

**Sygn. akt. IV Ka 673/13**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 września 2013 roku

**Sąd Okręgowy w Bydgoszczy IV Wydział Karny Odwoławczy**  
w składzie:

**Przewodniczący SSO Anna Osińska**

Sędziowie SO Piotr Kupcewicz (spr.)

SO Jan Kowalski

Protokolant st. sekr. sądowy Justyna Bobak

przy udziale Ewy Łączkowskiej Prokuratora Prokuratury Okręgowej  
w Bydgoszczy

po rozpoznaniu w dniu 5 września 2013 roku

sprawy **W. P.**

oskarżonego z art. 107§1 k.k.s.

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Świeciu VII Zamiejscowy Wydział Karny z siedzibą w Tucholi

z dnia 30 kwietnia 2013 roku sygn. akt VII K 17/13

utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok, uznając apelację za oczywiście bezzasadną; wymierza oskarżonemu opłatę w wysokości 320,00 (trzysta dwadzieścia) złotych za II instancję i obciąża go wydatkami poniesionymi przez Skarb Państwa w postępowaniu odwoławczym.

sygn. akt IV Ka 673/13

#### **UZASADNIENIE**

W. P. został oskarżony o to, że prowadząc działalność gospodarczą w bliżej nieokreślonym czasie, jednak nie później niż w dniu 7 kwietnia 2011 r. w Pizzerii G. przy ul. (...) w W. urządził i prowadził gry na terminalu (...) (brak numeru fabrycznego), bez wymaganej koncesji i zezwolenia, wbrew przepisom art. 2 ust. 3, 5, art. 3, art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540). tj. o czyn z art. 107§1 k.k.s.

**Wyrokiem** z dnia 30 kwietnia 2013 roku, wydanym w sprawie sygn. akt VII K 17/13, Sąd Rejonowy w Świeciu, VII Zamiejscowy Wydział Karny z siedzibą w Tucholi uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzuconego mu czynu z tym ustaleniem, że popełnił go w okresie od 13 listopada 2010 roku do 7 kwietnia 2011 roku, tj. przestępstwa z art. 107§1 k.k.s. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu grzywnę w wysokości 40 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 80 złotych. Wyrok zawiera również rozstrzygnięcia w przedmiocie dowodów rzeczowych i kosztów sądowych.

**Apelację** od wyroku złożył obrońca oskarżonego. Zarzucił w niej:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego, mające wpływ na treść wyroku (art. 438 pkt 2 k.p.k.), polegające na tym, że wyrok zapadł z rażącym naruszeniem przepisu art. 91 ust. 2-3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polski w zw. z art. 260 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i w zw. z art. 1 pkt 11 Dyrektywy nr 98/34/we Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedury udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, poprzez brak dostrzeżenia, iż brak notyfikacji przez Komisję Europejską przepisów polskiej ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, a szczególnie jej art. 14 ust 1, wymaganej w/w dyrektywą unijną, przy uwzględnieniu treści pkt 24-25 wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 roku w sprawach C-213/11, C-214/11 i C 217/11 uznającego powyższy przepis prawa polskiego za nieobowiązujący, prowadzi do stanu, w którym dopuszczalne jest prowadzenie gier losowych, gier na automacie poza kasynami gry bez koncesji lub zezwolenia;

2. błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na jego treść (art. 438 pkt 3 k.p.k.), polegający na przyjęciu, że czyn oskarżonego stanowi przestępstwo, o jakim stanowi przepis art. 107 § 1 k.k.s., podczas gdy uwzględniając okoliczności faktyczne sprawy, jej rzeczywistej wagi naruszonych obowiązków i zakazów prawnych z oceną tego, że oskarżony w swojej Pizzerii G. w W. wyłącznie incydentalnie „urządzał” gry na terminalu internetowym osiągając niewielką korzyść z tego względu, nakazując uznanie, że czyn oskarżonego stanowi wypadek mniejszej wagi o jakim mowa w art. 107 § 4 k.k.s., tj. wykroczenie skarbowe.

Podnosząc wskazane zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzuconego mu czynu, względnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie, że czyn oskarżonego stanowi wykroczenie z art. 107 § 4 k.k.s. i odpowiednie w tej mierze orzeczenie o karze za wykroczenie.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego jest bezzasadna w stopniu oczywistym.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że w świetle wskazywanego przez obrońcę orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, z dnia 19 lipca 2012 roku nie budzi wątpliwości, że art. 14 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, dotyczący ograniczenia miejsca prowadzenia działalności do kasyn gry należy uznać za tzw. przepis techniczny w rozumieniu art. 1 pkt 11 Dyrektywy 98/34 WE, tym samym w takim przypadku norma prawna winna być przekazana Komisji Europejskiej celem notyfikacji, co nie zostało uczynione, przy czym Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że w. wym. obowiązek notyfikacji jest bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, aby jednostki mogły się na niego bezpośrednio powoływać przed sądem krajowym.

Sąd Okręgowy, na tle przedmiotowej sprawy stwierdza jednak, iż nie tak jednoznaczna jak przedstawia ją obrońca wydaje się kwestia odmowy stosowania nie notyfikowanych przepisów technicznych. Na możliwość taką wskazuje ponownie Trybunał Sprawiedliwości w wyrokach zapadłych m.in. w sprawach (...) (C-194/94), U.(C-443/98), S. A.(C-159/00) oraz L.I.(C-303/04). Odmowę stosowania nie notyfikowanych przepisów Trybunał uzależnił od spełnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, przepisy takie są „przepisami technicznymi” w rozumieniu dyrektywy. Po drugie, przepisy te mogą wpływać na obrót towarami wewnątrz UE. Trybunał w powołanym przez obrońcę orzeczeniu nie zajmował się oceną przepisów ustawy pod kątem ich zgodności z przepisami normującymi swobodę przepływu towarów i usług oraz swobodę przedsiębiorczości. Orzecznictwo TSUE pozostawia zaś państwom członkowskim dużą swobodę w regulowaniu hazardu, włącznie do jego zupełnego zakazania. Należy odwołać się do wielokrotnie prezentowanego w orzecznictwie TSUE stanowiska, zgodnie z którym swobody traktatowe nie mają charakteru bezwzględności. Mogą one bowiem podlegać ograniczeniu ze względu na potrzeby ochrony moralności, porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego (art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu UE – wersja skonsolidowana TFUE – Dz.Urz. UE z dnia 30.03.2010 r., Seria C 83/47 – dalej TFUE), co w odniesieniu do rynku gier losowych i hazardowych, w tym gry na automatach, jako formy hazardu, pozostawione jest szerokiej swobodzie prawodawcy krajowego. Z zapadłego na tym gruncie bogatego orzecznictwa TSUE wynika, że w przypadku hazardu dopuszcza on daleko idącą swobodę reglamentacji, sięgającą aż po jej zakazanie, z zastrzeżeniem jedynie, że zastosowane środki nie powinny

mieć charakteru dyskryminującego (wyrok z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92 S., lex nr 122086). W wyroku z 21 września 1999 r. w sprawie C-124/97 L.(lex nr 110983), wskazał natomiast, że do oceny władz krajowych pozostaje to, czy konieczne jest, w kontekście zamierzonych celów, całkowite lub częściowe zakazanie aktywności polegającej na organizowaniu i udostępnianiu gry na automatach, czy też wyłącznie jej ograniczenie oraz stworzenie mniej lub bardziej surowych mechanizmów kontrolnych. Sam fakt, że państwo członkowskie wybrało system ochrony, który różni się od stosowanego przez inne państwa nie może wpłynąć na ocenę, czy system taki jest potrzebny i ocenę proporcjonalności podjętych środków. Środki te muszą być oceniane wyłącznie w odniesieniu do celów zamierzonych przez władze krajowe oraz do poziomu ochrony, który władze te zamierzają zapewnić. Ponadto w wyroku z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-6/01 A.(lex nr 166720), TSUE uznał za dopuszczalne ograniczenie przez prawodawstwo krajowe prawa do prowadzenia gier hazardowych wyłącznie do kasyn w specjalnych rejonach wyznaczonych przez prawo. Jak podkreślił, jest rzeczą władz krajowych określenie celów, które zamierzają chronić i określenie środków, które uznają za najbardziej właściwe by cele te osiągnąć i ustanowić zasady dotyczące gier hazardowych, które mogą być bardziej lub mniej surowe.

Nie można przyjąć stanowiska, prezentowanego przez obrońcę oskarżonego, że w związku z powoływanym przez niego orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości, wszystkie przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych nie mogą być stosowane i nie są obowiązującymi wobec obywateli polskich. Nie wynika to przecież ani z wskazywanego orzeczenia TSUE, ani wskazywanych przez obrońcę przepisów prawa wspólnotowego. Taki pogląd prezentowany jest powszechnie np. przez sądownictwo administracyjne (por. np. wyrok WSA w Kielcach z dnia 5 kwietnia 2012 r., I Sa/Ke 102.12, wyrok WSA w Gliwicach z dnia 3.10.2012 r., ISa/GI 872/12).

Art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie jest zaś jedynym przepisem, który naruszyć miał swoim zachowaniem oskarżony. Istotą czynu mu przypisanego nie jest bowiem to, że urządził i prowadził grę na automacie w innym miejscu niż kasyno gry, ale to, że działalność tę prowadził wbrew warunkom ustawy, bez koncesji czy zezwolenia. Sąd meriti skazał go właśnie za prowadzenie działalności bez stosownej koncesji, która zgodnie z treścią przepisu art. 6 ust 1 ustawy o grach hazardowych, niezbędna jest do urządzania i prowadzenia gry na automacie – w rozumieniu przepisu art. 2 ust 3 i 5 ustawy o grach hazardowych, a jak wynika z treści przepisu art. 3 ust 1 ustawy o grach hazardowych, urządzanie i prowadzenie gier m.in. na automatach, dozwolone jest wyłącznie na zasadach wynikających z tej ustawy. Jak wskazano wyżej, nie ma żadnych podstaw by uznać, że wskazane przepisy ustawy mają charakter norm technicznych, nie poddanych procedurze notyfikacji, czy też z innych względów miałyby nie obowiązywać w polskim porządku prawnym. W tym kontekście przywołać należy stanowisko TSUE, zgodnie z którym charakteru przepisów technicznych nie można przypisać normom regulującym zasady podejmowania działalności gospodarczej z wykorzystaniem określonego produktu, w szczególności wprowadzającym obowiązek uprzedniego uzyskania zezwolenia na podjęcie działalności (por. wyroki TSUE z 30 kwietnia 1996 roku, w sprawie C-194/94 (...), pkt 25 oraz z 21 kwietnia 2005 roku, w sprawie C-267/03 L., pkt 59). Tym samym uznać należało, że oskarżony zachowaniem swoim wyczerpał znamiona występku z art. 107 § 1 k.k.s., który przewiduje sankcję karną za urządzanie i prowadzenie gier na automatach wbrew warunkom ustawy. Oskarżony nie dysponował jakimkolwiek zezwoleniem, czy też koncesją, pozwalającą mu na prowadzenie takiej działalności, nie budzi również wątpliwości, iż zamontowany w jego pizzerii terminal, należało uznać za automat, w rozumieniu przepisu art. 2 ust 3 ustawy o grach hazardowych.

Odnosząc się do drugiego zarzutu sformułowanego przez obrońcę oskarżonego, dotyczącego błędnego ustalenia, iż czyn oskarżonego nie stanowi wypadku mniejszej wagi, należy przede wszystkim wskazać, iż w istocie obrońca nie kwestionuje dokonanych przez sąd meriti ustaleń faktycznych, odnosi się zaś do oceny prawnej tego zachowania, wywodząc, że stanowiło ono wypadek mniejszej wagi, a więc wykroczenie z art. 107 § 4 k.k.s. W istocie więc zarzut ten dotyczy naruszenia przez sąd meriti prawa materialnego (art. 438 pkt 1 k.p.k.).

Podniesienie zarzutu naruszenia prawa materialnego, polegającego na wadliwym zastosowaniu lub niezastosowaniu normy określonej jako „wypadek mniejszej wagi”, możliwe jest zarówno wtedy, kiedy przyczyną naruszenia prawa jest wyrażenie błędnego poglądu prawnego w zakresie znamion typu przestępstwa, z którym związana jest ta norma – jak i wtedy, kiedy przyczyną tą jest rozstrzygnięcie o wadze czynu w wyniku uwzględnienia niewłaściwych lub

niewwzględnienia właściwych przesłanek oceny jego wagi. Żadna z tych okoliczności nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

Uznanie czynu za „wypadek mniejszej wagi” powinno opierać się na ocenie wszystkich okoliczności związanych z jego popełnieniem, zarówno obiektywnych, jak i subiektywnych. Decydują o tym elementy przedmiotowe, jak i podmiotowe, a więc także dotyczące sprawcy – w zakresie przedsięwziętego przez niego sposobu działania, stopnia natężenia złej woli itp. Przy ocenie czy zachodzi, w danej sprawie, wypadek mniejszej wagi należy brać pod uwagę przedmiotowo – podmiotowe znamiona czynu, kładąc akcent na te elementy, które są charakterystyczne dla danego rodzaju przestępstw. Wypadek mniejszej wagi jest to bowiem postać czynu o znamionach przestępstwa typu podstawowego, charakteryzująca się przewagą elementów łagodzących o charakterze przedmiotowo – podmiotowym (zob. OSNKW 1997r. z. 3-4 poz. 27, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 2.08.2001r. sygn. akt II AKa 284/01 Biuletyn orz. S.A. w Katowicach 3/2001 str.2).

Spośród elementów strony przedmiotowej czynu istotne znaczenie mają w szczególności: rodzaj dobra, w które godzi przestępstwo, sposób działania sprawcy, użyte przez sprawcę środki, czas, miejsce czynu.

Z elementów podmiotowych rozważenia wymagają przede wszystkim: postać zamiaru, motywacja, cel działania sprawcy, upór w dążeniu do osiągnięcia celu przestępczego albo przypadkowość działania.

Ocena czy zachodzi wypadek mniejszej wagi powinna więc stanowić wypadkową ocen przedstawionych wyżej okoliczności przedmiotowych i podmiotowych czynu zabronionego. Oceny tej nie należy wiązać z osobowością sprawcy ani trybem jego poprzedniego życia czy też zachowaniem po popełnieniu przestępstwa, ani innymi okolicznościami, które nie należą do przedmiotowo – podmiotowych znamion przestępstwa (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30.11.2001r. sygn. akt I AKa 260/01 KZS 2001/12/31).

Argumenty, jakie przedstawia obrońca na poparcie tezy o konieczności uznania zachowania oskarżonego za wypadek mniejszej wagi, nie zasługują na uwzględnienie. Przede wszystkim błędny jest prezentowany w uzasadnieniu apelacji pogląd, jakoby celem ustawy nie było zwalczanie urządzania czy prowadzenia gier na automatach przy okazji prowadzenia innego rodzaju działalności, np. handlowej czy usługowej. Nie wymaga większego uzasadnienia, że celem ustawodawcy było m.in. likwidacja nielegalnych automatów ustawianych w sklepach, na stacjach benzynowych, czy właśnie w pizzeriach, gdzie najczęściej był właśnie jeden czy dwa różnego rodzaju automaty, a nie tyle, co w kasynie gry. To, że czyn oskarżonego dotyczył właśnie jednego automatu nie może więc przesądzać o tym, iż należałoby go traktować jako wypadek mniejszej wagi. Mieć również należało na uwadze i to, że oskarżony prowadził grę na tym automacie przez prawie 5 miesięcy, a więc zarówno zyski dla niego, jak i potencjalne straty dla jego klientów, nie były małe, co wpływa również na społeczną szkodliwość zachowania oskarżonego. Nawet jeśli dla oskarżonego ustawienie automatu w pizzerii miało na celu przede wszystkim zwiększenie atrakcyjności jego lokalu, a nie osiągnięcie zysku z tego automatu, to społeczne skutki prowadzenia takiej działalności, poza jakąkolwiek reglamentacją, a tym samym i kontrolą, chociażby dotyczącą tego, kto grał na tym automacie, przemawiały przeciwko uznaniu zachowania oskarżonego za wypadek mniejszej wagi.

Mając powyższe na względzie, przy braku okoliczności, które sąd odwoławczy był zobowiązany uwzględnić z urzędu, zaskarżony wyrok jako słuszny, należało utrzymać w mocy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie przepisów art. 636 § 1 k.p.k. i art. 3 ust 1 w zw. z art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych.