



Sygn. akt V KK 82/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 grudnia 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Henryk Gradzik (przewodniczący)

SSN Józef Dołhy

SSN Zbigniew Puskarski (sprawozdawca)

Protokolant Barbara Kobrańska

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Aleksandra Herzoga
w sprawie **A. K.**

uniewinnionego od zarzutu popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1
k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 3 grudnia 2013 r.,

kasacji, wniesionej przez Urząd Celny w G.

od wyroku Sądu Okręgowego w G.

z dnia 13 listopada 2012 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w G.

z dnia 20 sierpnia 2012 r.,

**uchyła zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje do ponownego
rozpoznania w postępowaniu odwoławczym Sądowi
Okręgowemu w G.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w G. wyrokiem z dnia 20 sierpnia 2012 r., uznał A. K. za winnego tego, że prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. F. G., w okresie od 22 grudnia 2010 r. do 17 stycznia 2011 r. w sklepie mieszczącym się na stacji paliw w D. urządzał i prowadził gry na automacie o nazwie HOT GAMES nr inwentarzowy [...] wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540 z późn. zm.), tj. czynu z art. 107 k.k.s. i za to wymierzył mu karę grzywny w wysokości 30 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 50 zł. Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. orzekł przepadek wymienionego automatu wraz ze środkami pieniężnymi, które się w nim znajdowały, nadto obciążył oskarżonego kosztami sądowymi.

Apelację od wyroku, zaskarżając go w całości, wniósł oskarżony. Zarzucił naruszenie licznych przepisów postępowania, przy czym sposób ujęcia zarzutów wskazuje, że skarżący nieprawidłowości w procedowaniu Sądu upatrywał głównie w zaniechaniu czynności, które mogłyby wesprzeć jego tezę, że przedmiotowy automat służył do prowadzenia gier zręcznościowych, a nie losowych. Skarżący podniósł również zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegającego na uznaniu, że zarzucany mu czyn popełnił umyślnie, chociaż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dawał ku temu podstaw.

W konkluzji wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie go od popełnienia zarzucanego czynu, bądź o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Sąd Okręgowy w G. uwzględnił apelację i wyrokiem z dnia 13 listopada 2012 r., zmienił zaskarżony wyrok, uniewinniając A. K. od popełnienia zarzucanego mu czynu, a kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego wniósł organ, który zainicjował postępowanie przeciwko A. K., tj. Urząd Celny w G. Zaskarżył wyrok w całości, zarzucając rażące naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na jego treść, a to:

1. przepisów prawa procesowego – art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., art. 424 § 1 k.p.k. oraz art. 437 § 2 k.p.k. poprzez brak w uzasadnieniu wyroku wnikliwej oceny całokształtu zebranego materiału dowodowego, oparciu przeprowadzonej oceny materiału dowodowego wyłącznie na

podstawie dowodów przedstawionych przez oskarżonego, w szczególności dowodu z opinii biegłego i dowolne uznanie, że gry na urządzeniu do gier HOT GAMES HG 211/2010 nie miały charakteru losowego, a oskarżony nie miał świadomości popełnienia czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s.;

2. przepisów prawa materialnego – art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, polegające na uznaniu, że w stosunku do urządzenia do gier HOT GAMES HG 211/2010 nie jest wymagana koncesja mimo tego, że jego budowa i sposób działania umożliwia prowadzenie gier o charakterze losowym.

Wnosząc kasację Urząd Celny postulował uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji. Na rozprawie kasacyjnej wniosek ten poparł prokurator Prokuratury Generalnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja zasługiwała na uwzględnienie, jakkolwiek nie wszystkie podniesione w niej zarzuty były zasadne. Ta uwaga odnosi się przede wszystkim do zarzutu ujętego w pkt. 2, bowiem skarżący oparł go na tezie, iż Sąd odwoławczy bez zastrzeżeń podzielił ustalenie Sądu *meriti*, iż przedmiotowy automat jest przeznaczony do prowadzenia gier o charakterze losowym oraz że wyraził pogląd o zbędności uzyskania koncesji na jego użytkowanie. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie daje jednak podstaw do takiego twierdzenia; w rzeczywistości Sąd *ad quem* wyraził pogląd, że brak jest jasności co do charakteru przedmiotowego automatu (do tego zagadnienia przyjdzie jeszcze wrócić), natomiast nie twierdził, że użytkowanie automatu do gier losowych nie wymaga koncesji.

Zarzut naruszenia prawa procesowego okazał się zasadny tylko częściowo (np. nietrafnie skarżący wskazywał na obrazę art. 4 k.p.k., który to przepis ma charakter ogólnej dyrektywy postępowania, określanej jako zasada obiektywizmu, czy art. 437 § 2 k.p.k., dotyczącego rozstrzygnięć sądu odwoławczego, które nie polegają na utrzymaniu w mocy zaskarżonego orzeczenia), jednak do uwzględnienia kasacji wystarczające było stwierdzenie, że w pełni zasadnie podniesiono w niej zarzut rażącego naruszenia art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., co mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Ma przy tym wagę okoliczność, że

zasadniczo zmieniając poddany kontroli wyrok, Sąd odwoławczy miał obowiązek sporządzenia uzasadnienia wyroku według reguł przewidzianych dla sądu orzekającego w pierwszej instancji, jak też przekonująco wykazać wadliwość rozumowania Sądu *meriti*. Obowiązkowi temu Sąd Okręgowy nie sprostał, bowiem podkreślając, że przestępstwo określone w art. 107 § 1 k.k.s. można popełnić „jedynie umyślnie lub z zamiarem ewentualnym” (zbędne jest wykazywanie oczywistej wadliwości tego sformułowania) i negując umyślność działania oskarżonego, poprzestał na odwołaniu się do jego wyjaśnień, natomiast zupełnie nie odniósł się do argumentacji przytoczonej przez Sąd pierwszej instancji. W szczególności pominął, że Sąd ten zwrócił uwagę, iż oskarżony prowadzący działalność gospodarczą o określonym profilu i doskonale zorientowany, jakimi warunkami obwarowane jest urządzenie gier na automatach:

- zaniechał uzyskania opinii na temat automatu od osoby, której obiektywizm nie budziłby wątpliwości, natomiast zadowolił się opinią, wielokrotnie powielaną, do której powinien podejść z „należyłą rezerwą”. Jej autor (Z. S.) współpracował bowiem z firmą prowadzącą sprzedaż automatów i części do nich, nadto było widoczne, że tego rodzaju opinie sporządzał „taśmowo”, bez uwzględnienia specyfiki działania urządzenia,
- wstawił automat do obiektu stacji paliwa 22 grudnia 2010 r. (w uzasadnieniu Sąd omyłkowo wymienił rok 2012), chociaż wiedział, że wcześniej służba celna zakwestionowała inne należące do niego automaty. W takim razie powinien powstrzymać się od zawierania kolejnej umowy, wstawiania automatu do lokalu i urządzania kolejnej gry, a postępując inaczej co najmniej godził się na to, że wykracza przeciwko przepisom ustawy o grach hazardowych.

Zmiana wyroku na korzyść oskarżonego, bez wykazania, że argumentacja Sądu Rejonowego nie może się ostać, na aprobatę nie zasługuje.

Sąd odwoławczy uznał, że „zebrany w sprawie materiał dowodowy został zebrany poprawnie, jak też jest to materiał wyczerpujący, pozwalający na wydanie merytorycznego orzeczenia”. Należy zatem przyjąć, że uwaga ta odnosi się również do materiału, który miał posłużyć do wyjaśnienia kwestii, jaki charakter mają gry urządzone na przedmiotowym automacie. W tym względzie Sąd *a quo* oparł się na opinii biegłego z zakresu informatyki i telekomunikacji R. R., stwierdzającej, że gry

te są grami losowymi, którą uznał za „pełną, jasną, logiczną”. Stanowisko takie Sąd zajął po przesłuchaniu w charakterze świadka Z. S. i wykazaniu, dlaczego jego pogląd o zręcznościowym charakterze gier urządzanych na zakwestionowanym automacie uznaje za nieprzekonujący, a wręcz „nielogiczny, sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i prawidłowego rozumowania”. W sytuacji, gdy Sąd Okręgowy nie podważył prawidłowości oceny tych dowodów, nie jest jasne, dlaczego wskazał, iż „należałoby jednoznacznie ustalić, jaki charakter ma gra na tychże automatach (...)” oraz stwierdził, że „w kontekście tej opinii (tj. sporządzonej przez biegłego R. – uw. SN) należy wskazać na opinie idące w przeciwnym kierunku, o czym świadczy chociażby opinia przedłożona przez oskarżonego, z której wynika, iż gra nie ma charakteru losowego”. W ten sposób Sąd *ad quem* jednakowy walor nadał opinii sporządzonej na użytek procesu, uznanej przez Sąd *meriti* za w pełni prawidłową i opinii sporządzonej w innym celu, co było postąpieniem nieprawidłowym.

Sąd odwoławczy zwrócił również uwagę, że wadliwość skazania A. K. wynika nie tylko z niemożności uznania, iż jego działanie było umyślne, ale też z faktu, że „z uwagi na błędy proceduralne art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie może znaleźć zastosowania, a tym samym nie może być także stosowany jako norma wypełniająca blankiet wynikający z art. 107 § 1 k.k.s.” W tym względzie wskazał na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (nazywając ten organ Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości), w świetle którego wymieniony przepis ustawy o grach hazardowych ma charakter tzw. przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego, zatem powinien zostać przekazany Komisji Europejskiej celem notyfikacji, co jednak nie nastąpiło. Zdaniem Sądu odwoławczego „brak notyfikacji powoduje niemożność zastosowania przepisów technicznych w krajowym porządku prawnym, jak też taki przepis nie może oznaczać powstania jakiegokolwiek obowiązku dla podmiotu prywatnego”. Gdyby pogląd ten był słuszny, kasację należałoby oddalić, niezależnie od wskazanych wyżej uchybień, których dopuścił się Sąd odwoławczy. Stanowisko tego Sądu odnośnie do skutków braku notyfikacji przepisu o charakterze technicznym nie jest jednak prawidłowe. W tym względzie należy przytoczyć pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r., I KZP

15/13 (przed publikacją w zbiorze urzędowym dostępnym na stronie internetowej SN), zgodnie z którym „naruszenie wynikające z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. 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 wadliwości trybu ustawodawczego, może nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi postępowanie 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 o grach hazardowych, w tym jej art. 6 ust. 1 i art. 14 ust.1”.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd odwoławczy uwzględni uwagi poczynione przez Sąd Najwyższy, w szczególności rozważając zarzuty podniesione w apelacji oskarżonego, nie pominie argumentów przytoczonych przez Sąd pierwszej instancji. Jest widoczne, że zagadnienie ewentualnego wystąpienia przez Sąd Okręgowy z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego stanie się aktualne, gdy Sąd uzna, że zarzuty apelacji nie są zasadne a zarazem, że wchodzące w grę przepisy ustawy o grach hazardowych mają charakter przepisów technicznych, podlegających wymogowi ich notyfikacji Komisji Europejskiej (ustalenie w tym zakresie TSUE pozostawił sądom krajowym – zob. wyrok Trybunału z dnia 19 lipca 2012 r. wydany w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11, LEX nr 1170754).

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.