

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 maja 2017 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

SSO Hanna Bartkowiak

SSO Ewa Taberska (spr.)

SSO Małgorzata Winkler - Galicka

Protokolant st. prot. sąd. Martyna Karpińska

przy udziale Bogusława Tupaja Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Poznaniu

po rozpoznaniu w dniu 16 maja 2017 r. sprawy **M. W.**

oskarżonego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego od wyroku Sądu Rejonowego w Pile z dnia 17 stycznia 2017 r. - sygn. akt II K 1006/16

1. Utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok.
2. Zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 złotych i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 2000 złotych.

Małgorzata Winkler-Galicka Hanna Bartkowiak Ewa Taberska

UZASADNIENIE

M. W. został oskarżony o to, że będąc Prezesem Zarządu firmy (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., przy ul (...), urządził wbrew przepisom określonym w art. 6 ust.1, art. 14 ust.1 oraz art. 23a ust.1 w zw. z art.2 ust.3 ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych(Dz.U. z 2016r., poz. 471, poza kasynem gry, tj. w sklepie monopolowym (...), mieszczącym się w P., przy ul. (...) lok.3, gry o wygrane pieniężne zawierające elementy losowości:

– w okresie od dnia 19.11.2015r. do dnia 02.02.2016r. – gry na automacie o nazwie: (...) o nr (...)

– w okresie od dnia 14.01.2016r. do dnia 02.02.2016r. – gry na automacie o nazwie: (...) o nr (...)

tj. o przestępstwo z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks

Sąd Rejonowy w Pile wyrokiem z dnia 17 stycznia 2017r. uznał oskarżonego M. W. za winnego czynu opisanego wyżej, tj. przestępstwa z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks i za to na podstawie art. 107 § 1 kks wymierzył oskarżonemu karę grzywny w wysokości 200 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych, a na podstawie art. 30 § 5 kks orzekł przepadek automatów do gier o nazwie: (...) o nr (...) i (...) o nr (...)

Apelację od tego wyroku złożył a ob r ońca oskarżonego – K. 550 – 555 .

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do apelacji obrońcy w pierwszej kolejności podnieść należy, iż jak wynika z aktu oskarżenia, oskarżonemu M. W. zarzucono działanie wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, tj. art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23 a ust. 1

w zw. z art. 2 ust. 3 tejże ustawy, przy czym przestępstwa skarbowego z art. 107 §1 kks oskarżony ten miał się dopuścić w okresach od 19.11.2015r. do 2.02.2016r. i od 14.01.2016r. do 2.02.2016r. W kontekście powyższego zastosowanie w realiach niniejszej sprawy znajdują przepisy ustawy o grach hazardowych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U.2015.1201), której przepisy weszły w życie w dniu 3 września 2015r. – art. 8 tejże Ustawy.

Należy podkreślić, iż tekst ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych we wskazanym wyżej zakresie, a więc także uwzględniającym obecne brzmienie art. 14 ust. 1 u.g.h. został notyfikowany Komisji Europejskiej w dniu 5 listopada 2014r. pod numerem 2014/0537/PL zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym zgodnie z § 4 rozporządzenia 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 oraz z 2004 r. Nr 65, poz. 597), które wdraża dyrektywę 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającą procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21.07.1998, str. 37 z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 20, str. 337). Komisja Europejska nie wniosła zastrzeżeń co do notyfikowanej jej Ustawy o zmianie Ustawy o grach hazardowych.

Uwzględniając stan prawny obowiązujący od dnia 3 września 2015 r. należy uznać zakaz gier na automatach poza kasynami gier za w pełni skuteczny (art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 14 ust. 1 u.g.h.). Sam wymóg uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry określony w art. 14 ust. 1 u.g.h. powiązany jest z regulacjami ujętymi w rozdziale 5 ustawy o grach hazardowych, które określają warunki, na jakich możliwe jest uzyskanie prawnej zgody na prowadzenie określonej działalności. Natomiast techniczny charakter regulacji, który należy wiązać ze skutkiem w postaci ograniczenia prowadzenia gier na automatach poza kasynami gry, który pociągał za sobą konieczność notyfikacji tej normy należy wywodzić z regulacji zawartej w art. 14 u.g.h. Nadto wskazać należało, iż obowiązek uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry unormowany jest także w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (art. 46 ust. 1 pkt 7) (Dz.U. Nr 173, poz. 1807) z późniejszymi zmianami.

M. W. będąc Prezesem Zarządu firmy (...) sp. z o.o. prowadzącej działalność gospodarczą w postaci prowadzenia gier hazardowych na automatach, znając wcześniejsze orzeczenia dotyczące jego osoby oraz istniejący problem braku notyfikacji Komisji Europejskiej art. 14 ust. 1 Ustawy o grach hazardowych określającego aspekt przedmiotowy urządzania i prowadzenia gier na automatach tj. określający jednoznacznie miejsce użytkowania tych automatów, a nadto orientujący się zarówno w orzecznictwie krajowym jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i śledzący zmiany w tym zakresie, co wynika zresztą z wyjaśnień oskarżonego złożonych przed Sądem Rejonowym w Ostrowi Maz. Sygn. akt II K 638/16 przedłożonych Sądowi Okręgowemu przez obrońcę na rozprawie odwoławczej, jak i wskazań obrońcy w apelacji – str. 10/11, zdaniem Sądu Okręgowego był świadom tego, że kolejna zmiana ustawy o grach hazardowych, a przede wszystkim art. 14. ust. 1 jako tzw. techniczny, została przedstawiona do notyfikacji już w roku 2014, a zmiana tejże ustawy po notyfikacji weszła w życie w dniu 3 września 2015r. Opinie zaś prawne przedstawione Sądowi Okręgowemu w załączeniu do apelacji prof. dr hab. W. C. oraz prof. dr hab. R. Z. zostały wydane, co zauważa także obrońca, już po czynach przypisanych oskarżonemu w niniejszym postępowaniu, a więc nie mogły przed dokonaniem tych czynów utwierdzić M. W. w przekonaniu, że działa i postępuje zgodnie z wymogami ustawy o grach hazardowych. Opinie te nie są dla Sądu Okręgowego wiążące i mimo oczywistego szacunku dla wiedzy i doświadczenia ich autorów, Sąd Okręgowy nie podziela wywodów tam zawartych związanych z istotą problemów prawnych występujących w niniejszej sprawie.

Notyfikowana zmiana ustawy o grach hazardowych winna zatem, zdaniem Sądu Okręgowego, ponad wszelką wątpliwość zdeterminować działanie oskarżonego po dniu 3 września 2015r. w zakresie dalszego urządzania gier poza kasynem, tj. sklepie monopolowym, skoro nie posiadał koncesji na prowadzenie kasyna gry, nawet gdy miał jeszcze wątpliwości co do potrzeby notyfikacji także art. 6 ust. 1 Ustawy o grach hazardowych, a więc przepisu, który dotyczy strony podmiotowej działalności w zakresie urządzania gier hazardowych.

Wskazać w tym miejscu należy, iż treść art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych wyraźnie stanowi, iż działalność w zakresie urządzania gier hazardowych może prowadzić wyłącznie podmiot posiadający koncesję na prowadzenie

kasyna gry, a takiej koncesji oskarżony M. W. w okresach objętych aktem oskarżenia nie posiadał. Nadto, jeżeli chodzi o naturę przepisu art. 14 ust. 1 Ustawy o grach hazardowych, to zagadnienie technicznego charakteru tej normy w aspekcie dyrektywy 98/34 WE oraz orzecznictwa TSUE nie budziło wątpliwości już od wielu lat i dyskusja ta zakończyła się wraz z wejściem w życie notyfikowanej Unii Europejskiej Ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, której przepis art. 14 ust. 1 został przedstawiony jako przepis techniczny.

Przepis art. 6 ust. 1 Ustawy o grach hazardowych określa natomiast podstawową zasadę odpowiedzialności podmiotu z art. 107 § 1 kks wypełniając normę blankietową wyrażoną w tym przepisie, zarówno przed jak i po wejściu w życie w dniu 3 września 2015r. Ustawy zmieniającej i nie ma charakteru przepisu technicznego.

Wprawdzie rozbieżne stanowisko w tej kwestii zostało ostatecznie ujednoczone treścią Wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016r. C-303/15 – Legalis nr 1508636 oraz w Uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 19 stycznia 2017r. sygn. I KZP 17/16 – Legalis nr 1546363, co w pełni aprobuje Sąd Okręgowy, powołując się zresztą na niektóre z fragmentów uzasadnień tych orzeczeń w niniejszym uzasadnieniu, nie mniej jednak z treści czynu przypisanego oskarżonemu M. W. wynika, iż naruszył on określone zasady Ustawy o grach hazardowych w brzmieniu na dzień 3 września 2015r., także i art. 3 Ustawy, który co prawda nie jest wymieniony wśród naruszanych, lecz wyraźnie wskazujący w brzmieniu obowiązującym w czasie wskazanym w opisie czynu przypisanego, iż urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie.

Podstawowa zasada natomiast, która obowiązywała M. W. została określona w art. 6 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z treścią tego przepisu tempore criminis, działalność w zakresie gier na automatach mogła być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry.

Przepis ten obowiązywał także po zmianie Ustawy, tj. po dniu 3 września 2015r. i nie wyłączał, zdaniem Sądu Okręgowego, odpowiedzialności oskarżonego. W okresie wskazanym w czynie przypisanym zatem oskarżony M. W. w sposób nieuprawniony nadal korzystał z tzw. „wątpliwości notyfikacyjnych”, mimo że z dniem 3 września 2015r., poprzez notyfikowanie Ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych, bez zastrzeżeń ze strony Komisji Europejskiej, zostały jasno i ściśle ustalone reguły prowadzenia działalności w zakresie gier na automatach w skazanych w treści art. 2 ust. 3 Ustawy i to reguły zarówno podmiotowe jak i przedmiotowe wskazane w art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 Ustawy o grach hazardowych w brzmieniu obowiązującym od dnia 3 września 2015r.

Nie sposób zatem podzielić argumentacji obrońcy oskarżonego zawartej w apelacji, iż po stronie oskarżonego brak umyślności w działaniu, a tym samym uznać, że M. W. działał w oczywistej i usprawiedliwionej nieświadomości tak bezprawności jak i karalności naruszenia art. 6 ust. 1 u.g.h., ze względu na powszechne traktowanie tego przepisu jako tożsamego z art. 14 ust. 1 u.g.h. zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i przez Komisję Europejską, co pozwalało uznać, że przepis ten w usprawiedliwiony sposób mógł być traktowany jako bezskuteczny.

Paradoksalnie takie rozumowanie obrony, zdaniem Sądu Okręgowego pozwala w pełni przyjąć, że w okresie od 3 września 2015r. tj. od dnia wejścia w życie zmiany Ustawy o grach hazardowych z 12.06.201 do dnia 13.10.2016r. – wyrok TSUE w sprawie C-303/15 prowadząc działalność gospodarczą w opisanym w czynie przypisanym okresie, M. W. miał świadomość popełnienia czynu zabronionego, a co najmniej godził się na jego popełnienie.

Oczywistym bowiem dla Sądu Okręgowego pozostaje fakt, że nowelizacja ustawy, która weszła w życie w dniu 3 września 2015r. nakazywała oskarżonemu, zaprzestania działalności gospodarczej prowadzonej w sposób opisany w czynie przypisanym. Nowelizacja ta, a przede wszystkim jej art. 14 ust. 1, była notyfikowana Komisji Europejskiej i wbrew wcześniejszemu stanowiskom Sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, doktryny i opiniom prawnych korzystnych dla oskarżonego, zmieniała wcześniejszą rzeczywistość prawną i już bezspornie pozwalała na urządzenie gier na automatach wyłącznie w kasynach gry. Dalsze zatem, po dniu wejścia w życie ustawy zmieniającej u.g.h. z dnia 12 czerwca 2015r., korzystanie przez oskarżonego z wątpliwości notyfikacyjnych i usprawiedliwianie swoich działań

biznesowych w oparciu kontratyp z art. 10 § 3 kks lub 10 § 4 kks, nie może zostać uznane przez Sąd Okręgowy przy rozpoznaniu tej konkretnej sprawy, za przekonywujące i ekskulpujące.

Sąd Okręgowy zauważa nadto, iż nie można także przyjąć, że przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych depenalizuje w okresie do dnia 1 lipca 2016r. działalność objętą zarzutem postawionym oskarżonemu. Przedmiotowy przepis przejściowy, który zezwala podmiotom prowadzącym w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2 ustawy nowelizowanej na dostosowania się do wymogów określonych w znowelizowanej ustawie o grach hazardowych do dnia 1 lipca 2016r., dotyczy wyłącznie podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015 r. (na podstawie koncesji albo zezwolenia - por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt I KZP 1/16). Tymczasem jak wynika z analizy akt sprawy, zatrzymane w lokalu urządzenie użytkowane było bez wymaganego zezwolenia.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż M. W. zakończył swoją działalność gospodarczą, jak twierdzi, z dniem 30.06.2016r. m.in. wyjaśnienia M. W. w sprawie II K 638/16 i jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, zarówno po ogłoszeniu noweli ustawy jak i w okresie od 3.09.2015r. do 30.06.2016r., oskarżony nie podjął żadnych prób uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna, co nie jest z pewnością procedurą krótkotrwałą i łatwą do uzyskania, jak również nie uczynił także zadość wymogom z art. 23 a u.g.h. i uzupełnienie normy blankietowej o tę kwalifikację jest w pełni zasadne.

W konsekwencji, mając na uwadze przytoczone wyżej kwestie, Sąd Okręgowy uznał, iż sprawstwo i wina oskarżonego M. W. w zakresie przypisanego mu czynu są bezsporne.

Także kara wymierzona oskarżonemu M. W. nie razi swoją surowością. Wymierzona oskarżonemu kara grzywny jest zarówno co do ilości stawek dziennych jak i ich wysokości, dostosowana do prawidłowo ocenionego stopnia szkodliwości społecznej czynu przypisanego jak i możliwości finansowych M. W..

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

O kosztach procesu za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 3 ust.1 i art. 8 Ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych – Dz. U. nr 49 poz. 223 z 1983r. z późniejszymi zmianami.

Małgorzata Winkler – Galicka Hanna Bartkowiak Ewa Taberska