

Sygn. akt V.2 Ka 386/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 października 2017 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku

Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: SSO Sławomir Klekocki

Protokolant: Ewelina Grobelny

w obecności Grzegorza Zgrzendka funkcjonariusza Śląskiego Urzędu Celno – Skarbowego w Katowicach
po rozpoznaniu w dniu 23 października 2017 r.

sprawy: **M. W. /W./,**

syna P. i M.,

ur. (...) w W.

oskarżonego o przestępstwo z art. 107 §1 kks

na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Wodzisławiu Śląskim

z dnia 10 maja 2017r. sygn. akt II K 266/16

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok,

II. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych i obciąża go opłatą za II instancję w kwocie 1000 (tysiąc) złotych.

SSO Sławomir Klekocki

Sygn. akt V.2 Ka 386/17

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 10 maja 2017 r. sygn. akt II K 266/16 Sąd Rejonowy w Wodzisławiu Śląskim uznał M. W. za winnego tego, że w dniu 15 grudnia 2015r. jako prezes Spółki H. F. (...) z siedzibą w K. przy ul. (...) lok.503 urządził w celach komercyjnych w lokalu o nazwie Bar (...) w W. przy ul. (...) gry o charakterze losowym o wygrane pieniężne na automacie do gier o nazwie A. G. nr (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 poz. 1540 z późn.zm.) tj. popełnienia czynu wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 kks i za to na mocy art. 107 § 1 kks skazał go na karę grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100zł.

Na podstawie art. 30 § 5 kks w zw. z art. 31 § 1 kks orzekł środek karny przepadku przedmiotów w postaci : automatu do gry o nazwie A. G. nr (...) przechowywanego w magazynie depozytowym Urzędu Celnego w R. pod poz. D (...)

oraz banknotów polskich obiegowych w kwocie 955zł przechowywanych na koncie sum depozytowych Izby Celnej w K. pod pozycją D (...).

Na mocy art. 627 kpk i art. 3 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatę w kwocie 1000zł oraz obciążył go wydatkami postępowania w kwocie 70zł.

Apelację od tego wyroku wnieśli obaj obrońcy oskarżonego M. W.. Obrońca oskarżonego B. S. (1) zaskarżyła wyrok w całości zarzucając na podst. art.438 pkt 1 kpk :

1. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. poprzez niewłaściwe zastosowanie i wydanie wyroku skazującego w stosunku do oskarżonego pomimo bezskuteczności przepisów współtworzących zestaw znamion zarzucanego mu czynu zabronionego z art. 107 § k.k.s. uwzględniając blankietowy charakter tego przepisu karnego oraz konieczność jego wypełnienia w drodze zastosowania art. 14 ust. 1 ugh i subsydiarnego względem niego art.6 1 ugh, który to art. 14 ugh jako nienotyfikowany przepis techniczny, w braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009r o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca (...) ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U.UE.L.98.204.37 ze zm.) nie może być zastosowany wobec oskarżonego w tej sprawie, potwierdzone, wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dokonaną wyrokiem z dnia 19 lipca 2012r. w sprawach połączonych C-213,C-214, C-217/11 (FORTUNA i inni) oraz wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006r. w sprawie C-65/05 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej), podobnie jak nie może znaleźć zastosowania art. 6 ugh jako przepis powiązany z bezskutecznym art. 14 ugh.

2. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, poprzez jego niewłaściwą wykładnię polegającą na uznaniu przez Sąd I Instancji, że art. 14 ust. 1 u.g.h. nie jest przepisem technicznym, w sytuacji gdy z wiążącej interpretacji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dokonanej wyrokiem z dnia 19 lipca 2012r. w sprawach połączonych C-213,C-214 i C -217/11 oraz wyrokiem z dnia 13 października 2016r. w sprawie C -303/15 wynika wprost, iż przepis ten stanowi nienotyfikowany przepis techniczny, który jako bezskuteczny nie może wypełniać blankietowej normy art. 107 § 1 k.k.s., a co za tym idzie, nie może znaleźć zastosowania wobec oskarżonego w niniejszej sprawie.

3. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2015r. poz. 1201;dalej jako: "z.u.g.h.") poprzez jego błędną wykładnię skutkującą nieprawidłowym przyjęciem, iż art. 4 z.u.g.h. zastosowanie znajduje wyłącznie do podmiotów, które urządziły gry na automatach do gier hazardowych zgodnie z ustawą z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych w brzmieniu obowiązującym przed dniem 3 września 2015r. – a więc w kasynie gry prowadzonym na podstawie udzielonej koncesji – w sytuacji gdy powołany przepis należy interpretować w ten sposób, iż statuuje on okres przejściowy na dostosowanie się do warunków ustawy w nowym brzmieniu również do podmiotów, które przed dniem 3 września 2015r. urządziły gry na automatach również poza kasynem gry i bez koncesji;

4.naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wydanie wyroku skazującego w stosunku do oskarżonego M. W., pomimo, iż znamię strony przedmiotowej typu czynu zabronionego tj. „urządza lub prowadzi (...) grę na automacie”, jest zdefiniowane w przepisach technicznych (art. 2 ust.3 i art. 2 ust. 5 u.g.h.) podlegających obowiązkowi notyfikacji, a w związku z brakiem przeprowadzenia procedury notyfikacyjnej w tym zakresie powołane przepisy są bezskuteczne i nie mogą być stosowane, a tym samym oskarżony nie zrealizował jednego ze znamion typu czynu zabronionego;

5.naruszenie prawa materialnego tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1, art. 2 ust. 3-5 u.g.h. poprzez niewłaściwe zastosowanie i wydanie wyroku skazującego w stosunku do oskarżonego M. W. w oparciu o dopełnienie powołanego przepisu blankietowego art. 2 ust. 3-5 i art. 6, w sytuacji, w której współtworzący znamiona czynu zabronionego art. 14 ust.1 u.g.h. został wadliwie notyfikowany, w sytuacji, gdy przepisy techniczne ustawy o grach hazardowych tworzące zespół znamion czynu zabronionego tj. art. 2 ust. 3-5, art. 4, art.6 nie zostały nigdy

notyfikowane pomimo obowiązku, co uniemożliwia ich stosowanie, co w konsekwencji wyklucza możliwość realizacji przez oskarżonego znamion typu czynu zabronionego;

6.naruszenie prawa materialnego tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23a ust. 1 u.g.h. poprzez niewłaściwe zastosowanie i wydanie wyroku skazującego w stosunku do oskarżonego M. W. w oparciu o dopełnienie powołanego przepisu blankietowego o art. 23a ust. 1 u.g.h., w sytuacji, w której współtworzący znamiona czynu zabronionego art. 14 ust. 1 u.g.h. nie został pierwotnie notyfikowany Komisji Europejskiej w związku z czym - z uwagi na to, iż art. 23a ust. 1 jest skorelowany z art. 14 ust. 1 u.g.h. – art. 23a ust. 1 u.g.h. nie mógł być stanowić podstawy rekonstrukcji znamion czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s.

7.naruszenie prawa materialnego tj. art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004r, Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.) (i wynikającej zeń zasady effet utile prawa Unii Europejskiej) w zw. z bezpośrednio skutecznym art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że sąd krajowy nie ma obowiązku natychmiastowej i samodzielnej odmowy zastosowania przepisów krajowych, w postaci wypełniających blankietową normę art. 107 § 1 k.k.s. art. 2 ust. 3-5, art. 4, art. 6, art. 15 , które nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej wbrew dyspozycji dyrektywy 98/34/WE;

Na podst. art. 438 pkt 2 kpk zarzuciła :

1.mającą wpływ na treść orzeczenia obrazę przepisów postępowania, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez ustalenie, iż automat do gier o nawie A. G. nr (...) stanowił automat do gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3-5 u.g.h. w oparciu o jedynie wyniki gier kontrolnych przeprowadzonych przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego, w sytuacji, gdy ustalenie w tym zakresie wymaga wiadomości specjalnych, a więc w praktyce wymaga zasięgnięcia opinii biegłego;

Błąd w ustaleniach faktycznych (art. 438 pkt 3 k.p.k.) przyjętych za podstawę wyroku, mający istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia poprzez bepodstawne przyjęcie, że:

1.oskarżony działał z zamiarem popełnienia czynu zabronionego w sytuacji, gdy z powszechnie dostępnych dokumentów (znanych tak oskarżonemu jak i Sądowi z urzędu w związku z załączeniem ich do akt sprawy przez obronę), w tym pisma Ministra Gospodarki skierowanego do Ministra Finansów oraz pisma Komisji Europejskiej z dnia 2 stycznia 2010r., wynika, że organy te w sposób jednoznaczny stwierdziły, że art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych należy uznać za przepisy techniczne podlegające obowiązkowi notyfikacji, a także wskazały na sankcję bezskuteczności w przypadku zaniechania tegoż obowiązku, co kształtowało świadomość oskarżonego w zakresie legalności prowadzonej działalności;

2.oskarżony działał z zamiarem popełnienia czynu zabronionego w sytuacji, gdy: z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014r, a także postanowień Sądów Rejonowych umarzających postępowania i postanowień Sądów Okręgowych utrzymujących w mocy te rozstrzygnięcia z odwołaniem się do powołanego judykatur Sądu Najwyższego jednoznacznie wynika, że SN uznał, że art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ugh stanowią przepisy bezskuteczne i nie mogą być stosowane, co kształtowało świadomość oskarżonego w zakresie legalności i prowadzonej działalności;

3.oskarżony działał z zamiarem popełnienia czynu zabronionego w sytuacji, gdy z licznych artykułów i glos. Z którymi zapoznał się oskarżony jednoznacznie wynika, iż przepisy są bezskuteczne i nie mogą być stosowane, co kształtowało świadomość oskarżonego w zakresie legalności prowadzonej działalności

Alternatywnie w wypadku nie uwzględnienia zarzutów apelacji zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła obrazę przepisów prawa materialnego art. 438 pkt 1 kpk w szczególności :

1.art. 10 § 4 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie przy dokonaniu prawnokarnej oceny zarzucanego oskarżonemu zachowania, co doprowadziło Sąd I instancji do błędnego przyjęcia, że oskarżony dopuścił się czynu zabronionego z art. 107 § k.k.s. , w sytuacji gdy M. W. pozostawał w usprawiedliwionej nieświadomości karalności zarzucanego mu czynu;

ewentualnie, w przypadku uznania przez W. Sąd, że oskarżony nie pozostawał w usprawiedliwionej nieświadomości karalności zarzucanego mu czynu, zarzucam:

2.naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 10 § 3 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie przy dokonaniu prawnokarnej oceny zarzucanego oskarżonemu zachowania, co doprowadziło Sąd I instancji do błędnego przyjęcia, że oskarżony dopuścił się czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. w sytuacji, gdy oskarżony był przekonany, że zachodzą okoliczności wyłączające bezprawność zarzucanego mu czynu

W oparciu o w/w zarzuty obrońca oskarżonego wnosila o :

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uniewinnienie oskarżonego od dokonania zarzucanego mu czynu,
- 2.zasądzenie na rzecz oskarżonego od Skarbu Państwa kosztów procesu za obie instancje , w tym zwrotu wydatków poniesionych na ustanowienie obrońcy – według norm przepisanych.

ewentualnie o:

- 3.uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Drugi z obrońców oskarżonego adw. K. B. zaskarżył wyrok w całości i zarzucił :

1.bezskuteczność przepisu z art. 14 ust. 1 u.g.h., który jako nienotyfikowany przepis techniczny, w braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009r o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34 nie może być zastosowany wobec jednostek, co stanowi okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną, potwierdzoną wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dokonaną wyrokami: z dnia 13 października 2016r. w sprawie C -303/15 oraz z dnia 19 lipca 2012r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11 i C -217/11 (FORTUNA i inni), jak i wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006r. w sprawie C – 65/05 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej), a następnie wprowadzenia mocą art. 4 noweli u.g.h celem umożliwienia dostosowania się do nowej regulacji prawnej z art. 14 ust. 1 u.g.h. , która zastąpiła, nieskuteczną z powodu braku jej notyfikacji zgodnie z dyrektywą, treść tego przepisu z tekstu pierwotnego ustawy;

2.braku strony podmiotowej w postaci umyślności oraz oczywistej i usprawiedliwionej nieświadomości tak bezprawności, jak i karalności naruszenia art. 6 ust. 1 u.g.h., a to ze względu na powszechne traktowanie tego przepisu jako tożsamego z art. 14 ust.1 u.g.h. (do wyroku (...) z 13 października 2016r.), zarówno w orzecznictwie sadowym, jak i przez Komisję Europejską, co tym bardziej pozwala uznać, że przepis ten w usprawiedliwiony sposób mógł być traktowany jako bezskuteczny.

W oparciu o w/w zarzuty obrońca oskarżonego wnosil o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Sąd Okręgowy zważył co następuje :

apelacje obu obrońców oskarżonego nie zasługują na uwzględnienie. Sąd odwoławczy omówi obie apelacje łącznie albowiem zarzuty podnoszone w tych apelacjach powielają się. Apelacje obu obrońców dokonują wykładni wybranych przepisów u.g.h i k.k.s oraz polemizują z prawidłowymi ustaleniami i rozstrzygnięciami sądu I instancji. Sąd odwoławczy zaprezentowanych poglądów w tych apelacjach nie podziela. Jak wynika z ustaleń sądu rejonowego w dacie popełnienia zarzucanego mu czynu oskarżony pełnił funkcję prezesa spółki (...) sp. z o.o.z siedzibą w

K.. Firma oskarżonego zajmowała się prowadzeniem działalności rozrywkowej i rekreacyjnej. Zabezpieczony w barze (...) automat do gier A. G. o nr (...) był własnością w/w firmy i został wstawiony do przedmiotowego lokalu za zgodą oskarżonego. Znajdujący się w tym lokalu automat stwarzał warunki do prowadzenia gier na tym automacie i umożliwił prowadzenie takich gier, z czego oskarżony czerpał stały dochód. Takie ustalenia wynika wprost z dowodów zgromadzonych w sprawie tj. protokołu kontroli i zatrzymania przedmiotu oraz zeznań B. S. (2) właściciela baru "W.". Zgodnie z treścią art 2 ust. 3 u.g.h. grami na automatach są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych oraz gry odpowiadające zasadom gier na automatach urządzone przez sieć Internet o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zwiera element losowości. Z kolei art. 2 ust. 4 tejże ustawy stwierdza, iż wygraną rzeczową w grach na automatach jest również wygrana polegająca na możliwości przedłużania gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, a także możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze. W realiach niniejszej sprawy przedmiotowy automat zawierał gry o charakterze losowym co wynika z protokołu kontroli. W trakcie kontroli funkcjonariusze Urzędu Celnego w R. przeprowadzili eksperyment gier kontrolnych na automacie, wyniki wskazywały, że gry zainstalowane na urządzeniu mają charakter tylko i wyłącznie losowy, gdyż ich przebieg jak i wynik był całkowicie niezależny od jakichkolwiek działań lub umiejętności gracza. Odnośnie zarzutu, że oskarżony działał w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. należy stwierdzić, że oskarżony był prezesem zarządu spółki, której podstawową działalnością było dystrybuowanie automatów do gier. Z udostępniania automatów do użytkowania właścicielom lokali gastronomicznych spółka uzyskiwała dochody. To wskazuje, że oskarżony z racji pełnionej funkcji nie mógł nie wiedzieć o rygorach prawnych, którym poddana była jego działalność w zakresie gier hazardowych. W niniejszej sprawie oskarżonemu zarzuca się czyn z art. 107 § 1 k.k.s. polegający na urządzaniu gier hazardowych na automacie poza kasynem gry oraz bez wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna gry, a tym samym również bez rejestracji i opinii jednostki badającej, o której mowa w art. 23 a ust. 1 u.g.h. Z ustaleń sądu rejonowego jednoznacznie wynika, że oskarżony nie posiadał wymaganej prawem koncesji na prowadzenie tego typu działalności, wydanej przez właściwy organ. Zachowanie oskarżonego naruszyło zarówno przepisy art. 6 ust 1 u.g.h., jak i znowelizowany art. 14 ust. 1 u.g.h. Z treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. sygn. I KZP 17/16 wynika, że czyn polegający na urządzaniu wbrew normie z art. 6 ust. 1 u.g.h. gier na automatach pomimo nie posiadania koncesji na prowadzenie kasyna stanowi przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. nawet przed wejściem w życie w dniu 3 września 2015 r. nowelizacji ustawy o grach hazardowych. Podkreślić należy że zarzucony oskarżonemu popełnienie czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w dniu 15 grudnia 2015 r. czyli po wejściu w życie ustawy zmieniającej z dnia 12 czerwca 2015 r. w której znowelizowano art. 14 ust. 1 u.g.h. Nie zasługuje na uwzględnienie prezentowany w apelacjach pogląd istnienia lub braku zamiaru popełnienia przestępstwa treści przepisu przejściowego ustawy nowelizującej z dnia 12 czerwca 2015 r. tj. art. 4 cytowanej ustawy. Postanowieniem z dnia 28 kwietnia 2016 r. sygn. akt I KZP 1/16 Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, że powołany przepis dotyczy podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015 r. czyli na podstawie koncesji albo zezwolenia a takich uprawnień oskarżony nie posiadał. W tych okolicznościach w ocenie Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, iż zachowanie oskarżonego M. W. wyczerpało znamiona zarzucanego mu czynu opisanego w akcie oskarżenia. Ponieważ obie apelacje skierowane są co do całości wyroku obowiązkiem sądu odwoławczego było sprawdzenie czy wymierzona oskarżonemu kara nie jest rażąco niewspółmiernie surowa. Zarzucany oskarżonemu czyn z art. 107 § 1 k.k.s zagrożony jest karą grzywny do 720 stawek dziennych albo karze do 3 lat, albo obu tym karom łącznie. Wymierzenie oskarżonemu przez sąd rejonowy samoistnej kary grzywny 100 stawek dziennych po 100 zł każda nie jest karą rażąco surową. W niniejszej sprawie sąd I instancji wymierzając oskarżonemu karę nie naruszył zasady i dyrektywy wymiaru kary określone w art. 53 kk. Przy wymiarze kary sąd rejonowy miał na uwadze zarówno przesłanki negatywne jak i pozytywne dotyczące oskarżonego. Dolegliwość tej kary nie przekracza zdaniem Sądu Okręgowego stopnia winy oskarżonego i prawidłowo realizuje cele zapobiegawcze w zakresie prewencji indywidualnej jak i ogólnej. Z tych też względów nie uznając zasadności zarzutów apelacji obu obrońców oskarżonego, nie podzielając przytoczone na ich poparcie argumentów Sąd Okręgowy zaskarżony wyrok utrzymał w mocy. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 636 § 1 kpk.