



Sygn. akt IV KK 316/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 marca 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Koziulewicz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Małgorzata Gierszon

SSN Barbara Skoczowska

Protokolant Jolanta Grabowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Małgorzaty Wilkosz-Śliwy
w sprawie **K. P.**

oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 1 marca 2016 r.,

kasacji, wniesionych przez prokuratora i oskarżyciela publicznego Urząd Celny w
R. - na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w G.

z dnia 2 kwietnia 2015 r., zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w W.

z dnia 19 grudnia 2014 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę oskarżonego K. P.
przekazuje Sądowi Okręgowemu w G. do ponownego
rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy wyrokiem z dnia 19 grudnia 2014 r., uznał K.P. winnym tego, że w okresie od dnia 3 października 2013 r. do dnia 13 listopada 2013 r. jako właściciel firmy F.H.U. „W.”, urządzał w lokalu „B.” w R., gry o charakterze losowym w celach komercyjnych na urządzeniach elektronicznych do gier Hot Spot bez numeru i Multi Gaminator 42 bez numeru, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych tj. przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. i za to na mocy tego przepisu skazał go na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Na mocy art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 69 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie wymierzonej kary 6 miesięcy pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres 3 lat próby.

Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. orzekł tytułem środka karnego przepadek na rzecz Skarbu Państwa dwóch urządzeń elektronicznych do gier „Hot Spot” bez numeru wraz z kablem zasilającym i „Multi Gaminator 42” bez numeru wraz z kablem zasilającym oraz środków pieniężnych zawartych w powyższych urządzeniach w kwocie 2100 złotych, uznanych za dowody rzeczowe na podstawie postanowienia z dnia 16 maja 2014 r., a przechowywane w magazynie Urzędu Celnego w R.;

Na zasadzie art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zwolnił K. P. od obowiązku uiszczenia kosztów sądowych, obciążając nimi Skarb Państwa,

Od powyższego wyroku apelację złożył obrońca K. P. Zarzucił w niej:

- obrazę prawa procesowego, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to art. 151a § 1 pkt 4 k.k.s. w zw. z art. 117 § 2 k.k.s. przez prowadzenie postępowania przygotowawczego w trybie uproszczonym, w czasie, gdy zgodnie z treścią tych przepisów dochodzenia nie prowadzi się, a w konsekwencji postępowania uproszczonego, gdy oskarżony jest pozbawiony wolności w tej bądź innej sprawie, zaś oskarżony w toku całego postępowania przygotowawczego jak i sądowego odbywał karę pozbawienia wolności orzeczoną w innej sprawie;
- obrazę prawa procesowego, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej i wynikającej zeń zasady *effet utile* prawa Unii Europejskiej w zw. z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE, poprzez wydanie wyroku skazującego w oparciu o treść art. 107 k.k.s., w czasie, gdy w niniejszej sprawie zachodzi negatywna przeszkoda

procesowa w postaci bezskuteczności przepisów art. 6 i 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych wypełniających blankietowy przepis art. 107 k.k.s. na skutek braku przekazania Komisji Europejskiej przez Rzeczpospolitą Polską projektu przepisów technicznych, w tym art. 6 i 14, ustawy o grach hazardowych, podczas gdy obowiązek taki ciążył na Rzeczypospolitej Polskiej w świetle art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE, a w konsekwencji powstaje konieczność natychmiastowej odmowy przez sądy krajowe stosowania norm prawnych, które zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych nie notyfikowanych;

- obrazę art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w związku z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej przez ich niezastosowanie i kwestionowanie wagi orzeczenia interpretacyjnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – dalej powoływany jako TSUE, z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C213/11, C214/11 i C217/11 oraz z dnia 15 kwietnia 2010 r. w sprawie C- 433/05, jako części wspólnotowego porządku prawnego - *acquis communautaire* - obejmującego wykładnię prawa unijnego o charakterze powszechnie obowiązującym, wiążącą wszystkie organy krajowe, iż przepisy ustawy o grach hazardowych o charakterze technicznym bezwzględnie podlegały obowiązkowi notyfikacji i bezzasadne przyjęcie, że sąd krajowy nie ma prawa do wiążącego wypowiedania się, iż brak notyfikacji przepisów art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych winien skutkować odmową stosowania sankcji karnej za działania jednostek sprzeczne z tymi przepisami.

Podnosząc te zarzuty wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy, po rozpoznaniu tej apelacji, wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2015 r., zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnił K. P. od popełnienia zarzucanego mu czynu określonego w art. 107 § 1 k.k.s., a kosztami postępowania odwoławczego obciążył Skarb Państwa.

Od tego wyroku Sądu Okręgowego kasacje złożyli Urząd Celny oraz Prokurator Okręgowy.

Urząd Celny zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść K. P. i **zarzucając** rażące i mające wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z

dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych polegające na uznaniu, że zachowanie oskarżonego polegające na urządzaniu i prowadzeniu gier o charakterze losowym na automacie do gier nie było działaniem podjętym wbrew obowiązującym przepisom ustawy, a czyn zarzucany oskarżonemu nie nosi znamion czynu zabronionego, **wniósł** o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w postępowaniu odwoławczym.

Prokurator Okręgowy zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść K. P. i **zarzucając** rażące naruszenie prawa materialnego, a to art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, polegające na błędnej wykładni wskazanych przepisów i niesłusznym uznaniu przez Sąd Okręgowy, że podane wyżej uregulowania ustawy o grach hazardowych ex lege nie mają mocy obowiązującej z uwagi na ich brak notyfikacji Komisji Europejskiej, choć są normami technicznymi, co skutkowało niesłusznym ustaleniem, iż K.P. zachowaniem swym nie wyczerpał ustawowych znamion przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., **wniósł** o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje zasługują na uwzględnienie.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd Okręgowy przyjął, iż przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w szczególności art. 14 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 są przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r., a skoro nie została przeprowadzona procedura notyfikacyjna przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (w tym art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 tej ustawy), należało odmówić zastosowania wskazanych przepisów, co zgodnie z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. musiało skutkować uniewinnieniem oskarżonego od zarzucanego mu czynu z art. 107 § 1 k.k.s. Nie uzasadnił jednak w sposób szczegółowy swojego stanowiska wskazując jedynie, „iż techniczny charakter przepisów z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych znajduje potwierdzenie w szeregu orzeczeń Sądów, zarówno powszechnych jak i

administracyjnych, które zapadły w sprawach dotyczących naruszeń przepisów ustawy o grach hazardowych, zaś Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. akt. II KK 55/14, jednoznacznie wskazał na techniczny charakter przepisów ustawy o grach hazardowych, których stosowanie jest uzależnione od ich wcześniejszej notyfikacji Komisji".

Trafnie podnoszą skarżący, iż tego rodzaju argumentacja nie jest przekonywująca. Przede wszystkim w wyroku z dnia 11 marca 2015 r., sygn. akt P 4/14, Trybunał Konstytucyjny podniósł, że „notyfikacja tzw. przepisów technicznych, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE, implementowanej do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji, nie stanowi elementu konstytucyjnego trybu ustawodawczego”. Żaden z przepisów konstytucyjnych nie odnosi się bowiem do tej kwestii. Zdaniem Trybunału „dochowanie czy też niedochowanie procedury notyfikacyjnej nie ma wpływu na ocenę dochowania konstytucyjnego trybu stanowienia ustawy. Trybunał Konstytucyjny uznał tym samym, że brak notyfikacji projektu ustawy o grach hazardowych nie stanowił naruszenia takich reguł stanowienia ustaw, które mają swoje wyraźne źródło w przepisach Konstytucji RP i które dotyczyłyby w sensie treściowym konstytucyjnego trybu ustawodawczego”. Jednocześnie zauważył, że „brak notyfikacji kwestionowanych przepisów art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych nie stanowi takiego naruszenia pozakonstytucyjnej procedury ustawodawczej, które byłoby równoznaczne z naruszeniem art. 2 i art. 7 Konstytucji RP. Nie można bowiem przyjąć, że każde, choćby potencjalne uchybienie proceduralne, stanowi zawsze podstawę do stwierdzenia niekonstytucyjności aktu normatywnego i prowadzi w rezultacie do utraty przez ten akt mocy obowiązującej”.

W orzecznictwie TSUE, wyrażono pogląd, że przepis prawa krajowego, który nie został prawidłowo notyfikowany Komisji Europejskiej, nie może być stosowany wobec jednostek (por. wyrok z 8 listopada 2007 r. w sprawie C-20/05 Schwibbert). Możliwość odmowy zastosowania ustawy przez sąd powinna być jednak odczytywana z uwzględnieniem nadrzędności Konstytucji RP w systemie prawnym (art. 8 ust. 1 Konstytucji RP). Wydaje się, że kompetencja sądów do odmowy zastosowania ustawy niezgodnej z prawem unijnym, wyrażona w art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, nie daje podstaw do automatycznej i bezwarunkowej odmowy

zastosowania przepisu ustawy, który nie został notyfikowany Komisji Europejskiej. W przypadku zaniechania notyfikacji nie mamy bowiem do czynienia z „treściową” niezgodnością prawa krajowego z unijnym, ale z naruszeniem „formalno-proceduralnym”. Wada proceduralna nie przesądza o tym, czy treść nienotyfikowanego przepisu narusza prawo unijne.

Niewątpliwie bezwzględne zobowiązanie sądów do niestosowania nienotyfikowanych przepisów ustawy prowadziło do naruszenia zasady pewności prawa.

Wspomniana wyżej dyrektywa 98/34/WE ustanawia procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego. Dyrektywa ta stanowi jeden z wielu aktów prawa pochodnego Unii Europejskiej – dalej powołana jako UE, które nakładają na państwa członkowskie obowiązki notyfikacyjne, a więc wymogi spełnienia określonych procedur unijnych, sprowadzających się do uprzedniego poinformowania właściwych organów UE o zaistniałych faktach czy też planowanych regulacjach prawnych. Procedura notyfikacyjna jest formą swoistej „kontroli prewencyjnej” projektów prawa krajowego przez organy unijne, służącą sprawdzeniu, czy proponowana regulacja nie narusza postanowień traktatowych dotyczących swobodnego przepływu towarów (por. wyrok z 30 kwietnia 1996 r., w sprawie CIA Security International SA przeciwko Signalson SA i Securitel SPRL, C – 194/94)

Zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE, państwa członkowskie niezwłocznie prześlą Komisji wszelkie projekty przepisów technicznych, z wyjątkiem tych, które w pełni stanowią transpozycję normy międzynarodowej lub europejskiej, w którym to przypadku wystarczającą będzie informacja dotycząca odpowiedniej normy. Komisja niezwłocznie poinformuje pozostałe państwa członkowskie o projekcie i wszelkich dokumentach, które zostały jej przekazane. W odniesieniu do specyfikacji technicznych lub innych wymogów bądź zasad dotyczących usług, określonych w art. 1 pkt 11 akapicie drugim, *tiret* trzeciej dyrektywy, uwagi lub szczegółowe opinie Komisji lub państw członkowskich mogą dotyczyć jedynie aspektów, które mogą utrudnić handel lub, w stosunku do zasad dotyczących usług, swobodę przepływu usług lub swobodę przedsiębiorczości

podmiotów gospodarczych w dziedzinie usług, a nie fiskalnych lub finansowych aspektów tego środka. W myśl art. 8 ust. 2 dyrektywy 98/34/WE, Komisja i państwa członkowskie mogą zgłaszać uwagi do państwa członkowskiego, które przesłało projekt przepisów technicznych, a państwo członkowskie uwzględni te uwagi tak dalece, jak to będzie możliwe przy kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych. Z kolei zgodnie z art. 9 ust. 1, 3 i 4 dyrektywy 98/34/WE, państwo członkowskie, które dokonało notyfikacji, jest zobowiązane do odroczenia przyjęcia przepisów technicznych o stosowne 3, 4 lub 6 miesięcy, a w szczególnych okolicznościach o nawet 12 miesięcy, począwszy od daty otrzymania przez Komisję stosownego projektu. Zgodnie z art. 9 ust. 7 dyrektywy 98/34/WE odroczeń nie stosuje się w przypadkach, gdzie, z naglących powodów, spowodowanych przez poważne i nieprzewidziane okoliczności odnoszące się do ochrony zdrowia i bezpieczeństwa publicznego, ochrony zwierząt lub roślin oraz, w stosunku do zasad dotyczących usług, również dla porządku publicznego, w szczególności ochrony nieletnich, państwo członkowskie jest zobowiązane przygotować przepisy techniczne w bardzo krótkim czasie, w celu ich natychmiastowego przyjęcia i wprowadzenia w życie bez możliwości jakichkolwiek konsultacji lub z naglących powodów, spowodowanych przez poważne okoliczności odnoszące się do ochrony bezpieczeństwa i integralności systemu finansowego, w szczególności ochrony depozytariuszy, inwestorów i osób ubezpieczonych, państwo członkowskie jest zobowiązane natychmiast przyjąć i wprowadzić w życie przepisy w sprawie usług finansowych.

Przepis art. 10 dyrektywy 98/34/WE przewiduje, że art. 8 i art. 9 nie stosuje się do tych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich lub dobrowolnych porozumień, dzięki którym państwa członkowskie:

- są zgodne z wiążącymi aktami wspólnotowymi, które skutkują przyjęciem specyfikacji technicznych i zasad dotyczących usług,
- wypełniają zobowiązania wynikające z umów międzynarodowych, które skutkują przyjęciem wspólnych specyfikacji technicznych lub zasad dotyczących usług we Wspólnocie;
- stosują klauzule bezpieczeństwa, wprowadzone przez obowiązujące wspólnotowe akty prawne,

- stosują przepisy art. 8 ust. 1 dyrektywy 92/59/EWG,
- ograniczają się do wykonania orzeczenia TSUE,
- ograniczają się do wprowadzenia zmiany przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11, zgodnie z wnioskiem Komisji zmierzającym do usunięcia przeszkód w handlu lub, w przypadku zasad dotyczących usług, w swobodnym przepływie usług lub w swobodzie przedsiębiorczości podmiotów gospodarczych w dziedzinie usług.

W art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE wyjaśniono pojęcie przepisów technicznych, których dotyczy notyfikacja. I tak zgodnie z powyższym „przepisy techniczne” oznaczają: „specyfikacje techniczne i inne wymagania bądź zasady dotyczące usług, włącznie z odpowiednimi przepisami administracyjnymi, których przestrzeganie jest obowiązkowe, *de jure* lub *de facto*, w przypadku wprowadzenia do obrotu, świadczenia usługi, ustanowienia operatora usług lub stosowania w Państwie Członkowskim lub na przeważającej jego części, jak również przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne Państw Członkowskich, z wyjątkiem określonych w art. 10, zakazujące produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania produktu lub zakazujące świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcy usług”. Przepisy techniczne obejmują: 1) 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; 2) 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; 3) 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; specyfikacje techniczne lub inne wymogi bądź zasady dotyczące usług powiązanych z systemami zabezpieczenia społecznego nie są objęte tym znaczeniem. Zgodnie z art. 12 dyrektywy 98/34/WE przepis techniczny przyjmowany przez państwo członkowskie musi zawierać odniesienie do niniejszej dyrektywy lub takie odniesienie powinno towarzyszyć jego urzędowej publikacji.

Poza sporem jest, iż żadne z postanowień dyrektywy 98/34/WE, jak też unormowań Traktatu o UE nie odnosi się do kwestii zaniechania notyfikacji przez państwo członkowskie przepisów technicznych, ani nie określa skutków braku notyfikacji.

Jednakże w wyroku TSUE z 2 sierpnia 1993 r. w sprawie Komisja przeciwko Republice Włoskiej, C-139/92, przyjęto, że naruszenie obowiązku notyfikacji stanowi samodzielną podstawę stwierdzenia uchybienia przez państwo zobowiązaniom traktatowym. Z kolei w wyroku TSUE z 30 kwietnia 1996 r. w sprawie CIA Security International SA przeciwko Signalson SA i Securitel SPRL, C-194/94, stwierdzono, że „uchybiecie obowiązku notyfikacji stanowiące uchybienie proceduralne przy przyjmowaniu danych przepisów technicznych powoduje bezskuteczność tych przepisów technicznych, co oznacza, że nie można się na nie powoływać wobec jednostki” (pkt 45 uzasadnienia wyroku). TSUE w tym wyroku podniósł, że „celem dyrektywy jest ochrona swobodnego przepływu towarów poprzez uprzednią kontrolę o charakterze prewencyjnym (...). Skuteczność tej kontroli jest tym silniejsza, że dyrektywę należy interpretować w ten sposób, iż naruszenie obowiązku notyfikacji stanowi poważne uchybienie proceduralne, powodujące bezskuteczność spornych przepisów technicznych wobec jednostki” (pkt 48 uzasadnienia wyroku). Uznano zatem, że postanowienia dyrektywy 98/34/WE są bezwarunkowe, i dostatecznie precyzyjne, by mogły się na nie powoływać jednostki w stosunku do organów administracji publicznej w postępowaniu przed sądami i innymi organami krajowymi, a prawo unijne nakazuje sądowi krajowemu odmówić zastosowania przepisu technicznego, który nie został notyfikowany Komisji Europejskiej.

TSUE w wyroku z 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach Fortuna sp. z o.o., Grand sp. z o.o. i Forta sp. z o.o. przeciwko Dyrektorowi Izby Celnej w Gdyni

(C-213/11; C-214/11 i C-217/11; dalej: Fortuna i inni) orzekł, że art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE 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 produktu. Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego”.

W uzasadnieniu tego wyroku TSUE powołał się w m.in. na wyrok z 26 października 2006 r. wydany w sprawie Komisja przeciwko Grecji, C-65/05, w którym uznał, że przepisy zakazujące prowadzenia gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych w jakichkolwiek miejscach publicznych i prywatnych z wyjątkiem kasyn należy uznać za przepisy techniczne, w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. Następnie stwierdził, że w związku z powyższym „przepis tego rodzaju jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, 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/WE”.

Zdaniem Sądu Najwyższego w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 marca 2015 r. sygn. akt P 4/14 Trybunał Konstytucyjny trafnie przyjął, iż, cyt. „wyrok TSUE w sprawie Fortuna i inni był bez wątpienia wiążący dla Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku, który wniósł pytanie prejudycjalne. Zakres związania powyższym wyrokiem TSUE ograniczał się jednak z natury rzeczy do wykładni prawa unijnego, a więc rozumienia art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. W wyroku tym TSUE przyjął, dokonując *de facto* również interpretacji prawa krajowego, że przepisy tego rodzaju, jak przepisy ustawy 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 art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. W sentencji powyższego wyroku TSUE stwierdził jednak

jednoznacznie, że: „Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego”. To sąd krajowy miał dopiero ustalić, czy potencjalnie techniczne przepisy rzeczywiście „wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktu”. W uzasadnieniu tego orzeczenia TSUE wskazał także sądowi krajowemu wytyczne, pomagające ocenić, czy mające zastosowanie w danej sprawie przepisy ustawy o grach hazardowych mają charakter przepisów technicznych, w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE. TSUE orzekając w sprawie Fortuna i inni nie mógł rozstrzygnąć, czy przepisy krajowe ustawy o grach hazardowych mają charakter technicznych, kompetencja w tym zakresie należy bowiem do sądów krajowych. To sądy krajowe dokonują interpretacji prawa krajowego. **Stąd też za nieuprawnione należy uznać wszelkie wypowiedzi TSUE, w których kategorycznie oceniał przepisy ustawy o grach hazardowych** (podkreślenie SN). Wypada bowiem jeszcze raz z całą mocą podkreślić, że TSUE nie miał kompetencji do oceny, czy konkretne przepisy, np. art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, mają charakter przepisów technicznych. **Tym samym wyrokowi TSUE w sprawie Fortuna i inni nie można przypisywać waloru rozstrzygnięcia co do technicznego charakteru niektórych przepisów ustawy o grach hazardowych wiążącego wszystkie sądy krajowe i inne organy publiczne** (podkreślenie SN). Zakres oddziaływania powyższego wyroku na ewentualne orzecznictwo krajowe sprowadza się jedynie do tego, że niektóre przepisy ustawy o grach hazardowych z perspektywy art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE mogą być potencjalnie, a więc hipotetycznie, „techniczne”. Rozstrzygnięcie tej, kwestii należy jednak wyłącznie do sądu orzekającego w danej sprawie i stosującego przepisy krajowe ustawy o grach hazardowych. Sąd ten może oczywiście, uznając rację argumentów zawartych w wyroku TSUE w sprawie Fortuna i inni, wziąć pod uwagę także wskazówki zawarte w tym wyroku związane z prawem unijnym. **Kwestia technicznego charakteru niektórych przepisów ustawy o grach hazardowych nie została jednak absolutnie, przesądzona w wyroku TSUE w sprawie Fortuna i inni, a wręcz przeciwnie, jak „stwierdzono w sentencji tego wyroku, dokonanie tego, ustalenia należy do sądów krajowych”** (cytat s. 37 – 38 uzasadnienia wyroku).

Na marginesie zauważyć należy, że w wyroku TSUE z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie C – 98/14 *Berlington Hungary Tanácsado es Szolgalatato kft i inni przeciwko Magyar Állam* tenże Trybunał w sposób jednoznaczny uznał przepisy węgierskiej ustawy o grach hazardowych za przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE.

Z uzasadnienia wyroku zaskarżonego kasacjami jasno wynika, że Sąd Okręgowy, nie przeprowadził wymaganej analizy odnośnie tego czy przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych mają charakter techniczny, innymi słowy w jaki sposób te przepisy ustalają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości i sprzedaż automatów do gry. Nadto, jak zauważa Prokurator Okręgowy cyt. „aktualnie toczą się prace legislacyjne nad rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych. Celem nowelizacji jest m.in. modyfikacja art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, który ma uzyskać brzmienie: „Urządzanie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry w pokera, gier w kości oraz gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów o grach hazardowych”. Zgodnie z informacją Rady Ministrów, powyższy projekt zmiany ustawy o grach hazardowych został notyfikowany Komisji Europejskiej 5 listopada 2014 r., a obowiązkowy termin wstrzymania procedury legislacyjnej upłynął 6 lutego 2015 r. Komisja Europejska 6 marca 2015 r. powiadomiła, że pomimo notyfikowania nie uznała tego przepisu za techniczny. Stanowisko to winno także mieć wpływ na ocenę czy art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w obecnym brzmieniu ustalał warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż automatów do gier.” (cytat ze s. 9 uzasadnienia kasacji).

Dokonując analizy tych przepisów Sąd Okręgowy powinien przede wszystkim ocenić je pod kątem „innych wymagań” w rozumieniu art. 1 dyrektywy 98/34/WE, które oznaczają wymagania inne niż specyfikacje techniczne, nałożone na produkt w celu ochrony, w szczególności konsumentów i środowiska, które wpływają na jego cykl życiowy po wprowadzeniu go na rynek, takie jak warunki użytkowania, powtórne przetwarzanie, ponowne zastosowanie lub składowanie, gdzie takie warunki mogą mieć istotny wpływ na skład lub rodzaj produktu lub jego

obrót. Z orzecznictwa TSUE wynika, że tymi „innymi wymaganiami” są np. warunki determinujące w sposób istotny skład, właściwości lub sprzedaż produktu (por. orzeczenia w sprawach: C- 267/03 Postępowanie karne przeciwko Larsowi Erikowi Staffanowi Lindbergowi, Zbiór Orzeczeń 2005, s. I-3247, pkt 72; C-361/10 Intercommunale Interomosane SCRL, Federation de l'industrie et du gaz przeciwko Belgii, 9 czerwca 2011 r., pkt 20).

Ustalenie czy przepisy ustawy o grach hazardowych odnoszące się do zezwoleń na działalność w zakresie gier na automatach o niskich wygranych stanowią tego rodzaju „inne wymagania”, a tym samym czy stanowią przepisy techniczne o jakich mowa w dyrektywie 98/34/WE, zależy m. in. od tego, czy automaty do gier o niskich wygranych mogą zostać zaprogramowane lub przeprogramowane w celu wykorzystania ich w kasynach jako automaty do gier hazardowych.

Urząd Celny w uzasadnieniu kasacji podnosi, że, cyt. „automaty do gier, jako urządzenia elektroniczne, z całą pewnością dają się w sensie technicznym tak przeprogramować czy też powtórnie zaprogramować, aby się stały automatami do gier o wyższych wygranych i by mogły być w ten sposób przedmiotem dalszego ich gospodarczego wykorzystywania w takim właśnie charakterze. To dalsze wykorzystywanie tych przeprogramowanych automatów do gier może następować zarówno w naszym kraju (gdzie prowadzenie działalności gospodarczej z ich wykorzystaniem jest dopuszczalne w kasynach gry), jak też za granicą, w innych państwach członkowskich lub w państwach spoza UE. Należy podkreślić, że art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34/WE definiując pojęcie „innych wymagań” i stwierdzając, że te „inne wymagania” to takie warunki, które mogą mieć istotny wpływ na obrót produktu, nie przesądza bynajmniej tego, że ten wpływ musi koniecznie występować jedynie na terytorium danego państwa członkowskiego. Z czysto literalnego brzmienia art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34/WE wynika, że przepis ten mówi w tym kontekście jedynie ogólnie o „obrocie” produktami, stwierdzając, że „innymi wymaganiami” są warunki, które na taki obrót mogą istotnie wpłynąć. Płyne z tego logiczny wniosek, że jeżeli obrót danym produktem, w tym też automatem do gier o niskich wygranych, jest pod rządami określonych przepisów nadal dopuszczalny w układzie transgranicznym, to tym samym obrót ten nie zostaje ograniczony, a w

każdym bądź razie nie zostaje ograniczony w stopniu istotnym, zaś przepisy regulujące ów obrót nie mogą być wówczas uznane za „inne wymagania” w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34/WE. Skoro pod rządami spornych przepisów ustawy z 2009 r. o grach hazardowych automaty do gier o niskich wygranych mogą być nadal skutecznie komercjalizowane na ogromnym rynku gier hazardowych poza granicami państwa polskiego, np. w Niemczech czy Holandii, a także skoro automaty te mogą być także komercjalizowane w Polsce (czy to po ich przeprogramowaniu czy też nawet bez ich uprzedniego przeprogramowania), to tym samym nie można powiedzieć, aby doszło w ten sposób do „istotnego wpływu na obrót” w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34/WE.” (cytat ze s. 9 uzasadnienia kasacji).

Kierując się przedstawionymi względami Sąd Najwyższy z mocy art. 537 § 2 k.p.k. orzekł jak w wyroku.

kc