

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 października 2017 r.

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

Przewodniczący SSO Aleksander Brzozowski

SSO Ewa Taberska (spr.)

SSO Leszek Matuszewski

Protokolant apl. radc. M. S.

przy udziale R. G. - Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Trzciance, delegowanego do Prokuratury Okręgowej w Poznaniu i w imieniu Naczelnika (...)Skarbowego w P. st. asp. celnego N. N.,

po rozpoznaniu w dniu 5 października 2017 r.

sprawy **M. W.**

oskarżonego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks

z powodu apelacji wniesionych przez obrońcę oskarżonego i prokuratora

od wyroku Sądu Rejonowego w Chodzieży

z dnia 4 kwietnia 2017r. sygn. akt II K 374/16

1. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- uchyla orzeczenie zawarte w pkt. 4
- na podstawie art. 30 § 5 kks orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa: automatu do gier A. G. o nr (...), automatu do gier A. G. o nr (...), automatu do gier A. G. o nr (...) i automatu do gier A. G. o nr (...).

2. W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy.

3. Zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 złotych i zwalnia go od uiszczenia opłaty za II instancję.

L. M. A. E. T.

UZASADNIENIE

M. W. został oskarżony o to, że:

1. pełniąc funkcję Prezesa Zarządu firmy (...) Sp. z o. o. z siedzibą w P. przy ul. (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz.612, z późn. zm.) urządził w okresie od dnia 03.09.2015 r. do dnia 28.09.2015 r. – poza kasynem gry, tj. w Sklepie (...) znajdującym się w miejscowości (...), (...)-(...) W., gry na automatach do gier o nazwach: A. G. o nr (...) i A. G. o nr (...), które to automaty udostępniały gry o wygrane pieniężne i gry zawierały element losowości, co stanowi naruszenie przepisu art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 ww. ustawy o grach hazardowych, tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

2. pełniąc funkcję Prezesa Zarządu firmy (...) Sp. z o. o. z siedzibą w P. przy ul. (...), urządzał poza kasynem gry, tj. w lokalu o nazwie: (...)", znajdującym się pod adresem: (...), (...)-(...) C., wbrew przepisom ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz.612, z późn. zm.), gry na następujących automatach do gier:

- od dnia 15.09.2015 r. do dnia 01.10.2015 r. gry na automacie o nazwie (...) o nr (...) oraz

- od dnia 22.09.2015 r. do dnia 1.10.2015 r. gry na automacie o nazwie (...) o nr (...),

które to automaty udostępniały gry o wygrane pieniężne i gry zawierały element losowości, co stanowi naruszenie przepisu art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 ww. ustawy o grach hazardowych tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2017 r. Sąd Rejonowy w Chodzieży (sygn. akt II K 374/16):

- oskarżonego M. W. uznał za winnego czynu opisanego wyżej w pkt I, z tym zastrzeżeniem, że przyjął, że wskutek zachowania oskarżonego doszło do naruszenia przepisów art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych w brzmieniu tych przepisów na dzień 3.09.2015 r. tj. przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. wymierzył oskarżonemu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych,
- oskarżonego M. W. uznał za winnego czynu opisanego wyżej w pkt II, z tym zastrzeżeniem, że przyjął, że wskutek zachowania oskarżonego doszło do naruszenia przepisów art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych w brzmieniu tych przepisów na dzień 3.09.2015 r. tj. przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. wymierzył oskarżonemu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych,
- na podstawie art. 29 § 1 k.k.s. orzeczone w pkt 1 i 2 kary grzywien połączył i wymierzył oskarżonemu M. W. karę łączną grzywny w wysokości 180 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych,
- na podstawie art. 31 § 3 pkt 1 k.k.s. nie orzekł przepadku automatów do gier wymienionych w pkt I i II części wstępnej wyroku,
- na podstawie art. 33 § 1 k.k.s. orzekł przepadek korzyści majątkowej z przestępstw opisanych w pkt 1 i 2 wyroku w kwocie 7 605 zł,
- na podstawie art. 627 k.p.k. i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Rejonowego w Chodzieży koszty sądowe w kwocie 120 złotych oraz wymierzył mu opłatę w kwocie 1 800 złotych (k. 430 – 431).

Powyższy wyrok został zaskarżony w całości przez obrońcę oskarżonego (k. 467 – 471) oraz przez prokuratora w zakresie rozstrzygnięcia o przepadku automatów do gier na niekorzyść oskarżonego (k. 460 – 464).

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Apelacja prokuratora okazała się zasadna, natomiast apelacja obrońcy oskarżonego 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 k.k.s. oskarżony ten miał się dopuścić w okresach od 03.09.2015 r. do 28.09.2015 r., od 15.09.2015 r. do 01.10.2015 r. i od 22.09.2015 r. do 01.10.2015 r. 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 2015 r. – 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 2014 r. 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 Mazowieckiej w sprawie o sygn. akt II K 638/16 załączonych do apelacji, jak i wskazań obrońcy w apelacji, 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 2015 r. 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 2015 r. w zakresie dalszego urządzania gier poza kasynem, tj. sklepie spożywczym i na stacji benzynowej, 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 2015 r. 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 k.k.s. wypełniając normę blankietową wyrażoną w tym przepisie, zarówno przed jak i po wejściu w życie w dniu 3 września 2015 r. 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 2016 r. C-303/15 – Legalis nr 1508636 oraz w Uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 19 stycznia 2017 r. 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 czynów przypisanych oskarżonemu M. W. wynika, iż naruszył on określone zasady Ustawy o grach hazardowych w brzmieniu na dzień 3 września 2015 r., także i art. 3 Ustawy, który co prawda nie jest wymieniony wśród naruszanych, lecz wyraźnie wskazujący w brzmieniu obowiązującym w czasie wskazanym w opisie czynów przypisanych, iż urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie.

W powołanej wyżej uchwale wskazano, że jak wynika z wyroku TSUE z dnia 13 października 2016 r., sygn. akt C-303/15, w świetle dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, Dz.U.UE.L. 1998.204.37 (art. 10 dyrektywy 2015/1535), zastąpionej w międzyczasie dyrektywą (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiającą procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (ujednoczenie - Dz.U.UE.L.2015.241.1, opublikowany dnia 17 września 2015 r., por. art. 11 tej dyrektywy), mających w przedmiotowym zakresie tożsame brzmienie, art. 6 ust. 1 u.g.h. nie wchodzi w zakres pojęcia „przepisów technicznych” podlegających obowiązkowi zgłoszenia (notyfikacji), którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu. Zarówno argumentację przedstawioną przez TSUE, jak i końcową konkluzję uznać należy za spójne i przekonujące.

Obrońcy oskarżonego nie udało się podjąć skutecznej polemiki z treścią uzasadnienia w sprawie C-303/15. Za zupełnie nietrafny należy uznać pogląd obrońcy, że skoro w ww. uzasadnieniu wskazano na techniczny charakter przepisu art. 14 ust. 1 u.g.h., to przemawia to za przypisaniem takiego charakteru również art. 6 ust. 1 u.g.h., skoro powszechnie interpretowano go jako przepis tożsamy z art. 14 ust. 1 u.g.h. Przede wszystkim, przepisu tego nie interpretowano jako „tożsamego” z art. 14 ust. 1 u.g.h., gdyż założenie tożsamości obu przepisów byłoby pogwałceniem zakazu wykładni per non est (zob. A. Bielska-Brodziak, Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego, Warszawa 2009, s. 71), ponadto w samym uzasadnieniu w sprawie C-303/15 wskazano na odmienny charakter tych przepisów, trafnie krytykując stanowisko zaprezentowane w toku postępowania przez Komisję Europejską. Za błędne należy uznać stanowisko obrońcy, jakoby dotychczas w orzecznictwie dominował pogląd o technicznym charakterze art. 6 ust. 1 u.g.h. Wskazać bowiem należy nie tylko na wspomnianą już uchwałę sygn. akt I KZP 17/16, ale również na wyrok SN z dnia 24 marca 2017 r., sygn. akt V KK 27/17, LEX nr 2261755, gdzie wprost wskazano, że „przepis art. 6 ust. 1 u.g.h. nie miał charakteru technicznego”, czy wyrok SN z dnia 16 lutego 2017 r., sygn. akt II KK 342/16, LEX nr 2241387, w którym stwierdzono, iż „sądy były w pełni legitymowane do stosowania art. 6 ust. 1 u.g.h., jako dopełniającego dyspozycję art. 107 § 1 k.k.s.”.

W tym kontekście za nietrafne należy uznać stanowisko Sądu Najwyższego, na które powołuje się obrońca, zaprezentowane w postanowieniu z dnia 27 listopada 2014 r., II KK 55/14, LEX nr 1583503, że przepisy u.g.h., w szczególności art. 14 ust. 1 oraz art. 6 tej ustawy, to " przepisy techniczne" w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE. Należy wskazać, że jak wynika z uzasadnienia ww. postanowienia, SN do powyższego wniosku doszedł na podstawie lektury uzasadnienia wyroku TSUE z dnia 19 lipca 2012 r. (połączone sprawy C 213/11, C 214/11 i C 217/11, a nie C 213/12, C-214/12 i C 217/12 jak błędnie wskazał SN). Jednakże uważna lektura tego uzasadnienia wyroku TSUE nie daje podstaw do sformułowania wniosku prezentowanego przez SN w omawianym postanowieniu.

TSUE wprost bowiem wskazał, że „przepisy krajowe tego rodzaju jak przepisy ustawy o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią potencjalnie 'przepisy techniczne' w rozumieniu tego przepisu, w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 akapit pierwszy wskazanej dyrektywy, w wypadku ustalenia, iż przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego.” Tym samym w omawianym rozstrzygnięciu TSUE nie rozstrzygnął definitywnie charakteru art. 6 ust. 1 u.g.h. jako przepisu technicznego, wskazując jedynie na potencjalną możliwość takiego charakteru tej regulacji, zastrzegając przy tym rozstrzygnięcie tej kwestii dla sądów krajowych, w myśl samodzielności jurysdykcyjnej. Przeciwnie zapatrywanie SN, polegające na zbagatelizowaniu określenia „potencjalnie” i powołanie się w tej mierze na bliżej niekreślone poglądy doktryny, nie może więc zasługiwać na aprobatę. Tym samym, nawet gdyby pominąć wskazaną już wyżej trafną argumentację w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie C-303/15, skoro Sąd Rejonowy w niniejszej sprawie nie uznał art. 6 ust. 1 u.g.h. za przepis techniczny, to nie było przeszkód, aby go zastosować. Takie zresztą zapatrywanie zostało zaprezentowane w postanowieniu SN z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. akt I KZP 15/13, LEX nr OSNKW 2013/12/101, więc tym bardziej orzeczenie w sprawie o sygn. akt II KK 55/14 jest nietrafne.

Zupełnie bezzasadne jest powoływanie się przez obrońcę oskarżonego na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt I KZP 10/15 w ramach argumentacji za technicznym charakterem art. 6 ust. 1 u.g.h. W samej sentencji tego postanowienia wskazano bowiem, że SN rozpoznając zagadnienie prawne o treści: "Czy przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych -dalej «ustawy o grach hazardowych» (Dz.U. z 2015 r. poz. 612) w zakresie gier na automatach, ograniczające możliwość ich prowadzenia jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna, są przepisami technicznymi w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21.07.1998 r., ze zm.), a jeżeli tak to, czy wobec faktu nienotyfikowania tych przepisów Komisji Europejskiej, sądy 1 karne w sprawach o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. uprawnione są, w oparciu o art. 91 ust. 3 Konstytucji, do odmowy ich stosowania jako niezgodnych z prawem unijnym?", postanowił zawiesić postępowanie do czasu wydania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzeczenia w sprawie C-303/15. Jak wskazano powyżej, w orzeczeniu tym TSUE wprost wskazał, że art. 6 ust. 1 u.g.h. nie stanowi przepisu technicznego.

Tym samym nie może budzić wątpliwości, że zarówno art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 u.g.h. (w brzmieniu od 3 września 2015 r., już jako prawidłowo notyfikowany jeszcze w 2014 r.), znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie, ponieważ początkowa data przypisanych oskarżonemu przestępstw to właśnie dzień 3 września 2015 r.

Sąd Okręgowy stwierdza zatem, iż podstawowa zasada, 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 2015 r. 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 2015 r., 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 2015 r.

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.

Oczywistym bowiem dla Sądu Okręgowego pozostaje fakt, że nowelizacja ustawy, która weszła w życie w dniu 3 września 2015 r. 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 wcześniejszym, 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 2015 r., korzystanie przez oskarżonego z wątpliwości notyfikacyjnych i usprawiedliwianie swoich działań biznesowych w oparciu kontratyp z art. 10 § 3 k.k.s. lub 10 § 4 k.k.s., nie może zostać uznane przez Sąd Okręgowy przy rozpoznaniu tej konkretnej sprawy, za przekonywujące i eksculpujące. Oskarżony, jako osoba, która występowała w tym procesowym charakterze wielokrotnie przed sądami polskimi, a przy tym prowadząca profesjonalną działalność gospodarczą w zakresie prowadzenia gier hazardowych i wielokrotnie stykająca się z działaniami aparatu celno-podatkowego badającego legalność prowadzonej przez niego działalności, z pewnością jest doskonale zorientowany co do faktu istnienia art. 107 § 1 k.k.s. oraz jego brzmienia. Natomiast tylko nieświadomość co do kryminalizacji danej kategorii czynów na gruncie k.k.s. może prowadzić do wyłączenia winy na gruncie art. 10 § 4 k.k.s. Nawet gdyby (co jednoznacznie wykluczono) oskarżony nie miał świadomości kryminalizacji znamion zachowania w oparciu o art. 107 § 1 k.k.s., to nie sposób byłoby uznać jego błąd za usprawiedliwiony, a tylko istnienie takiej usprawiedliwionej przyczyny nieświadomości prowadzić może do eksculpacji sprawy na gruncie art. 10 § 4 k.k.s.

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 2016 r. 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 2016 r., 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 obu lokalach urzędzenia użytkowane były bez wymaganego zezwolenia.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż M. W. zakończył swoją działalność gospodarczą, jak twierdzi, z dniem 30.06.2016 r. 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 3.09.2015 r. do 30.06.2016 r., 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 i konieczne dla oddania pełnej kryminalnej zawartości przypisanych mu przestępstw. W tej mierze polemika obrońcy nie mogła być skuteczna. Po pierwsze wskazać należy, że § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 9 marca 2012 r. w sprawie szczegółowych warunków rejestracji i eksploatacji automatów i urządzeń do gier stanowił, iż warunkiem rejestracji automatu lub urządzenia do gier jest złożenie do właściwego naczelnika urzędu celno-skarbowego przez podmiot posiadający koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub gier na automatach oraz podmiot wykonujący monopol państwa m.in. kopii koncesji lub zezwolenia. Oznacza to, że oskarżony nie był adresatem generalno - abstrakcyjnej normy wyrażonej w tym przepisie, ponieważ przepis ten adresowany był do naczelnika urzędu celnego (celno - skarbowego). Nie sposób więc z przepisu tego wywodzić, że oskarżony nie był w stanie spełnić obowiązku przedłożenia kopii koncesji lub zezwolenia i z tego powodu działania tego zaniechał, skoro taki obowiązek dla oskarżonego mógłby pojawić się dopiero w postaci normy indywidualno-konkretnej, zawartej w wydanym w trybie art. 64 § 2 k.p.a. postanowieniu naczelnika urzędu skarbowego o wezwaniu do uzupełnienia brakującej dokumentacji w postaci ww. kopii, wydanym w reakcji na złożenie przez oskarżonego wniosku o rejestrację automatów do gier. Nadto, nie sposób podzielić argumentacji, jakoby przed złożeniem ww. wniosku powstrzymywała oskarżonego niewiedza co do organu właściwego dla jego rozpoznania, skoro

w myśl art. 65 § 1-2 k.p.a. w razie wniesienia pisma do organu niewłaściwego, przekazuje on to pismo organowi właściwemu, zaś pismo takie uznaje się za wniesione w terminie, jeśli nie upłynął on przed jego wniesieniem do organu niewłaściwego. Jest to spore ułatwienie dla strony, która nie ponosi w takim przypadku negatywnych skutków niewiedzy co do właściwości organu.

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

Także kara grzywny wymierzona oskarżonemu M. W. nie razi swoją surowością. Wymierzone oskarżonemu kara jednostkowe i kara łączna grzywny są zarówno co do ilości stawek dziennych jak i ich wysokości, dostosowane do prawidłowo ocenionego stopnia szkodliwości społecznej czynów przypisanych jak i możliwości finansowych M. W..

Sąd Odwoławczy podzielił stanowisko oskarżyciela publicznego, iż w niniejszej sprawie istnieją przesłanki do obligatoryjnego orzeczenia wobec oskarżonego środka karnego w postaci przepadku zatrzymanych w sprawie automatów do gier.

Przepis art. 30 § 5 k.k.s. stanowi, iż w wypadkach określonych w art. 107 § 1-3 k.k.s. orzeka się przepadek dokumentu lub urządzenia do gry losowej, gry na automacie lub zakładu wzajemnego, a także znajdujących się w nich środków pieniężnych oraz wygranych, które na podstawie tego dokumentu przypadają grającemu, a także środków uzyskanych ze sprzedaży udziału w grze lub wpłaconych stawek.

Z kolei w art. 31 § 2 i 3 k.k.s. przewidziane zostały zakazy orzekania przepadku przedmiotów, § 3 powołanego artykułu daje wyraz względom sprawiedliwościowym, w jego świetle przedmiotem oceny sądu jest kwestia współmierności przepadku do wagi popełnionego przestępstwa skarbowego, określenie „waga” nawiązuje do stopnia społecznej szkodliwi „wypadku mniejszej wagi” – określonego w art. 53 § 8 k.k.s. (zob. V. Konarska – Wrzosek, T. Oczkowski, J. Skorupka, Prawo i postępowanie skarbowe, s. 126).

Natomiast zgodnie z brzmieniem art. 53 § 8 k.k.s. wypadek mniejszej wagi jest to czyn zabroniony jako wykroczenie skarbowe, które w konkretnej sprawie, ze względu na jej szczególne okoliczności - zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe - zawiera niski stopień społecznej szkodliwości czynu, w szczególności gdy uszczuplona lub narażona na uszczuplenie należność publicznoprawna nie przekracza ustawowego progu z § 6, a sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie wskazują na rażące lekceważenie przez sprawcę porządku finansowoprawnego lub reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach, albo sprawca dopuszczający się czynu zabronionego, którego przedmiot nie przekracza kwoty małej wartości, czyni to z pobudek zasługujących na uwzględnienie.

Wymienione okoliczności nie zachodzą w niniejszej sprawie. Jak wynika z akt sprawy, w samym tylko punkcie Partnerska Stacja Paliw BP w P., oskarżony zajmował się procederem urządzania gier na automatach udostępniających gry o wygrane pieniężne zawierających element losowości poza kasynem przez okres kilku lat, ponadto po zatrzymywaniu automatów do gier przez Urząd Celny, automaty wracały w to miejsce kilkakrotnie, co najmniej sześciokrotnie, zdarzały się nawet sytuacje, że wracały te same automaty. Sąd Odwoławczy zwraca również uwagę na fakt, iż w przedmiotowej sprawie nie ustalono wartości rynkowej zatrzymanych automatów do gier, która to okoliczność wydaje się niezbędna w sytuacji rozważania przez Sąd Rejonowy odstąpienia od orzeczenia przepadku automatów do gry na podstawie art. 31 § 3 pkt 1 k.k.s.

W ocenie Sądu Odwoławczego w przedmiotowej sprawie zachodzą zatem przesłanki do orzeczenia wobec oskarżonego przepadku automatów do gier, gdyż odstąpienia od orzeczenia tego środka byłoby niezgodne z prawidłową oceną stopnia społecznej szkodliwości przypisanych oskarżonemu czynów, stopnia zawinienia oskarżonego oraz jego właściwościami osobistymi.

Z tego też względu Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił orzeczenie zwarte w punkcie 4 wyroku, a na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa: automatu do gier A. G. o nr (...), automatu do gier A. G. o nr (...), automatu do gier A. G. o nr (...) i automatu do gier A. G. o nr (...).

W ocenie Sądu Odwoławczego tylko łączne orzeczenie wobec oskarżonego M. W. kary grzywny, przypadku automatów do gry i przypadku korzyści majątkowej sprawi, iż wymierzona kara spełni cele zapobiegawcze i wychowawcze oraz zrealizuje potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

W pozostałym zakresie, nie znajdując podstaw do dalszej ingerencji w zaskarżone orzeczenie, Sąd Odwoławczy wyrok Sądu I instancji utrzymał w mocy.

O kosztach procesu za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. i art. 633 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. oraz art. 17 ust. 1 Ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. nr 49 poz. 223 z 1983 r. ze zm.).

L. M. A. E. T.