

Sygn. akt II Ka 269/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 marca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Siedlcach II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSO Dariusz Półtorak
Protokolant:	st. sekr. sąd. Ewa Olewińska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Siedlcach Jarosława Wardaka i przedstawiciela Urzędu Celno-Skarbowego w Warszawie Krzysztofa Rozbickiego

po rozpoznaniu w dniu 9 marca 2017 r.

sprawy **D. G.**

oskarżonego z art. 107 §1 kks i in.

na skutek apelacji, wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Rejonowego w Siedlcach

z dnia 20 stycznia 2016 r. sygn. akt II K 257/15

wyrok zmienia w ten sposób, że D. G. niewinna od popełnienia zarzucanego mu czynu; zasądza od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego 840 zł poniesionych przez niego kosztów zastępstwa adwokackiego za obie instancje; wydatki za postępowanie odwoławcze przejmuje na rachunek Skarbu Państwa.

Sygn. akt II Ka 269/16

UZASADNIENIE

D. G. oskarżony był o to, że:

od dnia 01 lipca 2014 roku do dnia kontroli tj. 09 września 2014 roku w lokalu (...), przy ul. (...) w S. dopuścił do urządzania i prowadzenia gier na automatach przy wykorzystywaniu trzech automatów: (...)o nr (...), H. (...) o nr (...) oraz U. o nr (...), bez zezwolenia Ministra Finansów na urządzanie i prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych działających w celach komercyjnych, na których prowadzone gry mają charakter losowy, udostępnionych do publicznego korzystania, co stanowi naruszenie przepisów art. 2 ust. 3, art. 3, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U nr 201 poz. 1540 z późn. zm.);

od dnia 19 sierpnia 2014 r. do dnia kontroli tj. 30 września 2014 roku w lokalu (...), przy ul. (...) w Ż. dopuścił do urządzania i prowadzenia gier na automatach przy wykorzystaniu trzech automatów: H. (...) o nr (...), H. (...) o nr (...) oraz U. o nr (...), bez zezwolenia Ministra Finansów na urządzanie i prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach, wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych działających w celach komercyjnych, na których

prorowadzone gry mają charakter losowy, udostępnionych do publicznego korzystania, co stanowi naruszenie przepisów art. 2 ust. 3, art. 3, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U nr 201 poz. 1540 z późn. zm.),

tj. o czyn z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks

Wyrokiem z dnia 20 stycznia 2016r. Sąd Rejonowy w Siedlcach:

I. uznał D. G. za winnego dokonania zarzucanego mu czynu, przy czym przyjął, iż czynu tego dopuścił się w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru, co stanowi przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks i za to na podstawie art. 107 § 1 kks wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 stawek ustalając wysokość stawki na 100 złotych;

II. na podstawie art. 30 § 5 kks orzekł przepadek dowodów rzeczowych w postaci:

- automatów do gier S. (...) nr (...), H. (...) nr (...) oraz U. nr (...) oraz środków pieniężnych zabezpieczonych z w/w automatów w łącznej kwocie 19 (dziewiętnaście) złotych – szczegółowo opisanych w spisie i opisie rzeczy k. 34;
- automatów H. (...) nr (...), H. (...) nr (...) oraz U. o nr (...) oraz środków pieniężnych zabezpieczonych z w/w automatów w łącznej kwocie 20 (dwadzieścia) złotych – szczegółowo opisanych w spisie i opisie rzeczy k. 185;

III. zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 70 złotych tytułem zwrotu wydatków postępowania i 1.000 złotych tytułem opłaty.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego zaskarżając go w całości na korzyść oskarżonego zarzucając:

1) obrazę przepisów prawa materialnego, poprzez naruszenie art. 1 § 1 kks w zw. z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych poprzez przyjęcie, że oskarżony popełnił przestępstwo, o którym mowa w art. 107 § 1 kks mimo, że ustawa o grach hazardowych, w tym jej art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 nie obowiązują z powodu braku procedury notyfikacji;

2) obrazę przepisów prawa materialnego, poprzez nie uwzględnienie art. 4 ust. 3 traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004r.nr 90, poz. 864/30 ze zm.o i wynikającej zeń zasady effet utile prawa Unii Europejskiej w zw. z bezpośrednio skuteczny art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, poprzez ich niezastosowanie,

3) mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku obrazę przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 17 § 1 pkt 2 kpk w zw. z art. 113 kks, polegające na pominięciu przesłanki negatywnej, uniemożliwiającej wszczęcie i prowadzenie postępowania karnoskarbowego w niniejszej sprawie z uwagi na zaistnienie okoliczności wyłączającej ściganie, tj. czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego w odniesieniu do czynu zarzucanego oskarżonemu przepisów prawa materialnego, określonych w art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych ze względu na ich techniczny charakter w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006r. a w konsekwencji niemożności zastosowania art. 107 § 1 kks jako normy sankcjonującej, zabezpieczającej wykonanie dyspozycji normy technicznej, której nie poddano notyfikacji i to pomimo, że na każdym sądzie krajowym, w tym Sądzie Rejonowym w Siedlcach, ciążył normatywny obowiązek zapewnienia pełnej efektywności przepisów dyrektywy 98/34/WE, wynikający z zasady pomocniczości i szczerzej współpracy, zwłaszcza w odniesieniu do norm, których wiążącej wykładni w kontekście art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych dokonał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach połączonych Fortuna i in. sygn.. akt C 213/11, C 214/11 i C 217/11,

4) mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku obrazę przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 7 kpk poprzez danie wiary zeznań świadkom tj. funkcjonariuszom Urzędu Celnego i ustalenie, że funkcjonariusze Urzędu Celnego nie są zainteresowani konkretnym rozstrzygnięciem sprawy mimo, że funkcjonariuszom Urzędu Celnego zależało na potwierdzeniu stawianych zarzutów w akcie oskarżenia,

5) mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku obrazę przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 7 kpk w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 kpk poprzez nie wskazanie z jakich powodów Sąd Rejonowy w Siedlcach dał wiarę zeznaniom świadka M. C. zd. P.,

6) mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku obrazę przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 424 § 1 pkt. 2 kpk poprzez brak odniesienia się w uzasadnieniu do kwestii braku notyfikacji ustawy o grach hazardowych w polskim porządku prawnym,

7) obrazę przepisów prawa materialnego, poprzez naruszenie zasady nullum crimen sine lege wyrażonej w art. 1 kodeksu karnego (dalej: kk) w sytuacji, gdy ustawa nie penalizuje zachowania oskarżonego jako niezgodnego z prawem,

8) obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 2, art. 30 i art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej poprzez wydanie wyroku skazującego, w sytuacji gdy oskarżony został już ukarany za ten sam czyn.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego i zasądzenie na jego rzecz kosztów obrony,

ewentualnie o:

2) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w Siedlcach do ponownego rozpoznania, pozostawiając Sądowi Rejonowemu w Siedlcach rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów obrony za obie instancje,

3) zawieszenie postępowania sądowego do czasu rozpoznania przez Sąd Najwyższy orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie I KZP 10/15 w związku ze skierowanym przez Prokuratora Generalnego zagadnieniem prawnym: "Czy przepisy ań. 6 ust. 1 i ań. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych -dalej "ustawy o grach hazardowych" (Dz. U. z 2015 poz. 612) w zakresie gier na automatach, ograniczające możliwość ich prowadzenia jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna, są przepisami technicznymi w rozumieniu ań. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21.07.1998 r., ze zm.), a jeżeli tak to, czy wobec faktu nienotyfikowania tych przepisów Komisji Europejskiej, sądy karne w sprawach o przestępstwo skarbowe określone w ań. 107 § 1 k.k.s. uprawnione są, w oparciu o ań. 91 ust. 3 Konstytucji, do odmowy ich stosowania jako niezgodnych z prawem unijnym?" na podstawie art. 22 §1 kpk.

Postanowieniem z dnia 28 kwietnia 2016r. Sąd Okręgowy w Siedlcach, na podstawie art. 22 § 1 kpk, postępowanie w sprawie zawiesił do czasu wydania przed Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzeczenia w sprawie C-303/15.

Wyrok w przywołanej wyżej sprawie zapadł w dniu 13 października 2016r., a postanowieniem z dnia 27 października 2016r. Sąd Okręgowy podjął zawieszony postępowanie.

Na rozprawie odwoławczej obrońca popierał apelację, natomiast prokurator oraz pełnomocnik Urzędu Celno- Skarbowego w Warszawie wnosili o utrzymanie wyroku w mocy.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja jest zasadna i zasługuje na uwzględnienie zgłoszony w niej wniosek o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od stawianego mu zarzutu.

Sąd Okręgowy, stosownie do art. 436 kpk, nie widział potrzeby ustosunkowywania się do wszystkich zarzutów zawartych w apelacji ograniczając zakres przedmiotowego uzasadnienia do tych zagadnień, które przesądziły o wydaniu wyroku uniewinniającego.

Ustosunkowując się do zarzutów zawartych w pkt 1-3 apelacji stwierdzić należy, iż nie może być żadnych wątpliwości, iż zarzucany oskarżonemu występki z art. 107 § 1 kks wprowadzający odpowiedzialność karną za urządzenie lub prowadzenie gry losowej, gry na automacie lub zakładu wzajemnego, wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji, ma charakter przepisu blankietowego, którego uzupełnieniem są przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz.U. nr 201, poz. 1540 z późn. zm.), w szczególności art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 tej ustawy. Na datę czynu zarzucanego oskarżonemu przepisy te wskazywały, iż urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry (art. 14 ust. 1), natomiast działalność we wskazanym wyżej zakresie może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji (art. 6 ust. 1). Biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (m.in. wyrok z 26 października 2006r., C-65/05 w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, wyrok z 19 lipca 2012r., C-213/11, C-214/11, C-217/11 w sprawie Fortuna i in., wyrok w sprawie Berlington z dnia 11 czerwca 2015r., C-98/14, uzasadnienie wyroku z 13 października 2016r., C-303/15) oczywistym jest, iż art. 14 ust. 1 Ustawy o grach hazardowych ma charakter techniczny w rozumieniu dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, która obowiązywała w dacie popełnienia czynu zarzucanego oskarżonemu. Taki sam pogląd wyraził również Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017r. sygn. I KZP 17/16. Potwierdzeniem trafności tego poglądu są działania polskiego prawodawcy, który dokonując ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r., nowelizacji ustawy o grach hazardowych, która weszła w życie w dniu 3 września 2015 roku, dopełnił wymogu notyfikacji m.in. aktualnego brzmienia art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Przy ustaleniu jak wyżej, iż art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych ma charakter przepisu technicznego do rozważenia pozostaje kwestia jakie konsekwencje rodzi ten fakt, w powiązaniu z brakiem jego notyfikacji Komisji Europejskiej stosownie do wymogu art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku, dla polskiego porządku prawnego, a w dalszej kolejności jak wpływa to na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy. Odpowiadając na to pytanie należy odwołać się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, które jednoznacznie wskazuje na leżący na organie krajowym obowiązek odmowy zastosowania przepisu krajowego, jeżeli jest on przepisem technicznym, a jego projekt nie został notyfikowany Komisji Europejskiej. Pogląd ten został wyrażony w szeregu orzeczeń m.in.: w wyroku z dnia 30 kwietnia 1996 r., C-194/94, w wyroku z dnia 08 września 2005 r., C-303/04, a w odniesieniu do przepisów współtworzących normy karne; w wyroku z dnia 6 czerwca 2002 r., C-159/00, w wyroku z dnia 08 listopada 2007 r. C-20/05, w wyroku z dnia 10 lipca 2014 r., C-307/13. Przyjęcie też wskazanych wyżej wyroków prowadzi do wyłączenia możliwości zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 kks, art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2000 r. o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu (tak również Sąd Najwyższy w cytowanej wcześniej uchwale 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017 r. I KZP 17/16). Wobec niemożności zastosowania art. 14 ust. 1 u.g.h. należało uznać, iż zarzucony D. G. czyn z art. 107 § 1 kks nie zawiera znamion tego występkę, co musiało skutkować wydaniem wyroku uniewinniającego.

Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie nie widzi podstaw ku temu, aby przepisy ustawy o grach hazardowych, w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji, tj. przed dniem 3 września 2015 r. mogły być stosowane pomimo braku ich notyfikacji z uwagi na uzasadnione względy, o których mowa w art. 36 Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Przepis art. 107 kks ma na celu ochronę realizacji celów fiskalnych państwa, a nie takich dóbr jak „względy moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej, bądź ochrony własności przemysłowej i handlowej” wymienionych w art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Nie można także wywodzić, iż art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie podlega notyfikacji na podstawie art. 10 ust. 1 dyrektywy. Uchwaleniu ustawy o grach hazardowych nie towarzyszyła pilna potrzeba wywołana przez poważne

i nieprzewidziane okoliczności, nie została też wydana w wykonaniu prawa unijnego, brak jest wspólnotowego aktu prawnego, który wprowadzałby „klauzule bezpieczeństwa” w tej kwestii.

Ferując takiej a nie inne treści orzeczenie Sąd Okręgowy miał na względzie fakt, iż orzecznictwo krajowe (i to zarówno sądy karne, jak i administracyjne) wielokrotnie prezentowały odmienne stanowisko, jak m.in. Sąd Najwyższy w judykatach z 28 listopada 2013 r. sygn. akt IKZP, 1 marca 2016 r. sygn. IV KK 316/15, 13 października 2016 r. sygn. IV KK 174/16. Sąd Okręgowy w Siedlcach, w tym składzie osobowym, nie podziela jednak treści tych orzeczeń, jak i przytoczonej na ich poparcie argumentacji.

Na treść orzeczenia Sądu Okręgowego nie mogła mieć wpływu okoliczność, iż art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie jest przepisem technicznym – Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 13 października 2016 r. C-303/15 wyraził pogląd takiej treści. Należy bowiem uwzględnić fakt, że oba przepisy dotyczą praktycznie jednej kwestii, są wzajemnie ze sobą związane i muszą być rozpatrywane łącznie. Przy czym oczywistym jest, że przepisem niejako „źródłowym”, nakładającym ograniczenia w zakresie działalności polegającej m.in. na „urządzaniu” gier na automatach jest art. 14 ust. 1 określając, że jest to możliwe jedynie w kasynach. Natomiast art. 6 ust. 1 określa jakie wymogi musi spełniać osoba prowadząca takie kasyno („na podstawie udzielonej koncesji”). Wprawdzie przepis ten został przytoczony w treści zarzutu, jednakże nie może to mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż to kompetencją sądu jest – poruszając się w granicach wyznaczonych stawianym zarzutem – ustalenie, czy oskarżony dopuścił się naruszenia, a jeżeli tak, to jakich uregulowań prawnych, czego sąd II instancji nie stwierdził.

Faktem jest, iż w treści uchwały z dnia 19 stycznia 2017 r. i w jej uzasadnieniu Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż art. 6 ust. 1 u.g.h. „Mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 kks, o ile okoliczności konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony”. Jednakże, w ocenie Sądu Okręgowego, z sytuacją taką nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Na potrzeby niniejszej sprawy zbędnym jest czynienie dywagacji jakie „okoliczności sprawy” Sąd Najwyższy miał na względzie, nie mniej może chodzić o sytuację, gdy sprawca prowadzi kasyno (zgodnie z definicją zawartą w art. 4 ust. 1 pkt 1 a – wydzielone miejsce, w którym prowadzi się gry cylindryczne, gry w karty, gry w kości lub gry na automatach, na podstawie zatwierdzonego regulaminu, przy czym minimalna łączna liczba urządzanych gier cylindrycznych i gier w karty wynosi 4, a liczba zainstalowanych automatów wynosi od 5 do 70 sztuk) nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna gry. Stawiane oskarżonemu zarzuty dotyczyły wprawdzie urządzenie gier na 6 automatach ale nie były one zlokalizowane w jednym pomieszczeniu, czego wymaga przytoczona wyżej definicja.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 437 § 1 kpk, art. 636 § 1 kpk, art. 632 ust. 2 kpk w zw. z art. 634 kpk, § 14 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tj.. Dz. U. z 2013 r. poz. 461) Sąd Okręgowy orzekł, jak na wstępie.