

Sygn. akt VI Ka 25/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 kwietnia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze w VI Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SO Andrzej Tekieli

Protokolant Konrad Woźniak

przy udziale oskarżyciela publicznego Urzędu Celnego w W. – M. S.

po rozpoznaniu w dniu 23 marca 2016 r.

sprawy **R. G.** ur. (...) w N.

s. J., I. z domu M.

oskarżonego z art. 110a § 1 kks w związku z art. 9 § 3 kks

z powodu apelacji wniesionej przez Urząd Celny w W.

od wyroku Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze

z dnia 27 listopada 2015 r. sygn. akt II K 1544/14

uchyla zaskarżony wyrok wobec oskarżonego R. G. i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu w Jeleniej Górze do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt VI Ka 25/16

UZASADNIENIE

R. G. oskarżony został o to że:

prowadząc firmę (...) z siedzibą w J. ul. (...) wbrew przepisom art. 29 ust.1 ust.6 i ust.8 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201poz.1540) zlecił P. B. prowadzącemu działalność pod nazwą L. I.ul.(...) J. umieszczenie na stronie internetowej „a. (...)” znaków graficznych i napisów reklamujących gry na automatach – (...),”S. S.”, (...), (...), (...), (...),”F. F.” oraz promował gry hazardowe poprzez zamieszczenie w zakładce „ (...) współpracy z firmą (...) w zakresie urządzenia i prowadzenia gier na automatach

tj. o przestępstwo skarbowe z art.110a § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.

Sąd Rejonowego w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 27.11.2015 r. w sprawie II K 1544/15 uniewinnił oskarżonego B. G. od popełnienia zarzucanego mu czynu i kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa.

Apelację od powyższego wyroku złożył oskarżyciel publiczny – Urząd Celny w W. zarzucając:

- obrażę prawa materialnego a mianowicie art. 110a§1 kks przez przyjęcie, iż oskarżony R. G. nie może odpowiadać za zarzucony mu czyn z art. 110a§1 kks, gdyż przepis art. 110a§1 poprzez zabieg legislacyjny w postaci użycia zwrotu „kto wbrew przepisom ustawy (...). Odsyła w tym zakresie do bezskutecznego, zdaniem Sądu, przepisu art. 29 ustawy o grach hazardowych, który ma charakter techniczny tak jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i może

powodować ograniczenia w handlu wewnątrzspółnotowy” z uwagi na to, że art. 29 ust. 5 ustawy o grach hazardowych był przekazany do Komisji Europejskiej, zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE i był notyfikowany w dniu 16 września 2010r. pod nr 2010/O622/PL (Ustawa z dnia 26 maja 2011r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw Dz. U. nr 134).

- obrazę przepisów postępowania, a mianowicie art. 413§1 pkt 4 poprzez pominięcie w opisie i kwalifikacji prawnej czynu, którego popełnienie oskarżyciel zarzucił oskarżonemu obok art. 110a§1 kks w zw. z art. 9§3 kk w wyroku,

- mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę tego wyroku a polegający na przyjęciu, że oskarżony nie popełnił zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu, skutkujący uniewinnieniem oskarżonego, a polegający na uznaniu że oskarżonemu nie można przypisać winy umyślnej i w konsekwencji odpowiedzialności za czyn z art. 110A§1 kks w zw. z art. 9§3 kks podczas gdy zebrany materiał dowodowy i prawidłowo ustalony stan faktyczny potwierdzają popełnienie tego czynu.

Stawiając powyższe zarzuty oskarżyciel publiczny Urząd Celny w W. wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Nie pozbawiony racji okazał się pierwszy ze stawianych w apelacji zarzutów dotyczący obrazu prawa materialnego co skutkowało uwzględnieniem wniosku o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd ten ustalił iż oskarżony B. G. zlecił świadkowi P. B. wykonanie strony internetowej w (...), strona została umieszczona w internecie po jej akceptacji przez oskarżonego, należała do firmy (...) której właścicielem jest oskarżony, zaś funkcjonariusz celny P. N. stwierdził że na stronie tej zamieszczone są wizerunki automatów do gier których nazwy wymieniono w zarzucie aktu oskarżenia oraz symbole graficzne z tabeli wygranych automatów. Oskarżony sam wyjaśniał że jego firma zajmuje się serwisowaniem automatów elektronicznych oraz produkcją gier, on sam w swoim zakładzie składa automaty z zakupionych wcześniej części, oprogramowanie kupuje w Polsce lub w Grecji, na stronę internetową swojej firmy. Sąd Okręgowy nie znajduje w tej sytuacji podstaw do przyjęcia - w kontekście art.110a § 1 k.k.s. w zw. z art. 29 ust. 1, 6 i 8 ustawy o grach hazardowych (u.g.h.) – że brak jest podstaw do przypisania oskarżonemu umyślności w działaniu co najmniej w formie zamiaru ewentualnego.

Jednakowoż istotą zapadłego w pierwszej instancji rozstrzygnięcia uniewinniającego oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu było przekonanie o „technicznym charakterze” art. 29 ust. 1 u.g.h. i braku jego notyfikacji oraz wynikające z tego zapatrywanie że oskarżony nie może odpowiadać za zarzucony mu czyn gdyż „przepis art. 110a § 1 k.k.s. poprzez zabieg legislacyjny w postaci użycia zwrotu kto wbrew przepisom ustawy...odsyla w tym zakresie do bezskutecznego... przepisu 29 ust. 1 ustawy o grach hazardowych” (str. 7 uzasadnienia , k. 157 akt). To stanowisko Sądu I instancji nie jest jednak przekonywujące.

Kwestia braku notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych, jednakże nie art. 29 ust. 1 lecz art. 14 ust.1 i art.6 ust.1 ustawy uznanych za przepisy techniczne była rozważana w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11, C-217/11 F. i inni przeciwko Polsce. Dla Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, że wyżej wymienione przepisy u.g.h. istnieją w polskim obrocie prawnym, nie zostały z niego usunięte, sporne pozostawało natomiast czy wobec braku ich notyfikacji mogą być stosowane przez sądy, w szczególności rozpatrujące sprawy karnoskarbowe jednakże z art.107 § 1 k.k.s., nie zaś z art. 110a § 1 k.k.s.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 roku w sprawie połączonej C 213/11, C 214/11 i C 217/11 zapadł w związku z zadanymi pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi przepisów art. 129 ust. 2, 135 ust. 2 i 138 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Trybunał stwierdził, że ze względu na swoją treść przepisy te stanowią potencjalne „przepisy techniczne” i dlatego ich projekt powinien być przekazany Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 akapit

pierwszy dyrektywy nr 98/34/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z 22.06.1998 r. celem ich weryfikacji po ustaleniu, że przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktu. Zdaniem Trybunału dokonanie stosowanego ustalenia należy do sądu krajowego. Nadto w uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia Trybunał Sprawiedliwości przyjął wprost, że przepis art. 14 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych stanowi „przepis techniczny” w rozumieniu przywołanej dyrektywy. Zgodnie z konsekwentnym, ugruntowanym stanowiskiem trybunału przepisy techniczne, które nie zostały notyfikowane nie mogą być skutecznie stosowane, dochodzi bowiem do sytuacji kolizji prawa krajowego z prawem unijnym. W tym miejscu odnieść należy się do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Art. 91 § 3 konstytucji wprowadził zasadę pierwszeństwa przepisów unijnych nad prawem krajowym. Z kolei z licznych rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że w myśl zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego w razie jego kolizji z prawem krajowym rozwiązaniem takiej sytuacji jest zastosowanie prawa wspólnotowego i w razie potrzeby odmowa stosowania sprzecznego z nim przepisu prawa krajowego. Nie oznacza to przydawania sądom krajowym kompetencji stwierdzenia nieważności kolizyjnego przepisu krajowego, zasada ta daje jednak możliwość (a nawet ustanawia obowiązek) niestosowania takiego przepisu. Reasumując stwierdzić należy, że niezgodność przepisu z prawem wspólnotowym nie powoduje, że kolizyjne normy prawa krajowego przestają istnieć, jedynie sądy krajowe przepisów takich nie stosują a odmowa stosowania poszczególnych przepisów ustawy nie powoduje niemożności powołania się na pozostałe jej regulacje.

Przechodząc do analizy krajowych judykatów odnoszących się do wyżej wymienionej kwestii wskazać należy w pierwszej kolejności na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015 roku w sprawie P 4/14 w którym Trybunał potwierdził konstytucyjność uchwalenia ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, wskazał przy tym, że europejskie regulacje dotyczące „technicznego” charakteru niektórych przepisów nie stanowią elementu polskiego konstytucyjnego trybu ustawodawczego i dlatego nie ocenił czy kwestionowane przepisy ustawy ów „techniczny” charakter mają. Dla Sądu Okręgowego nie ulega jednak wątpliwości że kwestia powyższa została przesądzona w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego. Nie wdając się na tym etapie rozważań w szczególności uzasadnienia postanowienia składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 14.10.2015 r. (I KZP 10/15) wskazać należy że Sąd Najwyższy „jedynie na marginesie” stwierdził, że kwestia technicznego charakteru przepisów art. 6 ust.1 i art. 14 ust.1 u.g.h. w aspekcie dyrektywy 98/34/WE nie może budzić wątpliwości (str. 8 uzasadnienia postanowienia I KZP 10/15). Takie jest też zdanie Sądu Okręgowego orzekającego w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do kwestii stosowania względnie niestosowania art. 6 ust.1 i art.14 ust.1 u.g.h. jako mających charakter techniczny w aspekcie dyrektywy 98/34/WE wskazać należy na dwa kluczowe judykaty Sądu Najwyższego dotyczące kwestii notyfikacji tych przepisów (w sprawach o przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.) a więc postanowienie z dnia 28.11.2013 r. (I KZP 15/13) i postanowienie z dnia 27.11.2014 r. (II KK 55/14). Przypomnieć należy że w pierwszym z nich Sąd Najwyższy stwierdził że „naruszenie wynikającego z dyrektywy nr 98/34/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady...obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd dochodzi do wniosku że doszło do takiej wątpliwości trybu ustawodawczego może nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie , w którym miałyby one zostać zastosowane i skieruje stosowne pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Jednak do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych...”. Nie trudno zauważyć, że stanowisko powyższe jest o tyle nieaktualne, że Trybunał Konstytucyjny w wymienionym powyżej wyroku z 11 marca 2015 roku w sprawie P 4/14 uchylił się w istocie od oceny obowiązku notyfikacji technicznych przepisów u.g.h. jako że ów „techniczny charakter” wynika z regulacji wspólnotowych a nie krajowych. Drugi z wymienionych wyżej judykatów zawiera całkowicie przeciwstawne stanowisko w tej kluczowej kwestii. W postanowieniu z dnia 27.11.2014 r. (II KK 55/14) Sąd Najwyższy oddalając kasację od wyroku uniewinniającego za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. stwierdził że „konsekwencją braku notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych...jest niemożność stosowania i to nie tylko przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych

podlegających notyfikacji”. W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Najwyższy stwierdził m.in. „zauważyć...należy że prawo unijne nie harmonizuje płaszczyzny gier hazardowych, co pozwala państwom członkowskim na niemal swobodną reglamentację tej dziedziny, jednak urządzenie gier hazardowych, uczestniczenie w nich, sprowadzanie i produkcja automatów objęte są regulacjami rynku unijnego...w konsekwencji przepisy prawne odnoszące się do tej działalności podlegają notyfikacji Komisji Europejskiej jako przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy nr 98/34/ WE”. W konkluzji Sąd Najwyższy stwierdza że „konsekwencją uznania że art.14 ustawy o grach hazardowych to przepis techniczny w rozumieniu dyrektywy nr 98/34/WE który nie został notyfikowany Komisji Europejskiej, a więc jest bezskuteczny , musi być wyrok uniewinniający , gdyż art. 107 § 1 k.k.s...ma charakter blankietowy a jego doprecyzowanie stanowią przepisy m.in. tegoż art. 14. W tej sytuacji czyny oskarżonego nie mogły wyczerpać znamion przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s”. Wprawdzie w sformułowaniach powyższych mowa jest o art. 14 u.g.h., oczywistym jest jednak że odnoszą się także do art.6 ust. 1 u.g.h. będącego również przepisem technicznym, co przesądziło w powoływanym już wyżej postanowieniu składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 14.10.2015 r. (I KZP 10/15).

Analizując w tym miejscu szczegółowo treść uzasadnienia postanowienia składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego I KZP 10/15 (wydanego w wyniku rozpoznania zagadnienia prawnego przedstawionego przez Prokuratora Generalnego na podstawie art. 60 § 2 ustawy z dnia 23.11.2002 r. o Sądzie Najwyższym k. 746 – 751 akt) podkreślić należy, że Sąd Najwyższy wskazując na istotne rozbieżności wynikające z postanowień SN z dnia 28.11.2013 r. (I KZP 15/13) i z dnia 27.11.2014 r. (II KK 55/14), stwierdził m.in. że „chodzi... o przyjmowaną w orzecznictwie Trybunału Luksemburskiego normę niestosowania przez państwo wobec jednostek nienotyfikowanych przepisów technicznych. W postanowieniu I KZP 15/13 poddano w wątpliwość obowiązywanie takiej normy, wskazując że nie wynika ona z żadnego wyraźnego przepisu dyrektywy 98/34/WE ani z żadnej regulacji traktatowej, a orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie mają charakteru powszechnie wiążącego. Tak sformułowaną normę przyjął jako obowiązującą Sąd Najwyższy w postanowieniu w sprawie II K 55/14” (str.11 uzasadnienia). Jednocześnie Sąd Najwyższy odniósł się do pytania prejudycjalnego z którym Sąd Okręgowy w Łodzi w dniu 24.04.2015 r. w sprawie IV Kz 142/15 zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zmierzającego „...do ustalenia kwestii kluczowej, a mianowicie tego czy w każdym przypadku nienotyfikowania przepisów technicznych Komisji niedopuszczalne jest ich stosowanie przeciwko jednostce czy też sankcja niestosowania przepisów nienotyfikowanych nie musi być wdrożona przez sąd krajowy wówczas gdy przepisy techniczne dotyczą swobód traktatowych podlegających ograniczeniom na podstawie art.36 TfUE” (tj. Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, przyp. S.O. - str.12 uzasadnienia). W oczekiwaniu na wydanie orzeczenia prejudycjalnego przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (C – 303/15) Sąd Najwyższy zawiesił postępowanie w sprawie I KZP 10/15.

Orzecznictwo Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze w sprawach o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., w kwestii braku notyfikacji art. 6 ust.1 i art. 14 ust.1 u.g.h. jako przepisów technicznych Komisji Europejskiej nie było jednolite, w sposób widoczny ewaluowało. Sąd Okręgowy w wyżej wymienionym składzie stoi obecnie na stanowisku niemożności stosowania przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających notyfikacji. Wątpliwość Sądu Okręgowego dotyczy jednakże stosowania tej argumentacji do art. 29 ust. 1 u.g.h. i traktowanie tego przepisu jako „normy technicznej”. Takie stanowisko nie wynika jednoznacznie z żadnego z analizowanych wyżej judykatów Sądu Najwyższego, Trybunału Konstytucyjnego oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Podkreślić należy, że oskarżonemu nie zarzucono organizowanie hazardu lecz jego reklamę i promocję. Nie jest to działalność utrudniająca bezpośrednio obrót handlowy w takim samym zakresie jak „przepisy techniczne” z art. 6 ust.1 i art. 14 ust.1 u.g.h. Jak się wydaje w samym Sądzie Rejonowym stanowisko w tej kwestii nie jest jednolite skoro Sąd ten najpierw wydał wyrok nakazowy skazujący oskarżonego (k.102), a następnie wyrok uniewinniający.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Jeleniej Górze.

Ponownie rozpoznając sprawę rozważy wszystkie okoliczności o których mowa powyżej, przeprowadzi postępowanie dowodowe w zakresie niezbędnym do prawidłowego rozstrzygnięcia i wyda wyrok który prawidłowo uzasadni. O ile

Sąd ten ponownie dojdzie do przekonania o „technicznym charakterze” art. 29 ust. 1 u.g.h., pogłębi argumentację w tym zakresie w oparciu o orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.