zmienia natomiast rozwiązania wynikającego z negatywnego aspektu zasady państwa pochodzenia.

W końcu nieprawidłowe jest wprowadzenie łącznika, który ma przesądzać o prawie właściwym, w postaci rzeczywistego skorzystania z usług świadczonych w zakresie przyjmowania zakładów wzajemnych przez osobę przebywającą na terytorium RP, jeżeli usługi te nie zostały „skierowane” do tej kategorii podmiotowej (zob. stanowisko ETS, wielka izba, w wyroku z 7 grudnia 2010 roku w sprawach połączonych C-585/08 i C-144/09 *Peter Pammer przeciwko Reederei Karl Schüter GmbH & Co KG oraz Hotel Alpenhof GesmbH przeciwko Oliverowi Hellerowi*, gdzie Trybunał przyjął, że sama dostępność strony internetowej przedsiębiorcy lub pośrednika w państwie członkowskim, na terytorium którego konsument ma miejsce zamieszkania nie jest wystarczające dla uznania, że taki przedsiębiorca kieruje działalność do państwa członkowskiego konsumenta).

Nie sposób przy tym nie nawiązać w tym miejscu do działań Komisji, która motywuje państwa do wprowadzenia harmonizacji minimalnej w zakresie przepisów dotyczących wymogów informacyjnych, przeciwdziałania uczestniczenia w usługach hazardowych online osób małoletnich, narzędzi przeciwdziałającym nadmiernie uciążliwym skutkom finansowym uzależnienia od hazardu czy też reklamy (zob. Komunikat Komisji z 14 lipca 2014 roku, IP/14/828), zmierzając do ograniczenia powodów dyskryminacyjnych w świadczeniu tych usług.

**Konkluzją tego fragmentu rozważań jest teza o tym, że na gruncie prawa krajowego, o legalności świadczenia usług w zakresie przyjmowania zakładów wzajemnych rozstrzyga zgodność z przepisami ugh dotyczącymi warunków uzyskania zezwolenia na urządzenie i prowadzenie gier hazardowych za pośrednictwem sieci.**

Jednocześnie, ze względu na sposób ujęcia art. 3a<sup>1</sup> usude, bezprawność – w rozumieniu ustawy polskiej – tożsamej działalności podmiotów zagranicznych nie może być samodzielną podstawą do ograniczenia dostępności tych usług na terenie kraju (argument z zasady państwa pochodzenia), **chyba że gwarancje z zakresu praw konsumentów (graczy), przewidziane w państwie pochodzenia usługi, nie spełniają warunków wynikających z prawa polskiego (argument z rozporządzenia Rzym I)**. Ograniczenia te mogą wynikać z reguł prawa prywatnego międzynarodowego i pierwszeństwo prawa stałego zamieszkania konsumenta.

### **Dopuszczalność stosowania sankcji karnych**

Jednocześnie powyższe nie stoi na przeszkodzie, by państwa członkowskie odbioru usługi mogły ograniczać swobodę świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego ze względu na konieczność zapewnienia przestrzegania przepisów prawa karnego państwa obioru (zob. analogicznie wyrok TS z 11 grudnia 2003 roku w sprawie C-322/11 *Deutscher Apothekerverband eV przeciwko 0800 DocMorris NV i Jacques Waterval*). Trybunał akceptuje wprowadzenie krajowego zakazu świadczenia usług określonego rodzaju, jeżeli państwo jest - zgodnie z prawem unijnym - wyłącznym regulatorem świadczenia tych usług, a ograniczenie jest konieczne i proporcjonalne do uznanych przez prawodawcę unijnego celów.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 *Piergiorgio Gambelli* przyjął, że: „*Uregulowania krajowe, które zakazują – pod rygorem sankcji karnych – wykonywania działalności w zakresie przyjmowania, zawierania, rejestrowania i przekazywania ofert zakładów wzajemnych, w szczególności*

na współzawodnictwo sportowe, bez koncesji lub zezwolenia wydanego przez dane państwo członkowskie, stanowią ograniczenie swobody działalności gospodarczej oraz swobodnego świadczenia usług, o których mowa odpowiednio w art. 43 WE i 49 WE. **Do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy takie uregulowania – w świetle konkretnych zasad ich stosowania – są rzeczywiście odpowiednie do celów, które mogą stanowić ich uzasadnienie, oraz czy wynikające z nich ograniczenia nie są nieproporcjonalne w stosunku do tych celów**”.

W nawiązaniu do powyższych zasad należy uznać, że krajowa regulacja karnoskarbowa powinna zrównać poziomem zakazów usługi bukmacherskie niewchodzące w zakres monopolu państwa świadczone przez polskie i zagraniczne podmioty (podobnie Komisja w sprawie przeciwko Polsce o sygn. EU-Pilot 6863/14/MARK).

**Tym samym, w przypadku zakładów wzajemnych dopuszczalne jest wprowadzenie zakazu karnoskarbowego urządzenia lub prowadzenia zakładów wzajemnych wbrew minimalnym warunkom regulacyjnym przewidzianym przez państwo polskie, o ile jest to zasadne w świetle podstaw dopuszczalnych ograniczeń wolnej konkurencji. Korelatem tego może być zakaz uczestnictwa w takich zakładach wzajemnych, przy czym powinien on być skonstruowany symetrycznie względem polskich i zagranicznych bukmacherów.**

Z regulacji art. 107 § 2 kks wywieść można normę, która *de facto* konstytuuje kierowany do polskiego gracza zakaz uczestnictwa w grze losowej lub zakładzie wzajemnym, jeżeli gra taka lub zakład nosi przymiot gry lub zakładu zagranicznego. Takie stanowisko może okazać się – w świetle przepisów wspólnotowych – trudne do zaakceptowania wobec zakładów wzajemnych, gdzie tak daleko idąca penalizacja stanowi nieuzasadnioną ingerencję w wolny rynek w rozumieniu przepisów unijnych.

W duchu norm unijnych, właściwy sposób kryminalizacji urządzania gier powinien ograniczyć się do przewidzianego w art. 107 § 1 kks zakazu urządzania i prowadzenia gier hazardowych wbrew przepisom ustawy albo prowadzenia ich niezgodnie z warunkami uzyskanego dozwolenia. Tym zakazem powinni zostać objęci wszyscy organizatorzy kierujący usługi dla osób przebywających na terytorium Polski, niezależnie od miejsca faktycznej siedziby. Wiąże się z tym obowiązek uzyskania określonego zezwolenia lub koncesji na przyjmowanie zakładów wzajemnych jako przejawu dopuszczalnego ograniczenia świadczenia usług dla polskich konsumentów i stosowania prawa właściwego ze względu na ich stałe miejsce pobytu, w tym powiązania świadczenia usług z domeną polską jako domeną najwyższego stopnia.

Podobnie – także w duchu regulacji wspólnotowych – uznać należy, iż korelatem penalizowania zakazu urządzania zakładów wzajemnych wbrew ustawie lub zezwoleniu kierowanego do organizatora takich zakładów mógłby być kierowany do graczy zakaz uczestnictwa w takim zakładzie, który nie spełnia polskich warunków licencyjnych. Należy przy tym podkreślić, że proponowana nowelizacja art. 107 § 2 w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 3659) nie spełnia opisanych powyżej wymogów.

### **Analiza znamion typów czynów zabronionych – uczestnictwo w zagranicznym zakładzie wzajemnym oraz w uczestnictwo w zakładzie wzajemnym urządzonym lub prowadzonym z naruszeniem prawa.**

#### **Uwagi ogólne**

Rekonstrukcja znamion typów czynów zabronionych przewiduje kryminalizację trzech typów uczestnictwa w zakładach wzajemnych:

- a) uczestniczenie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w zagranicznym zakładzie wzajemnym (art. 107 § 2 k.k.s.),
- b) uczestniczenie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w zagranicznym zakładzie wzajemnym w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (art. 107 § 3 k.k.s.),
- c) uczestniczenie w zakładzie wzajemnym urządzonym lub prowadzonym wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia (art. 109 w zw. z zakazem z art. 107 § 1 k.k.s.).

We wszystkich wypadkach istota czynu zabronionego polega na braniu udziału, a zatem przystąpieniu do umowy adhezyjnej na świadczenie usług bukmacherskich oraz pozostawaniu w charakterze strony przez czas świadczenia usług (nabycie dowodu udziału i uzyskanie ewentualnego świadczenia).

Czyny wskazane w pkt. a i c mogą być popełnione w zamiarze zwykłym (bezpośrednim i wynikowym), co oznacza, że sprawca musi mieć świadomość, że jest to – odpowiednio – zagraniczny zakład wzajemny albo jest on urządzony lub prowadzony niezgodnie z ustawą lub warunkami zezwolenia. Zakaz wskazany w pkt. b wymaga działania z zamiarem kierunkowym, a zatem bezpośrednim, zabarwionym celem uzyskania przysporzenia majątkowego (szerzej w orzecznictwie zob. wyr. SN z 2 kwietnia 2014 roku, V KK 344/12).

**Udział gracza w zakładach wzajemnych przez Internet prowadzonych przez bukmachera zagranicznego działającego bez zezwolenia Ministra Finansów,**

**jeżeli osoba ta znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi wykroczenie lub przestępstwo karnoskarbowe (art. 107 § 2 i 4 Kodeksu karnego skarbowego).**

### **Sankcje karnoskarbowe związane z uczestnictwem w zagranicznym zakładzie wzajemnym prowadzonym bez zezwolenia Ministra Finansów**

Z popełnionym przestępstwem wiąże się zagrożenie karą w wysokości do 720 stawek dziennych grzywny (minimalnie – 5.770 PLN, maksymalnie – 700.000 PLN, w zależności liczby stawek dziennych oraz statusu majątkowego gracza), a także kara pozbawienia wolności do lat 3. Jeżeli wykupiony tytuł uczestnictwa w zakładzie wzajemnym lub uzyskana wygrana nie przekracza dwustrukrotności minimalnego wynagrodzenia za pracę (350.000 PLN) ma miejsce wykroczenie skarbowe, zagrożone karą grzywny (minimalnie 175 PLN, maksymalnie 35.000 PLN). W obu wypadkach, sąd może orzec również przepadek na rzecz Skarbu Państwa wygranej, a jeśli środki te wydano lub przekazano je innej osobie – ich równowartości, także od innych niż gracz osób.

W związku z zarzutami Komisji Europejskiej przeciwko Polsce, trwają prace nad zmniejszeniem wysokości sankcji za przestępstwo skarbowe udziału w zagranicznym zakładzie wzajemnym do zagrożenia karą grzywny w wysokości do 120 stawek dziennych grzywny (minimalnie – 5.770 PLN, maksymalnie – 210.000 PLN, w zależności liczby stawek dziennych oraz statusu majątkowego gracza). Jest to zmiana w obrębie art. 107 § 2 k.k.s.

### **Analiza znamion czynów zabronionych**

W zasadzie powszechnie akceptowany jest pogląd o tym, że „zagraniczną grą lub zakładem”, o którym mowa w art. 107 § 2 k.k.s. jest gra lub zakład organizowany za granicą według przepisów obcego prawa. Wydaje się, że dodatkowym punktem odniesienia jest regulacja administracyjnoprawna, zawarta w ugh, która dla licencji na usługi bukmacherskie wymaga ich powiązania z domeną polską jako domeną najwyższego rzędu. Aby jednak rozstrzygnąć, czy mamy do czynienia z grą losową lub zakładem wzajemnym w rozumieniu art. 107 § 2 k.k.s, musimy ocenić ich rzeczywisty charakter w świetle prawa polskiego (zob. G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Świątłowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Gdańsk 2000, s. 546; L. Wilk, *Hazard, op. cit.*, s. 200--201).

W odniesieniu do zakładów wzajemnych świadczonych za pośrednictwem sieci Internet, w literaturze wyrażono pogląd, że przepisy karnoskarbowe obejmują zakazem urządzanie, prowadzenie i uczestnictwo jedynie w takich zakładach, które są świadczone

przez bukmacherów zagranicznych, nielicencjonowanych w Polsce, gdy usługi te są dostarczane wyłącznie z terytorium Polski (zob. G. Łabuda, [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2014, uw. do art. 107). Argument ten mógłby uzyskać potwierdzenie na gruncie art. 3 § 1 k.k.s., zgodnie z którym: „Czyn zabroniony uważa się za popełniony w miejscu, w którym nastąpiło zachowanie sprawcy, albo gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić”. Formułując go, autor nie uwzględnił jednak w najmniejszym stopniu regulacji związanej z zasadami wyboru prawa właściwego i świadczenia usług drogą elektroniczną na wspólnym rynku. Z tego powodu jest to stanowisko metodologicznie nie do utrzymania.

**W orzecznictwie formułuje się tymczasem poglądy najszersze, a mianowicie, że udział w każdej grze hazardowej organizowanej poza reżimem ustawy o grach hazardowych stanowi realizację znamion zakazów karnoskarbowych (zob. dla przykładu wyr. WSA w Gdańsku z 15 stycznia 2013, I SA/Gd 846/12).**

### **Ograniczenie odpowiedzialności – usprawiedliwiony błąd co do prawa**

W piśmiennictwie słusznie wskazuje się na praktycznie powszechny brak świadomości wśród adresatów norm prawnych karalności zachowań stypizowanych w art. 107 § 2 k.k.s. oraz art. 109 k.k.s., czego przyczyn można upatrywać w publicznym (zwłaszcza przy wykorzystaniu mediów) propagowaniu uczestnictwa w zagranicznych grach losowych i zakładach wzajemnych (J. Błachut, *Karnoskarbowa problematyka internetowych zakładów bukmacherskich*, CzPKiNP 2007, nr 2, s. 134 i n.). Okoliczność ta stanowić może podstawę dla przyjęcia usprawiedliwionego błędu co do karalności wyłączającego winę (art. 10 § 4 k.k.s.).

Od odpowiedzialności karnej skarbowej uwalnia usprawiedliwiona nieświadomość karalności. Jednocześnie, w przypadku regulacji o charakterze karnoskarbowym, należy odwołać się do poglądu zawartego w uzasadnieniu postanowienia SN z dnia 7 października 1999 r., V KKN 414/98, gdzie wskazano, że: „*Stopień trudności w rozpoznaniu czynów naruszających przepisy o charakterze porządkowo-administracyjnym może być nieporównanie większy niż przy czynach pospolitych, a nieświadomość co do prawnej oceny czynu może być usprawiedliwiona niskim stopniem jasności zawartego w ustawie unormowania*”.

W przypadku realizacji znamion typu czynu zabronionego z art. 107 § 2 i art. 109 k.k.s. w warunkach usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności dana osoba nie popełnia przestępstwa lub wykroczenia skarbowego w rozumieniu Kodeksu karnego skarbowego.

Jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a jeżeli czyn zabroniony jest wykroczeniem skarbowym - sąd może odstąpić od wymierzenia kary lub środka karnego wymienionego w art. 47 § 2 pkt 2 i 3 k.k.s. (przepadku przedmiotów albo zwrotu wygranej).

To ostatnie rozwiązanie dotyczy zakładów wzajemnych określonych jako „wypadek mniejszej wagi”. Pojęciem tym, stosownie do art. 53 § 8 w zw. z § 6 i § 3 k.k.s., obejmuje się realizację wskazanych zakazów jeżeli kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej nie przekracza ustawowego progu (pięciokrotność minimalnego wynagrodzenia za pracę z dnia popełnienia czynu zabronionego – obecnie 8.750 PLN).

Możliwość oceny usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynów stypizowanych w art. 107 § 2 i art. 109 k.k.s. związana jest ściśle z osobą sprawcy i możliwościami dowodowymi (inaczej będzie prezentować się pozycja przypadkowego gracza a inaczej osoby stale wykupującej dowody udziału i interesującej się tą sferą usług).

Zgodnie z powyższym, przesłanką braku karalności czynów z art. 107 § 2 oraz 109 k.k.s. jest usprawiedliwiona nieświadomość karalności występująca po stronie sprawcy. Jakkolwiek ocena zaistnienia nieświadomości, jak również ocena przesłanek usprawiedliwiających taką nieświadomość będzie zawsze uzależniona od indywidualnych okoliczności popełnionego czynu, niemniej jednak wydaje się, iż wobec rosnącej (również dzięki aktywnościom środków masowego przekazu) społecznej świadomości karalności uczestnictwa w internetowych zakładach wzajemnych organizowanych wbrew regulacjom krajowym standardy adresowane do uczestników internetowych gier hazardowych powinny być stosunkowo wysokie. Standardy te, w zakresie usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynów powinny uwzględniać nie tylko znaczny stopień profesjonalizmu uczestnika ale też powszechną możliwość zweryfikowania statusu podmiotu zarządzającego zakłady wzajemne, w których taki uczestnik bierze udział. Zwrócić należy uwagę, iż informacje o statusie podmiotu zarządzającego zakłady wzajemne są powszechnie dostępne i mogą zostać zweryfikowane chociażby za pomocą strony internetowej Ministerstwa Finansów, na której publikowana jest aktualna lista podmiotów posiadających wymagane w ugh zezwolenie na urządzenie zakładów wzajemnych przez Internet.

Jednak nawet przypadek usprawiedliwionej nieświadomości karalności, nie znosi bezprawności takiego zachowania sprawcy, jakim jest uczestniczenie w zagranicznych zakładach wzajemnych i innych zakładach organizowanych lub prowadzonych z naruszeniem przepisów prawa oraz wbrew warunkom zezwolenia.



**Jestem zdania, że uzyskanie przez gracza informacji o karalności udziału w zagranicznych zakładach bukmacherskich – np. w wyniku działań informacyjnych polskich bukmacherów – w zasadzie wyłącza możliwość powoływania się na błąd co do prawa, nawet jeśli działalność ta jest reklamowana jako legalna i dostępna dla graczy z terytorium Polski.**

### **Przepadek przedmiotów i korzyści**

Oprócz sankcji związanych z typem czynu zabronionego (przestępstwem lub wykroczeniem skarbowych przy czynach mniejszego wypadku) Kodeks karny skarbowy przewiduje dedykowaną do zakazów karnoskarbowych związanych z problematyką gier hazardowych regulację przypadku. Mianowicie w art. 30 § 5 i odpowiednio w art. 49 § 2 k.k.s. wprowadza obowiązek orzekania przypadku przy czterech grupach przestępstw i wykroczeń skarbowych:

- 1) nielegalnym urządzaniu i prowadzeniu gier i zakładów, w tym zagranicznych, i udziale w nielegalnych grach zagranicznych (art. 107 § 1-3),
- 2) urządzaniu lub prowadzeniu gier podlegających szczególnemu nadzorowi podatkowemu bez urzędowych zabezpieczeń (art. 107a § 1),
- 3) udziale w nielegalnych grach i zakładach krajowych (art. 109) oraz
- 4) nielegalnym trudnieniu się sprzedażą losów loteryjnych (art. 110).

Przepadek obejmuje dowody udziału, zdeponowane środki i wygrane, jak również środki uzyskane ze sprzedaży udziału w grze lub wypłaconych stawek.

Ten rodzaj przypadku może objąć korzyści majątkowe wynikające, bezpośrednio lub pośrednio, z popełnienia przestępstwa, niepodlegające przypadkowi w oparciu o art. 30 k.k.s. Obowiązek zwrotu korzyści lub jej równowartości pokrzywdzonemu lub innemu uprawnionemu podmiotowi wyłącza możliwość orzeczenia przypadku w całości lub w części. Przez pośrednie odniesienie korzyści majątkowej należy rozumieć taką sytuację, kiedy sprawca uzyskuje korzyść majątkową wynikającą z operacji na korzyści majątkowej pozyskanej w wyniku przestępstwa. Nieuzasadnione wydaje się orzeczenie przypadku równowartości korzyści, w sytuacji gdy możliwe jest orzeczenie przypadku jej samej (podobnie wyr. SA w Lublinie z 2 kwietnia 2013 roku, II AKA 44/13, Legalis). Nadto, ustawodawca wyłączył możliwość stosowania przez sąd łącznie przypadku samej korzyści, jak i jej równowartości, zwłaszcza w sytuacji, gdy możliwe byłoby orzeczenie przypadku tylko części korzyści. Jeżeli zatem orzeczenie przypadku całej korzyści okaże się niemożliwe, sąd powinien rozważyć orzeczenie w to miejsce przypadku jej równowartości, tak aby możliwie najlepiej zrealizować funkcje omawianego środka

W konstrukcji art. 33 § 5 k.k.s. wykorzystano instytucję domniemań prawnych w celu zwiększenia efektywności przepadku korzyści majątkowej poprzez ustalanie przestępnego pochodzenia składników majątkowych. Są to domniemania prawne wzruszalne a ich istotą jest przeniesienie ciężaru dowodowego w zakresie ustalania przestępnego pochodzenia korzyści majątkowych. Pozostawienie konstrukcji przepadku korzyści majątkowej bez obudowania jej owymi domniemaniami mogłoby spowodować, że jego orzeczenie byłoby nierzadko niemożliwe ze względu na przeniesienie składników majątkowych na inne podmioty lub też trudności ze wskazaniem tych składników majątkowych, które pochodzą z przestępstwa. Tym samym chcąc ochronić swój majątek, sprawca jest zobowiązany wykazać, że nie powstał on wskutek popełnienia przestępstwa. Wskazane domniemanie ma pozwalać przeciwdziałać przekazywaniu majątku pochodzącego z przestępstwa innym osobom w celu uniknięcia poddania ich przepadkowi. Jest to w rzeczywistości zjawisko pozornego zbywania majątku oparte na woli wyjęcia go spod zakresu środków oddziaływania karnoprawnego. Przesłanką tego domniemania jest ustalenie, iż mienie zostało przeniesione na osobę fizyczną, prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, faktycznie lub pod jakimkolwiek tytułem prawnym. Nadto, rzeczy muszą znajdować się w samoistnym posiadaniu tej osoby lub jednostki. W oparciu o wniosek z domniemania stwierdza się, że te rzeczy lub inne przysługujące tej osobie prawa majątkowe należą do sprawcy. Domniemanie można obalić stwierdzeniem, że na podstawie okoliczności towarzyszących nabyciu nie można było przypuszczać, że mienie to, chociażby pośrednio, pochodziło z czynu zabronionego. Przeciwdowód pozwalający na obalenie domniemania, zgodnie z nowym brzmieniem tego przepisu, wymaga wykazanie okoliczności zbliżonych w treści do klauzuli dobrej wiary, wykluczającej możliwość przyjęcia domniemania, jeżeli na podstawie okoliczności towarzyszących nabyciu nie można było przypuszczać, że mienie to, chociażby pośrednio, pochodziło z czynu zabronionego. W uzasadnieniu wskazano, że przywołana zmiana zaproponowana została w ramach procesu transpozycji dyrektywy 2014/42/UE. W preambule dyrektywy zauważono, że konieczne jest zabezpieczenie praw osób trzecich poprzez „stanowienie szczególnych środków zabezpieczających oraz środków zaskarżenia. Obejmują one prawo do bycia wysłuchanym przysługujące osobom trzecim, które twierdzą, że są właścicielem danego mienia lub że przysługują im inne prawa rzeczowe, takie jak prawo użytkowania”. Nadto, w art. 6 ust. 2 dyrektywy wskazano, że konfiskata w stosunku do osób trzecich, bo takim pojęciem posługuje się dyrektywa, nie może odbywać się z naruszeniem praw osób trzecich działających w dobrej wierze. Przeciwdowód może przedstawić sprawca przestępstwa lub inna zainteresowana osoba.

Domniemaniami z art. 33 § 5 k.k.s objęte są składniki majątkowe pochodzące z przestępstwa rozpoznawanego w postępowaniu, w którym orzeka się przepadek. Takie rozstrzygnięcie sugeruje uchwała Sądu Najwyższego, w której zauważono, iż „regulacja

dotycząca obecnego środka karnego zakłada przepadek korzyści pozostających w związku z popełnionym przez sprawcę przestępstwem, jakie jest rozpoznawane w danym postępowaniu karnym” (uchw. SN z 17.3.2005 r., I KZP 4/05).

**Opracowanie sporządzone przez:**

**prof. UW dr hab. Michał Królikowski**