

## UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach wyrokiem z dnia 18 lipca 2017r. sygn. akt II K 1029/16 uznał oskarżoną B. G. za winną tego, że w dniu 26 października 2015r. jako prezes zarządu spółki (...) z siedzibą w S. przy ulicy (...) urzędowała w (...) w K. przy ulicy (...) wbrew art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych poza kasynem gier w celach komercyjnych gry o wygrane rzeczowe i pieniężne zawierające element losowości na urządzeniach elektronicznych o nazwach M. (...) nr (...), H. (...) nr (...) i H. (...) nr (...), tj. popełnienia czynu z art. 107 § 1 kks i za to wymierzył jej karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych, na mocy art. 30 § 5 kks orzekając przepadek urządzeń elektronicznych o nazwach M. (...) nr (...), H. (...) nr (...) i H. (...) nr (...) wraz z przewodami zasilającymi, 8 sztuk kluczy oraz pieniędzy w kwocie 5.430 zł opisanych w wykazie dowodów rzeczowych k. 124 (...); na mocy art. 230 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks nakazując zwrócić (...)s.c. umowę najmu z dnia 01.10.2015r. przechowywaną w aktach na k. 68.

Obrońca oskarżonej zaskarżając wyrok w całości postawił zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych, który wyrażać się miał w ustaleniu zgodnym z treścią opisu czynu przypisanego w wyroku, w ustaleniu dotyczącym urządzenia H. (...) nr (...), które w dniu kontroli było wyłączone oraz co do umyślności, wywodząc, że oskarżona nie miała wiedzy na temat charakteru gier, co do charakteru automatów wywodząc, że eksperyment nie dał podstaw do ustalenia, że miały one charakter losowy, że wykształcenie, wiedza teoretyczna i praktyczna, a także doświadczenie życiowe W. C. pozwalały w sposób nie budzący wątpliwości na ustalenie, że automaty mają charakter losowy, a dostępne na nich gry są grami na automatach w rozumieniu przepisów ustawy o grach hazardowych oraz że jedynie wygląd i budowa automatu H. (...) nr(...) uzasadniała zatrzymanie automatu mimo jego niesprawności i niemożliwości uruchomienia przez zwykłego gracza. Kolejny zarzut apelacji to zarzut obrazy przepisów postępowania, a to art. 7, 92, 410 kpk, art. 193 § 1 kpk, art. 5 § 2 kpk, nadto naruszenie przepisów prawa materialnego art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, art. 10 § 4 kks.

Obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez uniewinnienie oskarżonej, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja obrońcy oskarżonej nie zasługuje na uwzględnienie, o czym przekonuje kontrola odwoławcza przeprowadzonego przez Sąd I instancji postępowania dowodowego, zaskarżonego orzeczenia, jego uzasadnienia oraz analiza uzasadnienia środka odwoławczego.

Zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. wymaga wykazania wad w ocenie konkretnych dowodów dokonanej w zaskarżonym wyroku, prowadzących do wniosku, iż ocena ta przekracza granice swobodnej i jest dowolna (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19.01.2006 roku WA 38/05 OSNwSK 2006/1/178).

Przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną przepisu art. 7 k.p.k., jeśli tylko: - jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, - stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, - jest zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12.07.2006 roku II KK 12/06).

Kolejnym wyszczególnionym w apelacji przepisem, którego obrazę zarzuca ten apelujący art. 5 § 2 kpk. Przypomnieć trzeba trafne stanowisko judykatury, że każdą niejasność w dziedzinie ustaleń faktycznych (m.in. w przypadku kilku wersji wydarzeń) należy w pierwszym rzędzie zredukować wszechstronną inicjatywą dowodową, a następnie wnikliwą analizą całokształtu materiału dowodowego zebranego w sprawie. Jeżeli zatem z materiału dowodowego wynikają różne wersje przebiegu zdarzenia objętego aktem oskarżenia, to nie jest to jeszcze jednoznaczne z zaistnieniem

niedających się usunąć wątpliwości w rozumieniu art. 5 § 2 kpk (tak SN w postanowieniu z 12.12.2013 roku, III KK 420/13, LEX nr 1422119).

Naruszenia powołanych wyżej zasad nie tylko nie sposób dopatrzeć się analizując przebieg postępowania, zapadły wyrok oraz pisemne motywy zaskarżonego orzeczenia, apelująca nie wskazała również dających się zaakceptować racji świadczących o przekroczeniu przez Sąd I instancji granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności poprzez wnioskowanie nielogiczne, sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego i wskazaniem wiedzy, bądź też poczynienie ustaleń nie znajdujących odzwierciedlenia w treści przeprowadzonych dowodów.

Sąd I instancji przeprowadził w sprawie pełne postępowanie, zgromadzone dowody poddając ocenie zgodnej z zasadami wiedzy, doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, w sposób obszerny, jasny i pełny prezentując swe stanowisko w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku.

Nie ma racji apelujący upatrując naruszenia przepisów postępowania w dopuszczeniu dowodu z ustnej opinii biegłego oraz wyprowadzaniu wniosku, że nie może być ona oparta wyłącznie o dokonane w trakcie eksperymentu nagranie video. Po pierwsze utrwalenie przebiegu gry zostało dokonane prawidłowo, nie zakłócone w żaden sposób, obraz jest czytelny i sposób przeprowadzania gry kontrolnej jasny, to pozwoliło biegłemu zapoznać się z rodzajem gier dostępnych dla graczy na dwóch urządzeniach.

Nie budzi też wątpliwości, że eksperyment dotyczył urządzeń opisanych w zarzucie. Istotnie zapoznanie z przebiegiem eksperymentu pozwala zgodzić się z wnioskami biegłego o losowym charakterze oferowanych gier. Sam skarżący zresztą nie wytyka w tej mierze nieprawidłowości, a jedynie wydaje się, że chce twierdzić, iż o losowym charakterze gry może wypowiadać się wyłącznie Minister właściwy do spraw finansów publicznych. Już w tej kwestii można dostrzec niespójność linii obrony oraz nabrać przekonania, że wszystkie podnoszone przez apelującego tezy zmierzają wyłącznie do uniknięcia przez oskarżoną odpowiedzialności, wydaje się wręcz, że na zasadzie prób i błędów, bo może któryś z zarzutów akurat w tej konkretnej sprawie zostanie zaakceptowany.

Powołana właściwość Ministra wynika z art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych, który stanowi, że: Minister właściwy do spraw finansów publicznych rozstrzyga, na wniosek lub z urzędu, w drodze decyzji, czy gry lub zakłady posiadające cechy wymienione w ust. 1-5a są grami losowymi, zakładami wzajemnymi, grami w karty albo grami na automacie w rozumieniu ustawy. W związku z tą normą wydane zostało rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 10 kwietnia 2017 r. w sprawie wzoru wniosku o wydanie decyzji, o której mowa w art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych (Dz. U. z dnia 18 kwietnia 2017 r.).

Wskazana regulacja dotyczy indywidualnych gier, a przecież B. G. o taką decyzję nie występowała, co bynajmniej nie stoi na przeszkodzie ustalenia charakteru gier w oparciu o przeprowadzane dowody, a opinia biegłego jest w tej mierze najskuteczniejszym instrumentem. Oskarżona zaś zainteresowana opinią Ministra nie była, co wpisuje się w jej zachowania oraz treść wyjaśnień, kiedy wyjaśniając, że uzyskiwali sporo wyroków uniewinniających, w istocie przyznaje, że nie były wszystkie decyzje tak korzystne. Zresztą przedstawione odpisy orzeczeń z okresu, w którym mogła się kształtować świadomość oskarżonej, nie wskazują bynajmniej, aby podstawą korzystnych rozstrzygnięć było podważenie charakteru gier jako losowego, względnie zawierającego element losowości. Dlatego i w nich nie mogła upatrywać wsparcia dla twierdzeń o braku losowości, czego zresztą w wyjaśnieniach nie twierdziła, a co przekonuje, że jest to jedynie jedna z tez obrony czyniona obok treści przeprowadzonych w sprawie dowodów.

Podobna sytuacja ma miejsce, gdy apelujący twierdzić chce, że urządzenie H. (...)nr (...), w dniu kontroli było wyłączone, co nie jest prawdą, bo było ono włączone, a jego niezdatność do przeprowadzenia eksperymentu i gry, co potwierdził biegły opiniując po osobistym zbadaniu urządzenia, wynikała z zablokowania z uwagi na brak pieniędzy do wypłaty, przy istnieniu wygranej ostatniego gracza. Do odblokowania konieczny był kod, klucz, którego na miejscu kontroli nie udostępniono, urządzenie natomiast nie uległo żadnej awarii, co więcej podłączenie tego automatu przekonuje, że ostatnia gra realizowana była w dniu kontroli, bowiem nie byłoby ekonomicznego uzasadnienia, aby urządzenie pozostawało podłączone w sytuacji jego niesprawności.

Prawidłowo przy tym Sąd zdyskredytował jako nieprawdziwe, a wręcz obarczone cechami znamionującymi zachowanie sprawcy czynu z art. 233 § 1 kk, zeznania D. Z. z rozprawy, podczas gdy przesłuchiwana przez funkcjonariuszy Służby Celnej wypowiadała się w sposób korelujący z zastanym w toku kontroli stanem faktycznym o sposobie działania automatów i jej roli.

Zarzut z kolei dotyczący W. C. wydaje się być przeniesieniem treści zażalenia w tej lub innej sprawie, na postanowienie o zatrzymaniu rzeczy, przecież nie tego rodzaju czynność podlega obecnie ocenie, zaś spostrzeżenia świadka co do charakteru gry, gdy przebieg eksperymentu utrwalono na nagraniu video, zaś trzeci automat został zbadany przez biegłego, są jedynie dopełnieniem prawidłowych ustaleń Sądu, a to, że świadek odwołuje się do swoich doświadczeń zawodowych w tym zakresie nie dziwi.

Sąd zatem nie uchybił zasadom oceny dowodów, ani nie wyciągnął nieuprawnionych wniosków w zakresie wypełnienia przez oskarżoną znamion przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks. Gry realizowane na kontrolowanych w dniu 26 października 2015r. automatach były urządzone w celach komercyjnych, jako że wymagały dokonania opłat, miały też charakter losowy, bowiem wynik pojedynczej był zależny od przypadku, a grający nie miał żadnego wpływu na wynik końcowy, niewątpliwie też gry były realizowane na urządzeniu komputerowym. Sąd I instancji przytoczył w tym zakresie wyczerpujące argumenty odwołując się do treści ustawy, której przepisy prawidłowo zastosował i nie ma potrzeby czynić w tej mierze powtórzeń.

Z pewnością w sprawie nie zaistniały warunki do skorzystania z zasady in dubio pro reo, bowiem żadnych nierozstrzygniętych wątpliwości nie ujawniono, a i nie było podstaw ku temu, aby je wywodzić.

W dalszej kolejności odnieść należy się do kwestii notyfikacji i jej potrzeby.

Zgodnie z zapisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2002 r.) § 2 pkt 5 ilekroć w rozporządzeniu jest mowa „przepisie technicznym”- należy przez to rozumieć specyfikacje techniczne, inne wymagania, przepisy dotyczące usług, regulacje wprowadzające zakaz produkcji, przywozu lub wprowadzania produktu do obrotu, świadczenia usług lub prowadzenia działalności polegającej na świadczeniu usług. Wskazane przepisy wprowadzono dla realizacji dyrektywy 98/34/WE.

Pamiętać jednak należy, że proces notyfikacji, dla skuteczności normy prawnej, jako podstawy wyciągania negatywnych konsekwencji wobec jednostki, a zatem wprowadzania ograniczeń, aż po sankcje karne, przeprowadzony ma być w stosunku do przepisów technicznych.

W wypadku ustawy o grach hazardowych taki problem istniał, a co za tym idzie również rozbieżności w zakresie konsekwencji braku notyfikacji, gdyż pierwotny tekst poszczególnych przepisów ustawy takowej poddany istotnie nie został. Przy tym wbrew twierdzeniom obrony podnoszonym w sprawach podobnych, bynajmniej stanowisko sądów powszechnych nie było jednolite, zaś Sądu Najwyższego w przeważającej mierze skłaniało się do stosowania kwestionowanych norm art. 6 i art. 14 ustawy, jako wypełniających normę art. 107 § 1 kks, co znajdowało też wsparcie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015r.

Już z tego względu nie sposób uznać, aby oskarżona mogła żywić uzasadnione przekonanie, że jej działania nie będą podlegały karze, ani tym bardziej, że są zgodne z ustawą, czy legalne.

Ostatecznie problem notyfikacji w okresie przed 3.09.2015 r. rozstrzygnięty został wyrokiem TSUE z dnia 13.10.2016 r. w sprawie C#303/15. Przypomniawszy przy tym Trybunał zasady ustalania charakteru technicznego, a nie je wyjaśnił, gdyż stosowne wskazówki odnaleźć można szeroko we wcześniejszych orzeczeniach, o których jak wynika z twierdzeń apelującego, oskarżona posiadała wiedzę, a zatem nie może się w tej mierze powoływać na brak świadomości i to usprawiedliwiony, skoro tak dbała o zapoznanie z orzeczeniami jej dotyczącymi, a nawet z procesem notyfikacji, jak wynika z treści środka odwoławczego.

Zatem „pojęcie „przepisów technicznych”, o którym mowa w art. 1 pkt 5 dyrektywy 98/34 obejmuje jedynie zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, czyli wszystkich usług świadczonych na odległość drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r., M., C#89/04, EU:C:2005:348, pkt 19).(...) Przede wszystkim należy stwierdzić, że takie przepisy, które uzależniają prowadzenie działalności w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowią „przepisów technicznych” w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34, ponieważ nie odnoszą się one do produktu lub do jego opakowania jako takich i nie określają wymaganych cech produktu (...).Stąd zasadne jest stwierdzić, że nie należy uznać art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych za „inne wymagania” w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34, ponieważ zezwolenie wymagane przez ten przepis krajowy na urządzenie gier hazardowych stanowi warunek nałożony względem prowadzenia działalności w zakresie organizowania takich gier w odróżnieniu od art. 14 ust. 1 tej ustawy, który ustanawia warunki względem danych produktów, zakazując ich użytkowania poza kasynami gry”.

Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 17/16 (OSNKW 2017, Nr 2, poz. 17) dokonał oceny prawnej tych przepisów zarówno w kontekście przepisu art. 91 ust. 3 Konstytucji RP jak i prawa unijnego, szczególnie wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 października 2016 r., sygn. C-303/15. W orzeczeniu potwierdzając techniczny charakter przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w aspekcie dyrektywy 98/34/WE.

Następco również w innych Sąd Najwyższy odnośnie art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, wyraźnie stwierdzał, że przepis ten uzależniający prowadzenie działalności w zakresie rodzaju gier w nim wskazanych, od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, a zatem w odróżnieniu od przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu, może stanowić, samodzielnie, uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 kks.

Skoro zatem przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie jest przepisem technicznym, to mógł stanowić uzupełnienie normy art. 107 § 1 kks przed, jaki i po 3.09.2015 r. oraz w chwili obecnej, niezależnie od kontestowania przez obronę skuteczności procesu notyfikacji.

W wypadku nowelizacji, która weszła w życie we wskazanej dacie wbrew teozom obrony, nie sposób doszukać się takich uchybień, które uchylałyby skuteczność jej notyfikacji. Zachowany został trzymiesięczny okres obowiązywania zasady standstill, dający Komisji i pozostałym państwom członkowskim czas na przeanalizowanie zgłoszonego tekstu i udzielenie stosownej odpowiedzi. Malta uwagi zgłosiła, jak poprzednio, a Ministerstwo Finansów udzieliło odpowiedzi.

Zwraca też uwagę orzecznictwo Sądu Najwyższego, który również nie tylko nie zakwestionował możliwości wypełnienia normy art. 107 § 1 kks wyłącznie przepisem art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, ale po wskazanej dacie również art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Dlatego poruszona przez obrońcę problematyka nie ma znaczenia w niniejszej sprawie. Na marginesie zauważyć trzeba, że Malta nie po raz pierwszy zgłosiła uwagi, a od początku śledziła prace związane w ustawą o grach hazardowych.

Kwestią, nawiązującą w istocie do powyższych, jest jak to określa obrońca stan świadomości oskarżonej.

Przytoczyć trzeba, że podstawą uznania, że oskarżona działała ze świadomością bezprawności, jest abstrakcyjny, powinnościowy wzorzec. W doktrynie powszechnie przyjęto pogląd, zgodnie z którym w takiej sytuacji należy posłużyć się kryterium normatywnym miarodajnego obywatela, mającego identyczne jak sprawca doświadczenie, wiedzę, należycie wypełniającego swe obowiązki i należy ustalić, czy rozpoznałby on bezprawność czynu, a jeżeli nie - wówczas nieświadomość bezprawności trzeba uznać za usprawiedliwioną” (por. F. Prusak Kodeks karny skarbowy, Komentarz, Tom I, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2006 r., str. 215-216).

Co więcej, badając formułę usprawiedliwienia na gruncie prawa karnego skarbowego w odniesieniu do profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który w celach zarobkowych prowadzi działalność ze świadomością jej reglamentowania przez państwo - w grę wchodzi model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań.

Powyższe powoduje, że również argument o potrzebie zastosowania art. 10 § 4 kks nie mógł zostać uwzględniony, tym bardziej, że ustalenie błędu co do karalności wymaga także oceny stanu świadomości oskarżonej, a ten wedle treści protokołów, nie pozwala na tak dalekie wnioski, jakich życzyłby sobie obrońca.

Podsumowując, Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutów i wywodów apelacji.

Oceniając orzeczenie o karze stwierdzić natomiast trzeba, że jest ono wyważone i nie sposób upatrywać rażąco niewspółmiernej surowości, już chociażby przez pryzmat czasu przestępczego zachowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono po myśli art. 636 § 1 kpk. Przepis ten stanowi, że w sprawach z oskarżenia publicznego, w razie nieuwzględnienia środka odwoławczego, wniesionego wyłącznie przez oskarżonego lub oskarżyciela posiłkowego, koszty procesu za postępowanie odwoławcze ponosi na ogólnych zasadach ten, kto wniósł środek odwoławczy (...).

Zgodnie z art. 616. § 1. Do kosztów procesu należą: koszty sądowe i uzasadnione wydatki stron, w tym z tytułu ustanowienia w sprawie jednego obrońcy lub pełnomocnika. Apelację wniósł obrońca oskarżonej, zatem to oskarżona winna ponieść koszty sądowe postępowania odwoławczego, na które składają się: wydatki w kwocie 20 złotych, jako ryczałt za doręczenie wezwań, a także opłata w kwocie 1000 złotych od orzeczonej kary pozbawienia wolności i grzywny obok niej wymierzonej.

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