



Sygn. akt IV KK 174/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 października 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Kozielowicz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marian Buliński

SSN Józef Szewczyk

Protokolant Anna Kowal

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza,

w sprawie **J. S.**

oskarżonej z art.107 § 1 kks

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 13 października 2016 r.,

kasacji, wniesionej przez oskarżyciela publicznego - Urząd Celny w K. na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 13 listopada 2015 r., sygn. akt XXIII Ka (...)

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w M.

z dnia 27 maja 2015 r., sygn. akt II K (...),

uchyla zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego w M. i sprawę przekazuje temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

UZASADNIENIE

Urząd Celny w K. oskarżył J. S. o to, że w dniu 12 listopada 2012 r. w lokalu PHU J. S. na zapleczu sklepu przy ulicy S. w Ł. prowadziła na trzech automatach do gier o nazwach Hot Spot bez oznaczeń, Hot Spot bez oznaczeń i Hot Spot Gaminator, bez wymaganego zezwolenia gry o charakterze losowym, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, tj. o popełnienie przestępstwa określonego w art. 107 § 1 k.k.s.

Sąd Rejonowy w M. wyrokiem z dnia 27 maja 2015 r., sygn. akt II K (...), uniewinnił J. S. od dokonania zarzucanego jej czynu.

Powyższy wyrok został zaskarżony apelacją Urzędu Celnego w K. wniesioną na niekorzyść. Zarzucono w niej obrazę przepisów prawa materialnego, polegającą na nieuzasadnionym przyjęciu przez Sąd Rejonowy w M., że zaistniała okoliczność wyłączająca ściganie bowiem czyn oskarżonej nie mógł wyczerpywać przestępstwa określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w wyniku czego uniewinnił oskarżoną od zarzucanego jej czynu, uzasadniając to tym, że skoro nie przeprowadzono zgodnie z dyrektywą 98/34/WE procedury notyfikacyjnej w Komisji Europejskiej ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w tym art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 tejże ustawy, to skutkiem tego, brak notyfikacji tych przepisów powoduje ich nieskuteczność w kształtowaniu odpowiedzialności karnej oskarżonej, co w konsekwencji skutkowało oceną, że jej zachowanie nie zawierało znamion czynu zabronionego o którym mowa w art. 107 § 1 k.k.s. Urząd Celny w K. podnosząc ten zarzut wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w K., po rozpoznaniu tej apelacji, wyrokiem z dnia 13 listopada 2015 r., sygn. akt XXIII Ka (...), utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Kasację o w/w wyroku Sądu Okręgowego w K. złożył na niekorzyść, oskarżyciel publiczny – Urząd Celny w K. **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 zaistniała okoliczność wyłączająca ściganie bowiem czyn oskarżonego nie mógł wyczerpać znamion przestępstwa określonego w art. 107 § 1 k.k.s., w wyniku czego podtrzymał decyzję uniewinniającą oskarżoną od zarzucanego jej czynu uzasadniając to tym, że skoro

nie przeprowadzono zgodnie z dyrektywą 98/34/WE procedury notyfikacyjnej w Komisji Europejskiej ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w tym art.14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 tejże ustawy, to skutkiem tego brak notyfikacji tych przepisów powoduje ich nieskuteczność w kształtowaniu odpowiedzialności karnej oskarżonej, co w konsekwencji skutkuje oceną, iż jej zachowanie nie zawierało znamion czynu zabronionego, o którym mowa w art. 107 § 1 k.k.s., **wniósł** o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w K. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja zasadnie podnosi, iż w przedmiotowej sprawie doszło do rażącego i mającego istotny wpływ na treść zapadłego wyroku naruszenia przepisu prawa materialnego – art. 107 § 1 k.k.s., poprzez jego wadliwą wykładnię. Sąd Okręgowy w K. podniósł w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że w świetle powołanych przez Sąd Rejonowy w M. orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także orzeczeń Sądu Najwyższego, nie można podważyć trafności ustaleń o technicznym charakterze, w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, norm art. 6 ust. 1 jak również art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Zaznaczył, że argumentacja Urzędu Celnego w K., iż przepisy te nie stanowią przepisów technicznych, a jedynie niedyskryminacyjne selling arrangements, są dość oryginalne i jako takie nie do przyjęcia.

Sąd Okręgowy w K. stwierdził, że konsekwencją ustalenia, iż norma art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych dopełniająca normę art. 107 § 1 k.k.s., jest przepisem technicznym w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, była konieczność przedstawienia projektu tych przepisów przez Polskę Komisji Europejskiej, na podstawie art. 8 ust. 1 tej dyrektywy. Niespornym jest, że ten obowiązek nie został zrealizowany. Ministerstwo Finansów odpowiedzialne za notyfikację tłumaczyło, brak notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych Komisji Europejskiej tym, że nie zawierała ona przepisów technicznych, czego nie sposób zaaprobować gdyż cyt. „Po pierwsze, w trakcie prowadzenia prac legislacyjnych eksperci zwracali na konieczność notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych, bowiem zawierała ona przepisy techniczne. Po wtóre, polski prawodawca, przedstawił do notyfikacji projekt trzeciej nowelizacji ustawy o grach

hazardowych (która przybrała postać ustawy z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych i niektórych innych ustaw). Notyfikacja ta, z dnia 16 września 2010 r., nastąpiła w zaledwie 10 miesięcy od uchwalenia ustawy o grach hazardowych i na długo przed wydaniem przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11. Trzeba jednak podkreślić, iż nowelizacja ta nie dotyczyła art. 6 ust. 1 ani też art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Po trzecie, techniczny charakter norm w tej sprawie wynika jednoznacznie z przedstawionych powyżej judykatów. Słusznie Sąd I instancji przyjął, powołując się na ugruntowane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, że zaniechanie obowiązku przez Państwo Członkowskie notyfikacji przepisów uznanych za techniczne, zobowiązuje sąd krajowy do odmowy zastosowania tych przepisów, które powinny być poddane tej procedurze. Wynika to z zasad prawa unijnego obowiązujących wszystkie kraje członkowskie Unii Europejskiej w tym sądy krajowe. Chodzi przed wszystkim o zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego, która polega na tym, że w przypadku kolizji przepisu prawa krajowego z przepisem wspólnotowym powinna być rozwiązywana przez sąd krajowy poprzez zastosowania prawa wspólnotowego i w razie potrzeby poprzez odmowę zastosowania sprzecznego z nim przepisu prawa krajowego. W prawie unijnym nie ulega wątpliwości, że sędzia krajowy w pierwszej kolejności jest sędzią unijnym. Trzeba podkreślić, że niezgodność z prawem wspólnotowym późniejszej normy prawa krajowego nie powoduje, jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, że ta norma prawa krajowego przestaje istnieć. Normy art. 6 ust. 1, czy też art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych obowiązują, ale sędzia krajowy będąc w pierwszej kolejności sędzią unijnym, w przypadku stwierdzenia kolizji, musi odmówić zastosowania przepisu krajowego sprzecznego z prawem unijnym (cytat ze str. 7 – 8 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Rzeczywiście w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażono pogląd, że przepis prawa krajowego, który nie został prawidłowo notyfikowany Komisji Europejskiej, nie może być stosowany wobec jednostek (por. wyrok z dnia 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 przy tym jest, że bezwzględne zobowiązanie sądów do niestosowania nienotyfikowanych przepisów ustawy prowadziłyby do naruszenia zasady pewności prawa.

Dyrektywa 98/34/WE ustanawia procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego. Jest ona jednym z wielu aktów prawa pochodnego Unii Europejskiej, które nakładają na państwa członkowskie obowiązki notyfikacyjne, a więc wymogi spełnienia określonych procedur unijnych, sprowadzających się do uprzedniego poinformowania właściwych organów Unii Europejskiej 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 dnia 30 kwietnia 1996 r., w sprawie CIA Security International SA przeciwko Signalson SA i Securitel SPRL, C - 194/94).

W art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE wyjaśniono pojęcie przepisów technicznych, których dotyczy notyfikacja. 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 Unii Europejskiej nie odnosi się do kwestii zaniechania notyfikacji przez państwo członkowskie przepisów technicznych, ani nie określa skutków braku notyfikacji.

Jednakże w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 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 Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie CIA Security International SA przeciwko Signalson SA i Securitel SPRL, C-

194/94, stwierdzono, że „uchybiecie obowiązkowi notyfikacji stanowiące uchybiecie 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). W tym wyroku podniesiono, 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 uchybiecie 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.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 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) orzekł, że art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE należy interpretować w ten sposób, iż „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 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej powołał się m.in. na wyrok z dnia 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 z dnia 19 listopada 2009 r. 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”.

Jak już podniósł Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 marca 2016 r., sygn. akt IV KK 316/15, podzielając w tym zakresie stanowisko Trybunału Konstytucyjnego z uzasadnienia wyroku z dnia 11 marca 2015 r., sygn. akt P 4/14, wyrokowi Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Fortuna i inni nie można przypisywać waloru rozstrzygnięcia co do technicznego charakteru niektórych przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, wiążącego wszystkie sądy krajowe i inne organy publiczne.

Zakres oddziaływania powyższego wyroku na ewentualne orzecznictwo krajowe sprowadza się jedynie do tego, że niektóre przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. 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 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Sąd ten może oczywiście, uznając rację argumentów zawartych w wyroku 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 Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Fortuna i inni, a wręcz przeciwnie, jak „stwierdzono w sentencji tego wyroku, dokonanie tego, ustalenia należy do sądów krajowych”.**

Dokonując analizy tych przepisów Sąd Okręgowy w K. (a wcześniej Sąd Rejonowy w M.), 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 Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej 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 z dnia 9czerwca 2011 r., pkt 20).

Nie można też tracić z pola widzenia stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonego w wyroku z dnia 13 października 2013 r., wydanego w trybie pytania prejudycjalnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Łodzi postanowieniem z dnia 24 kwietnia 2015 r., iż przepis taki jak art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych nie wchodzi w zakres pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu art. 1 dyrektywy 98/34/WE, podlegających obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art. 8 ust. 1 tej dyrektywy, którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowanie takiego przepisu.

Przepis art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. brzmi: „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”. Stanowi więc on zatem m.in., że prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach jest dopuszczalne jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry.

Należy podkreślić, że w opisie czynu zabronionego określonego w art. 107 § 1 k.k.s., ustawodawca posłużył się znamionami „urządzenie” i „prowadzenie”. Oznacza to więc penalizację zarówno „urządzenia”, jak i „prowadzenia” gier na automatach wbrew przepisom ustawy albo warunkom koncesji lub zezwolenia. W literaturze jedni wskazują, że zakres pojęcia „prowadzić” jest szerszy od pojęcia „urządza”, gdyż obejmuje także np. ułożenie systemu gry, zasad jej prowadzenia, rozliczanie, przedsięwzięcia (por. F. Prusak, Prawo i postępowanie karne skarbowe, Warszawa 2002, s. 167). Inni wywodzą, że to pojęcie „urządza” ma

zakres szerszy niż „prowadzi” (por. G. Skowronek, Prawne aspekty hazardu, Wrocław 2012, s. 310 – 313). Podzielić należy pogląd, że „urządzać”, to więcej niż tylko „prowadzić”, a zatem „urządzenie” jest pojęciem szerszym. Obejmuje całość podjętych działań (por. L. Wilk, J. Zagrodnik, Prawo karne skarbowe, Warszawa 2009, s. 236, W. Kotowski, B. Kurzępa, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2006, s. 368).

Przedstawione wyżej względy zdecydowały, że Sąd Najwyższy, na mocy art. 537 § 2 k.p.k., uchylił zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy uniewinniający wyrok Sądu Rejonowego w M. i sprawę J. S. przekazał Sądowi Rejonowemu w M. do ponownego rozpoznania.

rg