

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

F.G. JACOBSA

przedstawiona w dniu 16 grudnia 2004 r.¹

1. Przedmiotem niniejszej sprawy jest wynikający z dyrektywy w sprawie norm technicznych² obowiązek państwa członkowskiego przekazania Komisji, a za jej pośrednictwem innym państwom członkowskim, projektów przepisów technicznych. W szczególności kwestią do rozstrzygnięcia jest, czy obowiązek ten ma zastosowanie w razie zmiany prawa krajowego, która pociąga za sobą zakaz organizowania gier na określonym rodzaju automatów.

krajowych przepisów lub norm technicznych, które mogłyby powodować bariery w handlu, o ile nie są one konieczne w celu zrealizowania nadrzędnych wymagań oraz o ile nie mają na celu ochrony interesu publicznego, którego stanowią główną gwarancję. Zatem jeśli państwo członkowskie rozważy przyjęcie takich środków, to Komisja i inne państwa członkowskie powinny zostać poinformowane i mieć dostatecznie dużo czasu na zaproponowanie zmian, aby usunąć lub zmniejszyć wszelkie bariery, mogące powstać dla swobodnego przepływu towarów lub, w przypadku Komisji, na przedstawienie projektu lub przyjęcie dyrektywy wspólnotowej obowiązującej w tej samej dziedzinie. Trybunał opisał ten cel jako „kontrolę prewencyjną mającą na celu ochronę zasady swobodnego przepływu towarów”, która jest jednym z filarów Wspólnoty⁴.

Dyrektywa

2. Celem dyrektywy, jak to określa jej preambuła³, jest uniemożliwienie przyjęcia

3. Artykuł 1 dyrektywy zawiera szereg istotnych definicji.

1 — Język oryginału: angielski.

2 — W okresie istotnym dla rozpoznania niniejszej sprawy, to znaczy w odniesieniu do przepisów przyjętych w 1996 r., zastosowanie miała dyrektywa Rady 83/189/EWG z dnia 28 marca 1983 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych (Dz.U. L 109, str. 8), zmieniona dyrektywą 88/182/EWG z dnia 22 marca 1988 r. (Dz.U. L 81, str. 75), oraz dyrektywą 94/10/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 marca 1994 r. (Dz.U. L 100, str. 30) (zwana dalej „dyrektywą”).

3 — Zobacz motywy od drugiego do siódemego.

4 — Zobacz np. wyroki: z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie C-13/96 *Bic Benelux*, Rec. str. I-1753, pkt 19; z dnia 6 czerwca 2002 r. w sprawie C-159/00 *Sapod Audic*, Rec. str. I-5031, pkt 34.

4. Zgodnie z art. 1 pkt 9 wersji obowiązującej w okresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy pojęcie „przepis techniczny” obejmuje trzy rodzaje przepisów.

7. Po trzecie, pojęcie to obejmuje „przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne [...], zakazujące produkcji, przywozu, obrotu lub używania produktu”.

5. Po pierwsze, pojęcie to obejmuje „specyfikacje techniczne”, których przestrzeganie jest obowiązkowe *de iure* lub *de facto* w przypadku wprowadzenia do obrotu lub stosowania produktu w państwie członkowskim lub w znacznej jego części. Stosownie do art. 1 pkt 2 „specyfikacja techniczna” to taka specyfikacja, która „opisuje wymagane cechy produktu, takie jak: poziom jakości, wydajności, bezpieczeństwa lub wymiary, włącznie z wymaganiami mającymi zastosowanie do produktu w zakresie nazwy, pod jaką jest sprzedawany, terminologii, symboli, badań i metod badania, opakowania, oznakowania i etykietowania oraz procedur oceny zgodności” [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak wszystkie cytaty z tej dyrektywy poniżej].

8. Dla celów tych definicji „produktem” jest „każdy wyprodukowany przemysłowo produkt lub każdy produkt rolniczy” (art. 1 pkt 1).

9. Wreszcie „projekt przepisu technicznego” to zasadniczo tekst przepisu na takim etapie przygotowań, kiedy jeszcze mogą zostać wprowadzone istotne zmiany (art. 1 pkt 10).

6. Po drugie, pojęcie powyższe obejmuje „inne wymagania”, w tym przepisy administracyjne, których zastosowanie również jest obowiązkowe. Zgodnie z art. 1 pkt 3 termin „inne wymagania” oznacza „wymagania inne niż specyfikacje techniczne, nałożone na produkt w celu ochrony, w szczególności konsumentów i środowiska, które wpływają na jego cykl użytkowy 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 charakter produktu lub jego sprzedaż”.

10. Artykuł 8 ust. 1 zobowiązuje państwa członkowskie, aby powiadamiały Komisję o projektach przepisów technicznych, wchodzących w zakres przedmiotowy dyrektywy, poza przypadkami gdy przepisy takie jedynie transponują pełną treść międzynarodowej lub europejskiej normy, w którym to przypadku wystarczające jest przekazanie informacji dotyczącej odpowiedniej normy. Jeśli po notyfikacji projekt zostanie zmieniony w taki sposób, że w szczególności w istotnym stopniu zmieni się jego zakres, dodane zostaną specyfikacje lub zaostrzą się ich wymagania, to należy ponownie dokonać notyfikacji.

11. Zgodnie z art. 9 państwa członkowskie muszą odroczyć przyjęcie takich przepisów o odpowiednią ilość miesięcy w celu umożliwienia Komisji zweryfikowania ich zgodności z prawem wspólnotowym lub przedstawienia projektu dyrektywy w tym zakresie.

12. Artykuł 10 określa kilka ograniczonych wyjątków od jednego lub obu tych obowiązków. W szczególności art. 8 i 9 nie mają zasadniczo zastosowania do przepisów, które jedynie dostosowują prawo krajowe do prawa wspólnotowego (art. 10 ust. 1), a art. 9 nie odnosi się między innymi do przepisów zakazujących produkcji, o ile nie utrudniają swobodnego przepływu towarów (art. 10 ust. 2).

13. Można tu zauważyć, że ta wersja dyrektywy jest obecnie uchylona, a analogiczne sytuacje są aktualnie uregulowane w dyrektywie 98/34/WE⁵, która niemal natychmiast po jej wprowadzeniu została zmieniona dyrektywą 98/48/WE⁶, rozszerzającą zakres przedmiotowy regulacji o „usługi społeczeństwa informacyjnego”, czyli „usługi normal-

nie świadczone za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług”⁷.

14. Trybunał stwierdził, że naruszenie obowiązku notyfikacji sprawia, że stosowne przepisy techniczne są nieskuteczne, zatem nie można ich egzekwować w stosunku do podmiotów indywidualnych; sądy krajowe muszą zaniechać stosowania krajowego przepisu technicznego, który nie został objęty procedurą notyfikacji zgodnie z dyrektywą⁸.

Postępowanie przed sądem krajowym i właściwe w sprawie sporu przepisy

15. S. Lindberg został oskarżony o nielegalne organizowanie w Szwecji gier publicznych przy użyciu zakazanych automatów do gier pomiędzy styczniem 1997 r. a kwietniem 1998 r. W związku z apelacją do Högsta Domstolen (sądu najwyższego) konieczne stało się rozstrzygnięcie, czy zakaz organizowania publicznych gier na tych automatach nie może być egzekwowany, ponieważ stanowi on przepis techniczny, którego nie notyfikowano zgodnie z dyrektywą.

5 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych (Dz.U. L 204, str. 37).

6 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 r. (Dz.U. L 217, str. 18).

7 — Zobacz art. 1 ust. 2 dyrektywy 98/48.

8 — Wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-194/94 CIA Security International, Rec. str. I-2201, pkt 54 i 55 wyroku oraz pkt 2 sentencji.

16. Wspomniane automaty wydają się być powszechnie stosowanym rodzajem urządzeń, w których gracz może wygrać nagrodę, jeśli pewne obrazki ustawią się w maszynie w szereg, a wynik ten jest w znacznej mierze losowy. Istotną z punktu widzenia niniejszej sprawy cechą, wyróżniającą te maszyny od innych, jest to, że nie wypłacają one same wygranych w jakiegokolwiek formie. Wygrane, jeśli zaistnieją, muszą zostać odebrane bezpośrednio od osoby odpowiedzialnej za działanie urządzeń.

17. Zgodnie ze szwedzkim kodeksem karnym organizowanie publicznych gier losowych o stawkach o znacznej wartości stanowi przestępstwo, chyba że co do zasady ten rodzaj gry: i) nie jest zakazany przez ustawę o loteriach lub ii) możliwe jest uzyskanie na nią zezwolenia zgodnie z tym aktem, a organizator uzyskał takie zezwolenie.

18. Przed dniem 1 stycznia 1995 r. działalność związana z wykorzystaniem automatów do gier była całkowicie zakazana poza przypadkami, gdy znajdowały się one na pokładach statków żeglujących po wodach międzynarodowych. Od tego czasu nowa ustawa o loteriach, przyjęta w 1994 r. (zwana dalej „ustawą z 1994 r.”), umożliwiła udzielanie zezwoleń na działalność z wykorzystaniem niektórych rodzajów takich urządzeń na terytorium Szwecji.

19. Ustawa z 1994 r. zakazuje prowadzenia ogólnie dostępnych loterii bez posiadania zezwolenia. Pojęcie loterii obejmuje również „gry bingo, gry na automatach, gry cylindryczne, kości, karty, listy rozsyłane systemem łańcuskowym i inne podobne gry”. W tych przypadkach zakaz obejmuje wszystkie sytuacje, gdy gry są organizowane dla osiągnięcia zysku — niezależnie od tego, czy gry takie są dostępne publicznie, czy też nie.

20. W pierwotnej wersji ustawy automaty do gier były zdefiniowane w sposób wyczerpujący jako maszyny wypłacające wygrane rzeczowe, w postaci gotówki, bonów, żetonów lub im podobnych, o ile szanse wygrania są losowe, lub też wypłacające wygrane w formie gotówki, o ile szanse wygrania zależą od zręczności gracza.

21. Na wykorzystywanie takich automatów może być wydane zezwolenie pod określonymi warunkami, dotyczącymi w szczególności wartości stawek i wygranych.

22. Wykładnia tych postanowień w odniesieniu do automatów, które same nie wypłacają wygranych w jakiegokolwiek formie, dała początek pewnym rozbieżnościom. Niektóre sądy apelacyjne interpretowały ustawę z 1994 r. w ten sposób, że nie odnosi się

ona w ogóle do takich automatów, a więc że ich wykorzystywanie ani nie jest zakazane, ani nie wymaga uzyskania zezwolenia.

Jednakże notyfikacja i ponowne uchwalenie nastąpiło po okresie istotnym dla niniejszej sprawy, trwającym od stycznia 1997 r. do kwietnia 1998 r.

23. Aby usunąć najwidoczniej niezamierzoną lukę prawną, przyjęto zmianę do ustawy z 1994 r., obowiązującą od dnia 1 stycznia 1997 r. (zwaną dalej „zmianą z 1996 r.”). Definicja „automatu do gier” została rozszerzona na wszelkie „mechaniczne lub elektroniczne automaty do gier”, jednakże możliwość uzyskania zezwolenia nadal dotyczyła wyłącznie wcześniej wymienionych kategorii urządzeń, wypłacających nagrody samodzielnie. W efekcie prowadzenie działalności w zakresie organizowania gier w celu osiągnięcia zysku lub w sposób dostępny publicznie na automatach takich, jak będące przedmiotem sporu, nadal było zabronione.

26. W postępowaniu przed sądem krajowym S. Lindberg wskazuje, że zgodnie z dyrektywą należało dokonać notyfikacji zmiany z 1996 r., stanowiącej podstawę do wniesienia aktu oskarżenia, a skoro tak się nie stało, przepisy w zmienionym brzmieniu nie mogą być egzekwowane w stosunku do niego.

27. Taki pogląd wydaje się być akceptowany przez oskarżyciela publicznego, który nie sprzeciwia się uniewinnieniu od zarzutu nielegalnego organizowania gier.

24. Zmiany z 1996 r. nie notyfikowano Komisji jako projektu przepisu technicznego. Rząd szwedzki uznał, iż zmiana ta była wyłącznie uszczegółowieniem obowiązujących poprzednio regulacji i nie powodowała konieczności dokonania notyfikacji zgodnie z dyrektywą.

28. Jednak przed wydaniem rozstrzygnięcia Högsta Domstolen zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

25. Jednakże niektóre organy wyraziły wątpliwości co do trafności tego poglądu. W konsekwencji — nie zmieniając swojego wstępnego stanowiska — rząd postanowił, by jednak dokonać notyfikacji. Po notyfikacji zmiana została uchwalona na nowo z datą wejścia w życie od dnia 1 lutego 2002 r.

„1) Czy wprowadzenie w przepisach krajowych zakazu używania produktu może stanowić przepis techniczny, który należy notyfikować na mocy dyrektywy [83/189/EWG]?

2) Czy wprowadzenie w przepisach krajowych zakazu obejmującego usługę, który ma wpływ na używanie jakiegoś produktu, może stanowić przepis techniczny, który należy notyfikować na mocy dyrektywy?

— wpływ nowych przepisów prawa wewnętrznego na używanie, jeżeli używanie to może polegać na całkowitym zakazie używania lub na używaniu zakazanym lub ograniczonym w jednym z możliwych rodzajów zastosowań?”.

3) Czy zdefiniowanie na nowo w przepisach krajowych usługi mającej związek z budową produktu może stanowić przepis techniczny, który należy notyfikować na mocy dyrektywy, jeżeli nowa definicja ma wpływ na używanie produktu?

29. Uwagi na piśmie zostały złożone przez S. Lindberga (który odwołuje się do pism procesowych, które wniósł do sądów krajowych), rządy portugalski, szwedzki i Zjednoczonego Królestwa oraz przez Komisję. Podczas rozprawy przedstawione zostały ustne wystąpienia w imieniu S. Lindberga, rządów francuskiego i portugalskiego oraz Komisji.

4) Jaką wagę należy przywiązywać do następujących okoliczności wobec obowiązku notyfikacji, który nakłada dyrektywa:

— przejście w krajowych przepisach z systemu zezwoleń na system zakazów;

Ocena

— większa lub mniejsza wartość produktu (usługi);

— wielkość rynku produktu (usługi);

30. Przed rozważeniem pytań sądu krajowego, pomocne będzie rozstrzygnięcie dwóch zagadnień wstępnych: zakresu tych pytań w odniesieniu do faktycznych lub potencjalnych ograniczeń w handlu oraz do prawa państw członkowskich do regulowania gier losowych, a także znaczenia chwili wprowadzenia omawianego zakazu do prawa krajowego.

Zakres pytań

31. Zagadnienie, co do którego sąd krajowy oczekuje wskazówek, dotyczy tego, czy zmiana z 1996 r. mieści się w wynikającym z obowiązującej wówczas wersji dyrektywy pojęciu przepisu technicznego.

32. Obowiązek notyfikacji zgodnie z dyrektywą zależy od tej definicji, a nie od tego, czy efektem zmiany było powstanie faktycznych lub potencjalnych ograniczeń w handlu wewnątrzwspólnotowym.

33. Prawdą jest, iż celem dyrektywy jest ochrona swobodnego przepływu towarów.

34. Jednakże mechanizm, z którego korzysta dyrektywa, ma charakter kontroli prewencyjnej. Obowiązek państw członkowskich uczestnictwa w tej kontroli nie może być uzależniony od faktycznego braku zgodności pomiędzy przepisem, o którym mowa, a postanowieniami traktatu dotyczącymi swobodnego przepływu towarów.

35. Przy ocenie, czy przepis jest zgodny z postanowieniami traktatu co do swobod-

nego przepływu towarów, niezbędne jest zbadanie nie tylko, czy istnieje ograniczenie w handlu, ale również czy takie ograniczenie może być uzasadnione którymś z określonych w traktacie lub w orzecznictwie względów i czy jest ono proporcjonalne do zamierzonego celu. Jednak niewłaściwe byłoby rozpatrywanie tych czynników przed rozstrzygnięciem, czy dany przepis powinien być notyfikowany w ramach systemu kontroli prewencyjnej. Mechanizm kontroli jest sam w sobie zaprojektowany tak, by ocenić te czynniki, i uległby poważnemu osłabieniu, gdyby został w ten sposób pozbawiony przypisanych mu prerogatyw. Ponadto, jak miałem już okazję zauważyć⁹, każda potrzeba dokonania uprzedniej oceny skutków przepisu spowodowałaby, iż ustalenie, o które przepisy chodzi, byłoby trudniejsze.

36. Prawdą jest również, że art. 10 ust. 2 zawiera wyłączenie w odniesieniu do przepisów, które nie utrudniają swobodnego przepływu towarów.

37. Jednakże wyłączenie to dotyczy jedynie przepisów zakazujących wytwarzania produktu i zwalnia jedynie z obowiązku odroczenia przyjęcia przepisu, a nie z obowiązku notyfikacji. Dlatego też nie jest on istotny z punktu widzenia niniejszej sprawy.

9 — Zobacz pkt 48 mojej opinii w sprawie Sapod Audic, przywołanej w przypisie 4.

38. Wreszcie prawdą jest, że choć w wyroku w sprawie CIA Security International Trybunał uznał, że „niedopełnienie obowiązku notyfikacji stanowi istotną wadę proceduralną, która powoduje, że odnośne przepisy techniczne są nieskuteczne w stosunku do podmiotów prywatnych”¹⁰, to następnie w wyroku w sprawie Van der Burg Trybunał nie uznał za niezbędne, by orzekać o tym, czy ta nieskuteczność obejmuje wszystkie sprawy, czy jedynie sprawy wiążące się z faktycznym ograniczeniem w handlu lub swobodnym przepływie towarów w konkretnej sprawie. Jednakże rzecznik generalny Ruiz-Jarabo w ostatniej z przywołanych spraw zajął stanowisko, że przepis techniczny, którego nie notyfikowano, powinien zostać uznany za nieobowiązujący jedynie, jeśli prawdopodobne jest, że utrudni używanie lub wprowadzanie na rynek konkretnego produktu¹¹. Wydaje się, że pogląd ten został przyjęty również we wcześniejszym wyroku Trybunału w sprawie Lemmens¹².

a zatem także na przywóz produktu do tego państwa¹³. Zatem ostatnie z wymienionych zagadnień nie wydaje się występować w okolicznościach niniejszej sprawy.

40. W konsekwencji szereg uwag przekazanych przez rząd portugalski, dotyczących ogólnie zgodności środków podejmowanych przez państwa członkowskie w ramach suwerennego uprawnienia do regulowania gier losowych w interesie publicznym z postanowieniami traktatu o swobodnym przepływie towarów oraz dotyczących uzasadnienia takich przepisów w świetle charakteru gier, nie odgrywa bezpośrednio istotnej roli dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

41. Wskazać można jedynie, iż Trybunał potwierdził ostatnio, że przepisy krajowe ograniczające prowadzenie gier losowych mogą być uzasadnione ze względu na nadrzędne względy interesu publicznego pomimo stanowienia bariery w swobodnym handlu¹⁴.

39. Jednak pytania sądu odsyłającego są oparte na założeniu, że wspomniany przepis krajowy ma wpływ na korzystanie w Szwecji z określonych automatów do gier. Wydaje się oczywiste, że przepis, który wywiera wpływ na używanie danego produktu w określonym państwie członkowskim, wpłynie również na sprzedaż takiego produktu w tym państwie,

Data wprowadzenia omawianego zakazu

42. Pytania sądu krajowego opierają się ponadto na założeniu, że zakaz organizowa-

10 — Przywołany w przypisie 9, pkt 48.

11 — Wyrok z dnia 8 marca 2001 r. w sprawie C-278/99, Rec. str. I-2015; zob. pkt 17 i 23 wyroku oraz pkt 20 i 24 opinii.

12 — Wyrok z dnia 16 czerwca 1998 r. w sprawie C-226/97, Rec. str. I-3711, pkt 36.

13 — Zobacz wyrok z dnia 14 lipca 1998 r. w sprawie C-284/95 Safety Hi-Tech, Rec. str. I-4301, pkt 29–32.

14 — Wyrok z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-6/01 Anomar i in., Rec. str. I-8621, pkt 62–75.

nia gier losowych na określonych automatach został wprowadzony w drodze zmiany z 1996 r. i nie był zawarty uprzednio w ustawie z 1994 r.

43. Jednak rząd szwedzki podnosi w uwagach na piśmie, że zmiana nie wprowadziła żadnej istotnej modyfikacji przepisów oraz że zakaz, o którym mowa obowiązywał już od 1995 r. Dlatego też rząd wnosi o stwierdzenie przez Trybunał, że obowiązek notyfikacji nie dotyczy przepisu technicznego, który nie zmienia istniejącego stanu prawnego.

44. Oczywiście jest, iż Trybunał nie jest uprawniony do dokonywania wykładni ustawodawstwa szwedzkiego. Jedynie sąd krajowy może stwierdzić, czy omawiany zakaz został wprowadzony na mocy ustawy z 1994 r. czy też zmiany z 1996 r. Dlatego przedstawionymi zagadnieniami należy zająć się w oparciu o przyjęte przez ten sąd założenie, że to właśnie zmiana z 1996 r. spowodowała wprowadzenie zakazu.

45. Z tego względu ograniczę się jedynie do dwóch uwag co do przeciwnej hipotezy, wysuniętej przez rząd szwedzki.

46. Po pierwsze, wydaje się rozsądne, iż zmiana, która wpływa jedynie na brzmienie

przepisu technicznego, ale nie modyfikuje istniejącego stanu prawnego, nie powinna podlegać obowiązkowi notyfikacji zgodnie z dyrektywą. Trybunał w wyroku w sprawie Colim¹⁵ stwierdził, że „przepis krajowy, który odtwarza lub zastępuje, bez dodawania nowych lub dodatkowych specyfikacji przepisy techniczne już istniejące i należycie notyfikowane Komisji, wydane po wejściu w życie [dyrektywy], nie może być uważany za »projekt« przepisu technicznego [...] ani w konsekwencji podlegać obowiązkowi notyfikacji”.

47. Jednak raczej rzadko się zdarza, by zmiana brzmienia przepisu nie miała żadnego wpływu na jego zawartość merytoryczną. W sytuacji gdy istnieje ewentualność takiego wpływu — a wydaje się, że szwedzkie władze nie uważały jednomyślnie, iż zmiana z 1996 r. nie zmodyfikowała istniejącego prawa — niezbędne wydaje się dokonanie notyfikacji w celu kontroli prewencyjnej, która stanowi „raison d'être” ustanowionego dyrektywą systemu. Można tu przypomnieć, że zgodnie z art. 8 ust. 1 akapit trzeci państwa członkowskie muszą ponownie poinformować o projekcie, jeśli dokonują w nim istotnych zmian.

48. Po drugie, jeśli ustawa z 1994 r. zawierała omawiany zakaz od momentu jej pierwotnego uchwalenia oraz jeśli uchwalenie to

15 — Wyrok z dnia 3 czerwca 1999 r. w sprawie C-33/97, Rec. str. I-3175, pkt 22.

miało miejsce po wejściu w życie Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym ze Szwecją jako jednym z jego członków, w takim wypadku należy zauważyć, że w przeciwieństwie do poglądu wyrażonego przez oskarżyciela publicznego dyrektywa obowiązywała już wówczas w stosunku do Szwecji¹⁶.

49. Jednak mająca wówczas zastosowanie wersja dyrektywy wymagałaby odmiennej analizy. Czas wyznaczony na wdrożenie zmian wprowadzonych dyrektywą 94/10, odnoszącą się do ustawodawstwa krajowego przyjętego w 1996 r., upływał dopiero dnia 1 lipca 1995 r. Zmiany te znacząco rozszerzyły definicję przepisów technicznych. Ponadto zobowiązania rządu szwedzkiego oraz skutki uchybienia tym zobowiązaniom podlegałyby ocenie w świetle statusu, jaki w 1994 r. posiadała Szwecja jako członek Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a nie Unii Europejskiej, do której przystąpiła w dniu 1 stycznia 1995 r.

W przedmiocie pytania pierwszego

50. Pierwsze pytanie dotyczy kwestii, czy wprowadzenie do prawa krajowego zakazu

używania produktu może stanowić przepis techniczny, który należy notyfikować na mocy dyrektywy.

51. Na tak ogólnie postawione pytanie odpowiedź jest oczywiście pozytywna. Artykuł 1 pkt 9 dyrektywy stanowi, że pojęcie przepisu technicznego obejmuje „przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne [...] zakazujące [...] używania produktu”. Taki zakaz mieści się więc w trzeciej kategorii przepisów technicznych, o której mowa w art. 1 pkt 9 dyrektywy oraz w pkt 7 powyżej.

52. Jednak przepis, o który chodzi w postępowaniu przed sądem krajowym, może zakazywać nie tyle używania danego produktu, co bardziej pośrednio, świadczenia usługi, co ma wpływ na to używanie. Z orzecznictwa wyraźnie wynika¹⁷, że publiczne udostępnienie możliwości korzystania z automatów do gier stanowi usługę.

53. Sąd krajowy dopuszcza taką ewentualność w drugim i trzecim pytaniu.

16 — Zobacz art. 3, 7, 8, 23 i 129 ust. 3 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym, łącznie z pkt 11 protokołu 1 oraz pkt 1 rozdziału XIX aneksu II do porozumienia (Dz.U. 1994, L 1, str. 3, 9–11, 30, 38, 263 oraz 313–315).

17 — Zobacz np. wyrok w sprawie C-124/97 Läära i in., Rec. str. I-6067 oraz przywołany w przypisie 14 wyrok w sprawie Anomar i in., w szczególności pkt 56.

W przedmiocie pytania drugiego

54. W związku z powyższym drugie z pytań dotyczy tego, czy wprowadzenie w przepisach krajowych zakazu obejmującego usługę, który ma wpływ na używanie danego produktu, może stanowić przepis techniczny, który należy notyfikować na mocy dyrektywy.

55. W mającej zastosowanie wersji dyrektywy obowiązek notyfikacji dotyczy jedynie przepisów technicznych odnoszących się do produktów, a nie przepisów odnoszących się do usług. Dopiero wraz z wejściem w życie dyrektywy 98/34 w brzmieniu zmienionym dyrektywą 98/48 obowiązek ten uległ rozszerzeniu także w stosunku do pewnych rodzajów usług, jednak nadal nie do tego rodzaju usług, którego dotyczy niniejsza sprawa¹⁸.

56. Fakt ten nie ma tutaj jednakże znaczenia, ponieważ zagadnienie nie dotyczy obrotu usługami, lecz ewentualnego wpływu zakazu świadczenia konkretnej usługi na handel produktami. Przepis zakazujący świadczenia usługi, do której wykorzystuje się konkretny produkt, w sposób oczywisty zakazuje również używania tego produktu do świadczenia tej usługi. Jeśli produkt nie może być używany bez ograniczeń do innych celów, zakaz skutkować będzie z kolei całkowitym

zakazem używania tego produktu lub też koniecznością spełnienia przez niego określonych wymagań technicznych w zamiarze wykorzystania do innego, dozwolonego celu.

57. W tym względzie rząd portugalski stwierdza jednakże, iż zgodnie z maksymą „accessorium sequitur principale” normy zakazujące lub ograniczające świadczenie usługi, a tym samym wpływające na używanie produktu niezbędnego do świadczenia takiej usługi, nie mogą stanowić przepisów technicznych w odniesieniu do samego produktu.

58. Jednak Trybunał w wyroku w sprawie Anomar i in.¹⁹ wyraźnie zaznaczył, że chociaż działalność polegająca na wykorzystywaniu urządzeń do gier losowych podlega postanowieniom traktatu dotyczącym swobody świadczenia usług, to ich przywóz podlega przepisom dotyczącym swobodnego przepływu towarów, pomimo związku, jaki występuje między nimi.

59. W konsekwencji musi istnieć możliwość oceny przepisu, który dotyczy zarówno kwestii prowadzenia działalności w zakresie

18 — Zobacz wyżej pkt 13.

19 — Przywołany w przypisie 14, pkt 55.

wykorzystywania automatów do gier losowych, jak i kwestii ich używania (co z kolei wpływa na handel tymi urządzeniami) w kontekście zarówno swobody świadczenia usług co do pierwszej w tych kwestii, a także w kontekście swobodnego przepływu towarów co do drugiej z kwestii (w tym możliwości, że może on stanowić przepis techniczny).

60. Z tego względu w niniejszej sprawie można by uznać, iż norma, która zabrania organizowania gier w sposób dostępny publicznie lub w celu osiągnięcia zysku na automatach, które same nie wypłacają wygranych, stanowi zakaz używania takich urządzeń lub wymóg, by wszystkie automaty były skonstruowane w taki sposób, aby wypłacały wygrane rzeczowe w postaci gotówki, bonów, żetonów itp.

61. Jeśli chodzi o pierwszą ewentualność, rząd Zjednoczonego Królestwa wskazuje, że prawodawstwo szwedzkie jedynie ogranicza używanie tych urządzeń, ale nie zabrania go. Zatem z tego względu uregulowania te nie mieszczą się w definicji przepisu technicznego.

62. Jednak, moim zdaniem, niezbędne jest bliższe zbadanie nieobjętych zakazem możliwości używania urządzeń.

63. W jakim stopniu automat do gry może służyć celowi, dla którego został zaprojektowany, jeśli nie można go używać dla osiągnięcia zysku ani nie może być on publicznie dostępny? Przypuszczalnie niektóre formy prywatnego użytku byłyby nadal dopuszczalne, ale należy mieć na uwadze, że szwedzkie przepisy dotyczące loterii wydają się uznawać prywatne kluby za mieszczące się w definicji pojęcia „publiczne”²⁰.

64. Zakaz używania produktu, stanowiący niemalże zakaz jego posiadania, w praktyce nigdy nie obierze formy pełnego zakazu wszystkich dających się wyobrazić rodzajów zastosowania tego produktu (automat do gier mógłby zostać użyty jako odbiór do drzwi, jednak niewiele osób chciałoby go nabyć w tym celu).

65. Rozpatrując, czy zakaz świadczenia usługi, który wpływa na używanie produktu, stanowi zakaz używania tego produktu, należy pominąć czysto marginalne zastosowania, do których produkt mógłby być nadal używany, ale do których nie został zaprojektowany²¹. Jeśli jedynie takie zastosowania pozostają dopuszczalne, to należy uznać, że ma miejsce zakaz używania mieszczący się w trzeciej kategorii przepisu technicznego, o której mowa w art. 1 pkt 9 dyrektywy oraz w pkt 7 powyżej. Jeśli jednak, z drugiej

²⁰ — Artykuł 1 ust. 2 ustawy.

²¹ — Zobacz pkt 25 wyroku w sprawie Lemmens, przywołanego w przypisie 12.

strony, dostępne zastosowania produktu są raczej jedynie ograniczone niż czysto marginalne, zgodziłbym się z rządem Zjednoczonego Królestwa, że nie występuje zakaz używania w rozumieniu dyrektywy.

66. Zgadzam się również z sugestią rządu portugalskiego ogłoszoną podczas rozprawy, że jeśli omawiany produkt jest urządzeniem, które może zostać zaprogramowane do różnych funkcji, a zakaz dotyczy jedynie jednej z tych funkcji, to również nie występuje zakaz używania produktu w rozumieniu dyrektywy.

67. Jeśli chodzi o drugą możliwość — iż przepis zabraniający organizowania gier przy użyciu automatów, które same nie wypłacają wygranych, można by uznać za wymóg, by wszystkie automaty do gry były skonstruowane w taki sposób, aby wypłacać wygrane — to mają tu zastosowanie te same rozpatrywane argumenty. W szczególności możliwość jedynie marginalnego zastosowania produktu do celów, do których nie został on zaprojektowany, musi zostać odrzucona.

68. Jednak zamiast rozważać, czy zakaz świadczenia rozpatrywanej usługi mógłby

być uznany za całkowity zakaz używania danego produktu, należałoby rozpatrzyć, czy zakaz taki oznacza zakaz takiego używania, o ile produkt nie spełnia pewnych kryteriów technicznych (obowiązujących w przypadku innych, dozwolonych zastosowań). Równałoby się to wymaganiu, iż w celu używania produktu musi on spełniać te kryteria, co mogłoby oznaczać, że zakaz stanowi specyfikację techniczną określającą wymagane cechy produktu, w ramach pierwszej kategorii przepisów technicznych, o której mowa w art. 1 pkt 9 dyrektywy oraz w pkt 5 powyżej, a także jak definiuje to art. 1 pkt 2.

69. W niniejszej sprawie wydaje się, że wymóg takiej konstrukcji automatów do gier, by wypłacały one wygrane w określony sposób, wyraźnie mieści się w zwykłym znaczeniu terminu „specyfikacja techniczna”, a przy tym nic odmiennego nie wynika z definicji zawartej w art. 1 pkt 2 dyrektywy.

70. Dlatego też w przypadku gdy istnieje zakaz świadczenia usługi przy wykorzystaniu konkretnego produktu, skutkiem czego używanie tego produktu w celu świadczenia

takiej usługi jest również zakazane, należy zadać sobie następujące pytania:

W przedmiocie pytania trzeciego

— Czy w ogóle możliwe jest legalne używanie tego produktu w jakimś innym celu, do jakiego został on zaprojektowany i który nie jest zastosowaniem czysto marginalnym?

73. Trzecie pytanie dotyczy kwestii, czy ponowne zdefiniowanie w przepisach krajowych usługi mającej związek z budową produktu może stanowić przepis techniczny, który należy notyfikować, jeśli nowa definicja ma wpływ na używanie produktu.

— Jeśli tak, to czy można go legalnie używać w takim celu jedynie, jeśli spełni pewne specyfikacje techniczne?

71. Jeśli odpowiedź na pierwsze pytanie jest negatywna lub odpowiedź na drugie pytanie jest pozytywna, wówczas zakaz świadczenia usługi stanowi przepis techniczny, który należy notyfikować na mocy dyrektywy.

74. Próba znalezienia odpowiedzi na to pytanie na tak ogólnym poziomie nie byłaby prosta, a być może nie byłaby nawet pomocna. Pytanie należy raczej rozważać w kontekście, w którym występuje, jako odnoszące się do ponownej definicji usługi regulowanej (to znaczy dozwolonej jedynie z zastrzeżeniem pewnych warunków), która, z uwagi na to, że dotyczy konstrukcji produktu używanego do takiej usługi, wpływa na używanie tego produktu.

72. Ocena w tym zakresie należy do sądu krajowego, ale na podstawie akt sprawy wydaje się, że prawdopodobnie omawiana norma krajowa zostanie uznana za przepis techniczny, który wymaga notyfikacji zgodnie z dyrektywą, chyba że faktycznie istnieją możliwości wykorzystania automatów do celu, do którego zostały zaprojektowane, a mianowicie do gier losowych, które to możliwości nie są czysto marginalne i nie wymagają takiej konstrukcji automatów, aby wypłacały one wygrane.

75. Znaczna część odpowiedzi na to pytanie wynika z odpowiedzi na pytanie drugie. O ile usługa jest zabroniona lub ograniczona w taki sposób, iż zakazuje się używania konkretnego produktu, czy to całkowicie, czy też o ile produkt nie spełnia pewnych kryteriów technicznych, wówczas wprowadzenie przepisu ograniczającego lub zakazującego będzie stanowiło przepis techniczny, który należy notyfikować w formie projektu.

76. Dalszym elementem w pytaniu trzecim jest okoliczność, iż dotyczy ono ponownej definicji usługi, a nie wprowadzenia zakazu tej usługi.

można a contrario przyjąć, iż przepis, który dodaje nowe lub dodatkowe specyfikacje, podlega takiemu obowiązkowi.

77. Odwoływałem się już do wyroku w sprawie Colim oraz do art. 8 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy²², które — jak to podkreśla Komisja — wskazują na właściwe podejście do tego zagadnienia.

80. Innymi słowy, zaistnienie obowiązku notyfikacji zależy raczej od skutków niż od samego charakteru ponownej definicji.

W przedmiocie pytania czwartego

78. Zgodnie z celem uzasadniającym wprowadzenie art. 8 ust. 1 akapit trzeci obowiązku wyraźnej notyfikacji Komisji podlega każda ponowna definicja usługi, skutkująca zmianami, które w istotny sposób wpływają na zakres przepisu technicznego, dodają więcej specyfikacji lub wymagań lub zaostrzają wspomniane specyfikacje lub wymagania. Stosuje się to tym bardziej wówczas, gdy ponowna definicja faktycznie wprowadza przepis techniczny w rozumieniu dyrektywy.

81. Wreszcie sąd krajowy oczekuje odpowiedzi, czy:

— zastąpienie wymogu uzyskania zezwolenia zakazem,

79. Jeśli zaś przepis, który odtwarza lub zastępuje istniejący przepis techniczny bez dodawania nowych lub dodatkowych specyfikacji nie podlega obowiązkowi notyfikacji,

— wartość omawianego produktu lub usługi,

— wielkość rynku produktu lub usługi lub

²² — Zobacz wyżej pkt 46 i 47.

— okoliczność, iż nowy przepis odnośnie do używania wywołuje skutek w postaci całkowitego zakazu lub ograniczenia używania w jednym z szeregu możliwych obszarów zastosowań

prowadzenie działalności od uprzedniego uzyskania zezwolenia nie stanowią przepisów technicznych²³.

są okolicznościami wpływającymi na obowiązki notyfikacji.

82. Jeśli chodzi o pierwszą i czwartą z tych okoliczności, to na podstawie tego, co już zostało wskazane, odpowiedź wydaje się jasna.

83. Wprowadzenie zakazu używania produktu mieści się w definicji z art. 1 pkt 9 dyrektywy, natomiast ograniczenie, które zezwala na używanie produktu na inne sposoby, które nie są praktycznie marginalne, nie podlega tej definicji.

84. W tym względzie nie wydaje się istotne, czy właśnie objęte zakazem zastosowanie było uprzednio dozwolone bez ograniczeń, czy podlegało obowiązkowi uzyskania zezwolenia, ponieważ przepisy uzależniające

85. Druga i trzecia ze wskazanych okoliczności wydają się podnosić kwestię ewentualnego wyłączenia de minimis co do obowiązku notyfikacji.

86. Jak zauważa Komisja, dyrektywa nie określa żadnego takiego wyłączenia, być może poza wyłączeniem odnoszącym się do obszaru, który można by wyprowadzić z art. 1 pkt 9: specyfikacje techniczne i inne wymagania, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe przynajmniej na znacznej części obszaru państwa członkowskiego, nie mieszczą się w definicji przepisu technicznego. Ponieważ brak jest wskazania, by omawiany zakaz był w jakikolwiek sposób ograniczony terytorialnie, aspekt ten nie jest istotny dla niniejszej sprawy.

87. Ponadto niezależnie od tego, czy istnieje jakakolwiek możliwość zastosowania zasady de minimis przy ustalaniu istnienia ograniczeń w handlu — a Trybunał często wyrażał pogląd, iż brak takiej możliwości — powyższe podejście nie wydaje się odpowiednie w kontekście systemu kontroli przewencyjnej, ponieważ system ten jest zaprojektowany w szczególności, aby umożliwić ocenę faktycznego lub potencjalnego skutku dla

23 — Zobacz wyrok z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-390/99 Canal Satellite Digital, Rec. str. I-607, pkt 45.

handlu. W każdym razie z uwag Komisji wynika, że szwedzkie podmioty gospodarcze, producenci oraz importerzy omawianych automatów do gier złożyli szereg skarg dotyczących restrykcyjnych skutków zmiany z 1996 r. Taka sytuacja wydaje się wskazywać, że jakie by owe skutki nie były, z pewnością nie są one pozbawione znaczenia.

91. Dla przykładu pozostają przy opinii, iż istnieją trudności w przyjęciu takiego podejścia w pewnych postępowaniach między podmiotami prywatnymi²⁴. Odwoływałem się już także do opinii rzecznika generalnego Ruizza-Jaraba, że jedynie przepisy, które mogą utrudniać używanie lub sprzedaż konkretnego produktu, powinny zostać uznane za nieskuteczne²⁵.

Uwagi końcowe

88. Na podstawie powyższej analizy, w zależności od dalszych niezbędnych ustaleń faktycznych, wydaje się możliwe, że sąd krajowy uzna, iż zmiana z 1996 r. stanowiła przepis techniczny w rozumieniu dyrektywy.

92. Jednak wydaje się, że nie mamy do czynienia z taką graniczną sytuacją w obecnej sprawie, która to sytuacja wyraźnie mieści się w zakresie obszernego orzecznictwa stanowiącego, że przepisy krajowe niezgodne z obowiązującą państwo członkowskie dyrektywą nie mogą być egzekwowane wobec podmiotów prywatnych i która dotyczy normy bez wątpienia mogącej utrudniać używanie lub sprzedaż określonego produktu.

89. Jeśli tak jest w istocie, to z orzecznictwa Trybunału wynika, że ponieważ Komisji nie notyfikowano zmiany zgodnie z dyrektywą, sądy krajowe muszą zaniechać jej stosowania.

93. Sprawa niniejsza nie jest też porównywalna ze sprawą Lemmens²⁶, w której Trybunał orzekł, że niedopełnienie obowiązku

90. Niemniej jednak w mojej ocenie muszą istnieć pewne granice odnośnie do obowiązku niestosowania takich przepisów.

24 — Zobacz pkt 99–102 mojej opinii w sprawie C-443/98 Unilever (wyrok z dnia 26 września 2000 r., Rec. str. I-7535).

25 — Zobacz wyżej pkt 11.

26 — Przywołana w przypisie 12.

notyfikacji przepisu technicznego dotyczącego analizatora wydechu nie mogło zostać użyte jako środek obrony przeciwko oskarżeniu w sprawie karnej wniesionemu na podstawie innego przepisu, ale opartemu na dowodzie uzyskanym za pomocą urządzenia

dopuszczonego zgodnie z tym przepisem technicznym. W tym przypadku oskarżenie jest związane z naruszeniem przepisu, który sam w sobie nie był notyfikowany i wobec tego musi istnieć możliwość obrony przy użyciu argumentu o braku notyfikacji.

Wnioski

94. W związku z powyższym jestem zdania, iż Trybunał powinien udzielić Högsta Domstolen następujących odpowiedzi:

- 1) Wprowadzenie do prawa krajowego zakazu używania produktu stanowi przepis techniczny, który należy notyfikować na mocy dyrektywy Rady 83/189/EWG z dnia 28 marca 1983 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych.
- 2) Wprowadzenie do prawa krajowego zakazu obejmującego usługę, który ma wpływ na używanie produktu, stanowi przepis techniczny, który należy notyfikować na mocy dyrektywy 83/189/EWG, jeśli w wyniku zakazu:
 - produkt nie może być legalnie używany w jakimkolwiek celu, do którego został on zaprojektowany i który nie jest zastosowaniem czysto marginalnym,

lub też

— produkt może być legalnie używany w takim celu, jeśli spełnia określone specyfikacje techniczne.

- 3) Ponowne zdefiniowanie w przepisach krajowych usługi mającej związek z budową produktu stanowi przepis techniczny, który należy notyfikować na mocy dyrektywy 83/189, jeśli nowa definicja wpływa w któryś z powyższych sposobów na używanie produktu.
- 4) Zastąpienie w prawie krajowym wymogu uzyskania zezwolenia zakazem podlega takiemu samemu obowiązkowi notyfikacji jak wprowadzenie zakazu.
- 5) Okoliczności takie jak większa lub mniejsza wartość produktu lub usługi objętej zakazem lub też wielkość rynku takiego produktu lub usługi nie są istotne z punktu widzenia obowiązku notyfikacji.