

Sygn. akt II KK 55/14

POSTANOWIENIE

Dnia 27 listopada 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

Prezes SN Lech Paprzycki (przewodniczący)

SSN Marian Buliński

SSN Jacek Sobczak (sprawozdawca)

Protokolant Ewa Oziębła

w sprawie **J. P., J. D., J. K.**

oskarżonych z art. 107 § 1 k.k.s. w zw.z art. 9 § 3 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 27 listopada 2014 r.,

kasacji, wniesionej przez Urząd Celny w C.

od wyroku Sądu Okręgowego w P.

z dnia 25 października 2013 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w P.

z dnia 13 czerwca 2013 r.,

1) oddala kasację,

2) kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciąża

Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

J. P. został oskarżony o to, że w okresie od 29.09.2011 r. do 17.10.2011 r. w miejscowości Z. 71/6 w lokalu „s. B.” należącym do firmy J.CZ.K. „ W.” prowadząc firmę „D.” i zajmując się sprawami gospodarczymi firmy „M.” na podstawie umowy dzierżawy urządzeń z dnia 24.09.2011 r. działając wspólnie i w porozumieniu z J. D. właścicielem firmy „M.” oraz wspólnie i w porozumieniu z J. K. właścicielką lokalu S. B. urządzał gry na automatach „HOT SPOT” nr [...], „ APEX MULTIMAGIC” nr

[...] udostępnionych do publicznego korzystania wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych działającym w celach komercyjnych, na których prowadzone gry mają charakter losowy art. 2 ust. 3-5, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.), tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

J. D. został oskarżony o to, że w okresie od 29.09.2011 r. do 17.10.2011 r. w miejscowości Z. w lokalu „s. B.” należącym do firmy J.CZ.K. „ W.” prowadząc firmę „M.” i zajmując się sprawami gospodarczymi firmy działając wspólnie i w porozumieniu z J. P. właścicielem firmy „D.” na podstawie umowy dzierżawy urządzeń z dnia 24.09.2011 r. urządzał gry na automatach „HOT SPOT” [...], „HOT SPOT” nr [...], „ APEX MULTIMAGIC” nr [...] udostępnionych do publicznego korzystania wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych działającym w celach komercyjnych, na których prowadzone gry mają charakter losowy art. 2 ust. 3-5, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.), tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

J. K. została oskarżona o to, że w okresie od 29.09.2011 r. do 17.10.2011 r. w miejscowości Z. w lokalu „s. B.” należącym do firmy J.CZ.K. „ W.” i zajmując się sprawami gospodarczymi firmy działając wspólnie i w porozumieniu z J. P. właścicielem firmy „D.” na podstawie umowy dzierżawy urządzeń z dnia 24.09.2011 r. urządzała gry na automatach „HOT SPOT” nr [...], „HOT SPOT” nr [...], „ APEX MULTIMAGIC” nr [...] udostępnionych do publicznego korzystania wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych działającym w celach komercyjnych, na których prowadzone gry mają charakter losowy art. 2 ust. 3-5, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.), tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Sąd Rejonowy w P., wyrokiem z dnia 13 czerwca 2013 r., oskarżonych J. P., J. D. i J. K. uniewinnił od popełnienia zarzucanych im aktem oskarżenia czynów. Na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. rozstrzygnięto w przedmiocie dowodów rzeczowych oraz o kosztach sądowych.

Na skutek apelacji wywiedzionej od tego orzeczenia przez oskarżyciela publicznego – Urząd Celny w C., Sąd Okręgowy w P., wyrokiem z dnia 25 października 2013 r., utrzymał w mocy wyrok Sądu Rejonowego, uznając apelację za oczywiście bezzasadną. Rozstrzygnięto także w przedmiocie kosztów zastępstwa procesowego.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego, na niekorzyść oskarżonych, wywiódł oskarżyciel publiczny – Urząd Celny w C., zaskarżając to orzeczenie w całości. Skarżący zarzucił rażące naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 1 § 1 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.), poprzez przyjęcie, że oskarżeni nie popełnili przestępstwa, o którym mowa w art. 107 § 1 k.k.s., albowiem ustawa o grach hazardowych, w tym jej art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 nie obowiązuje z powodu braku procedury notyfikacji. Ponadto, oskarżyciel podniósł rażące naruszenie przepisów postępowania tj. art. 4 i 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. poprzez wybiórcze potraktowanie przez Sąd dowodów i pominięcie w uzasadnieniu wyroku wszechstronnej i całościowej analizy odnośnie wiarygodności albo niewiarygodności dowodów, których treść wskazuje na możliwość dokonania ustaleń faktycznych odmiennych od przyjętych przez Sąd, co skutkowało przyjęciem przez Sąd braku winy oskarżonych i uniewinnieniem oskarżonych, zatem miało istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia.

Oskarżyciel w konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy (mylnie wskazano – Sąd Okręgowy w O.).

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja okazała się bezzasadna, na pograniczu oczywistej bezzasadności.

Na wstępie trzeba zauważyć, że oskarżeni, zawierając umowę dzierżawy urządzeń, które zdaniem wnoszącego kasację są automatami w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 3 – 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. 2009, Nr 201, poz. 1540 ze zm.), podjęli działania zmierzające do ustalenia, jaki charakter mają te automaty. Uzyskali opinię rzeczoznawcy Z. S., biegłego sądowego Sądu Okręgowego w L., z której jednoznacznie wynikało, że są to urządzenia elektroniczne, w których zainstalowano program rozrywkowej gry

komputerowej o charakterze zręcznościowym. Z treści opinii wynikało także, że nie można na nich uzyskać żadnych wymiernych wygranych pieniężnych lub rzeczowych, a więc nie można na nich prowadzić gry na automacie w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Tak więc, ustalenia sądu pierwszej instancji, poddane kontroli przez Sąd Okręgowy, nie podlegają najmniejszej wątpliwości i nie mogą być wzruszone sformułowanym w kasacji zarzutem, sprowadzającym się do twierdzenia, że z późniejszej opinii A. C., wydanej już w trakcie prowadzonego postępowania, wynika, że urządzenia te służą do prowadzenia gier o charakterze losowym, komercyjnym. Kasacja, zmierzając do podważenia wyroku Sądu Okręgowego utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego nazywa opinię biegłego sądowego Z. S. „rzekomą opinią”, wywodząc dalej, że zasięgnięcie takiej opinii „świadczy chociażby o zaistnieniu zamiaru ewentualnego” po stronie oskarżonych „wobec budzących wątpliwości w świadomości oskarżonych uregulowań ustawy o grach hazardowych”. Tego rodzaju argumentacja jest wysoce nielojalna w stosunku do oskarżonych. Nie mieli oni obowiązku zasięgania takiej opinii, a skorzystali z niej m.in. – jak można się domyślać – po to, aby nie narazić się na odpowiedzialność karną. Należy podkreślić, że opiniodawcą był biegły wpisany na listę biegłych sądowych, a więc oskarżeni mogli zasadnie przypuszczać, że jest to specjalista sprawdzony, legitymujący się odpowiednią wiedzą, do którego opinii organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości nie będą zgłaszały zastrzeżeń. Przecistawianie tej opinii przez wnoszącego kasację innej opinii, także biegłego sądowego, ale z innego okręgu sądowego – z listy Sądu Okręgowego w B. – z jednoczesnym wskazaniem, że właśnie ta opinia jest opinią miarodajną, jest niezasadne, zważywszy iż najpierw Sąd Rejonowy, a następnie Sąd Okręgowy w sposób właściwy rozważyły treści tych opinii, nie naruszając w najmniejszym stopniu przepisów postępowania, w tym art. 4, 7 i 410 k.p.k.

Nie sposób uznać, aby ustalenia Sądu Okręgowego zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego kasacją wyroku miały charakter wybiórczy i nieuwzględniający całości materiału dowodowego. Podzielić trzeba pogląd wyrażony w postanowieniach Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2014 r. w sprawie II K 17/14, LEX nr 1425048, oraz z dnia 26 marca 2013 r. III KK 1/13, LEX nr 1308126, że

dokonanie oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób odmienny od oczekiwań stron procesowych nie narusza dyspozycji art. 410 k.p.k. Przepis art. 410 k.p.k. nakazuje uwzględnienie całokształtu okoliczności ujawnionych na rozprawie, a nie może być rozumiany w ten sposób, że każdy z przeprowadzonych dowodów ma stanowić podstawę ustaleń sądu. Naruszenia art. 410 k.p.k. może dopuścić się jedynie sąd dokonujący własnych ustaleń faktycznych. Stawianie takiego zarzutu Sądowi Okręgowemu nie może być skuteczne, gdyż Sąd ten nie dokonywał własnych ustaleń faktycznych. Stwierdzając to Sąd Najwyższy podziela w niniejszej sprawie stanowisk zawarte w: postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2013 r. III KK 414/13 („Prokuratura i Prawo”, wkł. 2014, nr 3/19, LEX nr 1403890) i w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2013 r. IV KK 82/13 LEX nr 1350322. Podkreślić przy tym należy, że Sąd drugiej instancji nie przeprowadzał postępowania dowodowego oraz nie zmieniał ustaleń faktycznych. W związku z tym, granice rozpoznania środka odwoławczego określa art. 433 k.p.k. Zarzut naruszenia art. 410 k.p.k. był więc chybiony z uwagi na to, że przepis ten nie mógł być *in concreto* obrażony przez Sąd odwoławczy. Natomiast wyrok Sądu pierwszej instancji zapadł w oparciu o pełnię materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu, a Sąd odwoławczy dokonał w tym zakresie prawidłowej kontroli instancyjnej. Treść zarzutu stawianego przez wnoszącego kasację wskazuje, że podważa on ocenę dowodów dokonaną w sprawie. Tymczasem, zarzut naruszenia art. 410 k.p.k. może być zasadny jedynie w przypadku gdyby sąd opierał się na materiale dowodowym, który nie został ujawniony bądź orzekał w oparciu o część ujawnionego materiału dowodowego. Taka sytuacja w tej sprawie nie miała miejsca.

Wskazana jako podstawa odwoławcza norma artykułu 4 k.p.k. nie funkcjonuje samodzielnie, a naruszenie zawartej w jej treści dyrektywy może nastąpić przez uchybienie nakazom lub zakazom kształtującym reguły działania organów procesowych, w tym przypadku sądów, związane z konkretnymi czynnościami procesowymi. Tych reguł nie narusza i nie może naruszyć oparcie rozstrzygnięcia na dowodach i ocenach korzystnych dla oskarżonego, pod warunkiem rozważenia i poddania analizie także tej części materiału dowodowego, która przemawia na jego

niekorzyść oraz wskazania argumentów świadczących o trafności dokonanego wyboru. Te wymagania w niniejszej sprawie zostały spełnione.

Tak więc, sformułowane w kasacji zarzuty naruszenia przepisów postępowania, a mianowicie art. 4, art. 7 i art. 410 k.p.k. (pkt 2 kasacji), okazały się całkowicie niezasadne i już z tej tylko racji kasację należało oddalić.

Za niezasadny należało też uznać zarzut rażącego naruszenia art. 1 § 1 k.k.s. w związku z art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 6 § 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych. Zarzut ten sprowadza się do twierdzenia, że kwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych nie mają charakteru przepisów technicznych oraz że Sąd Okręgowy, stojąc na takim stanowisku, dokonał błędnej wykładni dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych.

W tym miejscu trzeba zauważyć, że dyrektywa 98/34/WE (Dz. Urz. L 204 z 21 lipca 1998 r., str. 37; zob. także Dz. Urz. UE E Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 20, str. 337 ze zm., zmieniona dyrektywą Rady 2006/96/WE z dnia 20 listopada 2006r. dostosowującą niektóre dyrektywy w dziedzinie swobodnego przepływu towarów w związku z przystąpieniem do Unii Europejskiej Bułgarii i Rumunii, Dz. Urz. UE L 2006 z 30 grudnia 2006 r., str. 81) nie była pierwszą dyrektywą w prawie unijnym regulującą obowiązek udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego. Obowiązek ten regulowany był wcześniej dyrektywą 83/189/EWG (Dz. Urz. WE 1983 L 109, str. 8). Dyrektywa Rady 98/34/WE została transponowana w Polsce rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002r. w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. 2002, Nr 2039, poz. 239, zmieniona rozporządzeniem z dnia 6 kwietnia 2004 r., zmieniającym rozporządzenie w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych, Dz. U. 2004, Nr 65, poz. 597), wydanym na podstawie art. 12 ust 2 ustawy z dnia 12 września 2002 o normalizacji (Dz. U. 2002 Nr 169, poz. 1386.). W myśl tego rozporządzenia krajowy system notyfikacji norm i aktów prawnych obejmuje notyfikacje norm oraz notyfikacje aktów prawnych umożliwiającą

uczestnictwo Rzeczypospolitej Polskiej w procedurach wymiany informacji określonych w przepisach Unii Europejskiej.

Pojęcie „przepisy techniczne” zostało wyjaśnione w treści art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. Pod pojęciem tym należy rozumieć specyfikacje techniczne i inne wymagania, włącznie z odpowiednimi przepisami administracyjnymi, których przestrzeganie jest obowiązkowe w wypadku wprowadzenia do obrotu lub stosowania w państwie członkowskim lub przeważającej części tych państw, jak również przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne państw członkowskich, z wyjątkiem tych określonych w art. 10, zakazujących produkcji, przywozu, obrotu lub użytkowania produktu (art. 1 pkt 9 dyrektywy 98/34/WE). Wskazano jednocześnie w przywołanym przepisie, że: „przepisy techniczne obejmują *de facto* przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne państwa członkowskiego, które odnoszą się do specyfikacji technicznych bądź innych wymagań lub zasad dotyczących usług bądź też do kodeksów zawodowych lub kodeksów postępowania, które z kolei odnoszą się do specyfikacji technicznych bądź do innych wymogów lub zasad dotyczących usług, zgodność z którymi pociąga za sobą domniemanie zgodności z zobowiązaniami nałożonymi przez wspomniane przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne”. Ponadto, obejmują one – jak wskazano w dyrektywie - „dobrowolne porozumienia, w których władze publiczne są stroną umawiającą się, a które przewidują w interesie ogólnym zgodność ze specyfikacjami technicznymi lub innymi wymogami albo zasadami dotyczącymi usług, z wyjątkiem specyfikacji odnoszących się do przetargów przy zamówieniach publicznych”. Wreszcie, do przepisów technicznych należą w myśl przywołanej treści art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE „specyfikacje techniczne lub inne wymogi bądź zasady dotyczące usług, które powiązane są ze środkami fiskalnymi lub finansowymi mającymi wpływ na konsumpcję produktów lub usług przez wspomaganie przestrzegania takich specyfikacji technicznych lub innych wymogów bądź zasad dotyczących usług”. Jednak „specyfikacje techniczne lub inne wymogi bądź zasady dotyczące usług powiązanych systemami zabezpieczenia społecznego” nie są objęte terminem „przepisy techniczne”.

Powodem ustanowienia obowiązku udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych była potrzeba udostępniania informacji o takich środkach

krajowych Komisji Europejskiej, a także wszystkim państwom członkowskim Unii Europejskiej i wszystkim podmiotom gospodarczym. Uznano, że jest to przesłanka uczciwej konkurencji. Podkreślano przy tym w motywach 3 – 8 preambuły do dyrektywy 98/34/WE, że generalnie chodzi o zapewnienie bezpieczeństwa prawnego na unijnym rynku wewnętrznym.

Należy zauważyć, że w treści tej dyrektywy wskazano, że państwa członkowskie mają obowiązek podjąć wszelkie konieczne kroki zapewniające, że ich organy normalizacyjne przekazywać będą informację o podejmowanych działaniach legislacyjnych, opublikują projekty norm w taki sposób, że możliwym będzie uzyskanie uwag od stron działających w pozostałych państwach członkowskich. Organy te udzielą organom normalizacyjnym w poszczególnych państwach prawo do biernego lub czynnego udziału w planowanych działaniach, wreszcie, że nie sprzeciwia się, aby kwestia podlegająca normalizacji w ich programie pracy była rozważana na poziomie europejskim zgodnie z zasadami ustalonymi przez Europejskie organy normalizacyjne.

Dyrektywa 98/34 WE ustanawia procedurę udzielenia informacji w zakresie norm i przepisów technicznych. W jej treści przewidziano dwie procedury informacyjne. Jedną w dziedzinie norm, w zakresie dobrowolnych specyfikacji technicznych, drugą w dziedzinie przepisów technicznych obowiązkowych specyfikacji technicznych. W treści dyrektywy wskazano, że każdy krajowy organ normalizacyjny ma obowiązek powiadomić Komisję i inne europejskie organy normalizacyjne określone w załącznikach do wspomianej dyrektywy o swoich projektach norm lub zmianach w istniejących normach. Stwierdzono, że Komisja może zażądać, aby były do niej zgłaszane również krajowe projekty normalizacyjne, które zostaną w ten sposób udostępnione innym państwom członkowskim. Zapewniono, że Komisja oraz instytucje normalizacyjne będą mogły wypowiadać się na temat projektów tych norm. Wyraźnie wskazano, że każde państwo członkowskie powinno odczekać trzy miesiące od powiadomienia, zanim przyjmie projekt przepisów technicznych. Procedury powiadamiania nie stosuje się do przepisów technicznych, które transponują w całości normy międzynarodowe lub europejskie ani do krajowych przepisów zgodnych ze specyfikacjami technicznymi Wspólnoty lub innymi przepisami prawa krajowego.

W myśl art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE, państwa członkowskie niezwłocznie przekazują Komisji wszelkie projekty przepisów technicznych, z wyjątkiem tych, które w pełni stanowią transpozycję normy międzynarodowej lub europejskiej. W takich przypadkach wystarczająca jest informacja dotycząca odpowiedniej normy. Państwa przekazują także Komisji podstawę prawną konieczną do przyjęcia uregulowań technicznych, jeżeli nie zostały wyraźnie ujęte w projekcie. Na państwa członkowskie Unii Europejskiej nałożono obowiązek notyfikacji przepisów technicznych implementujących dyrektywy (w kwestii tej zob. G. Grabowska, P. Kruszyński, W. Gontarski, *Obowiązek notyfikowania projektów przepisów prawa Komisji Europejskiej w świetle wybranego orzecznictwa luksemburskiego*, Warszawa 2012). Trzeba zauważyć, że państwo może odstąpić od notyfikowania środków krajowych powołując się na pilne przyczyny spowodowane przez poważne i nieprzewidziane okoliczności odnoszące się do ochrony zdrowia i bezpieczeństwa publicznego, ochrony zwierząt lub roślin. Powinno jednak przedstawić te okoliczności w komunikacie kierowanym do Komisji.

Zgodnie z dyrektywą, obowiązkiem państw członkowskich jest więc notyfikowanie Komisji Europejskiej projektów aktów normatywnych zawierających przepisy techniczne. Państwo członkowskie Unii Europejskiej dokonując notyfikacji projektu ma wstrzymać procedurę legislacyjną co najmniej na okres trzech miesięcy, a w tym czasie pozostałe państwa członkowskie oraz Komisja Europejskie mają możliwość wypowiedzenia się czy notyfikowana regulacja prawna nie tworzy barier w zakresie swobody zakładania przedsiębiorstw, świadczenia usług i przepływu towarów. Wynikający z treści art. 9 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE obowiązek odroczenia procedury legislacyjnej o trzy miesiące począwszy od daty otrzymania przez Komisję Europejską projektu nosi nazwę reguły *standstill*. W razie zgłoszenia uwag, państwo członkowskie ma poinformować Komisję o działaniach, jakie zostały podjęte w związku z otrzymanymi uwagami, jednocześnie *ex lege* następuje wytrzymanie procedury legislacyjnej o kolejne trzy miesiące w odniesieniu do notyfikacji produktów i towarów oraz o jeden miesiąc w odniesieniu do przepisów odnoszących się do usług społeczeństwa informacyjnego, a w odniesieniu do porozumień dobrowolnych o cztery miesiące. Okres obowiązkowego wstrzymania procedury legislacyjnej ulega dalszemu wydłużeniu, jeśli w przeciągu

pierwszych trzech miesięcy po zgłoszeniu notyfikacji Komisja Europejska poinformuje o zamiarze skorzystania z prawa inicjatywy prawodawczej i o przedstawieniu Radzie Unii Europejskiej projektu aktu prawnego w sprawach objętych zakresem notyfikowanego projektu (nie dotyczy to przepisów dotyczących usług). Wydłużenie procedury legislacyjnej nastąpi także w sytuacji gdy Rada Unii Europejskiej przyjmie wspólne stanowisko w sprawach objętych zakresem notyfikowanego projektu.

Dyrektywa 98/34/WE miała być kluczowym narzędziem pozwalającym na sprawne funkcjonowanie rynku wewnętrznego, a przyjęta w niej procedura notyfikacyjna ma ułatwiać śledzenie rozwiązań stosowanych w innych państwach Wspólnoty (obecnie Unii) oraz identyfikację obszarów wymagających regulacji na szczeblu krajowym bądź wspólnotowym (formułując dyrektywę zwracano uwagę, że w dyrektywie Rady 83/189/EWG ustanawiającej procedurę przekazywania informacji dotyczących norm i przepisów technicznych Dz. Urz. L 109 z dnia 24 kwietnia 1983 r. s. 8, zmienionej decyzją Komisji 96/139/WE, Dz. Urz. WE L 32 z dnia 10 lutego 1996 r., str. 31, wprowadzono wiele zasadniczych zmian w celu osiągnięcia jasności i dlatego w tym celu niezbędna okazała się jej konsolidacja. W myśl orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości przepisy dyrektywy, które przewidują obowiązek państwa członkowskiego notyfikacji wszystkich projektów przepisów technicznych (*technical regulations*) objętych dyrektywą lub obowiązek zaniechania przyjęcia takich przepisów i ich implementacji we wskazanym przez dyrektywę okresie muszą być interpretowane jako przepisy, które dają podstawę jednostce do powołania się na nie przed sądem krajowym (C – 194/94 CIA Security International SA v. Signalson SA and Securitel SPRL, ECR 1996, s. I – 0220).

Notyfikacja przepisów technicznych polega na zgłoszeniu w ramach procedury ustawodawczej do Komisji Europejskiej „takiego rodzaju brzmienia jednostek redakcyjnych projektu aktu normatywnego, które zawierają reguły o charakterze norm technicznych” (A. Kotowski, *Obowiązek notyfikacji przepisów technicznych a zagadnienie tożsamości konstytucyjnej*, w: J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki (red.), „Z zagadnień prawa i procesu karnego”, Warszawa 2014, s. 140). Według Komisji Europejskiej, przepisy techniczne odnoszą się „do produktu i usług

społeczeństwa informacyjnego”. W ten sposób notyfikacja jawi się jako instrument harmonizacji norm Unii Europejskiej. Celem jej jest ograniczenie „potencjalnych barier w swobodzie zakładania przedsiębiorstw, świadczenia usług i przepływu towarów”(<http://www.mg.gov.pl/Wspieranie+przedsiębiorczosci/Instrumenty+rynku+wewnetrznego/Notyfikacja+projektow+aktow+prawnych>).

Konsekwencją braku notyfikacji jest – jak wskazano w orzeczeniu ETS z dnia 19 lipca 2012r. (C 213/11, C214/11 i C217/11) –**brak możliwości stosowania i to nie tylko przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji.** Tak więc, na nienotyfikowane przepisy krajowe nie można powoływać się skutecznie przed sądem krajowym wobec podmiotów prywatnych. Oczywiście, sama kwalifikacja przepisów krajowych państw członkowskich i zaliczenie niektórych z nich do kategorii: „norm”, „przepisów technicznych” dotyczących „produktów” i „zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego” ma istotne znaczenie, może też wywoływać szereg wątpliwości (por. *Report from the Commission of the European Parliament and the Council. Evaluation of the Application of Directive 98/34/EC in the field of Information Society Services*, Brussels 13.02.2003, COM(2003) 69 final. Również *Guidance for Officials avoiding new Barriers to Trade. Directive 98/34/EC (as amended by Directive 98/48/EC)*, BIS Department for Business, Innovations & Skills, September 2009, <http://www.bis.gov.uk>, odczyt 27.12.2014, 9:31. Szerzej w tym przedmiocie J. Barcz, *Obowiązek notyfikacji środków krajowych na podstawie dyrektywy 98/34/WE w świetle problemów interpretacyjnych polskiej ustawy o grach hazardowych*, „Krytyka Prawa Niezależne Studia Nad Prawem”, t. 5, „Przedsiębiorczość Aspekty Prawne”, s. 18).

Problem notyfikacji przepisów technicznych pojawił się w Polsce w związku z ustawą z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. 2009, Nr 201, poz. 1540 ze zm. (zob. L. Wilk, *W sprawie zakazu hazardu niereglamentowanego*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 4, s. 60). Zauważyć od razu w tym miejscu należy, że prawo unijne nie harmonizuje płaszczyzny gier hazardowych, co pozwala państwom członkowskim na niemal swobodną reglamentację tej dziedziny, jednak urządzenie gier hazardowych, uczestniczenie w nich, sprowadzanie i produkcja

automatów do gry objęte są regulacjami dotyczącymi rynku unijnego (J. Łacny, *Swoboda państw członkowskich w zakresie regulowania gier hazardowych – przegląd orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 12, s. 37 i n.; teŹe, *Gry hazardowe w Internecie – ustępstwo wobec swobód rynku wewnętrznego?*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 1, s. 15 i n.). W konsekwencji, przepisy prawne odnoszące się do tej działalności podlegają notyfikacji Komisji Europejskiej jako przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że zastosowanie przepisów technicznych, a w konsekwencji naruszenie przepisów notyfikacji, może być podnoszony w sporze między stronami. W efekcie, strona postępowania może przed sądem domagać się oceny czy przepisy techniczne zostały ustanowione z zachowaniem wskazanej w dyrektywie reguły *standstill*, a w razie ustalenia przez sąd, że obowiązek ten został naruszony przez ustawodawcę, żądać niestosowania tych przepisów. (A. Wróbel, *Naruszenie wspólnotowego obowiązku notyfikacji i zasady standstill jako przesłanka odmowy zastosowania przepisów technicznych przez sąd krajowy*, w: „Ius et Amicitia” Tarnobrzeg – Baranów Sandomierski 2009, s. 156 – 157, wyrok z dnia 26 września 2000 r., C-443/98 Unilever Italia SpA v. Central Food SpA, ECR 2000, I – 07535). W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazano, że dyrektywa, która nie tworzy praw i obowiązków dla jednostek nie może w żaden sposób określać treści przepisu prawa, który stanowi podstawę orzeczenia sądu.

W prawie unijnym nie ulega wątpliwości, że sędzia krajowy w pierwszej kolejności jest sędzią unijnym, wcześniej wspólnotowym (Zasada supremacji *acquis communautaire* zapoczątkowana wyrokiem ETS z dnia 15 lipca 1964 r. 6/64 Costa v. ENEL, ECR 1964/585). W późniejszym wyroku z dnia 17 grudnia 1970 r., 11/70 Internationale Handelsgesellschaft, ECR 1970/2/1125 pkt 3 stwierdzono, że odwoływanie się do zasad prawnych lub pojęć występujących w prawie krajowym po to, aby dokonać oceny ważności środków przyjętych przez instytucje wspólnotowe mogłoby wywrzeć niekorzystny wpływ na jednolitość i skuteczność prawa wspólnotowego. Ważność tego rodzaju środków – jak zauważono w uzasadnieniu – można oceniać wyłącznie w świetle prawa wspólnotowego.

Podkreślono dalej, że prawo mające swe źródło w traktatach nie może być ze względu na swój charakter uchylane przez normy prawa krajowego, niezależnie od ich rangi, bez podważania charakteru tego prawa jako prawa wspólnotowego i bez poddawania w wątpliwość podstaw, na których opiera się Wspólnota.

W konsekwencji, ważność przepisów wspólnotowych lub skutki, jakie wywołują w państwach członkowskich nie mogą być podważane przez zarzut niezgodności z prawami podstawowymi lub zasadami zawartymi w konstytucji danego państwa albo w narodowej strukturze konstytucyjnej. Jest to niekwestionowane co najmniej od wyroku ETS z dnia 9 marca 1978 r. Trzeba podkreślić, że w myśl stanowiska ETS każdy sąd krajowy, mający w ramach swoich kompetencji zastosować przepisy prawa wspólnotowego zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność (ang. *full effect*, fr. *plain effet*) norm prawa wspólnotowego, unijnych, nie stosując w razie konieczności wszelkich, nawet późniejszych sprzecznych z przepisami prawa wspólnotowego przepisów ustawodawstwa krajowego. Nie można przy tym wymagać od takiego sądu oczekiwania na uchYLENIE tych przepisów (Wyrok z dnia 9 marca 1978 r. 106/77 Simmenthal, § 24; http://curia.europa.eu/arrets/TRA-DOC-PL-ARRET-C-0106-1977-200406992-05_00.html).

Stanowisko to zostało na gruncie polskim zaakcentowane w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego w Izbie Cywilnej z dnia 28 kwietnia 2010r. (III CZP 3/10, OSNC 2010, nr 11, poz. 155), w którym stwierdzono: „w sprawie o rozstrzygnięcie kolizji ustawy z prawem unijnym wymagającej wykładni tego prawa, wyłącznie właściwy jest Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej”. Kilka lat wcześniej podobny pogląd sformułował Trybunał Konstytucyjny umarzając postępowanie z racji niedopuszczalności wydania orzeczenia, w sprawie pytania prawnego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie o zgodność prawa krajowego unijnym w kwestii pozostającej w kompetencjach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 grudnia 2006 r., P 37/05, OTKA 2006, nr 11, poz. 177). W uzasadnieniu tego postanowienia Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że: „merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy przez Trybunał Konstytucyjny prowadziłoby do interpretacji przepisów prawa wspólnotowego bez uwzględnienia standardów interpretacyjnych przyjętych w

odniesieniu do wszystkich krajów Unii Europejskiej. Co więcej, stan prawny, w którym w odniesieniu do takich samych sytuacji prawnych uznana byłaby właściwość zarówno Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, jak i Trybunału Konstytucyjnego, rodziłby zagrożenie dwutorowości w zakresie orzekania o treści tych samych przepisów prawa. Niewątpliwie istotne znaczenie w tej materii ma okoliczność, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości stoi na straży prawa wspólnotowego i przy swych rozstrzygnięciach nie musi brać pod uwagę standardów wynikających z ładu prawnego poszczególnych państw, w tym też miejsca konstytucji w systemie źródeł prawa wewnętrznego państw członkowskich. „Inne są zadania Trybunału Konstytucyjnego, który ma strzec Konstytucji, będącej, wedle jej art. 8 ust. 1, najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej. Na tym tle – jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny – może dojść do kolizji między rozstrzygnięciami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Trybunału Konstytucyjnego”. Konkludując stwierdzono, „że także ze względu na treść art. 8 ust. 1 Konstytucji Trybunał jest zobowiązany do takiego pojmowania swej pozycji, że w sprawach zasadniczych, o wymiarze konstytucyjno-ustrojowym zachowa pozycję <<sądu ostatniego słowa>>”.

W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy podziela pogląd wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 19 grudnia 2006r. co do tego, że **Europejski Trybunał Sprawiedliwości i polski Trybunał Konstytucyjny nie mogą być ustawiane w stosunku do siebie jako sądy konkurujące. Chodzi nie tylko o wyeliminowanie zjawiska dublowania się obu trybunałów czy dwutorowości w zakresie orzekania o tych samych problemach prawnych, ale i dysfunkcjonalności w relacjach wspólnotowego oraz wewnątrz krajowego porządku prawnego.** Istotne jest wskazanie na odmienną rolę obu trybunałów.

Nieco później Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 lipca 2013 r. P 4/11, zauważył, że ewentualna niezgodność ustawy z prawem unijnym, zwłaszcza niezgodność wynikająca z zaniedbań formalno-prawnych odpowiedzialnych polskich organów nie wpływa automatycznie na ocenę zgodności treści zakwestionowanych przepisów takiej ustawy z Konstytucją.

Obowiązek notyfikacji wynikający z prawa Unii Europejskiej oraz konsekwencje zaniechania takich notyfikacji są w prawie polskim doskonale znane

(zob. *Wytyczne polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej zapewnienie skuteczności prawa Unii Europejskiej w polskim prawie krajowym*, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej, Warszawa 2009, pkt 213 i 214. por. także *Informacja w sprawie krajowego systemu notyfikacji projektów aktów prawnych* - materiał opracowany przez Departament Innowacji i Przemysłu Ministerstwa Gospodarki), Warszawa 2012, s. 1 – 12).

Przepisy techniczne zawarte w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (ustawa ta zastąpiła ustawę z dnia 29 lipca 1992r. o grach i zakładach wzajemnych, Dz. U. 2004, Nr 4, poz. 27 ze zm.) nie zostały notyfikowane Komisji.

Projekt ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. nie został notyfikowany w Komisji Europejskiej, pomimo że obowiązek taki wynikał z dyrektywy 98/34/WE. Notyfikowano natomiast w Komisji Europejskiej projekt trzeciej nowelizacji wspomnianej ustawy o grach hazardowych, a mianowicie projekt nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (nastąpiło to w dniu 16 września 2010 r. i zostało oznaczone numerem 2010/0622/PL, Komisja Europejska sformułowała swoje uwagi do tego projektu, zob. Communication from the Commission – SG(2010) D/53138. Directive 98/34/EC. Notification: 2010/0622/PL. Dokument nr 201003138/EN/usc2). Tłumacząc nienotyfikowanie pierwotnego tekstu ustawy o grach hazardowych przedstawiciele rządu podkreślali, że pierwotny tekst nie zawierał przepisów objętych obowiązkiem notyfikacji (zob. też odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Finansów Jacka Kapicy z dnia 22 sierpnia 2012 r. na interpelację posła Henryka Kmiecika nr 7251 z dnia 24 lipca 2012r. ogłoszoną na 20 posiedzeniu Sejmu w dniu 30 sierpnia 2012r. SPS-023-7251/12 w sprawie reperkusji związanych z wprowadzeniem w życie ustawy o grach hazardowych oraz wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 lipca 2012 r. www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=729683A1).

Z odpowiedzi na interpelację wynika, że już na etapie przygotowania projektu ustawy o grach hazardowych eksperci zwracali uwagę na konieczność notyfikowania Komisji tych przepisów, które zostały wyodrębnione z projektu ustawy o grach hazardowych do odrębnego procedowania.

Należy zauważyć, że ustawa z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw nie zawierała – jak na to zwraca się uwagę w doktrynie – zbioru przepisów, które można by zakwalifikować jako przepisy techniczne, lecz dokonała zmian i uzupełnień w różnych przepisach pierwotnego tekstu ustawy, w tym także tych, które nie zostały wcześniej notyfikowane (J. Barcz, *Obowiązek notyfikacji środków krajowych na podstawie dyrektywy 98/34/WE w świetle problemów interpretacyjnych polskiej ustawy o grach hazardowych*, „Krytyka Prawa Niezależne Studia Nad Prawem”, t. 5, „Przedsiębiorczość Aspekty Prawne” s. 18 i n.). Taki sposób procedowania musi budzić poważne wątpliwości, gdyż uchwaleniu ustawy o grach hazardowych nie towarzyszyła pilna potrzeba wywołana przez poważne i nieprzewidziane okoliczności, nie została ona też wydana w wykonaniu prawa unijnego. Tak więc, brak notyfikacji nie mógł być uzasadniany okolicznościami wskazanymi w art. 9 ust. 7 dyrektywy ani w art. 10 tej dyrektywy.

Problem czy ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. zawierała przepisy techniczne w rozumieniu tej dyrektywy i czy powinny być one notyfikowane Komisji Europejskiej był przedmiotem rozważań zarówno sądów powszechnych, jak i sądów administracyjnych oraz wreszcie Sądu Najwyższego. Kwestię tę rozważał ETS w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. w odniesieniu do połączonych spraw C 213, C 214 i C 217 wydając orzeczenie w trybie prejudycjalnym na wniosek Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku.

Sąd ten zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości w trybie art. 267 TFUE o rozstrzygnięcie kwestii czy przepis art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE powinien być interpretowany w ten sposób, że do „przepisów technicznych”, których projekty powinny zostać przekazane Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 wspomnianej dyrektywy należy taki przepis ustawowy, który zakazuje przedłużania zezwoleń w zakresie gier na automatach o niskich wygranych. Jako takie przepisy jawiły się ustanowione w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych przepisy art. 14 ust. 1, art. 129 ust. 1-3, art. 138 tej ustawy. W sentencji wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. Trybunał stwierdził, że art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, zmienionej dyrektywą Rady

2006/96/WE z dnia 20 listopada 2006 r., należy interpretować w ten sposób, że przepisy krajowe tego rodzaju jak przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią **potencjalnie „przepisy techniczne”** w rozumieniu tego przepisu, w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 akapit pierwszy wskazanej dyrektywy, w wypadku ustalenia, że przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego.

Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że w procedurze prejudycjalnej Trybunał nie rozstrzyga sprzeczności między prawem unijnym a prawem krajowy, natomiast dokonuje interpretacji prawa unijnego bądź orzeka o ważności aktu unijnego prawa pochodnego (interpretacja taka zawiera jednak wskazania dla sądu krajowego co do dalszego postępowania w sprawie, wiążąc jednocześnie pozostałe sądy tego państwa, którego sąd zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym, a także sądy pozostałych państw członkowskich. (Zob. w tym przedmiocie A. Wróbel, *Interpretacja prawa Unii Europejskiej*, w: A. Wróbel (red.), „Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy”, Warszawa 2010, s. 630).

Jednocześnie, w pkt 25 wspomnianego orzeczenia Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że taki przepis jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, którego naruszenie obwarowane jest sankcją karną przewidzianą w art. 107 § 1 k.k.s. – zgodnie z którym urządzenie gier na automatach dozwolone jest jedynie w kasynach gry – należy uznać za „przepis techniczny” w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 (odnośnie wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach C 213/11, C 214/11 i C 217/11 zob. E. Skrzydło, T. Felska, *Nowe wyroki TS w sprawie organizacji gier hazardowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 1, s. 39 i n.; glosa aprobująca M. Taborskiego, LEX/EL214).

W uzasadnieniu wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. Trybunał nawiązał do swojego wcześniejszego orzecznictwa m.in. do wyroku z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C 65/05, w którym wskazano, że ustawowe przepisy krajowe, zakazujące

korzystania z wszelkich gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych, we wszystkich miejscach publicznych i prywatnych, z wyjątkiem kasyn, jak również korzystania z gier na komputerach znajdujących się w przedsiębiorstwach świadczących usługi internetowe oraz poddające prowadzenie tych przedsiębiorstw obowiązkowi uzyskania specjalnego pozwolenia, należy uznać za przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE i w związku z tym należy je notyfikować Komisji Europejskiej na podstawie art. 8 ust. 1 tej dyrektywy. Trybunał Sprawiedliwości jednoznacznie wskazał, że rząd polski powinien był notyfikować projekt pierwotnego tekstu ustawy o grach hazardowych. Oczywiście, na tle uzasadnienia wyroku powstać mogła wątpliwość co do tego, jak należy rozumieć słowo „potencjalne” w zawartym w uzasadnieniu orzeczenia sformułowaniu „potencjalne przepisy techniczne”. Należy jednak pamiętać, że Trybunał nie miał wątpliwości co do tego, iż te przepisy są takimi przepisami technicznymi, które powinny być notyfikowane Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1, zauważając jedynie, że do sądu krajowego będzie należało ustalenie czy wprowadzają one warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Wyjaśniając użyte w uzasadnieniu wyroku sformułowanie „potencjalne przepisy techniczne”, w doktrynie stanowczo i jednoznacznie akcentowano, że określenie to nie oznacza, że Trybunał nie zakwalifikował wspomnianych przepisów jako niewymagających uprzedniej notyfikacji. Podkreślono, że, wręcz przeciwnie, właśnie te przepisy mogą potencjalnie ograniczać swobodę przepływu towarów, co oznacza, że rząd polski był zobligowany do ich notyfikacji. Potencjalność technicznego charakteru tych przepisów odnosi się bowiem do sfery wywierania przez nie skutków prawnych w konkretnej sprawie, w „której podmiot prywatny powołuje się na ich nieskuteczność, podnosząc zarzut zaniechania notyfikacji” (por. J. Barcz, *Obowiązek notyfikacji...*, s. 18 i n.). Stanowisko doktryny w tym zakresie Sąd Najwyższy podziela. Zgodzić się także należy z poglądem sformułowanym przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r., sygn. akt 6 SA/Wa 1866/12, w którym stwierdzono, że na Ministerstwie Finansów ciąży obowiązek zbadania czy wspomniane przepisy ustawy o grach hazardowych mogą skutkować ograniczeniami swobody przepływu towarów, czyli

przeprowadzenia takich ustaleń, o których szczegółowo jest mowa w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 lipca 2012 r.

Wyrażony w kasacji pogląd, że przepisy ustawy o grach hazardowych nie są przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE i nie spełniają przesłanek z art. 1 pkt 11 tej dyrektywy – co zdaniem wnoszącego kasację wynika z uzasadnienia wyroku Trybunału z dnia 19 lipca 2012 r. – jest całkowicie nietrafny. W treści uzasadnienia tego wyroku stwierdzono bowiem zupełnie co innego, a mianowicie: „Artykuł 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, ostatnio zmienionej dyrektywą Rady 2006/96/WE z dnia 20 listopada 2006 r., należy interpretować w ten sposób, że przepisy krajowe tego rodzaju jak przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią potencjalnie „przepisy techniczne” w rozumieniu tego przepisu, w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 akapit pierwszy wskazanej dyrektywy, w wypadku ustalenia, iż przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego”.

Tak więc, nie ma wątpliwości, że przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, w szczególności art. 14 ust. 1 oraz art. 6 tej ustawy – to „przepisy techniczne” w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE.

Treść wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 lipca 2012 r. (C-213/11, C-214/11 i C-217/11) nakazuje rozważyć jego konsekwencje, w szczególności zaś to co musi być skutkiem uznania przepisów ustawy o grach hazardowych za nienotyfikowane przepisy techniczne. Odnosząc się do tej kwestii trzeba zwrócić uwagę na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości zawarte w wyroku z dnia 19 listopada 2009 r. w sprawie C 314/08, w którym, odpowiadając na pytanie prejudycjalne złożone przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu postanowieniem z dnia 20 maja 2008 r. w sprawie nie dotyczącej problematyki gier hazardowych, Trybunał jednoznacznie stwierdził, że „zgodnie z utrwalonym

orzecznictwem sąd krajowy, do którego należy w ramach jego kompetencji stosowanie przepisów prawa wspólnotowego, zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność tych norm, w razie konieczności z własnej inicjatywy nie stosując wszelkich sprzecznych z nimi przepisów prawa krajowego, także późniejszych, bez potrzeby zwracania się o ich uprzednie usunięcie w drodze ustawodawczej lub w ramach innej procedury konstytucyjnej ani oczekiwania na usunięcie wspomnianych przepisów” (pkt 82). Wcześniej podobne stanowisko zajął Trybunał w licznych orzeczeniach. (zob. wyroki z dnia: 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 Simmenthal, Rec. s. 629, pkt 24; z dnia 4 czerwca 1992 r. w sprawach połączonych C-13/91 i C-113/91 Debus, Rec. s. I-3617, pkt 32; z dnia 18 lipca 2007 r. C-119/05 Lucchini, Zb.Orz. s. I-6199, pkt 61; a także z dnia 27 października 2009 r. w sprawie C-115/08).

W dalszej części uzasadnienia tego wyroku Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że w myśl zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego, kolizja między przepisem prawa krajowego a przepisem traktatu powinna być rozwiązywana przez sąd krajowy poprzez zastosowanie prawa wspólnotowego i w razie potrzeby przez odmowę stosowania sprzecznego z nim przepisu prawa krajowego, a nie przez stwierdzenie nieważności przepisu krajowego. Tak więc, Trybunał nie wyposaża sądów krajowych państw unijnych w kompetencje do stwierdzania nieważności odpowiednich przepisów, a jedynie nakazuje im niestosowanie tych przepisów prawa krajowego, które okazują się być sprzeczne z przepisami prawa unijnego.

Trzeba przypomnieć, że niezgodność z prawem wspólnotowym późniejszej normy prawa krajowego nie powoduje – jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości – że ta norma prawa krajowego przestaje istnieć. W takiej sytuacji, jak zauważył Trybunał, sąd krajowy ma obowiązek odstąpić od stosowania tej normy (wyrok z dnia 22 października 1998 r. w połączonych sprawach od C 10/97 do C 22/97 pkt 21; wyrok z dnia 19 listopada 2009 r. C314/08 pkt 21). Trybunał Sprawiedliwości podkreślał, że zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego zobowiązuje sąd krajowy do stosowania prawa wspólnotowego i do odstąpienia od stosowania sprzecznych z nim przepisów krajowych, niezależnie od wyroku krajowego sądu konstytucyjnego (pkt 85 uzasadnienia wyroku z dnia 19 listopada 2009 r. C314/08). Stanowisko to Sąd Najwyższy w tej sprawie podziela. Znajduje ono także poparcie

w poglądach doktryny, akcentującej, że zasada pierwszeństwa prawa Unii polega na pierwszeństwie jego stosowania, a nie obowiązywania, przy czym pierwszeństwo to zapewnia się przez odmowę zastosowania kolidującej z prawem Unii normy krajowej, a nie poprzez jej uprzednie uchylenie (M. Górski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013 r. I KZP 15/13, LEX/EL 2014). Stanowisko to jest przekonujące i Sąd Najwyższy w niniejszej sprawie w pełni je podziela. Na aprobatę zasługuje także pogląd, że zobligowanie sądu powszechnego, aby przed odmową zastosowania przepisu krajowego uznanego przez siebie za sprzeczny z prawem Unii wystąpił do trybunału konstytucyjnego o zbadanie zgodności z konstytucją przepisu ustawy ustanowionego z naruszeniem obowiązku notyfikacji przepisów technicznych osłabia efektywność prawa Unii, a z perspektywy sądów polskich pozbawia je roli „sądów Unii” tzn. sądów odpowiedzialnych za zapewnienie pełnej skuteczności przepisom prawa Unii Europejskiej (M. Górski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013 r. I KZP 15/13, LEX/EL 2014). Podobne stanowisko formułuje I. Skomerska – Muchowska, stwierdzając, że wynikającą z prawa Unii konsekwencją braku notyfikacji przepisów technicznych w tym art. 6 i art. 14 ustawy o grach hazardowych jest bezskuteczność tych przepisów, która powinna być rozumiana jako obowiązek powstrzymania się przez sądy od ich stosowania.

Jako mechanizm gwarantujący przestrzeganie przez państwa członkowskie Unii Europejskiej obowiązków notyfikacyjnych, Trybunał przewidział sankcję braku możliwości po stronie państwa zastosowania takiego przepisu wobec jednostki (zob. S. Leibe (w: E. Grabitz, M. Hilf (red.), *Swobody wspólnotowe w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską. Swoboda przepływu towarów, usług i przedsiębiorczości. Komentarz*, tłum. D. Łubowski, Warszawa 2009, s. 163; zob. również wyrok: z dnia 30 kwietnia 1996 r., C-194/94, z dnia 6 czerwca 2002 r., C-159/00, z dnia 8 września 2005 r., C-303/04, z dnia 15 kwietnia 2010 r., C-433/05 – co prawda w tym ostatnim orzeczeniu wskazano, że „*nie mogą być stosowane przez sąd, a w rezultacie nie mają mocy obowiązującej wobec osób prywatnych*”, ale wynika to chyba z niedokładnego przetłumaczenia zwrotu „*and therefore unenforceable against individuals*”).

Trybunał w swym orzeczeniu przyjął zasadę niestosowania przez sąd krajowy aktu prawnego sprzecznego z normą prawa wspólnotowego, bez orzekania o jego ważności (zob. W. Jedlecka, *Dyrektywy Wspólnot Europejskich a prawo wewnętrzne*, Wrocław 2002, s. 151). A więc, **w wyniku zastosowania przepisów dyrektywy** (w interpretacji przyjętej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) **nigdy nie dochodzi do uchylenia przepisu krajowego sprzecznego z dyrektywą z systemu prawa, a jedynie do niemożności zastosowania go przez organy państwa** (nie tylko sądy – ale przez każdy organ, którego działanie jest przejawem władzy państwa – to na państwie, jako całości, ciąży bowiem obowiązek przestrzegania przepisów unijnych, to państwo, w konsekwencji jako całość, jest odpowiedzialne za szkody poniesione przez jednostkę w wyniku nieprzestrzegania prawa unijnego). Derogacja takiego przepisu z systemu prawa należy do władz krajowych i wymaga odpowiedniego aktu władzy ustawodawczej albo orzeczenia sądu konstytucyjnego.

Mechanizm ten znajduje dodatkowo wsparcie w art. 91 ust. 3 Konstytucji, który przewiduje bezpośrednie stosowanie i pierwszeństwo prawa stanowionego w Unii Europejskiej w wypadku kolizji z ustawami. Bezpośrednie stosowanie i pierwszeństwo regulacji unijnych nie prowadzi przy tym, w rozumieniu tego przepisu, do uchylenia przepisów krajowych z systemu prawa (analogicznie, jak w wypadku umowy międzynarodowej – art. 91 ust. 2 Konstytucji – w tej mierze można wskazać także, tytułem przykładu, art. 615 § 2 k.p.k., który przewiduje pierwszeństwo umów międzynarodowych – w tym wypadku przepisy prawa krajowego nadal pozostawać będą w porządku prawnym, nie będą jednak stosowane).

Z taką sytuacją będziemy mieli przede wszystkim do czynienia w wypadku unijnych przepisów merytorycznych, które – w razie kolizji z ustawami – na zasadzie podstawienia będą zastosowane zamiast przepisów krajowych. Przepis ten jednak obejmuje także takie wypadki, w których – z przyczyn proceduralnych – prawo unijne zakazuje stosowania przepisów krajowych (normę prawa unijnego, w tej sprawie, należałoby zbudować w następujący sposób: „organ państwa nie stosuje wobec jednostki krajowego przepisu, jeżeli przepis ten ma charakter przepisu technicznego w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE, a nie

dokonano notyfikacji jego projektu i nie zachodzi którakolwiek z przesłanek wyłączających obowiązek notyfikacji, określonych w art. 10"). Tak odczytana norma pozostaje w kolizji (w rozumieniu art. 91 ust. 3 Konstytucji) z niektórymi przepisami ustawy o grach hazardowych (tymi, które mają charakter techniczny), wobec czego, stosowanie do tego przepisu Konstytucji, ma ono pierwszeństwo przed przepisami ustawy, przewidującymi konieczność ich stosowania.

Konsekwencją uznania, że art. 14 ustawy o grach hazardowych to przepis techniczny w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, który nie został notyfikowany Komisji Europejskiej, a więc jest bezskuteczny, musi być wyrok uniewinniający, gdyż art. 107 § 1 k.k.s. – pod zarzutem naruszenia którego stanęli oskarżeni – ma charakter blankietowy, a jego doprecyzowanie stanowią przepisy m.in. tegoż art. 14. W tej sytuacji czyny oskarżonych nie mogły wyczerpać znamion przestępstwa określonego w art. 107 § 1 k.k.s.

Trzeba zwrócić na koniec uwagę na konsekwencje, jakie pociągnąć za sobą może brak reakcji sądów krajowych, w tym także Sądu Najwyższego, na stanowisko zawarte w wyroku ETS z dnia 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach C 213/22, C 214/11, C 217/11. Niezastosowania się przez sądy krajowe tzn. sądy polskie do takiej interpretacji, będzie musiało być uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za naruszenie prawa unijnego. W konsekwencji, Komisja Europejska może skierować sprawę do Trybunału Sprawiedliwości, który zobowiąże państwo do wykonania wyroku, a w razie odmowy może wdrożyć dalsze etapy postępowania nakładające na państwo dotkliwe sankcje finansowe (art. 260 ust. 2 i 3 TFUE). Komisja Europejska zażądała już od Rządu polskiego wyjaśnień w tej sprawie. Ze wszczęciem dalszego postępowania wstrzymała się jednak chcąc poznać stanowisko sądów polskich co do problemów wynikających z treści uzasadnienia wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 lipca 2012 r. (oświadczenie Rzecznika Komisji Europejskiej do spraw Przemysłu C. Corazza z dnia 8 marca 2013r. Zob. J. Barcz, *Obowiązek notyfikacji środków krajowych...*, s. 18 i n.).

Mając na względzie powyższe należało kasację oddalić.