

ODPIS

Sygn. akt

POSTANOWIENIE

Dnia 15 stycznia 2014 r.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie:

Przewodniczący Sędzia NSA	Andrzej Kisielewicz (spr.)
Sędzia NSA	Cezary Pryca
Sędzia del. WSA	Małgorzata Jużków
Protokolant	Mateusz Rogala

po rozpoznaniu w dniu **15 stycznia 2014 r.**

na rozprawie w **Izbie Gospodarczej**

skargi kasacyjnej **P** **Sp. z o.o. w K**

od wyroku **Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G**

z dnia **grudnia 2012 r., sygn. akt**

w sprawie ze skargi **P** **Sp. z o.o. w K**

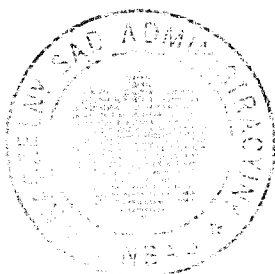
na decyzję **Dyrektora Izby Celnej w K**

z dnia **maja 2012 r. nr**

w przedmiocie **kary pieniężnej za urządzenie gier na automatach poza kasynem gry**

postanawia:

1. na podstawie art. 193 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu następujące pytanie prawne: „Czy art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.) są zgodne:
 - a) z art. 2 i 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,
 - b) z art. 20 i 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej?”
2. zawiesić postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Michał Mazur

sekretarz sądowy

UZASADNIENIE

1. Stan faktyczny sprawy

1.1. Stosownie do art. 193 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) każdy sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem. Przedstawione pytanie o zgodność przepisów art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm., powoływanej dalej jako u.g.h.) z art. 2 i 7 Konstytucji oraz z art. 20 i 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, pozostaje w związku ze sprawą ze skargi kasacyjnej P Sp. z o.o. z siedzibą w K od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G z dnia grudnia 2012 r. sygn. akt w sprawie ze skargi P Sp. z o.o. na decyzję Dyrektora Izby Celnej w K z dnia maja 2012 r. nr w przedmiocie wymierzenia kary pieniężnej.

1.2. Postępowanie administracyjne w tej sprawie zostało wszczęte wskutek kontroli przeprowadzonej przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego w R w dniu marca 2010 r. w zakresie urządzania i prowadzenia gier hazardowych (gier na automatach) w lokalu PHU V, mieszczącym się w K przy ul. , należącym do Z S. Naczelnik Urzędu Celnego w R uznał, że stan faktyczny ustalony podczas kontroli wskazuje na urządzanie i prowadzenie gier na automatach poza kasynem gry i na tej podstawie wszczął postępowanie administracyjne w sprawie wymierzenia kary pieniężnej za czyn przewidziany w art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. W toku postępowania ustalono, że w tym lokalu jest eksploatowany jeden automat do gier o numerze fabrycznym , należący do spółki P z siedzibą w K. Spółka P miała zezwolenie na urządzanie gier na tym automacie, wydane pod rządami ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (Dz. U. Nr 4, poz. 27 ze zm.), jednakże zezwolenie dotyczyło innego miejsca (lokalu) urządzania gier niż to, w którym automat się znajdował w chwili kontroli. Spółka przeniosła bowiem automat do innego lokalu, nie uzyskując decyzji o zmianie zezwolenia w zakresie zmiany miejsca urządzania gry. Na tej podstawie organ

przyjął, że P urządzała gry na tym automacie poza kasynem gry i m.in. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, ust. 2 pkt 2 i art. 90 ust. 1 wymierzył jej karę w wysokości zł.

W odwołaniu od tej decyzji spółka P zarzuciła m.in., że w sprawie doszło do naruszenia postanowień Dyrektywy 98/34/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. UE Nr L 204 z dnia 21 lipca 1998 r., s. 37, powoływanej dalej jako dyrektywa 98/34/WE), polegającego na zastosowaniu przepisów u.g.h., mimo tego, że nie mogły być zastosowane, z uwagi na naruszenie procedury notyfikacji Komisji przepisów ustawy, stanowiących przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy.

Po rozpatrzeniu odwołania Dyrektor Izby Celnej w K utrzymał w mocy decyzję organu pierwszej instancji, podkreślając m.in., że z uwagi na fakt, iż u.g.h. nie została skierowana do procesu notyfikacji Komisji Europejskiej, należało przyjąć, iż właściwe organy odpowiedzialne za proces notyfikacji stwierdziły brak przepisów technicznych w tym akcie prawnym.

Spółka P złożyła skargę na decyzję Dyrektora Izby Celnej w K z dnia maja 2012 r. do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G zarzucając jej m.in. naruszenie art. 1 pkt 11 w zw. z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE, poprzez wydanie decyzji na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, który nie obowiązuje z uwagi na niedochowanie obowiązku notyfikacji. W uzasadnieniu podniosła, że u.g.h. była objęta obowiązkiem notyfikacji określonym w art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE, zaś w związku z naruszeniem procedury, przepisów ustawy nie można powoływać, stosować wobec jednostek, a tym bardziej rozstrzygać na ich podstawie o prawach i obowiązkach jednostek.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w G oddalił skargę na podstawie art. 151 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2012 r., poz. 270 ze zm.). Sąd przyjął, że skoro spółka P nie miała koncesji na urządzenie gier na automatach, to tym samym urządzała takie gry poza kasynem gry. A zatem prawidłowo wymierzono jej karę pieniężną na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 2 u.g.h.

Sąd odniósł się do zarzutu naruszenia wymagania notyfikacji tej ustawy, zawierającej, zdaniem skarżącej tzw. przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE. Przywołał wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej:

TSUE) z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie C- 213/11 i stwierdził, że z tego wyroku wynika, iż art. 14 ust. 1 u.g.h. może być jedynie potencjalnie przepisem technicznym. Jednakże według Sądu nie jest przepisem technicznym, ponieważ nie zakazuje produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania (użytkowania) automatów do gier. Nie zakazuje też świadczenia lub korzystania z usługi albo ustanawiania dostawcy usług z użyciem automatów do gier.

Sąd I instancji podkreślił, że uzasadnienie przepisów krajowych (u.g.h.) mieści się w pojęciu interesu publicznego akceptowanego przez Trybunał Sprawiedliwości. Celem ustanowienia tych przepisów było zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego poprzez ustanowienie warunków urządzania i zasad prowadzenia działalności w zakresie gier hazardowych.

W konsekwencji, zdaniem Sądu, Polska nie miała obowiązku przekazania Komisji projektu u.g.h. w zakresie jej rozdziału 10 dotyczącego kar pieniężnych. Przepisy tego rozdziału, jako szeroko rozumiane przepisy karne mogły równie dobrze znaleźć się w odrębnej ustawie, w której ustawodawca umieściłby katalog wszystkich kar administracyjnych obowiązujących w polskim porządku prawnym. Taka ustawa nie podlegałaby notyfikacji, ani innej kontroli na poziomie europejskim.

Sąd I instancji podkreślił, że skoro żaden przepis u.g.h. nie przestał obowiązywać wskutek orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, to cała ustawa korzysta z domniemania konstytucyjności. W tej sprawie ostateczna decyzja administracyjna została wydana na podstawie obowiązujących przepisów prawa krajowego, zgodnych z Konstytucją oraz prawem wspólnotowym. Skoro u.g.h. nie zawiera informacji o dokonaniu jej notyfikacji, to oznacza, że prawodawca krajowy stwierdził, iż ten akt prawny nie zawiera przepisów technicznych.

Spółka P złożyła skargę kasacyjną od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G z dnia grudnia 2012 r.. Domagała się uchylenia wyroku w całości i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i uchylenie w całości decyzji organów obu instancji wydanych w tej sprawie, a także o zasądzenie od organu kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zaskarżonemu wyrokowi spółka zarzuciła naruszenie przepisów prawa materialnego, w tym m.in. art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h., art. 14 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 tej ustawy w zw. z art. 1 pkt 11 w zw. z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE w zw. z § 4, § 5, § 8 i § 10 w zw. z § 2 pkt 1a, 2, 3, i 5 rozporządzenia Rady Ministrów z 23 grudnia

2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039 ze zm.), polegające na zastosowaniu art. 14 ust. 1 i u.g.h. oraz art. 6 ust. 1 u.g.h., mimo że przepisy te nie powinny być zastosowane w sprawie, ponieważ jako przepisy techniczne, w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, nie były notyfikowane. W konsekwencji organy bezpodstawnie zastosowały przewidzianą w art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. sankcję w postaci kary pieniężnej.

Ponadto skarżąca zarzuciła naruszenie szeregu przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, a polegające m.in. na:

- nieuwzględnieniu skargi, pomimo przyjęcia przez organy za podstawę prawną wydanych decyzji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h., który przewidywał sankcję za naruszenie przepisu wprowadzającego zakaz urządzania gier w miejscach innych niż kasyna gier, a przepis wprowadzający ten zakaz (art. 14 ust. 1 u.g.h.) został uznany za przepis techniczny w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE i nie mógł być stosowany w sprawie,
- niewydaniu przez Sąd postanowienia o zawieszeniu postępowania w sprawie do czasu rozstrzygnięcia przez Trybunał Konstytucyjny pytania prawnego postawionego przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w G postanowieniem z dnia maja 2012 r., sygn. akt , które odnosiło się do treści art. 89 u.g.h.; w przypadku uznania przez Trybunał Konstytucyjny jego niezgodności z Konstytucją, przepis ten nie mógłby zostać zastosowany wobec skarżącej.

W uzasadnieniu skargi kasacyjnej spółka podniosła, że brak jest podstaw prawnych do uznania, iż art. 14 ust. 1 u.g.h. nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, a wobec tego z uwagi na niezachowanie obowiązku notyfikacji tego przepisu, przepis nie może być stosowany wobec podmiotów prowadzących działalność w zakresie urządzania gier na automatach, co wywiera istotny i zarazem bezpośredni wpływ na dopuszczalność stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. przewidującego karę pieniężną za urządzanie gry na automatach poza kasynem gry. Przepis art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowi przepis techniczny, bowiem niewątpliwie uniemożliwia podmiotom prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych na zasadach dotychczasowych, tj. w punktach gier na automatach o niskich wygranych. Skarżąca podkreśliła, że przepisy u.g.h.,

bezpośrednio powodują bardzo duże ograniczenie w obrocie automatami, a praktycznie ten obrót uniemożliwiają.

Ponadto zdaniem skarżącej, obowiązek notyfikacji dotyczył całego aktu prawnego – u.g.h. Wynika to z faktu, że definicja automatu o niskich wygranych, zawarta w art. 129 ust. 3, czy też w art. 2 ust. 3 oraz art. 2 ust. 5 ustawy, stanowi „specyfikację techniczną”, w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34/WE, a zawarte w u.g.h. przepisy nakładające obowiązki finansowe na podmioty prowadzące działalność w zakresie gier na automatach o niskich wygranych stanowią „inne wymagania” odnoszące się do produktów - w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy. Notyfikacji powinien zatem podlegać cały akt prawny zawierający przepisy techniczne, bowiem przepisy te stanowią jedną, spójną całość, która nie może być interpretowana bez określonych w niej pojedynczych regulacji.

2. Przedmiot zaskarżenia

Przedmiotem zaskarżenia w niniejszym pytaniu prawnym jest zakaz urządzania gier na automatach poza kasynami gry. Normą, która wyraża zakaz o takiej treści, wynika z dwóch przepisów u.g.h., tj. z art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2. Pierwszy z tych przepisów stanowi m.in., że urządzanie gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry. Drugi przewiduje sankcję w postaci kary pieniężnej za urządzanie gier na automatach poza kasynem. W pytaniu prawnym wskazano oba przepisy ustawy o grach hazardowych, które pozwalają na odtworzenie treści normy zakazującej, tj. jej hipotezy, dyspozycji i sankcji. Z tych przyczyn pytanie prawne odnosi się zarówno do art. 14 ust. 1, jak też do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych. Zarzuty przedstawione w pytaniu są skierowane wobec normy, która wynika z obu powyższych przepisów.

3. Przesłanka funkcjonalna pytania prawnego

3.1. Naczelny Sąd Administracyjny orzeka w sprawie skargi kasacyjnej od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, którego przedmiotem była decyzja wydana na podstawie art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych. Wyrokiem tym WSA oddalił skargę na decyzję w przedmiocie kary pieniężnej za urządzanie gier na automatach poza kasynem gry. Zasadniczym motywem takiego

rozstrzygnięcia było to, że – zdaniem Sądu pierwszej instancji – art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zakazujący urządzania gier na automatach poza kasynami gry, nie należy do grupy tzw. przepisów technicznych, które powinny być notyfikowane Komisji Europejskiej, stosownie do art. 8 ust. 1 akapit pierwszy w związku z art. 1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE. Jak stwierdził Sąd pierwszej instancji, powyższy przepis ustawy nie wymagał notyfikacji, ponieważ z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11 i C 217/11 *Fortuna i inni przeciwko Dyrektorowi Izby Celnej w Gdyni* (dotychczas nieopublikowany w Zbiorze) wynika, że przepis art. 14 ust. 1 u.g.h. należy uznać za przepis jedynie potencjalnie techniczny. W konsekwencji, Polska nie miała obowiązku przekazania Komisji projektu u.g.h. w zakresie rozdziału 10 dotyczącego kar pieniężnych. Dlatego też, zdaniem Sądu pierwszej instancji, brak notyfikacji art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych nie stał na przeszkodzie zastosowaniu tych przepisów w sprawie o wymierzenie kary pieniężnej za urządzenie gry na automatach poza kasynem gry.

3.2. Przedmiotem zaskarżenia w niniejszym pytaniu prawnym są przepisy, które stanowiły podstawę (wzorzec) kontroli legalności decyzji zaskarżonej do Sądu pierwszej instancji – tj. zarówno przepis sankcjonowany (art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych), jak i przepis sankcjonujący (art. 89 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy). W sprawie toczącej się przed Naczelnym Sądem Administracyjnym znajduje zastosowanie norma zakazująca urządzania gier na automatach poza kasynami – zarówno jej hipoteza i dyspozycja, jak też sankcja. Treść tej normy jest punktem odniesienia kontroli drugoinstancyjnej wyroku WSA. Dokonując takiej kontroli Naczelny Sąd Administracyjny musi bowiem, w granicach wyznaczonych podstawami kasacyjnymi, ponownie ocenić legalność decyzji administracyjnych, które zostały ocenione przez Sąd pierwszej instancji (zob. uchwała pełnego składu NSA z dnia 26 października 2009 r., sygn. akt I OPS 10/09). Podstawę (wzorzec) takiej oceny tworzy norma wynikająca z art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych.

Formułując przedmiot zaskarżenia Naczelny Sąd Administracyjny miał na uwadze wyrok pełnego składu TK z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. akt P 16/08. Z wyroku tego wynika, że w postępowaniu sądowym, którego przedmiotem jest wymierzenie kary za naruszenie zakazu prawnego, dopuszczalne jest pytanie prawne dotyczące nie tylko przepisu sankcjonującego, lecz także przepisu

sankcjonowanego, określającego treść zakazu (por. też M. Wiącek, *Pytanie prawne sądu do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 170).

Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. Postępowanie przed NSA dotyczy kary nałożonej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. Natomiast zakaz, którego naruszenie stanowiło podstawę do nałożenia tej kary, wynika z art. 14 ust. 1 tej ustawy. Istotny jest ponadto fakt, że – jak już powiedziano – zaskarżony wyrok WSA w sprawie o nałożenie kary pieniężnej za urządzenie gry na automatach poza kasynem gry został, oparty zarówno na art. 14 ust. 1, jak i na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych. Treść obu tych przepisów, potraktowanych łącznie, jako źródło jednej normy, przesądziła o kierunku rozstrzygnięcia w wyroku Sądu pierwszej instancji. Dlatego też, w postępowaniu wszczętym skargą kasacyjną na ten wyrok znajdują zastosowanie art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych.

3.3. Naczelny Sąd Administracyjny w obecnym składzie opowiada się za stanowiskiem, że zarówno art. 14 ust. 1, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. mają charakter przepisów technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE. Co do art. 14 ust. 1 ustawy, teza taka wynika wprost z wyroku TSUE w sprawie *Fortuna*. W pkt 25 uzasadnienia tego wyroku TSUE stwierdził, że „przepis tego rodzaju jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zgodnie z którym urządzenie gier na automatach dozwolone jest jedynie w kasynach gry, należy uznać za <<przepis techniczny>> w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34” (zob. też A. Kisielewicz, *Kary administracyjne przewidziane ustawą z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w praktyce orzeczniczej sądów administracyjnych*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2013, nr 5, s. 13). Gdy natomiast chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych, to należy zauważyć, że przepis ten stanowi – wraz z art. 14 ust. 1 – element jednej normy, gdyż potwierdza zakaz urządzania gier na automatach, zabezpieczając go sankcją. Innymi słowy, skoro zakaz wyrażony w art. 14 ust. 1 ustawy jest przepisem technicznym, to taki sam charakter ma przepis wyrażający sankcję za naruszenie tego zakazu. Potwierdzenie takiego stanowiska można odnaleźć w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej* (Zb. Orz. 2006, s. I-10341). W wyroku tym ETS odniósł obowiązek notyfikacji – wynikający z dyrektywy 98/34/WE – zarówno do przepisów przewidujących zakaz urządzania (poza kasynami) gier elektrycznych,

elektromechanicznych i elektronicznych, jak też do sankcji karnych i administracyjnych, będących konsekwencją naruszenia tego zakazu. Obie grupy przepisów – tak sankcjonowane, jak i sankcjonujące – zostały w tym wyroku ETS uznane za przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE.

3.4. Naczelny Sąd Administracyjny zdaje sobie sprawę z tego, że co do zasady konflikt między prawem krajowym a prawem unijnym powinien być rozwiązywany na płaszczyźnie stosowania prawa. W sprawie będącej tłem niniejszego pytania prawnego mamy jednak do czynienia z inną sytuacją. Zarzut, jaki sformułowano w tym pytaniu prawnym, nie dotyczy naruszenia prawa europejskiego, lecz naruszenia Konstytucji, poprzez pominięcie istotnego elementu krajowej procedury ustawodawczej (por. też J. Trzciniński, *Znaczenie braku notyfikacji projektu ustawy dla procedury stanowienia prawa* [w:] *Ustroje. Historia i Współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu* (red. M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli), Kraków 2013, s. 493), a także poprzez naruszenie konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej. Naczelny Sąd Administracyjny nie ma kompetencji do samodzielnego rozstrzygnięcia tych kwestii, gdyż leżą one w wyłącznej kompetencji TK.

3.5. Naczelny Sąd Administracyjny ma na uwadze to, że niekiedy w orzecznictwie TSUE wyrażane jest stanowisko, iż przepis prawa krajowego, który nie został prawidłowo notyfikowany Komisji Europejskiej, nie może być stosowany wobec jednostek (zob. m.in. wyrok z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie C-20/05 *Schwibbert*, Zb. Orz. 2007, s. I-09447, wraz z cyt. tam orzecznictwem). Niemniej jednak, w niniejszej sprawie nie zachodzą podstawy do automatycznego oparcia się na powyższej linii orzeczniczej TSUE.

Z uwagi na zasadę nadrzędności Konstytucji w systemie prawnym (art. 8 ust. 1 Konstytucji), możliwości orzecznicze sądów w zakresie odmowy stosowania ustaw powinny być odczytywane z uwzględnieniem norm konstytucyjnych. Nawet bowiem w płaszczyźnie stosowania prawa europejskiego sądy nie mogą wydawać rozstrzygnięć naruszających Konstytucję. Należy w związku z tym podkreślić, że art. 91 ust. 3 Konstytucji, który wyraża kompetencję sądów do odmowy zastosowania ustawy niezgodnej z prawem unijnym, nie daje podstaw do automatycznej i bezwarunkowej odmowy zastosowania przepisu ustawy, który nie został – wbrew obowiązkowi ciążącemu na organach państwowych – notyfikowany Komisji Europejskiej.

Zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji, „Jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami”. Powyższa regulacja odnosi się do sytuacji, gdy w sprawie znajduje zastosowanie przepis prawa krajowego, którego treść jest niezgodna z treścią bezpośrednio stosowalnego przepisu prawa unijnego. Wówczas należy rozstrzygnąć sprawę na drodze wykładni – na podstawie przepisu unijnego, z pominięciem przepisu krajowego. Tkwi w tym założenie, że sąd jest w stanie zidentyfikować odpowiedni przepis unijny, który w danej sprawie może stanowić – zamiast przepisu krajowego – podstawę rozstrzygnięcia. Analiza art. 91 ust. 3 Konstytucji prowadzi do wniosku, że w przepisie tym chodzi o „treściową” niezgodność prawa polskiego z unijnym. W przypadku zaś zaniechania notyfikacji mamy do czynienia z innym typem naruszenia – można je nazwać naruszeniem „formalno-proceduralnym”. Wówczas sama wada proceduralna, wynikająca z nienotyfikowania przepisu prawnego, nie przesądza o tym, iż treść przepisu krajowego narusza prawo UE. Ponadto wadliwy w taki sposób przepis prawa krajowego nie zawsze może być zastąpiony przepisem prawa unijnego, ponieważ nie zawsze istnieje przepis unijny, który dałby się bezpośrednio zastosować – jako materialnoprawna podstawa rozstrzygnięcia – „w miejsce” przepisu prawa krajowego. Sytuacja taka występuje np. wówczas, gdy dana dziedzina życia jest w ogóle nieobjęta regulacją unijną. Należy dodać, że uznanie, iż sąd zawsze miałby być bezwzględnie zobowiązany do odmowy zastosowania przepisu, który nie został prawidłowo notyfikowany Komisji Europejskiej, mogłoby w konkretnych okolicznościach prowadzić do destabilizacji porządku prawnego, a przez to do naruszenia zasady pewności prawa i innych zasad demokratycznego państwa prawnego.

Po pierwsze, w konkretnej sprawie kwestia, czy dany przepis ustawy powinien podlegać notyfikacji, może być sporna i wywoływać rozbieżności w orzecznictwie (tak jak ma to miejsce w przypadku ustawy o grach hazardowych).

Po drugie, decyzja organów RP o notyfikacji albo o niedokonaniu notyfikacji nie jest podawana do wiadomości publicznej w formie urzędowego ogłoszenia. Zdarzają się wręcz przypadki, gdy adresaci prawa dowiadują się o tym fakcie z doniesień prasowych (zob. W. Brzozowski, *Dopuszczalność uboju rytualnego w Polsce*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 5, s. 53). Przyjęcie więc, że zaniechanie

notyfikacji zawsze rodzi bezwzględny zakaz stosowania przepisu – co z punktu widzenia praktyki jest równoznaczne z jego nieobowiązaniem – byłoby sprzeczne z jednym z podstawowych założeń państwa prawnego, jakim jest obowiązek należytej publikacji prawa. O tym bowiem, czy przepis prawidłowo uchwalonej i opublikowanej ustawy znajduje, bądź nie znajduje zastosowania w indywidualnych sprawach, decydowałyby *de facto* działania lub zaniechania organów państwa, które nie muszą być podawane do wiadomości publicznej w formie przewidzianej dla ogłaszania aktów normatywnych.

Po trzecie, stwierdzenie zaniechania notyfikacji może mieć miejsce nawet po wielu latach od wejścia w życie ustawy, kiedy ustawa wywołała już skutki prawne, była podstawą prawomocnych wyroków czy decyzji itp. Przyjęcie, że w każdej sytuacji sądy powinny pomijać nienotyfikowany przepis mogłoby prowadzić do chaosu prawnego, wynikającego z możliwości podważania nieoznaczonej liczby decyzji lub innych rozstrzygnięć indywidualnych. Trudno zakładać, że skutek prawny nienotyfikowania przepisu – a więc niedopełnienia obowiązku o charakterze proceduralno-formalnym – mógłby być dalej idący, z punktu widzenia zasad ochrony praw nabytych i stabilności stosunków prawnych, niż skutek stwierdzenia przez TK niezgodności przepisu z Konstytucją (art. 190 ust. 3 i 4 Konstytucji). Wszak nawet w przypadku rażącej niekonstytucyjności przepisu ustawy Konstytucja przewiduje specjalną procedurę stwierdzenia takiej niezgodności – tj. wyrokiem TK, publikowanym w Dzienniku Ustaw – a także umożliwia (w art. 190 ust. 3) uniknięcie negatywnych następstw, jakie mogą się wiązać z powstaniem luki w prawie czy wzruszaniem rozstrzygnięć wydanych na podstawie niekonstytucyjnego przepisu.

Po czwarte, założenie, że sądy nie mogą stosować przepisów ustawowych, które nie zostały prawidłowo notyfikowane, mogłoby oznaczać – o czym wyżej wspomniano - brak podstawy materialnoprawnej do wydania rozstrzygnięcia w sprawie. Niedopuszczalne jest przyjęcie, że niedopełnienie przez rząd RP obowiązku o charakterze proceduralno-formalnym, jakim jest notyfikacja, mogłoby rodzić konieczność stwierdzenia przez sądy istnienia „próżni prawnej” w pewnej dziedzinie stosunków społecznych. Odnosi się to zwłaszcza do takich dziedzin, które ze względu na ważny interes publiczny lub ochronę wolności i praw jednostek, nie mogą pozostawać poza regulacją prawną.

Z tych przyczyn Naczelny Sąd Administracyjny stoi na stanowisku, że stwierdzenie przez sąd, że przepis ustawy nie został – wbrew obowiązkowi

wynikającemu z prawa UE – notyfikowany Komisji Europejskiej, nie upoważnia automatycznie do odmowy zastosowania takiego przepisu na podstawie art. 91 ust. 3 Konstytucji. Obok wniosków opartych na wykładni literalnej tego przepisu istnieją również – wskazane powyżej – istotne argumenty aksjologiczne i systemowe, które przemawiają za takim stanowiskiem.

3.6. Powracając do kwestii przesłanki funkcjonalnej niniejszego pytania prawnego, Naczelny Sąd Administracyjny pragnie zauważyć, że zgodnie z orzecnictwem TK nie jest konieczne, aby w uzasadnieniu pytania sąd szczegółowo przedstawiał hipotetyczny sposób rozstrzygnięcia jednostkowej sprawy – w zależności od treści wyroku TK – lecz wystarczy, że sąd uprawdopodobni, że zakwestionowana norma jest istotna w procesie subsumpcji (zob. wyrok TK z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt P 56/11).

Mając na uwadze taki kierunek wykładni art. 193 Konstytucji, Naczelny Sąd Administracyjny pragnie wyjaśnić, że jeżeli TK nie podzieli zarzutów postawionych w tym pytaniu prawnym, Naczelny Sąd Administracyjny stanie przed koniecznością dokonania samodzielnej oceny skutku prawnego braku notyfikacji art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych, uwzględniając wszystkie wskazane powyżej wartości. Mogłoby to doprowadzić Sąd do uznania, że – mimo niedopełnienia obowiązku notyfikacji – nie ma podstaw do odmowy stosowania tych przepisów. Gdyby natomiast TK orzekł o niekonstytucyjności przepisów objętych pytaniem, to możliwości orzecznicze Naczelnego Sądu Administracyjnego kształtowałyby się inaczej. Wyrok TK przesądziłby, że sądy – w tym skład występujący z niniejszym pytaniem prawnym – nie mogłyby stosować w toczących się sprawach art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych. Dodatkowe możliwości orzecznicze pojawiłyby się, gdyby Trybunał Konstytucyjny uznał za konieczne zmodyfikowanie skutków swojego wyroku, np. na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji.

Należy więc stwierdzić, że wyrok TK, zawierający odpowiedź na pytanie prawne o zgodność art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych z art. 2, 7, 20 i 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, miałby decydujący wpływ na ustalenie przez Naczelny Sąd Administracyjny podstawy prawnej rozstrzygnięcia sprawy.

3.7. Można również podnieść, że Trybunał Konstytucyjny uznaje dopuszczalność występowania z pytaniami prawnymi w sytuacjach, gdy zarzuty

konstytucyjne kierowane są wobec aktów, których legalność może być oceniana samodzielnie przez sądy, tj. rozporządzeń wykonawczych. Na przykład, w wyroku z dnia 23 kwietnia 2013 r., sygn. akt P 44/10, Trybunał wyjaśnił: „Chociaż sędziowie podczas orzekania podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom, co oznacza, że nie było przeszkód formalnych, aby bez zwracania się do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym sprawę rozstrzygnąć z pominięciem przepisów rozporządzenia, które w opinii sędziego są niekonstytucyjne, to jednak istniejące rozbieżne orzecznictwo sądów powszechnych odnoszące się do podobnych stanów faktycznych do tych, których dotyczą pytania prawne, uzasadniały zadanie pytania prawnego”.

Powyższe stanowisko można odnieść do pytania prawnego w niniejszej sprawie. Sądy administracyjne co do zasady mają kompetencję do dokonywania samodzielnej kontroli zgodności ustaw z prawem UE. Zakres tej kompetencji nie jest jednak nieograniczony, lecz wyznacza go art. 91 ust. 3 Konstytucji, a także inne zasady konstytucyjne. Automatyczne stosowanie tego przepisu w przypadku braku prawidłowej notyfikacji ustawy jest – z przyczyn, które były omówione – wątpliwe. Ponadto, w orzecznictwie wojewódzkich sądów administracyjnych ujawniła się istotna rozbieżność co do oceny konsekwencji prawnych braku notyfikacji niektórych przepisów ustawy o grach hazardowych. Rozbieżność ta prowadzi do wydawania różnych orzeczeń w identycznych stanach faktycznych (problem ten jest dostrzegany w orzecznictwie TK, o czym świadczy treść uzasadnienia wyroku z dnia 23 lipca 2013 r., sygn. akt P 4/11; zob. też A. Kisielewicz, jw., s. 18 i nast.). Interwencja Trybunału Konstytucyjnego jest zatem konieczna również ze względu na pewność prawa (por. postanowienie z dnia 19 grudnia 2006 r., sygn. akt P 37/05).

Wyeliminowanie ze skutkiem *erga omnes* przepisów przyjętych w wadliwej procedurze byłoby ponadto skutecznym sposobem przywrócenia zgodności prawa polskiego nie tylko z Konstytucją, lecz również ze zobowiązaniami wynikającymi z członkostwa Polski w UE. Ma to istotne znaczenie z punktu widzenia obowiązku przestrzegania zobowiązań międzynarodowych RP (art. 9 Konstytucji).

4. Zarzut naruszenia istotnego elementu procedury ustawodawczej

4.1. Zgodnie z art. 42 ustawy o TK, orzekając o zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, Trybunał bada zarówno treść takiego aktu, jak też kompetencję oraz dochowanie wymaganego przepisami prawa trybu wydania aktu.

Cytowany przepis upoważnia Trybunał do kontroli aktu prawnego z punktu widzenia dochowania istotnych wymogów procedury prawodawczej, przy czym chodzi nie tylko o wymogi wynikające bezpośrednio z Konstytucji, lecz również z innych aktów prawnych (zob. wyrok TK z dnia 24 czerwca 1998 r., sygn. akt K 3/98). Naruszenie „istotnych elementów procedury prawodawczej” stanowi podstawę do stwierdzenia niekonstytucyjności aktu normatywnego (wyrok TK z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt Kp 4/08). Trybunał wskazuje przy tym, że nie można wykluczyć kontroli ustawy z perspektywy dochowania elementów procedury ustawodawczej polskiego prawa krajowego uregulowanych w aktach prawa Unii Europejskiej (wyrok TK z dnia 26 czerwca 2013 r., sygn. akt K 33/12). Pewne etapy postępowania ustawodawczego, które genetycznie wywodzą się z prawa unijnego, mogą bowiem zostać potraktowane jako istotne elementy krajowego postępowania ustawodawczego – a tym samym takie postępowanie podlega ocenie z punktu widzenia Konstytucji.

Analiza praktyki TK wskazuje, że właściwym wzorcem, gdy chodzi o zarzut naruszenia procedury ustawodawczej, powinien być art. 2 Konstytucji (tj. wywodzona z tego przepisu zasada rzetelnego procesu ustawodawczego – tak: wyrok TK z dnia 20 lipca 2011 r., sygn. akt K 9/11; wyrok TK z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt Kp 4/08) lub art. 7 Konstytucji (zasada legalizmu – zob. np. wyrok TK z dnia 24 czerwca 1998 r., sygn. akt K 3/98; wyrok TK z dnia 19 września 2008 r., sygn. akt K 5/07). Z tego powodu w niniejszym pytaniu prawnym wskazano oba te wzorce konstytucyjne.

4.2. Kierując się orzecznictwem TK (por. np. wyrok TK z dnia 13 lipca 2011 r., sygn. akt K 10/09) można stwierdzić, że dla oceny zgodności postępowania ustawodawczego z art. 2 i 7 Konstytucji – w sytuacji gdy w grę wchodzi naruszenie reguł tego postępowania wynikających z aktów innych niż Konstytucja – mają znaczenie takie okoliczności, jak:

- po pierwsze, usytuowanie w systemie prawa aktu, z którego wynika dany element procedury ustawodawczej;
- po drugie, waga materii prawnej, której dotyczy ustawa;
- po trzecie, istotne jest, czy rola danego podmiotu w procedurze ustawodawczej ma charakter wiążący, czy tylko konsultacyjno-opiniodawczy;

- po czwarte, istotne jest, czy w toku prac ustawodawczych umożliwiono parlamentarzystom wnikliwe rozpatrzenie projektu.

4.3. Jak już powiedziano wyżej, art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. powinny być zostać notyfikowane Komisji Europejskiej w trybie przewidzianym przez dyrektywę 98/34/WE. Wynika to z pkt 25 uzasadnienia wyroku TSUE w sprawie *Fortuna*. Również z wcześniejszego orzecznictwa tego Trybunału płynie wniosek, że przepisy ustanawiające zakaz urządzania gier na automatach poza kasynami są przepisami technicznymi w rozumieniu tej dyrektywy, a więc powinny podlegać procedurze notyfikacji (zob. wyrok w sprawie C-65/05 *Komisja przeciwko Republice Greckiej*).

Należy podkreślić, że z punktu widzenia obowiązku notyfikacyjnego to, czy analizowane przepisy są materialnie zgodne z prawem europejskim (w szczególności czy nie naruszają swobód traktatowych) jest okolicznością obojętną. Zagadnienie to nie jest poruszane w pytaniu prawnym.

4.4. Przepisy regulujące procedurę notyfikacji przepisów technicznych, zawarte w dyrektywie 98/34/WE, zostały implementowane do prawa polskiego rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039 ze zm.). Stosownie do treści tego rozporządzenia odpowiedzialność za notyfikację przepisów technicznych spoczywa na członkach rządu, w szczególności na ministrze właściwym do spraw gospodarki (który pełni funkcję „koordynatora krajowego systemu notyfikacji”), a także na właściwych ministrach, opracowujących projekty aktów prawnych. Należy jednak zastrzec, że z punktu widzenia zgodności postępowania ustawodawczego z Konstytucją nie ma znaczenia, jaki organ i na którym z etapów tego postępowania zaniechał dokonania notyfikacji. Wszak obowiązek notyfikacji spoczywa na władzy publicznej nie tylko w odniesieniu do projektów ustaw wnoszonych przez Radę Ministrów. Każdy inny projekt – również poselski, senacki, obywatelski czy przedstawiony przez Prezydenta – może zawierać przepisy techniczne, wymagające notyfikacji. To przede wszystkim Sejm i jego organy powinny czuwać nad tym, aby nie doszło do uchwalenia ustawy, która nie została poddana obowiązkowej notyfikacji. Z punktu widzenia zgodności ustawy z Konstytucją, ma znaczenie wyłącznie to, że notyfikacji nie dokonano.

Sens procedury notyfikacyjnej sprowadza się do tego, że „Komisja bezwzględnie musi mieć dostęp do niezbędnej informacji technicznej przed

przyjęciem przepisów technicznych” (pkt 5 preambuły dyrektywy). „Komisja i Państwa Członkowskie muszą mieć wystarczająco długi czas, aby zaproponować poprawki do projektowanych środków, aby usunąć lub zmniejszyć wszelkie bariery, które mogłyby powstać w stosunku do swobodnego przepływu towarów”, natomiast „Dane Państwo Członkowskie musi uwzględnić te poprawki przy tworzeniu ostatecznego tekstu projektowanych środków” (pkt 13–14 preambuły dyrektywy).

Reguły procedury notyfikacyjnej zostały opisane w art. 8 i nast. dyrektywy. Państwa Członkowskie powinny niezwłocznie przekazać Komisji, co do zasady wszelkie projekty przepisów technicznych (z wyjątkami przewidzianymi w uregulowaniach szczególnych). Komisja lub inne Państwa Członkowskie mogą następnie zgłaszać uwagi do notyfikowanego projektu, przy czym „Państwo Członkowskie uwzględnia te uwagi tak dalece, jak to możliwe w kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych” (art. 8 ust. 2 dyrektywy). Ostateczny tekst przepisów technicznych powinien być również notyfikowany Komisji.

W celu umożliwienia Komisji oraz innym Państwom Członkowskim wypowiedzenia się co do projektowanych przepisów technicznych, państwo, które dokonało notyfikacji, powinno odroczyć przyjęcie projektu o trzy miesiące (art. 9 ust. 1 dyrektywy). Kolejne terminy „odłożenia w czasie” przyjęcia przepisów technicznych znajdują zastosowanie, gdy Komisja lub inne Państwo Członkowskie skorzysta z jednego z upoważnień wskazanych w art. 9 ust. 2 i nast. dyrektywy. W szczególności możliwe jest wydanie tzw. szczegółowej opinii o tym, że projektowany środek może stworzyć bariery w swobodnym przepływie towarów. Wówczas po stronie państwa, które dokonało notyfikacji, pojawia się obowiązek przekazania Komisji sprawozdania dotyczącego działań, jakie państwo to zamierza podjąć w wyniku otrzymania opinii szczegółowej. Komisja wydaje następnie „komentarz” w tej sprawie. Możliwe jest również, że Komisja zgłosi zamiar skorzystania z inicjatywy prawodawczej w materii objętej zakresem notyfikowanego projektu. Obowiązek „odłożenia w czasie” przyjęcia projektu przepisów technicznych wygasa co do zasady z dniem przekazania państwu stosownej informacji przez Komisję, w trybie art. 9 ust. 6 dyrektywy.

Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE, procedura notyfikacyjna jest formą swoistej „kontroli prewencyjnej” projektów prawa krajowego przez organy unijne, służącą sprawdzeniu, czy proponowany akt nie narusza postanowień traktatowych dotyczących swobodnego przepływu towarów (zob. wyrok ETS z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-267/03 *Lindberg*, pkt 50, Zb. Orz. 2005, s. I-03247). Jest to

jedno z istotnych zobowiązań, jakie przyjęły na siebie państwa przystępując do UE, związane z koniecznością ochrony swobodnego przepływu towarów (zob. wyrok TSUE z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawie C-361/10 *Intercommunale Intermosane SCRL, Fédération de l'industrie et du gaz przeciwko Państwu Belgijskiemu*, pkt 10, Zb. Orz. 2011, s. I-05079). Ma to na celu zapewnienie sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego, będącego jednym z fundamentów Unii, a także zagwarantowanie, że wszelkie bariery w handlu na obszarze Unii będą ustanawiane w sposób przejrzysty i wyłącznie w zakresie dopuszczonym przez prawo unijne (zob. pkt 3–4 preambuły dyrektywy). Należy też podkreślić, że co do zasady nawet konieczność szybkiego rozwiązania określonych problemów społecznych i ochrony porządku publicznego nie uchyla obowiązku dokonania notyfikacji (zob. wyrok ETS w sprawie C-65/05 *Komisja przeciwko Republice Greckiej*, pkt 64).

4.5. Mając na uwadze bezsporny fakt nienotyfikowania Komisji Europejskiej, w fazie prac nad projektem ustawy o grach hazardowych, art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, Naczelny Sąd Administracyjny wyraża przekonanie, że – z tego powodu – wskazane przepisy naruszają zasady rzetelnej procedury ustawodawczej oraz legalizmu, a przez to są niezgodne z art. 2 i 7 Konstytucji.

Obowiązek dokonywania notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej jest istotnym elementem procedury ustawodawczej, w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie TK. Element ten wiąże się ponadto z „dostępem parlamentu i jego członków do informacji niezbędnych w celu rzetelnej realizacji funkcji ustawodawczej” (zob. wyrok TK z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt Kp 4/08). Element postępowania, o którym mowa, został naruszony (pominięty) w toku prac prawodawczych nad zaskarżonymi przepisami. Uzasadnienie tego zarzutu zostanie oparte na dotychczasowym orzecznictwie TK (omówionym wyżej), w którym wyjaśniono, w jakich okolicznościach naruszenie pozakonstytucyjnych etapów postępowania ustawodawczego może być uznane za przyczynę niezgodności aktu prawnego z art. 2 lub art. 7 Konstytucji.

A. Pierwotnym źródłem obowiązku dokonywania notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej jest akt pochodnego prawa UE (dyrektywa 98/34/WE). Akt tej rangi ma pierwszeństwo przed ustawami (art. 91 ust. 3 Konstytucji). Ponadto jest to akt prawa międzynarodowego, do którego przestrzegania władze publiczne są zobligowane na podstawie art. 9 Konstytucji.

Można też uznać, że ograniczenie swobody organów władzy państwowej w zakresie czynności podejmowanych w ramach procedury ustawodawczej, wynikające z konieczności dokonywania notyfikacji niektórych projektów ustaw, jest wynikiem przekazania Unii Europejskiej – na podstawie traktatu akcesyjnego – kompetencji organów władzy państwowej (wykonawczej i ustawodawczej) „w niektórych sprawach” (art. 90 ust. 1 Konstytucji).

Z powyższego wynika, że etap postępowania ustawodawczego, jakim jest notyfikacja, znajduje swoje źródło w aktach ponadustawowych, do przestrzegania których Polska zobowiązała się na mocy umowy międzynarodowej ratyfikowanej w trybie określonym w art. 90 Konstytucji. Przemawia to za zasadnością potraktowania braku notyfikacji jako istotnej wady postępowania ustawodawczego z punktu widzenia zasady rzetelnej procedury ustawodawczej (art. 2 Konstytucji) i legalizmu działania władz publicznych (art. 7 Konstytucji). Za stanowiskiem takim przemawia zwłaszcza fakt, że w praktyce TK zdarzały się przypadki, gdy niekonstytucyjność postępowania ustawodawczego była skutkiem naruszenia regulaminu Sejmu, a więc aktu podustawowego, o znacznie niższej pozycji w hierarchii źródeł prawa niż prawo unijne (zob. wyrok TK z dnia 19 września 2008 r., sygn. akt K 5/07).

Trzeba również podkreślić znaczenie, jakie ma notyfikacja przepisów technicznych dla prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego UE (była o tym mowa wyżej). Notyfikacja powinna być odczytywana jako obowiązek ściśle związany z unijną zasadą lojalnej współpracy (art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej), będącą jednym z fundamentów, na których opiera się koncepcja integracji europejskiej. Adresatami zasady lojalnej współpracy są wszystkie organy RP – w tym sądy i Trybunał Konstytucyjny. Organy władzy sądowniczej powinny więc – w ramach przyznanych im kompetencji – uczynić wszystko w celu wyeliminowania istniejącego stanu naruszenia prawa europejskiego, zwłaszcza wobec stwierdzenia tego faktu wyrokiem TSUE. Naczelny Sąd Administracyjny nie ma upoważnienia do uchylecia przepisów przyjętych w wadliwej procedurze ustawodawczej. Kompetencją taką dysponuje natomiast Trybunał Konstytucyjny, któremu Naczelny Sąd Administracyjny – kierując się potrzebą pilnego usunięcia niezgodności prawa krajowego z prawem unijnym – przedstawia ten problem do rozstrzygnięcia niniejszym pytaniem prawnym.

B. Ustawa o grach hazardowych wprowadza bardzo daleko idące ograniczenia wolności działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji). Okoliczność ta ma znaczenie w niniejszej sprawie z tego powodu, że – jak wskazuje

się w orzecznictwie TK – w odniesieniu do wolności działalności gospodarczej ustawodawca ma szerszą swobodę ingerencji, niż w przypadku innych wolności i praw konstytucyjnych. Przepis art. 22 Konstytucji, który posługuje się pojęciem „ważnego interesu publicznego” jako przesłanki uzasadniającej ograniczenie wolności gospodarczej, ma bowiem – w tym zakresie – charakter *lex specialis* wobec art. 31 ust. 3 Konstytucji. Z drugiej jednak strony, szerszej swobodzie ingerencji w wolność gospodarczą towarzyszy „zaostwienie” wymagań formalnoprawnych, wynikających z tzw. zasady wyłączności ustawy. Zdaniem TK „poszerzenie dopuszczalnego zakresu ograniczenia wolności działalności gospodarczej poza wskazane w art. 31 ust. 3 Konstytucji materialnoprawne przesłanki ograniczenia praw i wolności winno być zrównoważone przez zwiększony rygorizm dotyczący ustawowej regulacji ograniczenia wolności działalności gospodarczej” (wyrok TK z dnia 13 października 2010 r., sygn. akt Kp 1/09).

W przekonaniu Naczelnego Sądu Administracyjnego ów „zwiększony rygorizm dotyczący ustawowej regulacji”, który jest podkreślany w orzecznictwie TK w odniesieniu do wolności gospodarczej, odnosi się również do poszczególnych etapów postępowania ustawodawczego. Szeroka swoboda polityczna prawodawcy jest w pewnym sensie równoważona kwalifikowanym obowiązkiem poszanowania wymogów formalnoprawnych postępowania ustawodawczego, którego przedmiotem jest projekt ustawy ograniczającej wolność działalności gospodarczej. Jednym z takich wymogów jest zaś powinność dokonania notyfikacji przepisów technicznych, zgodnie z dyrektywą 98/34/WE, a także stanowiącym jej implementację rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych. W konsekwencji, ustawy ograniczające wolność działalności gospodarczej powinny podlegać szczególnie skrupulatnej kontroli z punktu widzenia prawidłowości procedury ustawodawczej.

W tym kontekście warto również nawiązać do stanowiska TK, że „zakres swobody regulacyjnej ustawodawcy zwykłego w odniesieniu do ograniczenia wolności gospodarczej (...) wymaga oceny uwzględniającej fakt uczestnictwa Polski w zintegrowanym wspólnym rynku europejskim” (wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 33/03). Skoro jednym z warunków poprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego jest procedura notyfikacyjna, uregulowana w dyrektywie 98/34/WE, to – w świetle zasady wykładni Konstytucji w sposób przyjazny dla prawa europejskiego

– TK powinien w toku kontroli postępowania ustawodawczego pod kątem art. 2 i 7 Konstytucji uwzględnić poszanowanie tego istotnego, proceduralnego aspektu wolności działalności gospodarczej, osadzonego w prawie europejskim. Innymi słowy, krajowy standard konstytucyjny określający zasady procedury ustawodawczej powinien być interpretowany w sposób uwzględniający zobowiązania Polski przyjęte na skutek przystąpienia do UE.

C. W orzecznictwie TK wskazuje się, że jeżeli obowiązujące prawo przewiduje udział innego podmiotu w postępowaniu ustawodawczym, to – z punktu widzenia oceny konstytucyjności – istotne jest, czy podmiot taki ma w danym postępowaniu uprawnienia wiążące, czy też wyłącznie opiniodawczo-konsultacyjne.

Z omówionych wyżej uregulowań dyrektywy 98/34/WE a także rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. wynika, że rola Komisji Europejskiej w procedurze notyfikacji przepisów technicznych nie ma charakteru wyłącznie konsultacyjnego, lecz stanowczy. Do takiego wniosku skłania analiza treści dyrektywy 98/34/WE (w szczególności pkt 14 preambuły, art. 8 ust. 2, art. 9 ust. 2 *in fine*), a także rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. (w szczególności § 11). Intencją prawodawcy unijnego było, aby Państwa Członkowskie uwzględniały w swojej działalności prawodawczej uwagi Komisji Europejskiej zgłoszone do notyfikowanego projektu. Ma to związek z – zakotwiczonym w zasadzie lojalnej współpracy – zakazem stanowienia prawa krajowego, które mogłoby naruszać zasady funkcjonowania rynku wewnętrznego UE, np. przez tworzenie niedopuszczalnych ograniczeń swobody przepływu towarów. Dlatego też dyrektywa 98/34/WE mówi, że poprawki Komisji Europejskiej (i Państw Członkowskich) powinny być uwzględnione przez państwo przy tworzeniu ostatecznego tekstu projektowanych środków (pkt 14 preambuły). W innym miejscu (art. 8 ust. 2) dyrektywa stanowi, że uwagi Komisji (i Państw Członkowskich) powinny być uwzględnione „tak dalece, jak to możliwe w kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych”.

Wynika z tego, że prawodawca europejski, kreując procedurę notyfikacji przepisów technicznych, nie postrzegał roli Komisji Europejskiej wyłącznie jako opiniodawczo-konsultacyjnej, lecz jego intencją było, aby stanowisko tego organu było uwzględniane i przestrzegane w krajowym postępowaniu ustawodawczym. Za takim poglądem przemawia również wzgląd na unijną zasadę lojalnej współpracy, o której była mowa wyżej.

D. Ustawa o grach hazardowych została uchwalona w niezwykle szybkim, nadzwyczajnym tempie. Rządowy projekt tej ustawy (druk nr 2481/VI kad.) wpłynął do łaski marszałkowskiej w dniu 12 listopada 2009 r. Następnego dnia został skierowany do pierwszego czytania na posiedzeniu Sejmu. Odbyło się ono 17 listopada 2009 r., natomiast drugie i trzecie czytanie – dwa dni później. Postępowanie ustawodawcze w Sejmie trwało więc 7 dni. Prezydent podpisał ustawę 26 listopada 2009 r.

Sam fakt nietypowo szybkiego uchwalenia ustawy nie przesądza o jej niezgodności z Konstytucją (por. wyrok TK z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt K 4/06). Wątpliwości pojawiają się natomiast wówczas, gdy w związku z nadzwyczajnym tempem prac pominięto jeden z istotnych etapów procedury ustawodawczej.

W orzecznictwie TK podkreśla się też, że kontrola zgodności z Konstytucją postępowania ustawodawczego powinna obejmować ocenę, czy w toku prac ustawodawczych umożliwiono parlamentarzystom wnikliwe rozpatrzenie projektu. Jako że projekt ustawy o grach hazardowych nie był notyfikowany Komisji Europejskiej, to należy przyjąć, iż parlamentarzyści nie mieli możliwości wnikliwego rozpatrzenia projektu. Z uwagi na zobowiązania Polski wynikające z członkostwa w UE, kwestia zgodności z prawem unijnym jest zagadnieniem, które powinno stać się przedmiotem skrupulatnej analizy w Sejmie – zwłaszcza gdy jest to projekt w zasadzie na nowo regulujący cały sektor działalności gospodarczej. Jest to tym bardziej istotny wymóg prawidłowego (rzetelnego) postępowania ustawodawczego (art. 2 Konstytucji) w sytuacji, gdy prawo europejskie nakazuje poddanie projektu ustawy swoistej „kontrolu prewencyjnej”, jaką jest obowiązek notyfikacji projektu Komisji Europejskiej.

Z uwagi na to, że na etapie prac – zarówno rządowych, jak i parlamentarnych – nad projektem ustawy o grach hazardowych nie dokonano notyfikacji zaskarżonych przepisów – uchybiając obowiązkowi wynikającemu z dyrektywy 98/34/WE i rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. – parlamentarzyści w toku prac nad projektem ustawy o grach hazardowych nie dysponowali pełną informacją co do zgodności projektowanych przepisów z prawem unijnym, a także co do ewentualnych następstw uchwalenia ustawy z punktu widzenia zobowiązań RP wynikających z członkostwa w Unii Europejskiej. Z powodu braku notyfikacji

parlamentarzyści nie mieli więc możliwości wnikliwego rozpatrzenia projektu ustawy o grach hazardowych.

4.6. W przekonaniu Naczelnego Sądu Administracyjnego wada postępowania ustawodawczego, jaką było zaniechanie notyfikowania zaskarżonych przepisów Komisji Europejskiej, przesądza o niezgodności tych przepisów z art. 2 i 7 Konstytucji. Za takim wnioskiem przemawiają w szczególności następujące okoliczności:

- po pierwsze, wysoka – ponadustawowa, oparta na prawie międzynarodowym – ranga uregulowania prawnego, z którego płynie obowiązek notyfikacji przepisów technicznych;
- po drugie, kwalifikowany wymóg ustawowej formy wprowadzania ograniczeń wolności działalności gospodarczej;
- po trzecie, istotna, stanowcza rola Komisji Europejskiej i mechanizmu „kontroli prewencyjnej”, jakim jest procedura notyfikacyjna, z punktu widzenia zasady lojalnej współpracy i konieczności poszanowania zobowiązań RP wynikających z członkostwa w UE;
- po czwarte, nadzwyczajne tempo prac nad ustawą o grach hazardowych oraz fakt, że z uwagi na brak notyfikacji parlamentarzyści nie mieli pełnej informacji o konsekwencjach prawnych uchwalenia projektu ustawy o grach hazardowych z punktu widzenia jego zgodności z zasadami rynku wewnętrznego UE.

4.7. Należy odnotować, że w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. akt I KZP 15/13, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „naruszenie wynikające z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (...) obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym”. Zdaniem Sądu Najwyższego „z uwagi na wagę i charakter obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej projektu regulacji prawnych zawierających przepisy techniczne, stanowi on w istocie element konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw, a jego naruszenie może być kwestionowane właśnie jako naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego”, przy czym jedynym organem, który ma kompetencję, aby o takim naruszeniu orzec jest Trybunał Konstytucyjny. Naczelny Sąd Administracyjny, wnoszący niniejsze

pytanie prawne, w pełni podziela powyższe stanowisko Sądu Najwyższego oraz argumentację zawartą w tym postanowieniu SN.

4.8. Z omówionych wyżej powodów Naczelny Sąd Administracyjny stoi na stanowisku, że art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych są niezgodne z art. 2 i 7 Konstytucji.

5. Zarzut naruszenia wolności działalności gospodarczej

5.1. Zarzut naruszenia przez zaskarżone przepisy wolności działalności gospodarczej wynika z nieproporcjonalnej ingerencji w tę wolność. Dlatego też wzorcem konstytucyjnym uczyniono art. 20 i 22 (wolność działalności gospodarczej) w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (ogólna klauzula proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw).

5.2. Przepisy art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. bez wątpienia wprowadzają ograniczenie wolności działalności gospodarczej.

Skutkiem wejścia w życie tych przepisów jest likwidacja możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w formie salonów gier na automatach oraz punktów gier na automatach o niskich wygranych, które funkcjonowały na podstawie wcześniej obowiązującej ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (Dz. U. Nr 4, poz. 27 ze zm.). Zmiana ustawodawcza doprowadziła do wyeliminowania (zdelegalizowania) pewnego sektora działalności gospodarczej. Prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach stało się dopuszczalne wyłącznie przez podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna gry. Zakazane jest prowadzenie tego typu działalności przez innych przedsiębiorców.

Zastrzeżenie wykonywania określonego typu działalności gospodarczej wyłącznie dla niektórych podmiotów jest formą ograniczenia wolności działalności gospodarczej (zob. wyrok TK z dnia 7 czerwca 2005 r., sygn. akt K 23/04). Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku zaskarżonych przepisów. Należy zatem uznać, że przepisy te ingerują w wolność gospodarczą i z tego powodu podlegają ocenie z punktu widzenia zasady proporcjonalności, dla której podstawę stanowią art. 20 i 22 w związku art. 31 ust. 3 Konstytucji.

5.3. W świetle zasady proporcjonalności wolności i prawa jednostki mogą być ograniczane tylko, gdy jest to „konieczne w państwie demokratycznym” dla ochrony

pewnej wartości konstytucyjnej. W przypadku wolności działalności gospodarczej art. 22 Konstytucji stanowi, że powodem ograniczenia może być wyłącznie ochrona „ważnego interesu publicznego”. Ocena proporcjonalności ingerencji wymaga udzielenia odpowiedzi na następujące pytania: (1) czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (tzw. przydatność); (2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (tzw. niezbędność); (3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (tzw. proporcjonalność *sensu stricto*).

5.4. Ocena zgodności art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. z punktu widzenia proporcjonalności ingerencji powinna rozpocząć się od zidentyfikowania celu, jakim kierował się ustawodawca wprowadzając te przepisy.

Jako uzasadnienie wprowadzanych ograniczeń w projekcie ustawy o grach hazardowych (druk nr 2481/VI kad.) podano przede wszystkim takie okoliczności jak: „dynamicznie zmieniający się i rozwijający rynek gier i zakładów wzajemnych”, „nowe technologie stosowane w tym sektorze gospodarki narodowej”, „występujące na tym rynku nieprawidłowości”; „nowe warunki rynkowe”; potrzeba „naprawy obecnego stanu i wzmocnienie kontroli państwowej nad rynkiem gier i zakładów wzajemnych”; „uzasadniony interes państwa w monitorowaniu i regulowaniu rynku gier hazardowych, wynikający z zagrożenia uzależnieniem od hazardu”; „wzrost w Polsce liczby osób uzależnionych”, wynikający z „nieograniczonego dostępu do różnorodnych form hazardu”; konieczność „zwiększenia ochrony społeczeństwa i praworządności przed negatywnymi skutkami hazardu”.

Powierzchowne i ogólnikowe ujęcie uzasadnienia projektu ustawy o grach hazardowych świadczy o tym, że przygotowanie tego projektu nie było poprzedzone diagnozą i oceną istnienia rzeczywistego problemu społecznego, wymagającego tak intensywnej ingerencji w wolność gospodarczą. Tymczasem, wkraczając w zakres swobody chronionej konstytucyjnymi wolnościami jednostek, ustawodawca powinien – na etapie prac parlamentarnych – dokonać rzetelnego i wiarygodnego opisu interesu publicznego, przemawiającego za danym projektem ustawodawczym (zob. wyrok TK z dnia 29 października 2010 r., sygn. akt P 34/08). W odniesieniu do wolności działalności gospodarczej taki obowiązek ma charakter kwalifikowany, z uwagi na – po pierwsze – surowsze wymogi formalnoprawne ograniczenia (związane z zasadą wyłączności ustawy) oraz – po drugie – ze względu na fakt, iż wolność

działalności gospodarczej może być ograniczona tylko ze względu na „ważny” – a nie jakkolwiek – interes publiczny (art. 22 Konstytucji). „Waga” interesu publicznego, przedstawianego jako motyw ograniczenia wolności gospodarczej, powinna być przedmiotem skrupulatnej analizy ustawodawcy, popartej ekspertyzami specjalistów, oszacowaniem przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych itp. – w celu ustalenia, czy rzeczywiście interwencja w stopniu zakładanym przez projekt ustawy jest w danym przypadku niezbędna dla osiągnięcia szczególnie istotnego interesu publicznego (por. wyrok TK z dnia 8 lipca 2008 r., sygn. akt K 46/07).

Ogólnikowe sformułowania, zawarte w uzasadnieniu projektu ustawy o grach hazardowych, nie pozwalają na ustalenie, z jakiego powodu ustawodawca doszedł do przekonania, że dotychczasowa regulacja – mniej dolegliwa dla jej adresatów, niebudząca w zasadzie wątpliwości konstytucyjnych – przestała być środkiem wystarczającym z punktu widzenia ochrony społeczeństwa przed uzależnieniem od hazardu. Nie wiadomo także, jakiego rodzaju „nieprawidłowości” w branży hazardowej skłoniły ustawodawcę do tak nagłej interwencji, ani z jakiego powodu dotychczasowy stan prawny wymagał pilnej „naprawy” czy „wzmocnienia kontroli państwowej”. Uzasadnienie projektu ustawy nie zawiera wyjaśnienia, dlaczego ustawodawca uznał, iż konieczne dla ochrony określonego, „ważnego” interesu publicznego było wprowadzenie ograniczenia, o którym mowa w art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h.

Z tych powodów należy przyjąć, że – naruszając zasady poprawnej legislacji, wymagające rzetelnego uzasadnienia dokonywanej ingerencji na etapie prac parlamentarnych – ustawodawca dokonał nieproporcjonalnej ingerencji w wolność działalności gospodarczej.

5.5. Spośród kryteriów stosowanych w orzecznictwie TK dla oceny dopuszczalności ingerencji w wolności konstytucyjne z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji (jw.), wątpliwości budzi niezbędność i proporcjonalność *sensu stricto* art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h.

Ingerencja w wolności i prawa jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy założonego celu nie da się osiągnąć w inny sposób, mniej dolegliwy dla jednostek, będących adresatami ograniczenia. Zgodnie ze stanowiskiem TK „zasada, że ograniczenia praw i wolności mogą być wprowadzane tylko w zakresie koniecznym, wyraża ogólną ideę praw i wolności jako sfery swobodnego działania jednostki, w którą ustawodawca może ingerować tylko w razie konieczności i tylko w niezbędnym

wymiarze. Istotą zakazu nadmiernej ingerencji – wynikającą z zasady proporcjonalności – jest uznanie, że państwo nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaś ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą podlegającego ochronie interesu publicznego. Znaczy to, że wszelka ingerencja musi być dokonywana środkami adekwatnymi do zamierzonego celu. (...) Uznanie proporcjonalności ograniczenia prawa wymaga ustalenia, czy wkroczenie prawodawcy w sferę wolności lub praw jest niezbędne dla osiągnięcia założonego celu, a nie jedynie <<sprzyja>> temu celowi, czy też <<ułatwia>> jego osiągnięcie” (wyrok TK z dnia 8 lipca 2008 r., sygn. akt K 46/07).

Oceniając z zarysowanej wyżej perspektywy zaskarżone przepisy, Naczelny Sąd Administracyjny doszedł do przekonania, że wprowadzenie bezwzględnego zakazu urządzania gier na automatach poza kasynami gry nie było niezbędne dla ochrony „ważnego interesu publicznego” w rozumieniu art. 20 i 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Nie budzi wątpliwości to, że sektor hazardowy powinien podlegać kontroli i nadzorowi ze strony organów państwa, a także to, że władza publiczna powinna chronić obywateli przed ryzykiem uzależnienia od hazardu. Wartości te znajdują uzasadnienie w potrzebie ochrony porządku publicznego i zdrowia publicznego (art. 31 ust. 3 Konstytucji), co mieści się w klauzuli „ważnego interesu publicznego” (art. 22 Konstytucji).

Jednak nie wiadomo, z jakich przyczyn dotychczasowy stan prawny został uznany za niewystarczający dla ochrony tych wartości. W szczególności, o czym była już mowa, motywów takich nie ujawniono w projekcie ustawy o grach hazardowych. Nasuwa się zatem pytanie, dlaczego jako skuteczne zabezpieczenie z punktu widzenia konieczności ochrony wskazanych wyżej wartości konstytucyjnych nie zostały uznane następujące, przykładowe rozwiązania ustawodawcze, mniej dolegliwe dla przedsiębiorców: określenie w ustawie maksymalnych stawek jednorazowej wygranej i przegranej; zakazy reklamy i promocji gier na automatach; ograniczenia co do dopuszczalnej liczby automatów zainstalowanych w jednym obiekcie; wymóg uprzedniego zatwierdzenia regulaminu gry przez organ państwa; nadzór państwowy nad eksploatacją i użytkowaniem automatów; zakaz korzystania z usług hazardowych przez niektóre osoby (np. niepełnoletnie); przejrzyste zasady udzielania zezwoleń na prowadzenie gier na automatach i skuteczne procedury

kontroli właściwych organów państwa nad przestrzeganiem takich zezwoleń; nadzór państwa nad zmianami substratu osobowego i majątkowego spółek prowadzących działalność w zakresie urządzania gier na automatach; ograniczenia co do liczby punktów gier w ramach jednej gminy czy miejscowości; zakaz sytuowania punktów gier w pobliżu szkół, placówek oświatowo-wychowawczych, opiekuńczych, ośrodków kultu religijnego, itp.

Nie jest intencją sądu pytającego wskazywanie alternatywnych rozwiązań prawnych, jakie mógł przyjąć ustawodawca. Powyższe uwagi miały na celu wyłącznie wykazanie, że ustawodawca był w stanie wystarczająco zabezpieczyć wartości wymagające ochrony, związane z negatywnymi następstwami działalności sektora hazardowego, w sposób mniej dolegliwy dla przedsiębiorców prowadzących tego typu aktywność gospodarczą. Ten sam skutek społeczny mógł bowiem zostać osiągnięty przez wprowadzenie stosownych regulacji materialnoprawnych, niewykluczających urządzania gier na automatach poza kasynami, którym jednocześnie towarzyszyłaby adekwatna i skuteczna procedura w zakresie nadzoru i kontroli. Nie było natomiast konieczne wprowadzanie zakazu urządzania gier na automatach w innych miejscach niż kasyna.

5.6. Zaskarżone przepisy są niezgodne z art. 20 i 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji również z tego powodu, że naruszają wymóg proporcjonalności *sensu stricto*.

Uzasadnienie zarzutu w tej części wymaga również omówienia treści zmian, jakie wprowadziła ustawa o grach hazardowych w zakresie działalności gospodarczej obejmującej urządzanie gier na automatach.

W poprzednim stanie prawnym, tj. w świetle ustawy o grach i zakładach wzajemnych z 1992 r., dopuszczalne było funkcjonowanie – obok kasyn – tzw. salonów gier na automatach, w których liczba automatów mogła wynosić od 15 do 70 sztuk (art. 9 pkt 1 lit. b), oraz tzw. punktów gry na automatach o niskich wygranych, w których liczba automatów nie mogła przekraczać 3 sztuk (art. 9 pkt 3). Grami na automatach były, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 2a ustawy, „gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe”, natomiast grami na automatach o niskich wygranych, zgodnie z art. 2 ust. 2b ustawy – gry, w których „wartość jednorazowej wygranej nie może być wyższa niż równowartość 15 euro, a wartość maksymalnej stawki za udział w jednej grze nie może być wyższa niż 0,07 euro”. Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 1a ustawy, urządzanie gier na automatach było dopuszczalne w kasynach lub salonach gier na

automatach, natomiast urządzenie gier na automatach o niskich wygranych – w punktach gier na automatach o niskich wygranych.

Możliwość prowadzenia działalności polegającej na urządzeniu gier na automatach oraz gier na automatach o niskich wygranych wymagała zezwolenia, a regulaminy gier podlegały zatwierdzeniu przez właściwy organ administracji (art. 13 ust. 1 i 3a oraz art. 24 i nast. ustawy). Również eksploatacja i użytkowanie automatów do gier podlegały kontroli ze strony państwa (art. 15b ust. 4 ustawy). Udzielanie zezwoleń było możliwe wyłącznie na rzecz spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, mających siedzibę na terytorium RP (art. 5 ust. 1), których kapitał zakładowy wynosił nie mniej niż kwoty wskazane w art. 25 pkt 2 i 3 ustawy. Ustawa wprowadzała ponadto istotne ograniczenia co do składu organów takich spółek i struktury ich kapitału, a także wymagania dokumentacyjne – związane z potrzebą zapewnienia skutecznego nadzoru państwowego oraz przejrzystości i legalności funkcjonowania podmiotów zajmujących się urządzeniem gier na automatach, jak również ochrony bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego (art. 26 i nast.).

Stosownie do postanowień ustawy z 1992 r. działalność w zakresie gier na automatach i na automatach o niskich wygranych była: objęta zakazem reklamy (art. 8 ust. 1); niedostępna dla osób, które nie ukończyły 18 lat (art. 17 ust. 1 i 1a); obwarowana ograniczeniami co do liczby i miejsc, w których możliwe było instalowanie automatów do gier (art. 29 ust. 2 i 4, art. 30); opodatkowana podatkiem od gier (art. 45 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 42 pkt 6, art. 45a); poddana kontroli wykonywanej przez Służbę Celną (art. 48 i nast.).

Ustawa o grach hazardowych z 2009 r. ograniczyła możliwość urządzania wszelkich gier na automatach wyłącznie do kasyn gry (art. 14 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy). Tym samym wyeliminowano możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w formie salonów gier na automatach oraz punktów gier na automatach o niskich wygranych. Towarzyszyło temu zaostrenie, w porównaniu do poprzedniego stanu prawnego, warunków prawnych umożliwiających prowadzenie działalności gospodarczej w formie kasyna gry. W szczególności, wprowadzono regulę, że łączna liczba kasyn w województwie nie może być wyższa niż 1 kasyno na każde pełne 650 tys. mieszkańców (art. 15 ust. 1 zdanie drugie u.g.h.).

Należy dodać, że ustawodawca rozszerzył legalną definicję „gier na automatach”. Odtąd w zakresie tego pojęcia mieszczą się również takie gry, które nie

mają nic wspólnego z hazardem. Otóż jak stanowi art. 2 ust. 4 i 5 ustawy z 2009 r. do „gier na automatach”, których urządzenie jest – w świetle art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – dopuszczalne wyłącznie w kasynach gry, zaliczono również gry, w których „wygrana” polega wyłącznie na możliwości przedłużenia gry lub możliwości rozpoczęcia nowej gry, a także gry, w których w ogóle nie ma możliwości uzyskania wygranej, ale gra „ma charakter losowy”.

Ocena regulacji prawnej z punktu widzenia zasady proporcjonalności *sensu stricto* wymaga przeprowadzenia swoistego „rachunku aksjologicznego”, polegającego na ustaleniu, czy ustawodawca właściwie wyważył proporcje między stopniem koniecznej ochrony pewnych wartości konstytucyjnych a stopniem poświęcenia danej wolności lub danego prawa jednostki. Ustawodawca nie może bowiem „ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zapoznających proporcję pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie” (orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94).

Jak wynika z projektu ustawy o grach hazardowych, motywem wprowadzenia ograniczeń wolności działalności gospodarczej były – po pierwsze – potrzeba wzmocnienia kontroli państwowej nad rynkiem gier hazardowych oraz – po drugie – zwiększenie ochrony obywateli przed negatywnymi następstwami uzależnienia od hazardu. Posługując się siatką pojęciową Konstytucji, powyższe cele można przyporządkować takim wartościom jak porządek publiczny i zdrowie publiczne (por. art. 31 ust. 3 Konstytucji), a także ochrona wolności i praw innych osób m.in. przed praktykami zagrażającymi ich zdrowiu i bezpieczeństwu (por. art. 76 Konstytucji).

W przekonaniu Naczelnego Sądu Administracyjnego zapewnienie przez ustawodawcę poziomu koniecznej ochrony tych wartości nie wymagało tak daleko idącej ingerencji w wolność gospodarczą, jak to uczyniono w art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h.

Wartości takie jak porządek publiczny, zdrowie publiczne oraz ochrona innych osób mogą być wystarczająco realizowane w sposób mniej uciążliwy dla beneficjentów wolności działalności gospodarczej – w odpowiednio ukształtowanych procedurach administracyjnych, w szczególności procedurach wymaganych w związku z: dopuszczeniem automatu do eksploatacji i użytkowania, zatwierdzeniem regulaminu danej gry, wydawaniem zezwolenia na urządzenie gier na automatach, a także – w procedurach kontroli nad działalnością podmiotu zajmującego się

urządzaniem gier. To zatem działania w ramach postępowania administracyjnego – a nie zakaz prawny – są instrumentem, którym w pierwszym rzędzie powinna posługiwać się władza publiczna w celu ograniczenia wolności działalności gospodarczej, gdy jest to konieczne dla ochrony innych wartości konstytucyjnych. Z punktu widzenia zasady proporcjonalności nie można uznać za dopuszczalne wprowadzania restrykcji o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, jeżeli ten sam cel da się zrealizować w formach indywidualno-konkretnych, pozwalających na uwzględnienie uwarunkowań danego stanu faktycznego.

Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego organy administracji publicznej są w stanie, pod warunkiem wyposażenia ich przez ustawodawcę w odpowiednie oprzyrządowanie proceduralne – pod kontrolą sądów administracyjnych – w sposób należyty wyważać *in concreto* wolność działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach z potrzebą ochrony wskazanych wyżej wartości konstytucyjnych. Poziom wymaganej konstytucyjnie ochrony porządku publicznego, zdrowia publicznego oraz wolności i praw innych osób przed negatywnymi następstwami działalności hazardowej nie jest aż tak wysoki, aby wymagał generalnego zniesienia powszechnej dostępności (a taki skutek *de facto* wywołują zaskarżone przepisy) gier na automatach. Zarzut ten odnosi się w szczególności do takich gier na automatach, w których poziom wygranej lub przegranej jest relatywnie niski (np. dawnych „gier na automatach o niskich wygranych”), a tym bardziej – gier, w których jedyna „wygrana” polega na możliwości kontynuowania gry czy rozpoczęcia nowej gry (art. 2 ust. 4 u.g.h.), jak również gier, którym nie towarzyszy jakakolwiek wygrana, ale gra „ma charakter losowy” (art. 2 ust. 5 tej ustawy).

Należy dodać, że część z gier na automatach objętych zaskarżonym zakazem – tj. gry, w których jedyna „wygrana” polega na możliwości kontynuowania gry lub rozpoczęcia nowej gry, jak również gry „o charakterze losowym”, w których nie ma jakiegokolwiek wygranej rzeczowej ani pieniężnej – trudno nawet uznać za formę hazardu, jest to bowiem aktywność o charakterze czysto rozrywkowym. Korzystanie z tego typu gier jest możliwe przy wykorzystaniu innych urządzeń, do których społeczeństwo ma powszechny, nieograniczony dostęp (komputery, konsole, tablety, itp.). Nie istnieje więc jakiegokolwiek racjonalny powód – a tym bardziej powód związany z potrzebą ochrony wartości konstytucyjnych – dla którego zachodziłaby konieczność ograniczenia wolności działalności gospodarczej w zakresie urządzania takich gier.

Co więcej, literalna wykładnia zaskarżonych przepisów – odczytywanych w związku z art. 2 ust. 3 i 4 (definicja „gier na automatach” i „wygranej rzeczowej”) – może teoretycznie prowadzić do wniosku, iż zakazane, pod groźbą kary administracyjnej, jest niekomercyjne urządzenie gier na komputerach czy konsolach w warunkach czysto prywatnych lub w celach towarzyskich, jeżeli tylko „wygrana” polega co najmniej na możliwości przedłużenia gry lub rozpoczęcia nowej gry. Ta kwestia pozostaje poza zakresem zaskarżenia w niniejszym pytaniu prawnym, gdyż nie ma bezpośredniego związku z wolnością działalności gospodarczej, jednak jej zasygnalizowanie wydaje się zasadne w celu wykazania nieracjonalności rozwiązań, jakie wprowadził ustawodawca zaskarżonym zakazem.

Z powyższych argumentów wynika, że wartość, jaką jest ochrona społeczeństwa przed negatywnymi skutkami działalności w zakresie urządzania gier na automatach, może być realizowana w sposób wystarczający poprzez stworzenie odpowiednich, materialnych i proceduralnych, ram prawno-administracyjnych tej działalności oraz efektywnych mechanizmów jej kontroli ze strony organów administracji. Gry na automatach – a w szczególności gry, które nie mają żadnego związku z hazardem – nie stanowią bowiem aż tak istotnego zagrożenia dla obywateli i porządku publicznego, aby konieczne było tak daleko idące „izolowanie” tej formy działalności gospodarczej. Zakaz, wynikający z art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. spowodował natomiast, że obecnie wszelkie gry na automatach – nawet takie, w których nie ma możliwości uzyskania wygranej – mogą być urządzone tylko w kilkudziesięciu miejscach (kasynach) w całym kraju. Tak nieracjonalnie intensywna ingerencja w wolność działalności gospodarczej nie mieści się w granicach dopuszczalnej konstytucyjnie swobody ustawodawcy.

Można dodać, że wprowadzając zakaz, który wynika z zaskarżonych przepisów, ustawodawca przerzucił na przedsiębiorców konsekwencje realizacji powinności ciążących na władzy publicznej. Z zasady rzetelnego i sprawnego działania instytucji publicznych (preambuła Konstytucji) płynie wniosek, że to władza publiczna powinna, poprzez swoje instytucje – wyposażone w odpowiednie kompetencje w zakresie administracji publicznej – zapewnić, aby interes publiczny oraz wolności i prawa jednostek były chronione w wystarczający sposób przy jednoczesnym poszanowaniu wolności gospodarczej. Dostrzeżone nieprawidłowości, wymagające zwiększenia nadzoru państwowego nad określonym sektorem działalności gospodarczej, powinny inspirować ustawodawcę do podnoszenia

standardów rzetelnego i sprawnego działania instytucji publicznych, a nie do ustawowego limitowania sfery wolności gospodarczej.

5.7. Z omówionych wyżej powodów Naczelny Sąd Administracyjny stoi na stanowisku, że art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych są niezgodne z art. 20 i 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

6. Biorąc powyższe pod uwagę, Naczelny Sąd Administracyjny, na podstawie art. 193 Konstytucji RP oraz art. 124 § 1 pkt 5 p.p.s.a., postanowił jak w sentencji.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Michał Mazur

sekretarz sądowy