

Sygn. akt V.2 Ka 530/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 października 2018 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku

Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: SSO Jacek Myśliwiec

Protokolant: Ewelina Grobelny

w obecności Doroty Król funkcjonariusza Śląskiego Urzędu Celno – Skarbowego w Katowicach

po rozpoznaniu w dniu 25 października 2018 r.

sprawy: **A. U. /U./,**

syna S. i B.,

ur. (...) w O.

oskarżonego o przestępstwo z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Wodzisławiu Śląskim

z dnia 14 czerwca 2018r. sygn. akt II K 243/17

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok,

II. obciąża oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatą za II instancję w kwocie 1500 (tysiąc pięćset) złotych i zasądza od niego wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych.

SSO Jacek Myśliwiec

Sygn. akt V.2 Ka 530/18

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Wodzisławiu Śląskim wyrokiem z dnia 14 czerwca 2018r. , sygn. akt II K 243/17, uznał oskarżonego A. U. za winnego tego, że będąc Prezesem zarządu spółki (...) Sp. z o., o. z siedzibą w B. przy ul. (...) (...) w dniu 31 marca 2014r. w lokalu o nazwie J. H. mieszczącym się w R. przy ul. (...), urządził w celach komercyjnych na urządzeniach elektronicznych do gier o nazwie H. (...) o numerze 13-BB-340, H. S. P. o nr H. (...) -BB-006, H. S. P. o numerze H. (...) -BB-262 oraz H. (...) -339 gry o charakterze losowym wbrew art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 z 2009 roku poz 1540 z późn. Zmianami), czym wyczerpał ustawowe znamiona przestępstwa z art. 107 §1 kks i za to na podstawie art. 107 §1 kks wymierzył mu karę 100 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 150 zł.

Na podstawie art. 627 kpk i art. 3 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych Sąd zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatę w kwocie 1500 zł oraz obciążył go wydatkami postępowania w kwocie 3149 zł.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego, który zarzucił:

- Naruszenie art. 107 §1 kks poprzez jego zastosowanie, mimo iż w toku postępowania nie wykazano, by oskarżony dopuścił się popełnienia takiego przestępstwa, czyli w szczególności brak w kwestionowanym wyroku jakiegokolwiek wskazania, które konkretnie zachowania oskarżonego wyczerpywały znamiona tego przestępstwa;
- Naruszenie art. 107 §1 kks w zw. z art. 4 §2 kks, a to poprzez niczym nieuzasadnione przyjęcie, iż oskarżony dopuścił się wskazanego przestępstwa, działając umyślnie, chociaż takie ustalenie faktyczne nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w materiale dowodowym zgromadzonym w postępowaniu;
- Bezzasadne zastosowanie art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jako przepisu wypełniającego blankietową regulację art. 107 §1 kks, mimo iż przepisy te nie mogły znaleźć zastosowania w sprawie, a to z uwagi na treść zarzutu stawianego oskarżonemu.

Z najdalej idącej ostrożności obrońca zarzucił również:

- naruszenie art. 10 §3 i ewentualnie §4 kks poprzez ich niezastosowanie, mimo iż okoliczności prawne sprawy niniejszej determinują wniosek, iż oskarżony z pewnością kierował się usprawiedliwionym przekonaniem, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czynu, a już ostateczności dopuścił się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności;
- niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu w relacji do wagi czynu mu zarzucanego, co wynika z naruszenia art. 10 §5 kks poprzez jego niezastosowanie, mimo iż jeśli błąd, na który opo9wołuje się oskarżony w swojej linii obrony okazuje się być nieusprawiedliwionym, to skutkować to powinno zastosowaniem dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary – czego Sąd Rejonowy jednak nie wziął pod uwagę w kwestionowanym orzeczeniu.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania;
- ostatecznie – o zmianę zaskarżonego wyroku co do wymiaru kary, która przy uwzględnieniu możliwości nadzwyczajnego jej złagodzenia jawi się jako wygórowana, a tym samym niesprawiedliwa.

Ponad powyższe, w każdym z przypadków, skarżący wniósł również o zasądzenie na rzecz oskarżonego kosztów obrony z wyboru w postępowaniu apelacyjnym – według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługiwała na uwzględnienie, gdyż stanowi jedynie gołosłowną polemikę z prawidłowymi ustaleniami i rozstrzygnięciami Sądu I instancji oraz prezentację własnej wykładni wybranych przepisów u.g.h. i k.k.s. Poglądów tych sąd odwoławczy jednak nie podziela.

Art. 107 § 1 k.k.s., w wersji obowiązującej w dacie czynu stanowił, że „kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządza lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie”. Zatem dla przypisania sprawcy czynu z art. 107 § 1 k.k.s. koniecznym jest wykazanie, iż urządzał lub prowadził on grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny wbrew przepisom ustawy.

Zgodnie z utrwalonymi już w tej mierze poglądami doktryny zakres pojęcia „urządza” jest szerszy od „prowadzi”. Osoba, która grę lub zakład „urządza”, najczęściej układa system gry, określa wysokość wygranych, wynajmuje i przystosowuje lokal, zatrudnia i szkoli pracowników, organizuje grę, rozlicza przedsięwzięcie itp. Natomiast osoba, która grę lub zakład wzajemny „prowadzi”, ogranicza się najczęściej do wykonywania bezpośrednich czynności przy tych grach (tak pogląd zawarty w Komentarzu do art. 107 k.k.s. W. Kotowskiego i B. Kurzępy). Natomiast w komentarzu do art. 107 k.k.s. T. Grzegorzczak stwierdził, iż czym innym jest tu urządzenie gry i zakładu wzajemnego lub prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a czym innym prowadzenie gry lub zakładu. To pierwsze wymaga bycia określonym podmiotem uprawnionym do uzyskania zezwolenia na urządzenie gry lub zakładu lub na prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a wcześniej ustalenia ich regulaminu, z określeniem w nim także wygranych, terminu i miejsca gry lub zakładu oraz praw i obowiązków ich uczestników, zapewnienia stosownych zabezpieczeń i spełnienia określonych warunków, od jakich ustawa uzależnia zorganizowanie (urządzenie) danej gry lub zakładu lub działalności w tym zakresie (zob. np. art. 3, 4 ust. 1, art. 5-7, 11 ust. 2, 5 i 5a, art. 13-15b, art. 22, 24, 32-36 czy 39 u.g.z.w.).

To drugie, czyli prowadzenie gry bądź zakładu wzajemnego, a nie działalności w tym zakresie, wiąże się z samym ich realizowaniem, co wymaga też uwzględnienia przez prowadzącego konieczności przestrzegania wymogów prawidłowego organizowania gry lub zakładu zarówno od strony technicznej, organizacyjnej, realizacji wygranych itd. (np. art. 11 ust. 1, 3 i 4, art. 17-19 czy 23 u.g.z.w.). W konsekwencji uznać należy, że urządzenie gier lub zakładów zdaje się jednak pojęciem szerszym niż samo ich prowadzenie.

Oczywistym jest, że w dacie popełnienia zarzucanego czynu oskarżony pełnił funkcję prezesa zarządu spółki (...) sp. z o.o., której zasadniczym przedmiotem działalności było dystrybuowanie automatów do gier, i która z udostępniania automatów do użytkowania czerpała dochody. Zabezpieczone automaty były własnością i znajdowały się w posiadaniu powyższego podmiotu. To właśnie oskarżony wstawił do przedmiotowego lokalu automaty, które odpłatnie udostępniał do gier nieograniczonej liczbie osób i z tego tytułu osiągał korzyści majątkowe. Inaczej mówiąc to oskarżony stworzył warunki do prowadzenia gier na tychże automatach i umożliwił prowadzenie takich gier, z czego czerpał stały dochód. Tym samym nie ma wątpliwości, iż oskarżony urządzał gry na automatach. Wynika to wprost z dowodów zgromadzonych w sprawie, tj. z, protokołów kontroli, oględzin i zatrzymania przedmiotów oraz zeznań świadków Z. B., Z. M., A. Ł., J. B..

Przepis art. 2 ust. 3 ugh stanowi, że 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 zawiera element losowości. Zaś art. 2 ust. 4 ugh stwierdza, że 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. Z kolei art. 2 ust. 5 ugh określa, że grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowe oraz gry odpowiadające zasadom gier na automatach urządzone przez sieć Internet organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy.

Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowe automaty zawierały gry o charakterze losowym, co wynika z protokołów kontroli i oględzin oraz opinii biegłego. W trakcie kontroli przeprowadzono eksperymenty gier kontrolnych na tych automatach, których wyniki jednoznacznie wskazywały, że gry zainstalowane na urządzeniach mają charakter tylko i wyłącznie losowy, gdyż zarówno ich przebieg i jak i wynik był całkowicie niezależny od jakichkolwiek działań lub umiejętności gracza. Przebieg i wyniki tych eksperymentów zostały udokumentowane protokołami kontroli. Jednocześnie należy wskazać, iż funkcjonariusze przeprowadzający te kontrole przeszli specjalistyczne szkolenie w tym zakresie. Dla stwierdzenia faktu, czy gra ma charakter losowy, a zatem czy jej wynik jest niezależny od zdolności, umiejętności lub wiedzy gracza bynajmniej nie potrzeba wiadomości specjalnych. Sama gra na takim urządzeniu pozwala przeciętnemu graczowi na określenie czy ma ona charakter losowy, czy też nie. Tym niemniej dopuszczono

dowód z opinii biegłego na okoliczność czy gry na przedmiotowych urządzeniach miały charakter losowy, a która jednoznacznie wskazuje, iż na urządzeniach zainstalowano gry losowe.

Nie zasługuje na uwzględnienie argument, iż oskarżony działał w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego z art. 107 §1 kks. Przecież A. U. był prezesem spółki, której zasadniczym przedmiotem działalności było dystrybuowanie automatów do gier i która z udostępniania automatów do użytkowania właścicielom lokali gastronomicznych czerpała dochody. Jednoznacznie świadczy to o tym, iż styczność oskarżonego z automatami do gier nie była przypadkowa czy incydentalna, zaś z racji pełnionej funkcji oskarżony nie mógł nie wiedzieć o rygorach prawnych, którym poddana jest działalność w zakresie gier hazardowych. Powtórzyć należy, iż oskarżony nie był osobą przypadkową, ale przedsiębiorcą mającym wykorzystywać zakwestionowane automaty do gry w profesjonalnym przedsięwzięciu gospodarczym przynoszącym mu zysk. Z tych też względów twierdzenia obrońcy jakoby oskarżony nie zdawał sobie sprawy z bezprawności swojej działalności należy ocenić krytycznie i uznać, że stanowią one jedynie linię obrony zmierzającą do uniknięcia odpowiedzialności karnej przez oskarżonego za zarzucany występki karno – skarbowy.

Taki pogląd wyrażony został również w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2017r. w sprawie o sygn. IV KK 225/15.

Z całą pewnością oskarżony zdawał sobie sprawę z faktu niekorzystnego dla jego działalności uregulowania kwestii gry na automatach w ustawie hazardowej. Oskarżony pomimo toczących się wobec niego postępowań nadal w profesjonalny i zakrojony na szeroką skalę sposób organizował gry na automatach. Uzyskiwanie przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą korzystnych dla niego opinii, które są tworzone na zamówienie oraz zawierają z góry założoną i zgodną z życzeniem zamawiającego tezę i argumentację ją uzasadniającą mających potwierdzać legalność tej działalności wcale nie świadczy o działaniu oskarżonego w błędnym przekonaniu, iż zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność lub karalność jego czynu. Wręcz przeciwnie – wskazuje to na istnienie po jego stronie co najmniej wątpliwości co do zgodności z prawem podejmowanych działań, a wręcz pewności, iż są one niezgodne z prawem i stanowią przestępstwo. Już samo dążenie do uzyskiwania przedmiotowych opinii wskazuje, iż nie może być mowy o działaniu oskarżonego w usprawiedliwionym błędzie, ani co do charakteru gier, ani co do prawa. Sięganie po prywatne opinie przy jednoczesnym zaniechaniu zwrócenia się do Ministra Finansów o wydanie decyzji w trybie art. 2 ust. 6 u.g.h., które wymagałoby poddania badaniom technicznym zindywidualizowanego urządzenia jednoznacznie wskazuje na to, iż oskarżony orientował się, iż posiadane automaty podlegają uregulowaniu ustawie o grach hazardowych. Natomiast wskazywane przez skarżącego orzeczenia sądów między innymi co do charakteru art. 6 u.g.h. wydane zostały w latach 2016 – 2017, czyli trudno mówić o tym, że kształtowały one stan świadomości oskarżonego w roku 2014.

Zarzucając obrazę przepisów dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r., Konstytucji RP i pośrednio art. 107 § 1 k.k.s, obrońca stara się nie dostrzec wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016 r. wydanego w sprawie C-303/15. Stwierdzono w nim, że art. 6 ust.1 ustawy o grach hazardowych nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r., podlegającego obowiązkowi notyfikacji na podstawie art. 8 ust.1 tej dyrektywy. To jednoznaczne rozstrzygnięcie ETS, na którego orzeczenia i konieczność ich uwzględniania przez sądy krajowe powołuje się skarżący, czyni wszelkie zarzuty oskarżonego odwołujące się do kwestii techniczności przepisów u.g.h. bezpodstawnymi.

Oskarżonemu zarzucono popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. Przepis ten odsyła do przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku (Dz. U. z 2009 roku, nr 201, poz. 1540 z późn. zm.). Przepisy powołanej ustawy definiują pojęcie gier hazardowych, dopuszczalność organizowania i prowadzenia działalności w tym zakresie oraz wymagania, jakie muszą być spełnione, by działalność taka mogła być prowadzona. Zatem przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. może polegać między innymi na naruszeniu art. 6 ust. 1, tj. na urządzaniu gier na automatach bez posiadanej koncesji na prowadzenie kasyna, lub art. 14 ust. 1 u.g.h., tj. na urządzaniu gier na automatach poza kasynem gry, czy też art. 23a ust. 1 u.g.h., tj. na urządzaniu gier na niezarejestrowanych automatach.

Tym samym urządzenie gier losowych na automatach z naruszeniem któregokolwiek z tych przepisów wypełnia znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.

Pogląd wyrażony w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016 r. wydanym w sprawie C-303/15 został również podzielony w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. (I KZP 17/16). Zgodnie z tym poglądem, który Sąd Odwoławczy w pełni podziela, norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej na podstawie dyrektywy 98/34/WE, wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. przepisu art. 14 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. w pierwotnym brzmieniu, natomiast art. 6 ust. 1 tej ustawy mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony. Kwestia technicznego charakteru przepisu art. 14 ust.1 u.g.h. nie podlegała zdaniem Sądu Najwyższego dyskusji, przy czym problem, czy dopuszczalna jest odmowa stosowania nienotyfikowanego przepisu technicznego jako niezgodnego z prawem unijnym, aktualizuje się jedynie w tych sprawach o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s., w których zasłaby konieczność przyjęcia w ramach kwalifikacji prawnej czynu, jako naruszonego, jedynie art. 14 ust. 1 ugh w pierwotnym brzmieniu. Mocą ustawy zmieniającej z dnia 12 czerwca 2015 r., z dniem 3 września 2015 r. wszedł w życie znowelizowany art. 14 ust.1 u.g.h., którego projekt został notyfikowany Komisji Europejskiej.

Z powołanej uchwały Sądu Najwyższego należy wnosić, że o wypełnieniu normy blankietowej art. 107 § 1 k.k.s. stanowi już samo naruszenie art. 6 ust.1 u.g.h. lub art. 23a ust. 1 u.g.h. i możliwym jest przypisanie odpowiedzialności karnej za czyn z art. 107 § 1 k.k.s., który polega na naruszeniu wyłącznie, czy też również art. 6 ust.1 lub art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych, nawet jeśli czyn ten zostałby popełniony przed wejściem w życie nowelizacji ustawy o grach hazardowych.

Zupełnie niezasadny jest również zarzut 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 art. 14 ust. 1 u.g.h.. Należy wskazać, iż w wszelkie powyżej przedstawione rozważania dotyczące kwestii działania w usprawiedliwionym błędzie są całkowicie adekwatne również w stosunku do przedmiotowego zarzutu. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż art. 6 ust. 1 u.g.h. i art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowią odrębne przepisy, które regulują dwie różne kwestie. Art. 6 ust. 1 u.g.h. stanowi, że działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach może być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno gry, (...). Zatem jego istotą jest uzależnienie możliwości urządzania gier od posiadania koncesji na kasyno gry. Przepis ten nie stawia żadnych wymagań, co do miejsca, w których są lub mają być urządzone gry, co z kolei reguluje art. 14 ust. 1 u.g.h. Zatem gdyby nie istniał art. 14 ust. 1 u.g.h., to osoba posiadająca koncesję na kasyno gry mogłaby urządzać gry hazardowe w dowolnie wybranych przez siebie miejscach. Natomiast art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowi, że urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry w pokera, gier w kości oraz gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gier na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy, z wyjątkiem ust. 4 i 5, a zatem szczegółowo wskazuje miejsce i warunki urządzania gier hazardowych. Zatem oczywistym jest, iż zakresy tych regulacji nie tylko nie zachodzą na siebie się, ale regulują one dwie odmienne kwestie. Jednocześnie treść tych przepisów jest prosta i jednoznaczna, nie sposób zatem uznać, iż jest ona niezrozumiała dla przeciętnego obywatela, a co dopiero dla zajmującego na szeroką skalę działalnością hazardową oskarżonego, który na co dzień korzysta z pomocy licznych prawników i dysponuje różnymi ekspertyzami prawnymi.

W rozpoznawanej sprawie czyn z art. 107 § 1 k.k.s. zarzucany oskarżonemu polegał na urządzeniu gier hazardowych na automatach poza kasynem gry oraz bez wymaganego zezwolenia, czyli koncesji na prowadzenie kasyna gry. Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, spółka, której oskarżony był prezesem zarządu, nie posiadała wymaganej prawem koncesji na prowadzenie tego typu działalności wydanej przez właściwy organ, a jednocześnie prowadziła ją poza kasynem gry i nie zarejestrowała automatów. W związku z powyższym zachowanie oskarżonego naruszyło art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i art. 23a ust.1 u.g.h. W świetle powołanej uchwały Sądu Najwyższego czyn polegający na urządzeniu wbrew normom z art. 6 ust. 1 u.g.h. lub z art. 23a ust.1 u.g.h. gier na

automatach pomimo nieposiadania koncesji na prowadzenie kasyna stanowił przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. nawet przed wejściem w życie w dniu 3 września 2015 r. nowelizacji ustawy o grach hazardowych.

Odnosząc się z kolei do wymierzonej oskarżonemu kary przyjąć należy, że jest ona sprawiedliwa, odpowiednia do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu. Uwzględnia te wszystkie elementy, jakie są istotne dla jej wymiaru. Wymierzonej kary samoistnej grzywny wymiarze 100 stawek dziennych, przy przyjęciu, iż wysokość jednej stawki wynosi 150 złotych w żadnej mierze nie sposób uznać za karę rażąco niewspółmiernie surową, a tylko wymierzenie takiej kary uzasadniałoby ingerencję sądu odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe i uznając ustalenia dokonane przez Sąd Rejonowy w Wodzisławiu Śląskim za prawidłowe, Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do zmiany lub uchylecia zaskarżonego wyroku.

SSO Jacek Myśliwiec