

V Kz 390/14

POSTANOWIENIE

Dnia 20 lutego 2015r.

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

Przewodniczący: SSO Iwona Wiśniewska-Bartoszevska(spr.)

Sędziowie: SO Iwona Olenderek

SO Jan Swaczyna

Protokolant: Agnieszka Antczak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 20 lutego 2015r.

w sprawie **M. W. i D. K.** oskarżonych o czyny z art.107§1 k.k.s. i in.

na skutek zażalenia oskarżyciela publicznego Zastępcy Naczelnika Urzędu Celnego w Elblągu

na postanowienie Sądu Rejonowego w Mławie X Wydział Zamiejscowy Karny z/s w Działdowie z dnia 18 września 2014r. w sprawie o sygn. akt X K 351/14

w przedmiocie umorzenia postępowania

na podstawie art.437§ 1 k.p.k., art.636§1k.p.k.

p o s t a n a w i a

- 1. zaskarżone postanowienie utrzymać w mocy,***
- 2. zasądzić ze Skarbu Państwa na rzecz: D. K. i M. W. kwoty po 504 (pięćset cztery) złote tytułem zwrotu kosztów obrony w postępowaniu odwoławczym***
- 3. kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze obciążyć Skarb Państwa.***

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 18 września 2014r. Sąd Rejonowy w Mławie X Wydział Zamiejscowy Karny z/s w Działdowie umorzył postępowanie przeciwko: M. W.i D. K.oskarżonym o czyny z art.107§1 k.k.s. w zw. z art.9§3 k.k.s. z uwagi na: - brak możliwości przypisania winy w zakresie zarzucanych im występów, od której zależy odpowiedzialność karna na gruncie art. 107§1 k.k.s. oraz - 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 Z-ca Naczelnika Urzędu Celnego w Elblągu, który zaskarżył powyższe postanowienie, stawiając zarzut: obrazy przepisów prawa materialnego poprzez przyjęcie, że orzeczenie TSUE z dnia 19.07.2012r. w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11 stawia wymóg notyfikacji przepisów ustawy hazardowej, a jej brak ma wpływ na wyczerpanie strony podmiotowej zarzucanego oskarżonym czynu orz ustalenie, że brak notyfikacji powoduje, iż art.107§1k.k.s. jak i wypełniające jego treść art.6 i 14 ustawy o grach hazardowych z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych , są bezskuteczne w polskim systemie prawnym.

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zażalenie oskarżyciela publicznego nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze 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: *Costa (C-6/64)*, *Simmenthal (C-106/77)* oraz *Van Gend & Loos (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 Rzeczpospolitą 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 Rzeczpospolitą 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 dostawcy 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 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.

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 2009r. 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 dnia15.12.2009 C-409/05 Komisja Europejska v. Republika Grecka ZOTSiS 2009/12B/I- 11859, wyrok TS z dnia15.12.2009 C-387/05 Komisja Europejska v. Republika Włoska ZOTSiS 2009/12B/I- 11831..., wyrok TSz dnia15.12.2009 C-372/05 Komisja Europejska v. Republika Federalana Niemiec ZOTSiS 2009/12A/I- 11801..., wyrok TS z dnia15.12.2009 C-294/05 Komisja Europejska v. Królestwo Szwecji ZOTSiS 2009/12A/I- 11777..., wyrok TS z dnia15.12.2009 C-284/05 Komisja Europejska v. Republika Finlandii ZOTSiS 2009/12A/I- 11705...).

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 wpływem 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 odstąpienie 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 *Milchkontor*).

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 *CIA Security International*, Rec. s. I- 2201, pkt 40, 48; z dnia 8 września 2005 r. w sprawie C-303/04 *Lidl Italia*, Zb.Orz. s. I- 7865, pkt 22; z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawie C-361/10 *Intercommunale Interomosane i Fédération de l'industrie et du*

gaz, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 10). W tezach 35-36 omawianego wyroku Trybunał, powołując się na wyroki w sprawach Lindberg, pkt 72; w sprawie Intercommunale Interrosane i Fédération de l'industrie et du gaz, 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.

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. 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 zaczął 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 urządzaniu 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 3640sztuk -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.

Nadto 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.

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 musiał 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.

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 urządzanie 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.; teźże, 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.

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 CIA Security International SA v. Signalson AA i Securitel SPRL, C-194/94, LEX nr 114703. Następnie została ona potwierdzona w wyroku z dnia 6 czerwca 2002r. w sprawie Sapod Audic v. Eco-Emballages SA C-159/00, LEX nr 11197, w wyroku z dnia 26.09.2000r. w sprawie Unilever C-443/98, LEX nr 82986 i w wyroku z

dnia 8.09.2005r. Lidl Italia Srl v. Comune di Stradella 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 Johannes Martinus Lemmens, 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.

Przytoczone orzeczenie wpisuje się w nurt orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 8 listopada 2007r. w sprawie C 20/05 postępowanie karne przeciwko Karlowi Jesefowi Wilhelmowi Schwibbertowi, 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 pana Schwibbertowi. 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.

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 stanowiące jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji w ustawami.

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).

Sąd ad quem zapoznał się z argumentacją zaprezentowaną w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013r. w sprawie I KZP 15/13, w wyroku Sądu Najwyższego dnia 8 stycznia 2014r. w sprawie IV KK 183/13, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2014r. w sprawie IIIK 447/13, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014r. w sprawie V KK 344/13.

Jednakowoż argumentacji tej niepodzielna.

W pełni sąd ad quem podziela natomiast argumentację zawartą w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r. w sprawie sygn. akt II KK 55/14.

Wszak Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 19 grudnia 2006r. wyraził już pogląd, 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.

Podobnie w wyroku z dnia 23 lipca 2013 r. w sprawie P 4/11 Trybunał Konstytucyjny, 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.

Trzeba zwrócić uwagę także 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. (vide 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 ad quem 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 uchylene (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 przezeń 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). W wyniku zastosowania przepisów dyrektywy (w interpretacji przyjętej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) nigdy nie dochodzi do uchylecia 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

Mając powyższe na względzie orzeczono jak na wstępie na podstawie art.437§1 k.p.k., art.636§1k.p.k.