

POSTANOWIENIE

Dnia 25 września 2013r.

Sąd Okręgowy w Płocku w V Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący: SSO Iwona Wiśniewska-Bartoszevska(spr.)

Sędziowie: SO Jacek Lisiak

SO Jan Swaczyna

Protokolant Agnieszka Antczak

przy udziale oskarżyciela publicznego- starszego eksperta służby celnej P. M.

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 25 września 2013r.

w sprawie **P. C. i P. J.** oskarżonych o czyn z art.107§1i 3k.k. s. i inne

na skutek zażalenia oskarżyciela publicznego zastępcy Naczelnika Urzędu Celnego w P.

na postanowienia Sądu Rejonowego w Płocku z dnia 9 maja 2013r. w sprawie o sygn. akt VII K 816/12

w przedmiocie umorzenia postępowania

na podstawie art.437§ 1 k.p.k., art.636§1 k.p.k. w zw. z art.113§1 k.k.s.

p o s t a n a w i a

- 1. zaskarżone postanowienie utrzymać w mocy;**
- 2. kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze obciążyć Skarb Państwa .**

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 9 maja 2013r. Sąd Rejonowy w Płocku umorzył postępowanie przeciwko P. C.i P. J.oskarżonym o czyny z art.107§1i 3k.k.s. i inne z uwagi na brak notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009r. wbrew wymogowi dyrektywy 98/34 Parlamentu Europejskiego i Rady, wskazując na wyrok Trybunału Sprawiedliwości w Luxemburgu z dnia 19 lipca 2012r. w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11, C-217/11 uznający przepisy ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009r. za potencjalnie techniczne.

Z powyższym nie zgodził się oskarżyciel publiczny zastępca Naczelnika Urzędu Celnego w P., który zaskarżył powyższe postanowienie, stawiając zarzuty:

- obraży przepisów prawa materialnego tj. art.14ust.1 i art.6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopad a2009r. poprzez ich błędną wykładnię oraz uznanie, że nie mogą być skutecznie stosowane przez sady polskie z uwagi na ich techniczny charakter i brak notyfikacji UE, co z kolei skutkuje zdaniem sądu, pozbawieniem zarzutów stawianych oskarżonych podstaw prawnych;
- obraży przepisów para materialnego to jest art.107 §1 k.k.s. w zw. z art.4§3 k.k.s. poprzez uznanie, iż w zaistniałym stanie faktycznym czyn zabroniony został popełniony nieumyślnie, co skutkowało wydaniem zaskarżonego postanowienia;

3. obrazy przepisów prawa procesowego mającą wpływ na treść orzeczenia to jest art. 7 k.p.k. w zw. z art. 113 §1 k.k.s. poprzez zaniechanie dokonania kompleksowej analizy przepisów ustawy o grach hazardowych w zakresie ustalenia czy art. 14 ust. 1 tej ustawy jest przepisem technicznym w rozumieniu dyrektywy 98/34;

4. obrazy przepisów prawa procesowego to jest dowolne uznanie, że w działaniach oskarżonych nie występuje realizacja czynu w trybie art. 9§1 k.k.s.;

5. błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych w orzeczeniu mającego wpływ na jego treść polegającego na tym, iż sąd I instancji błędnie ustalił, że A. J. nie miał wiedzy ani świadomości, że na ustawionym w lokalu automacie do gier istniała możliwość urządzania bądź prowadzenia gry zabronionej przez przepisy i normy prawne, a co za tym idzie nie tylko nie miał zamiaru popełnienia czynu zabronionego, ale nawet nie przewidywał możliwości jego popełnienia.

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Płocku.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zażalenie oskarżyciela publicznego nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze i najważniejsze niezasadny jest zarzut wyartykułowany w pkt 1 petitum skargi zażaleniowej, to jest obrazy prawa materialnego art. 14 ust. 1 poprzez błędne, zdaniem skarżącego uznanie, iż brak notyfikacji Komisji Europejskiej przez rząd polski przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009r., nie powoduje niemożności stosowania tych norm w tym i sankcji z nich wynikających.

Z tym twierdzeniem nie sposób się zgodzić.

Zaczynając niejako ab ovo wskazać należy, iż stosownie do art. 2 aktu dotyczącego warunków przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej (Dz. U. UE.L. 2003.236.33), który stanowi integralną część traktatu podpisanego w dniu 16 kwietnia 2003r. w Atenach (Dz. U. 2004.90.864 zał.) Polska od dnia 1 maja 2004r. związana jest postanowieniami traktatów założycielskich i aktów przyjętych przez instytucje Wspólnot i Europejski Bank Centralny przed dniem przystąpienia. W świetle art. 1 ust. 2 Traktatu Akcesyjnego warunki przyjęcia i wynikające z tego przyjęcia dostosowania w Traktatach stanowiących podstawę Unii są przedmiotem Aktu dołączonego do niniejszego Traktatu. Nie ma zatem wątpliwości, iż od momentu przystąpienia porządek prawny Wspólnoty stał się częścią krajowego porządku prawnego przy zastrzeżeniu zasady pierwszeństwa i bezpośredniego zastosowania *acquis communautaire*. Potwierdził to Europejski Trybunał Sprawiedliwości (aktualnie TSUE) w klasycznych już orzeczeniach wydanych w sprawach: C.(C-6/64), S.(C-106/77) oraz V. & L. (C-26/62). Na tym tle nie budzi wątpliwości rola sądu krajowego jako sądu wspólnotowego oraz obowiązek przestrzegania i stosowania prawa wspólnotowego przez inne krajowe organy publiczne. Jeśli chodzi o zasadę pierwszeństwa, to właśnie na sądzie krajowym spoczywa obowiązek zapewnienia prawu wspólnotowemu pełnej skuteczności. W sytuacji kolizji i zastosowania zasady bezpośredniości znaczenie ma charakter przepisów prawa wspólnotowego.

W przypadku dyrektyw mogą być one stosowane bezpośrednio tylko w przypadku, gdy ich przepisy nie zostały implementowane do krajowego porządku prawnego lub gdy zostały implementowane nieprawidłowo. Za prawidłową implementację dyrektyw odpowiedzialne są państwa członkowskie. Wynika to zarówno z definicji zamieszczonej w art. 249 TWE, jak i z zasady solidarności wyrażonej w art. 10 TWE. Celem dyrektywy jest harmonizacja praw państw członkowskich, a zbliżenie prawodawstwa państw członkowskich, umożliwiające właściwe funkcjonowanie wspólnego rynku, jest jednym z głównych celów TWE. Implementacja dyrektyw może obejmować wiele etapów w celu osiągnięcia rezultatu zakładanego przez dyrektywę. Najważniejsze jest jednak podjęcie takich działań dostosowawczych, które będą odpowiadać istocie samej dyrektywy i być dostosowane do jej celu. Można także mówić o implementacji, która winna wiernie oddawać ducha i cel dyrektywy. W orzecznictwie ETS podkreśla się, że najważniejszym kryterium oceny właściwego funkcjonowania norm dyrektyw w prawie krajowym jest zapewnienie im pełnej praktycznej efektywności i w ten sposób pełne osiągnięcie wyznaczonego rezultatu. W odniesieniu do uwarunkowań instytucjonalnych należy

zauważyć, że nie chodzi tutaj tylko o odpowiedni wybór organów krajowych odpowiedzialnych za transpozycję, czy implementację sensu stricto, ale również o praktykę sądową. Na tym tle należy wyróżnić dwie sytuacje: rolę sądu krajowego jako szczególnego organu państwa powołanego do ochrony prawnej także w zakresie zapewnienia efektywności stosowania prawa wspólnotowego oraz obowiązki spoczywające w tym zakresie na innych organach państwowych. Zadaniem organów sądowiczych państwa członkowskiego jest kontrola, czy działania innych organów nie udaremniają lub nie stanowią poważnego zagrożenia dla terminowego osiągnięcia rezultatu wyznaczonego w dyrektywie w indywidualnych sprawach z „elementem wspólnotowym”. Jest to konsekwencja, powołanej wyżej zasady skutku bezpośredniego normy prawa wspólnotowego w układzie wertykalnym.

Art. 2 aktu dotyczącego warunków przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej zobowiązuje Rzeczypospolitą Polską w szczególności do stosowania dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. UE.L. 1998.204.37). Dyrektywa ta nakłada na Rzeczypospolitą Polską obowiązek notyfikacji we wskazanych w niej przypadkach projektów ustaw.

Zgodnie z art.1pkt 11 dyrektywy 98/34/WE termin przepisy techniczne oznacza specyfikacje techniczne, inne wymagania bądź zasady dotyczące usług, włącznie z odpowiednimi przepisami administracyjnymi, których przestrzeganie jest obowiązkowe, de iure 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 dostawy usług.

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,

–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,

–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.

Obejmuje to przepisy techniczne nałożone przez organy wyznaczone przez państwa członkowskie oraz znajdujące się w wykazie sporządzonym przez Komisję przed 5 sierpnia 1999 r. w ramach Komitetu określonego w art. 5.

Konkludując przepisami technicznymi są zatem :

1. specyfikacje techniczne;
2. inne wymagania
3. zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego;

4. przepisy zakazujące produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania produktu lub zakazujące świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcy usług.

Termin inne wymagania stosownie do art.1 pkt 4 przedmiotowej dyrektywy oznacza 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.

Jednocześnie w art.8 ust.1 akapit pierwszy przedmiotowej dyrektywy wskazano, iż z zastrzeżeniem art. 10 dyrektywy państwa członkowskie niezwłocznie przekazują Komisji Europejskiej wszelkie projekty przepisów technicznych, z wyjątkiem tych, które w pełni stanowią transpozycję normy międzynarodowej lub europejskiej, w którym to przypadku wystarczająca jest informacja dotycząca odpowiedniej normy.

Stosownie zaś do regulacji zawartej w art.9 ust. 1-5 dyrektywy państwa członkowskie odraczają przyjęcie projektu przepisów technicznych o trzy miesiące, począwszy od daty otrzymania przez Komisję Europejską komunikatu określonego w art. 8 ust. 1. dyrektywy, jeżeli Komisja lub inne państwo członkowskie wyda szczegółową opinię, w ciągu trzech miesięcy od tej daty, stwierdzającą, że przewidziany środek może stworzyć bariery w swobodnym przepływie towarów w obrębie rynku wewnętrznego. Termin odroczenia może być dłuższe we wskazanych szczegółowo przypadkach.

Wprawdzie art.9 ust. 7 dyrektywy przewiduje wypadki odstąpienia od stosowania ustępów 1-5, ale tylko wtedy gdy:

-z nagłych 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 nagłych 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.

W powiadomieniu określonym w art. 8, państwa członkowskie przedstawiają powody pilności podjętych środków. Komisja najszybciej jak to możliwe przedstawia opinię w sprawie powiadomienia. Podejmuje ona stosowne działanie w przypadkach, gdy procedura ta jest niewłaściwie stosowana. Parlament Europejski jest na bieżąco informowany przez Komisję.

W odniesieniu do ustawy z dnia 19 listopada 2099r. o grach hazardowych powołane powyżej sytuacje określone w art.9 ust. 7 dyrektywy nie występowały, chociażby z uwagi na zakres merytoryczny uregulowania niniejszej ustawy, a po drugie Rzeczpospolita Polska nie przedstawiła Komisji Europejskiej powodów pilności podjętych środków. Jednocześnie baczycy należy, iż zwolnienie z wymogu odroczenia przyjęcia projektu przepisów technicznych, nie oznacza zwolnienia państwa członkowskiego z obowiązku notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej.

Podobnie art.10 przedmiotowej dyrektywy stanowi, iż:

1. Artykuły 8 i 9 nie stosują 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 Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich,

–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.

2. Artykuł 9 nie stosuje się do przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich zakazujących produkcji, o ile nie utrudniają swobodnego przepływu towarów.

3. Artykuł 9 ust. 3-6 nie stosuje się do porozumień dobrowolnych, określonych w drugim tiret art. 1 pkt 11 akapit drugi.

4. Artykuł 9 nie stosuje się do specyfikacji technicznych lub innych wymogów bądź zasad dotyczących usług, określonych w trzecim tiret art. 1 pkt 11 akapit drugi.

Jednakowoż przypadki wskazane w art.10 dyrektywy także nie występują w odniesieniu do regulacji zawartej w ustawie o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009r. W żadnej mierze nie sposób racjonalnie przyjmować, iż przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych są przejawem zastosowania klauzul bezpieczeństwa wprowadzonych przez unijne (poprzednio wspólnotowe) akty prawne, a w szczególności przez Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) oraz dyrektywę 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006r. dotyczącą usług na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE 2006, L 376/36). Wprawdzie TFUE zawiera klauzule bezpieczeństwa pozwalające państwom członkowskim na ograniczanie swobodnego przepływu, w tym przepływu towarów (art.36 TFUE), swobody przedsiębiorczości (art.52ust. 1 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art.52 uust.1 w zw. z art.62 TFUE), jednakowoż ich zastosowanie podlega istotnej kontroli organów unijnych.

Artykuł 36 TFUE stanowi, iż Postanowienia artykułów 34 i 35 nie stanowią przeszkody w stosowaniu zakazów lub ograniczeń przywozowych, wywozowych lub tranzytowych, uzasadnionych względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej, bądź ochrony własności przemysłowej i handlowej. Zakazy te i ograniczenia nie powinny jednak stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń w handlu między Państwami Członkowskimi. W szeregu orzeczeń Trybunał sprawiedliwości stwierdził jednoznacznie, że: Chociaż to do państw członkowskich należy podjęcie środków zmierzających do zagwarantowania ich bezpieczeństwa zewnętrznego i wewnętrznego, nie wynika z tego, że takie środki nie są wcale objęte zastosowaniem prawa wspólnotowego. Traktat ustanawia wyraźne odstępstwa mające zastosowanie w okolicznościach zagrażających bezpieczeństwu publicznemu wyłącznie w art. 30 WE, 39 WE, 46 WE, 58 WE, 64 WE, 296 WE i 297 WE, które odnoszą się do wyjątkowych i w wyraźny sposób ograniczonych przypadków. Z artykułów tych nie można wysnuć wniosku, że traktat zawiera na stałe wpisany weń ogólny wyjątek wyłączający wszelkie środki podejmowane ze względów bezpieczeństwa publicznego z zakresu prawa wspólnotowego. Uznanie istnienia takiego wyjątku, bez względu na określone w traktacie szczególne wymogi, mogłoby zagrozić wiążącemu charakterowi prawa wspólnotowego i jego jednolitemu stosowaniu.

Ponadto odstępstwa przewidziane w art. 296 WE i 297 WE muszą, tak jak ma to miejsce w odniesieniu do odstępstw od podstawowych swobód, podlegać ścisłej wykładni. Jeśli chodzi w szczególności o art. 296 WE, chociaż artykuł ten odnosi się do środków, jakie państwo członkowskie może uznać za konieczne dla ochrony podstawowych interesów swego bezpieczeństwa lub informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z tymi interesami, nie można interpretować go w ten sposób, że przyznaje on państwom członkowskim uprawnienie do odstąpienia od

przepisów traktatu wyłącznie w wyniku powołania się na wskazane interesy. W rezultacie to państwo członkowskie, które chce skorzystać z możliwości powołania się na art. 296 WE, ma wykazać konieczność zastosowania tego odstępstwa w celu ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa. (vide wyrok TS z dnia 15.12.2009 C-461/05 Komisja Europejska v. Królestwo Danii ZOTSiS 2009/12B/I- 11887... ; wyrok TS z dnia 15.12.2009 C-409/05 Komisja Europejska v. Republika Grecka ZOTSiS 2009/12B/I- 11859, wyrok TS z dnia 15.12.2009 C-387/05 Komisja Europejska v. Republika Włoska ZOTSiS 2009/12B/I- 11831..., wyrok TS z dnia 15.12.2009 C-372/05 Komisja Europejska v. Republika Federalna Niemiec ZOTSiS 2009/12A/I- 11801..., wyrok TS z dnia 15.12.2009 C-294/05 Komisja Europejska v. Królestwo Szwecji ZOTSiS 2009/12A/I- 11777..., wyrok TS z dnia 15.12.2009 C-284/05 Komisja Europejska v. Republika Finlandii ZOTSiS 2009/12A/I- 11705...).

Co więcej podnieść należy, iż dyrektywa 2006/123/WE nie ma zastosowania do „działalności hazardowej ze stawkami pieniężnymi w grach losowych, włącznie z loterią, grami hazardowymi w kasynach i zakładach wzajemnych” (art.2 ust.2 lit.h dyrektywy).

Implementacji omówionej wyżej dyrektywy 98/34 do polskiego prawa krajowego dokonano rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 6 kwietnia 2004r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. z 2004r. nr 65 poz. 597). W brzmieniu uwzględniającym tę nowelizację przepis § 5 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239 poz. 2039 ze zm.), zwanego dalej rozporządzeniem, stanowi, że notyfikacji aktów prawnych podlegają akty prawne wyłączające stosowanie zasady swobodnego przepływu towarów, z wyjątkiem aktów:

- 1) wydawanych po raz kolejny w stosunku do tego samego rodzaju produktu na podstawie tych samych zasad i procedur;
- 2) mających na celu zapewnienie zgodności z obowiązującym prawem Wspólnoty Europejskiej;
- 3) podlegających notyfikacji na podstawie odrębnych przepisów;
- 4) stanowiących część procedury przygotowującej do wydania aktu prawnego wyłączającego stosowanie zasady swobodnego przepływu towarów;
- 5) mających na celu ochronę moralności publicznej lub porządku publicznego;
- 6) dotyczących produktów używanych, które ze względu na utratę swoich cech spowodowanych ich używaniem lub upływem określonego czasu nie mogą być pozostawione w obrocie.

Przepis § 5 pkt 5 rozporządzenia, wyłączający spod obowiązku notyfikacji przepisy mające na celu ochronę moralności publicznej lub porządku publicznego nie znajduje oparcia w żadnym z przepisów dyrektywy nr 98/34, a zatem nie stanowi w istocie prawidłowej implementacji przepisów dyrektywy. Rozszerzając zakres wyłączeń spod procedury notyfikacyjnej narusza tym samym przepisy dyrektywy, co zgodnie z zasadą pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego uniemożliwia jego stosowanie. Oznacza to, że ustawodawca nie może powoływać się na przepis § 5 pkt 5 rozporządzenia, by uzasadnić odstępianie od obowiązkowej notyfikacji przepisów spełniających wymogi przepisów technicznych. Żaden z pozostałych przepisów zawartych w § 5 rozporządzenia nie mógł natomiast – ze swej istoty - znaleźć zastosowania w analizowanym stanie prawnym.

Podstawową zasadą obowiązującą w porządku prawnym Unii Europejskiej jest to, że orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest prawnie wiążące dla sądu krajowego, który zwrócił się z pytaniem prawnym (vide wyrok Trybunału w sprawie 29/68 M.). Sądy państw członkowskich nie powinny przyjmować także innej interpretacji prawa wspólnotowego niż wskazana w orzeczeniu TSUE zawierającym wykładnię stosownych przepisów tego prawa. Celem bowiem orzeczenia TSUE jest zapewnienie jednolitego stosowania prawa wspólnotowego we wszystkich państwach członkowskich (vide Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, pod red. A. Wróbla.

Kraków 2005. str. 812). Takie też stanowisko znalazło swój wyraz w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010r. , III CZP 79/10 , stosownie do którego: jeżeli państwo członkowskie dopełniło obowiązku transpozycji dyrektywy, to jej skutki wiążą za pomocą (za pośrednictwem) prawa krajowego (...) w tej sytuacji nie ulega wątpliwości, że – zgodnie z doktryną efektywności- implementacja dyrektywy do prawa polskiego w formie (na przykład- dopisek SO) ustawy oznacza obowiązek takiej jej wykładni, która jest zgodna z dyrektywą, a jeżeli dyrektywa była poddana interpretacji TSUE – zgodnie z tą interpretacją”

W tezach 24-25 wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11 i C-217/11, powołując się na wyrok z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 Komisja przeciwko Grecji (Zb.Orz. s. I- 10341, pkt 61) Trybunał stwierdził, że przepis tego rodzaju jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zgodnie z którym urządzenie gier dozwolone jest jedynie w kasynach gry, należy uznać za przepis techniczny w rozumieniu art.1 pkt 11 dyrektywy 98/34. W tezie 26 Trybunał podkreślił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dyrektywa 98/34 ma na celu ochronę - w drodze kontroli prewencyjnej - swobody przepływu towarów, która jest jedną z podstaw Unii Europejskiej, oraz że kontrola ta jest konieczna, ponieważ przepisy techniczne objęte dyrektywą mogą stanowić przeszkody w wymianie handlowej między państwami członkowskimi, dopuszczalne jedynie pod warunkiem, iż są niezbędne dla osiągnięcia nadrzędnych celów interesu ogólnego (vide wyroki: z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-194/94 C. S. I., R.. s. I- 2201, pkt 40, 48; z dnia 8 września 2005 r. w sprawie C-303/04 L. I., Zb.Orz. s. I- 7865, pkt 22; z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawie C-361/10 I. I. i. F. d. l. e. d. g., dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 10). W tezach 35-36 omawianego wyroku Trybunał, powołując się na wyroki w sprawach L., pkt 72; w sprawie I. I. i. F. d. l. e. d. g.pkt 20, wskazał, że przepisy krajowe można uznać za inne wymagania w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34, jeżeli ustanawiają one warunki determinujące w sposób istotny skład, właściwości lub sprzedaż produktu.

W tezach 37 – 39 wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11 i C-217/11 Trybunał stwierdził, że zadaniem sądu krajowego jest ustalenie, czy takie zakazy, których przestrzeganie jest obowiązkowe de iure w odniesieniu do użytkowania automatów -w tym konkretnym wypadku - do gier o niskich wygranych, a generalnie w przypadku każdego określonego rodzaju automatów do gier, mogą wpływać w sposób istotny na właściwości lub sprzedaż tych automatów, przy czym dokonując takiej oceny sąd krajowy powinien uwzględnić między innymi okoliczność, że ograniczeniu liczby miejsc, gdzie dopuszczalne jest prowadzenie gier na automatach, towarzyszy zmniejszenie ogólnej liczby kasyn gry, jak również liczby automatów, jakie mogą w nich być użytkowane. Sąd krajowy powinien również ustalić, czy automaty do gier mogą zostać zaprogramowane lub przeprogramowane w celu wykorzystywania ich w kasynach jako automaty do gier hazardowych, co pozwoliłoby na wyższe wygrane, a więc spowodowałoby większe ryzyko uzależnienia graczy. Mogłoby to wpłynąć w sposób istotny na właściwości tych automatów. Jednocześnie z całą mocą podkreślić należy, iż przeprogramowanie automatu do gier stanowi ewidentną, całkowitą zmianę właściwości produktu, będącego uprzednio automatem określonym w art.2ust.5 ustawy o grach hazardowych

Potwierdzenie charakteru przepisu technicznego w rozumieniu powyżej analizowanej dyrektywy w odniesieniu do przepisów art.14 ust. 1, ale także i art.2 ust.5 ustawy o grach hazardowych musiałoby spowodować stwierdzenie, że przepisy tej ustawy w części, w jakiej istotnie ograniczają, a nawet stopniowo uniemożliwiają prowadzenie gier na automatach bez możliwości uzyskiwania wygranych poza kasynami gry, podlegały obowiązkowi notyfikacji Komisji w trybie przepisu art. 8 ust. 1 dyrektywy. Brak takiej notyfikacji jest bezsporny. W tej sytuacji, konsekwencją ustalenia charakteru technicznego przepisów ustawy w części powodującej wskazane wyżej skutki byłoby stwierdzenie, że przepisy te nie mogą być stosowane przez organy administracji i sądy, skoro Europejski Trybunał Sprawiedliwości jednoznacznie stwierdził m.in. w wyroku z dnia 26 września 2000r. w sprawie C 443/98 (Unilever), że skutkiem prawnym niedopełnienia obowiązku notyfikacji jest niemożność zastosowania przepisów technicznych, na którą można powoływać się w postępowaniu między jednostkami.

Zdaniem Sądu w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, podobnie jak WSA w Gdańsku w sprawie IIISA/Gd/557/12 (wyrok z dnia 19 listopada 2012r.) ocena, czy ustawa o grach hazardowych zawiera przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34 nie wymaga prowadzenia przez sąd postępowania dowodowego w jakimkolwiek zakresie. Okoliczności niezbędne dla dokonania takiej oceny wynikają wprost z przepisów ustawy oraz z bezspornych

danych statystycznych, dotyczących ilości zarejestrowanych i eksploatowanych w Polsce w roku 2009 (ostatnim roku obowiązywania ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych) automatów do gier. Ocena przepisów ustawy z punktu widzenia tego, czy stanowią one przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34 musi mieć charakter jurydyczny. Prawodawca oceny takiej dokonać powinien w trakcie prac legislacyjnych na podstawie logicznej analizy istniejącego stanu faktycznego, obowiązujących przepisów i przewidywanych skutków wprowadzenia przepisów nowych. Taka również musi być ocena dokonywana przez sąd. Dla takiej oceny obojętne są zdarzenia faktyczne, trendy rynkowe itd., do których doszło po wejściu w życie przepisów nowej ustawy, skoro przedmiotem rozważań Sądu, zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest w istocie to, czy obowiązkiem prawodawcy tworzącego nową ustawę – ustawę o grach hazardowych było notyfikowanie jej w całości lub w części Komisji Europejskiej, w trakcie prac legislacyjnych.

Przedmiotem oceny zgodnej z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest zatem w niniejszej sprawie to, czy przepisy ustawy o grach hazardowych wywarły kwalifikowany - istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż specyficznego produktu, jakim jest automat - o jakim mowa w art.2ust.5 ustawy o grach hazardowych - to jest automat do gier, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy. O tym, że wpływ taki co do zasady istnieje Trybunał Sprawiedliwości w wyroku już przesądził, a zatem rzeczą sądu jest jedynie ocena, czy wpływ ten ma charakter istotny, czy nieistotny.

W celu dokonania prawidłowej oceny zidentyfikować należy przede wszystkim istotne właściwości produktu, jakim jest automat do gier, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej. W tym celu należy dokonać analizy prawnoporównawczej przepisów ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych oraz przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009r. r. o grach hazardowych.

Stosownie do ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych nie były objęte regulacją gry na automatach, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy.

Bowiem na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych art. 2ust. 1 stanowił, iż: Grami losowymi są gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku., zaś art.2a: Grami na automatach są gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych i elektronicznych.

Natomiast art. 7ust. 1tej ustawy stanowił, iż: Urządzanie gier cylindrycznych, gier w karty oraz gier w kości dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry, a gier na automatach - w kasynach gry lub w salonach gier na automatach.

Tymczasem z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych obowiązywać zaczęły także w art.2 ust.5, stosownie do którego: Grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy, oraz art. 14ust. 1. tej ustawy, stosownie do którego: Urządzanie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry.

Zatem uprzednia regulacja ustawowa, podlegająca dostosowaniu w ramach przystąpienia Polski do Unii Europejskiej, w odniesieniu do gier na automatach bez możliwości uzyskania jakichkolwiek wygranych, w których gra ma charakter losowy, nie penalizowała zachowań polegających na urządzeniu lub prowadzeniu takich gier w ogóle. Automaty takie mogły być zatem w uprzednim stanie prawnym eksploatowane bez zezwoleń czy koncesji i bez istotnych prawnych ograniczeń miejsca ich użytkowania.

Po wejściu w życie ustawy z dnia 19 listopada 2009r. mogą być one poddane eksploatacji wyłącznie w kasynach, których liczba została ograniczona zgodnie z art.15 ust.1 tej ustawy i aktualnie wynosi 52, zaś w jednym kasynie maksymalna liczba automatów do gier, w tym także gier pozwalających na uzyskanie wygranej, wynosi 70 (art. 4 ust.1pkt1 lit.a ustawy o grach hazardowych). Tym samym łączna liczba automatów do gier, które

mogą być wykorzystywane zgodnie ze swym przeznaczeniem po wygaśnięciu ostatnich zezwoleń wydanych pod rządami poprzedniej ustawy wynosi 3640 sztuk - w przypadku uruchomienia maksymalnej możliwej liczby kasyn i umieszczeniu w nich automatów w granicach dopuszczalnej ilości.

Z danych statystycznych wynika, że na dzień 31 grudnia 2009r. samych tylko automatów do gier o niskich wygranych zarejestrowanych było 86 059, spośród których eksploatowanych faktycznie było 53 156 sztuk. W świetle powyższych danych istotny wpływ analizowanych przepisów ustawy o grach hazardowych, zmierzających do ograniczenia i stopniowej likwidacji działalności w postaci gry na automatach, na sprzedaż takich produktów jest oczywisty. Popyt na rynku polskim na produkty o właściwościach charakterystycznych dla automatów musi bowiem ulec gwałtownemu spadkowi, skoro produkty te będą mogły znaleźć legalne zastosowanie w niewielkim (wręcz marginalnym) ilościowo zakresie - w stosunku do sytuacji sprzed wejścia w życie przepisów ustawy o grach hazardowych. Aby utrzymać w legalnym użytkowaniu inne tego rodzaju produkty niezbędna będzie zasadnicza zmiana ich właściwości, polegająca na przykład na przekształceniu ich w urządzenia do gier zręcznościowych.

W ocenie sądu ad quem nie ma wpływu na ocenę charakteru przepisów ustawy o grach hazardowych ocena wielkości całego rynku wspólnotowego i to, czy obrót automatami do gier w skali europejskiej uległ istotnym zmianom wskutek wejścia w życie polskiej ustawy o grach hazardowych. Rzeczą sądu jest bowiem wyjaśnienie wpływu analizowanych unormowań na rynek państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jakim jest Polska. Jak wskazano wyżej, celem dyrektywy jest prewencyjna ochrona swobody przepływu towarów przed skutkami mogącymi wynikać z wprowadzanych przez państwa członkowskie przepisów technicznych. Jest to zatem instrument mający zapobiegać tworzeniu nieuzasadnionych barier dla swobody przepływu towarów przez każde państwo członkowskie – bez względu na stosunek wielkości jego rynku wewnętrznego do całości rynku wspólnotowego. Nie ma w tym kontekście znaczenia dla oceny wpływu analizowanych przepisów na obrót automatami to, czy możliwy jest ich eksport do innych krajów Unii.

Reasumując uznać należy, że ustawa o grach hazardowych w takiej części, w jakiej zawiera ona przepisy istotnie ograniczające, a nawet stopniowo uniemożliwiające prowadzenie gier na automatach o jakich mowa w art.2ust.5 ustawy o grach hazardowych poza kasynami, podlegała notyfikacji Komisji Europejskiej w trybie przepisu art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34. Do przepisów takich należy art. 2 ust.5 ustawy o grach hazardowych, wskazujący nowy rodzaj gier na automatach, których urządzenie zostało objęto reglamentacją ustawową. Skoro procedury notyfikacyjnej nie przeprowadzono, to przepis ten nie mógł być stosowany w stosunku do podmiotów gospodarczych i innych jednostek przez organy administracji publicznej.

W świetle powyższego należy ustalić, że przepisy ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009r. stanowią inne wymagania w rozumieniu definicji przytoczonej w art1pkt 11 dyrektywy 98/34. Zatem odmawianie im charakteru technicznego poprzez pryzmat ich selekcji negatywnej jako specyfikacji technicznych, czy rodzaju oferowanej w ten sposób usługi (vide wyrok WSA w Poznaniu z dnia 19.11.2010r. II SA/Po 355/10, LEX nr 754382, a probujący do wyrok NSA W Warszawie z dnia 16.02.2012r. II FSK 2491/11, LEX nr 1137651) pomija clou zagadnienia. Żaden z judykatów odmawiający tej regulacji ustawowej charakteru przepisu technicznego nie podejmował analizy przepisów ustawy o grach hazardowych jako innych wymagań w rozumieniu w art1pkt 11 dyrektywy 98/34.

Odnosząc się zaś do argumentacji oskarżyciela publicznego podniesionej w skardze zażaleniowej o uznaniu za dopuszczalną przez TSUE daleko idącej reglamentacji w odniesieniu do gier na automatach, podnieść należy, iż w połączonych sprawach C-433/05, C-275/92, C-124/97, C-6/01 rozstrzygane były kwestie, bądź to dotyczące dyrektywy nr 98/34 w zakresie, w jakim nie mają one znaczenia dla obowiązku notyfikacji ustawy o grach hazardowych, bądź to kwestie dotyczące zgodności przepisów reglamentujących gry hazardowe z regulacjami Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Traktatu o Unii Europejskiej, względnie Traktatu Rzymskiego(EWG). W sprawie C-433/05(LEX nr 577612) TSUE wypowiedział się w sprawie zgodności przepisów z art.34 TFUE i 36 TFUE, zaś odnośnie dyrektywy 98/34 stwierdził jedynie, że art.8 ust.1 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że zmiana dokonana w notyfikowanym już Komisji Europejskiej projekcie przepisów technicznych, która zawiera jedynie złagodzenie w stosunku do projektu warunków użytkowania danego produktu i która w konsekwencji zmniejsza ewentualny wpływ

przepisów technicznych na wymianę handlową, nie stanowi istotnej zmiany projektu w rozumieniu akapitu trzeciego tego przepisu i nie podlega obowiązkowi uprzedniej notyfikacji Komisji. W sprawie C-275/92 (Lex nr 122086) TSUE wypowiadał się w kwestii zgodności regulacji art.30, 36, 56 i 59 Traktatu EWG, których obecnym odpowiednikiem są art.56 i 57 TFUE, a w sprawie C-124/97 (LEX nr 110983) odpowiednio z art.56 TFUE. W sprawie C-6/01 (LEX nr 166720) TSUE wypowiadał się w kwestii zgodności przepisów z regulacjami Traktatu o Wspólnocie Europejskiej, których aktualnymi odpowiednikami są art.34, 35, 37 i 56 TFUE.

Jednak baczyc należy, że czym innym jest obowiązek notyfikacji przepisu technicznego Komisji Europejskiej stosownie do dyrektywy 98/34, a czym innym jest zgodność przepisu technicznego z regulacjami prawa traktatowego.

Skutkiem braku notyfikacji przepisów technicznych jest ich nieskuteczność, która pozostaje bez związku z ich zgodnością z innymi aktami prawa unijnego pierwotnego lub wtórnego.

Brak notyfikacji przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych Komisji Europejskiej, w zakresie, w jakim weszły one w życie od 1 stycznia 2010r., jest okolicznością bezsporną. Notyfikacji dokonano jedynie w zakresie dotyczącym przepisów, które weszły w życie w związku nowelą ustawy o grach hazardowych wprowadzonej ustawą z dnia 26 maja 2011r.

Skutkiem uchybienia proceduralnego w procesie legislacyjnym w postaci braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisu technicznego jest to, że każdy podmiot przed sądem krajowym może powołać się na tę okoliczność, zaś sąd krajowy powinien odmówić ich zastosowania. Po raz pierwszy ta zasada została wyrażona przez ówczesny Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie TSUE po wejściu w życie traktatu lizbońskiego w 2009r.) w wyroku z dnia 30.04.1996r. w sprawie C. S. I.SA v. S. A. i. S.S., C-194/94, LEX nr 114703. Następnie została ona potwierdzona w wyroku z dnia 6 czerwca 2002r. w sprawie S. A. v. E. E.SA C-159/00, LEX nr 11197, w wyroku z dnia 26.09.2000r. w sprawie U.C-443/98, LEX nr 82986 i w wyroku z dnia 8.09.2005r. L. I. S.v. C. d. S.C - 303/04, LEX 225727, stwierdzając jednoznacznie, że jeśli przepis techniczny nie został notyfikowany Komisji Europejskiej przed jego przyjęciem, do sądu krajowego należy odmowa zastosowania tego przepisu prawa krajowego.

Jednocześnie na gruncie postępowań karnych Trybunał także wypowiedział się jasno i jednoznacznie co do możliwości ponoszenia odpowiedzialności karnej za naruszenie przepisów technicznych, które nie zostały notyfikowane Komisji. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 16 czerwca 1998r., mającym charakter orzeczenia wstępnego, w sprawie C-226/97 postępowanie karne przeciwko J. L., którego teza zachowuje aktualność na gruncie art. 8 dyrektywy 98/34 wskazał, iż: Podczas gdy brak notyfikacji przepisów technicznych, który stanowi brak procesowy w procedurze regulującej przyjmowanie takich przepisów, sprawia, iż przepisy te nie mają zastosowania w zakresie, w jakim zakłócają one wykorzystywanie lub wprowadzanie na rynek produktu, który jest z nimi niezgodny, brak taki nie czyni sprzecznym z prawem jakiegokolwiek wykorzystywania produktu, który jest zgodny z przepisami, które nie zostały notyfikowane.

Nadto z uzasadnienia wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 17 listopada 2010r. w sprawie II SA/Go 690/10 wynika, iż: ... art. 8 i 9 dyrektywy 83/189 (uchylonej przez dyrektywę 98/34/WE) należy interpretować w ten sposób, że naruszenie obowiązku notyfikacji powoduje, iż odnośne regulacje techniczne nie mogą być stosowane, a zatem nie można się na nie powoływać w stosunku do jednostek (por. wyroki ETS z dnia 30 kwietnia 1996 r., C 194/94; z dnia 8 lipca 2007 r., C- 20/05; z dnia 21 kwietnia 2005 r., C 267/03; z dnia 8 września 2005 r., C 303/04). Skutek naruszenia obowiązku notyfikacji w postaci braku związania albo treścią całego aktu prawnego albo treścią (normami prawnymi) jego poszczególnego przepisu (przepisów) nie budzi zastrzeżeń.

Przytoczone orzeczenie WSA w Gorzowie Wielkopolskim wpisuje się w nurt orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 8 listopada 2007r. w sprawie C 20/05 postępowanie karne przeciwko K. J.W. S., Zb.Orz. 2007, s.I- 9447 przyjął, że Rozstrzygnięcie sprawy zależy od interpretacji pojęcia „specyfikacja techniczna” w kontekście wymogu umieszczenia na nośnikach z muzyką znaku SIAE. Jeżeli przepis nakazujący umieszczenie takiego oznaczenia na nośnikach jest „specyfikacją techniczną”, możliwość ukarania oskarżonego zależy od prawnych konsekwencji braku notyfikacji specyfikacji technicznej. Jeżeli przepis krajowy nie jest specyfikacją techniczną w rozumieniu dyrektywy

98/34 brak – z punktu widzenia jej zakresu normowania – nie ma przeszkód przed ukaraniem p. S.. Trybunał przyjął, że przepisy krajowe stanowią normy techniczne, zaś respektowanie ich przez jednostki nie może być egzekwowane przez krajowe organy, ponieważ przepisy te nie zostały prawidłowo notyfikowane Komisji Europejskiej. Przyjął, iż Komisji Europejskiej te nie zostały prawidłowo z jednostki nie może być

Jednocześnie baczyc należy, iż stosownie z art.91ust.2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową. Natomiast art.91ust. 3 Konstytucji stanowi, że jeżeli wynika to z ratyfikowanej umowy konstytuującej organizację międzynarodową prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji w ustawami.

Konsekwencją nieskuteczności przepisów art.14 ust.1 w zw. art.2 ust.5 ustawy o grach hazardowych jest brak możliwości stosowania także przepisu sankcjonującego naruszenie zawartego w nich zakazu, a zatem art.107§1k.k.s.

Nadto podnieść należy, iż stosownie do art. 6 ust.1. Działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry.(...)

ust. 4. Działalność w zakresie określonym w ust. 1-3 może być prowadzona wyłącznie w formie spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, mającej siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zatem przepis ten jedynie zobowiązuje do uzyskania koncesji dla prowadzenia kasyna gry celem prowadzenia działalności w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach i reguluje kwestie, jaki rodzaj podmiotu może taką koncesję uzyskać. Nie dotyczy on zatem w sposób bezpośredni samych towarów, jakimi są automaty określone w art.2 ust.5 ustawy o grach hazardowych, w tym nie dotyczy parametrów technicznych, użytkowych, wyglądu, wielkości tych urządzeń, przy tym przepis ten ma w pełni charakter niedyskryminacyjny. Przepis ten reguluje więc warunki urządzania gier w ramach prowadzonego kasyna gry i nie może być on uznany za źródło normy zakazującej urządzania tego typu gier poza kasynem gry. Przeciwnie rozumowanie prowadziłoby do uznania regulacji zawartej w dyspozycji art.14ust.1 ustawy o grach hazardowych za zbędnej. Temu zaś na przeszkodzie stoi interpretacyjne założenie racjonalnego ustawodawcy.

W tym stanie rzeczy w istocie zachowanie obu oskarżonych zarzucone w akcie oskarżenia nie zawiera znamion czynu zabronionego, stosownie do dyspozycji art.17§1 pkt2 k.p.k. w zw. z art.113§1 k.k.s. Takie zaś ustalenie stanowi ujemną przesłankę procesową, stanowiącą przeszkodę dla dalszego toku postępowania.

W tym stanie rzeczy całkowicie bezprzedmiotowe byłoby odwołanie się przez sąd odwoławczy do pozostałych zarzutów skargi zażaleniowej (vide art.436 k.p.k. w zw. z art.113§1 k.k.s.).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak na wstępie na podstawie art.437§1 k.p.k. w zw. z art.113§1 k.k.s., w tym o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art.636§1 k.p.k. w zw. z art.113§1 k.k.s.