

Sygn. akt VI Ka 177/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 maja 2014 r.

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

**Przewodniczący – Sędzia SO Edyta Gajgał (spr.)**

**Sędziowie SO Andrzej Wieja**

**SO Tomasz Skowron**

**Protokolant Anna Potaczek**

po rozpoznaniu w dniu 16 maja 2014 r.

sprawy **M. C.**

oskarżonego z art. 107 § 1 kks

z powodu apelacji, wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Lubaniu

z dnia 22 stycznia 2014 r. sygn. akt II K 375/12

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. C. uznając apelację obrońcy oskarżonego za oczywiście bezzasadną,

II. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze w kwocie 320 złotych.

Sygn. akt VI Ka 177/14

## UZASADNIENIE

B. Ż. oskarżona została o to, że:

I. w okresie od 30.07.2011 r. do 03.08.2011 r. będąc właścicielem lokalu Sklep (...)w Z., ul. (...), udzieliła pomocy M. C., pełniącemu funkcję Prezesa zarządu (...)– spółki z o. o. z siedzibą w B., ul. (...)w popełnieniu przestępstwa polegającego na prowadzeniu wbrew przepisom ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540) gier na automacie do gry H.(...), o cechach identyfikacyjnych nr (...)poprzez udostępnianie części lokalu w Sklepie (...)w Z.na wstawienie automatu do gry oraz prowadzenie gry na tym automacie,

to jest o czyn z art. 18 kk w zw. z art. 107 § 1 kks

M. C. oskarżony został o to, że:

II. pełniąc funkcję Prezesa Zarządu spółki (...)– spółki z o. o. z siedzibą w B., ul. (...)i będąc z tego tytułu na podstawie prawa uprawnionym i zobowiązanym do prowadzenia spraw gospodarczych tej spółki, co najmniej w dniu 03.08.2011 r. urządził w lokalu o nazwie Sklep (...)w Z., ul. (...), gry na automacie H.(...)o nr (...)wbrew przepisom ustawy z dn. 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540)

to jest o czyn z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks

Sąd Rejonowy w Lubaniu wyrokiem z dnia 22 stycznia 2014 r. w sprawie II K 375/12:

I. uniewinnił B. Ż. od popełnienia zarzucanego jej czynu opisanego pkt I części wstępnej wyroku,

II. uznał oskarżonego M. C. winnym popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku stanowiącego przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks i za to na podstawie art. 107 § 1 kks wymierzył mu karę grzywny w wysokości 50 stawek dziennych przy przyjęciu, że wartość jednej stawki dziennej równoważna jest kwocie 60 złotych,

III. na podstawie art. 30 § 5 kks orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa automatu do gier o nazwie H(...)bez cech identyfikacyjnych o numerze (...)oraz 4 kluczy zajętych za pokwitowaniem (...)Nr (...)przechowywanych w magazynie likwidacyjno – depozytowym Izby Celnej we W.kwoty 490 złotych zajętej za pokwitowaniem (...)Nr (...)przechowywanych w kasie Urzędu Celnego w L., a nadto orzekł przepadek dowodów rzeczowych w postaci umowy najmu nr (...)oraz umowy użyczenia in blanco poprzez pozostawienie ich w aktach sprawy,

IV. na podstawie art. 113 § 1 kks w zw. z art. 627 kpk zasądził od oskarżonego M. C. na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania i na podstawie art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych nie wymierzył mu opłaty, zaś na podstawie art. 632 pkt 2 kpk kosztami postępowania w stosunku do B. Ż. obciążył Skarb Państwa.

Wyrok ten zaskarżył w całości obrońca oskarżonego M. C. zarzucając:

1) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to art. 7 i art. 424 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, polegającą na dowolnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności na dowolnym przyjęciu, że oskarżony M. C.działał z zamiarem popełnienia przypisanego przestępstwa, mając świadomość, że urządzenie H(...)nr (...), stanowiące własność spółki (...) sp. z o. o.jest urządzeniem zawierającym grę o charakterze losowym, wymagającym koncesji, podczas gdy żaden z przeprowadzonych w sprawie dowodów nie daje podstaw do takiego przyjęcia, a ponadto specjalistyczny charakter urządzenia, co do którego Sąd zasięgnął opinii biegłego, świadczą o tym, że oskarżony nie miał i nie mógł mieć świadomości o losowym charakterze urządzenia, a więc o konieczności posiadania koncesji,

2) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to art. 7 i art. 424 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, polegającą na dowolnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności na dowolnym przyjęciu, że oskarżony M. C.„urządzał” gry na urządzeniu o nazwie H(...)nr (...), z naruszeniem art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r., podczas gdy oskarżony nie był reprezentantem, ani pełnomocnikiem podmiotu uprawnionego do uzyskania zezwolenia na urządzenie gry lub zakładu lub na prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, w wcześniej ustalenia ich regulaminu, z określeniem w nim także wygranych, terminu i miejsca gry lub zakładu oraz praw i obowiązków ich uczestników, zapewnia stosowanie zabezpieczeń i spełniania określonych warunków, od jakich ustawa uzależnia zorganizowanie (urządzenie) danej gry lub zakładu lub działalności w tym zakresie,

3) naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 4 kpk, art. 7 kpk w zw. z art. 424 kpk w zw. z art. 5 § 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, przez dokonanie nieprawidłowej oceny materiału dowodowego będącego podstawą rozstrzygnięcia oraz brak wszechstronnej analizy zgromadzonego materiału dowodowego, w tym w szczególności poprzez rozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości, w tym dotyczących możliwości posiadania przez oskarżonego wiedzy lub co najmniej przypuszczenia, że na urządzeniu H(...)nr (...)będą urządzone gry o charakterze losowym, na niekorzyść oskarżonego, zamiast na jego korzyść,

4) naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 kpk w zw. z art. 424 kpk w zw. z art. 201 kpk, polegającą na dowolnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym w szczególności uznaniu dowodu z opinii

biegłego R. R.za dowód pełny, jasny i spójny, co doprowadziło do niesłusznego uznania, że urządzenie o nazwie H.(...)nr (...)jest urządzeniem zawierającym gry o wyłącznie losowym charakterze, podczas gdy opinia ta jest opinią niepełną, sprzeczną, niejasną, co winno zdyskwalifikować ją jako dowód w sprawie, a w konsekwencji sąd naruszył przepis art. 170 kpk albowiem bezzasadnie oddalił wniosek dowodowy obrońcy oskarżonego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego.

Stawiając te zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie mogły być uznane za słuszne podniesione przez skarżącego zarzuty obrazy przepisów postępowania.

Bliższe rozważania na ten temat poprzedzić jednak wypada odniesieniem się do podniesionego przez obrońcę na rozprawie odwoławczej zarzutu niezgodności z Konstytucją ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540, ze zmianami, zwanej dalej ustawą) i ściśle powiązanego z nim wniosku o wystąpienie przez sąd odwoławczy na podstawie art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997r. o Trybunale Konstytucyjnym z pytaniem prawnym co do zgodności z Konstytucją jej konkretnych przepisów.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że uwzględnienie postulatu apelującego wymagałoby uznania, że sformułowane przez niego zarzuty niezgodności z Konstytucją określonych przepisów ustawy o grach hazardowych zostały właściwie i w wystarczającym stopniu umotywowane, że owa niekonstytucyjność, o której wywodzi, została należycie i przekonująco wykazana. Każda ustawa korzysta bowiem z domniemania konstytucyjności, co oznacza, że uznawana jest ona za niewadliwą dopóki owo domniemanie nie zostanie skutecznie wzruszone, czy przełamane. To zaś wymaga wykazania zasadności żądania uznania za niezgodne z wzorcem konstytucyjnym określonych przepisów przez podmiot inicjujący postępowanie przed sądem konstytucyjnym, co przekłada się na powinność szczegółowego umotywowania stawianych w tym zakresie zarzutów (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 czerwca 2009r. w sprawie K 54/07). W tej sprawie, skarżący nie dostarczył takich argumentów – wystarczających i skutecznie podważających domniemanie konstytucyjności ustawy o grach hazardowych - które uzasadniałyby skierowanie pytania do Trybunału Konstytucyjnego. W swoim wystąpieniu na rozprawie apelacyjnej ograniczył się praktycznie do prostego stwierdzenia, że przepisy art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych są niezgodne z art. 2, art. 7 oraz art. 9 Konstytucji. Już tylko choćby to pozwala uznać złożony wniosek za niezasadny, zwłaszcza że Sąd Okręgowy rozpoznając wniesioną apelację ze swej strony nie dostrzega konieczności zainicjowania procedury skierowania pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego.

Dostatecznej przesłanki ku temu nie stanowi treść prejudycjalnego orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie C-213/11, do którego odwoływał się w toku tego postępowania obrońca oskarżonego, jak również sam oskarżony. Brak szerszego umotywowania stanowiska skarżącego w tej mierze upoważnia do tego, by podkreślić, że Trybunał stwierdził jedynie, że przepisy ustawy o grach hazardowych "stanowią potencjalnie przepisy techniczne", ostateczne ustalenie ich charakteru należy zaś do sądów krajowych, z uwzględnieniem tego, czy wprowadzają one warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Co istotne przy tym zaprezentowana interpretacja odnosiła się do przepisów przejściowych i dostosowujących ustawę o grach hazardowych, a nie do przepisów zawartych w jej art. 6 i 14. (zob. postanowienie SN z dnia 28 listopada 2013 r. w sprawie I KZP15/13 OSNKW 2013/12/101, wyrok SN z dnia 8 stycznia 2014 r. w sprawie IV KK 183/13 LEX1409532, wyrok SN z dnia 28 marca 2014 r. w sprawie III KK 447/13 LEX 144878749). W tej zaś sprawie znaczenie mają te wymienione jako ostatnie.

Nie można ponadto nie zwrócić uwagi, że wątpliwości natury konstytucyjnej zgłaszane wobec określonego przepisu odnoszone być muszą do okoliczności konkretnej sprawy, co wynika z treści art. 3 in fine ustawy z dnia 1 sierpnia

1997r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zmianami), a tego koniecznego odniesienia do realiów rozpoznawanej sprawy zabrakło w złożonym przez skarżącego wniosku, co nie pozwala na podzielenie wyrażonych zastrzeżeń.

Przechodząc do rozważań odnośnie do zarzutów sformułowanych w pisemnej skardze apelacyjnej to, jak już stwierdzono na wstępie, nie znajdują one uzasadnienia. Rozpoznając niniejszą sprawę Sąd Rejonowy przeprowadził ocenę dowodów, która pozostaje w zgodzie z zasadami określonymi w art. 7 kpk, jak też w art. 5 § 2 kpk. Sporządzając uzasadnienie wyroku respektował zapisy art. 424 kpk, a prowadząc postępowanie dowodowe nie naruszył art. 201 kpk.

Stawiając zarzuty naruszenia tych przepisów skarżący usiłuje podważyć faktyczną podstawę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej strony podmiotowej czynu oskarżonego, a mianowicie jego świadomości, że automat do gry będący przedmiotem postępowania w tej sprawie, był urządzeniem do gry o charakterze losowym w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy, co przekłada się na ograniczenia w zakresie możliwości urządzania i prowadzenia na nim gier, a konkretnie oznacza konieczność spełnienia wymogu uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry i urządzania samej gry w kasynie (art. 6 i art. 14 ustawy). Skarżący neguje także ustalenia dotyczące strony przedmiotowej przypisanego oskarżonemu przestępstwa przez przyjęcie, że „urządzał” on gry, o jakich mowa w art. 2 ust. 5 ustawy.

Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że zabezpieczone w sklepie (...)urządzenie należało do firmy (...) Sp. z o.o.”, w której funkcję Prezesa Zarządu pełnił oskarżony. To jego podpisem i pieczęcią opatrzona została umowa użyczenia lokalu zawarta z B. Ż., która umożliwiła zainstalowanie w należącym do niej sklepie automatu do gier oznaczonego jako H. (...)nr (...). W złożonych zeznaniach D. P., który umieścił automat w sklepie i był uprawniony do jego obsługi, potwierdził, że urządzenie uzyskał z tej firmy w ramach swojej z nią współpracy. W świetle jego wypowiedzi ocenianych łącznie z wypowiedziami procesowymi B. Ż.brak było jakichkolwiek podstaw, by kwestionować autentyczność umowy i podpisu oskarżonego. Relacja tego świadka nie pozostawia wątpliwości co do tego, że przedmiotem działalności spółki było uzyskiwanie dochodów z działalności polegającej na umieszczaniu automatów do gry w sklepach, w celach komercyjnych – nastawionych na zysk. Skoro świadek podaje, że miał być zatrudniony na stanowisku operatora automatów i w tym celu odbył odpowiednie przeszkolenie, to jasne jest, że działalność spółki w tym zakresie prowadzona była na szerszą skalę. Dowodzi tego także oznaczenie numeryczne automatu zabezpieczonego w sklepie (...), a konkretnie oznakowanie go numerem (...)przyporządkowanym do firmy (...). Nie do przyjęcia jest argument apelacji, że oskarżony jako prezes zarządu spółki nie wiedział, czy mógł nie wiedzieć jaki jest jej przedmiot działania, z jakiego rodzaju działalności przynosi ona dochody, tym bardziej że urządzenia tego rodzaju jak automaty do gry mają określoną – relatywnie niemałą, jak się wydaje – wartość rynkową. Ich zakup przez firmę w określonej liczbie wiąże się zatem z koniecznością wydatkowania określonych kwot, co pozostaje w kompetencji jej kierownictwa.

Nie ulega zaś wątpliwości, że zabezpieczony w sprawie automat umożliwiał prowadzenie na nim gier, o jakich mowa w art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych. Wynika to jednoznacznie z opinii biegłego, który stwierdził, że jest to urządzenie elektroniczne, w którym zainstalowano gry komputerowe o charakterze losowym, automat nie wypłaca wygranych pieniężnych i rzeczowych, jego wyposażenie umożliwia prowadzenie działalności komercyjnej.

Potwierdziły to także czynności w formie eksperymentu przeprowadzone w czasie zabezpieczenia urządzenia przez funkcjonariuszy Służby Celnej. To, że w sprawie zasięgnięto opinii biegłego dla ustalenia charakteru urządzenia ma znaczenie wyłącznie procesowe, nie przekłada się w żaden sposób na brak świadomości oskarżonego co do jego specjalistycznego charakteru, jak przedstawia to obrońca.

Skarżący nie wykazał, aby sporządzona przez biegłego opinia była niepełna, bądź niejasna, aby wymagała ona uzupełnienia, co sprawia, że podniesiony w apelacji zarzut obrazy art. 201 kpk jest oczywiście niesłuszny,

Przestępstwo z art. 107 kks jest przestępstwem powszechnym, sprawcą tego czynu może być każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnoskarbowej (G. Łabuda w: Komentarz do art. 107 kodeksu karnego skarbowego,

Wolters Kluwer Polska 2012). W tej sprawie, odpowiedzialność oskarżonego, działającego, jako prezes zarządu spółki, została przyjęta przy zastosowaniu przepisu art. 9§ 3 kks, co nie nasuwa żadnych zastrzeżeń.

W apelacji obrońca oskarżonego wywodzi o braku podstaw do przyjęcia odpowiedzialności oskarżonego odwołując się do tezy z komentarza do art. 107 kks autorstwa T. G., w której analizie poddano rozumienie pojęć „urządzenie” i „prowadzenie” i dokonano rozróżnienia między nimi. Autor komentarza – na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych - stwierdził, że „czym innym jest 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 wyraził pogląd, że urządzenie gier lub zakładów zdaje się być pojęciem szerszym niż samo ich prowadzenie (zob. T. Grzegorzcyk: Komentarz do art. 107 kodeksu karnego skarbowego, LEX 2009).

Jak wywodzi skarżący, przy uwzględnieniu tego zapatrywania, oskarżonemu nie można przypisać „urządzenia gier”, jako że nie był on reprezentantem lub pełnomocnikiem podmiotu uprawnionego 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. Wywodząc w ten sposób obrońca nie dostrzega jednak, że przeprowadzona przez autora komentarza analiza dotyczyła legalnie prowadzonej działalności polegającej na „urządzaniu gier i zakładów” oraz „prowadzeniu” tych gier i zakładów, czego dowodzi odesłanie do odpowiednich przepisów poprzednio obowiązującej ustawy. Służyć miała jedynie rozróżnieniu pojęć strony przedmiotowej przestępstwa z art. 107 kks „urządza” i „prowadzi”, a nie określeniu jego podmiotu.

Jak już była o tym mowa, przestępstwo z art. 107 kks jest przestępstwem powszechnym. Jasne jest zatem, że podmiot, który nie spełnia wymogów niezbędnych dla uzyskania koncesji, i co za tym idzie takiej koncesji nie uzyskuje i nie posiada, a mimo to prowadzi działalność koncesjonowaną podlega odpowiedzialności na gruncie art. 107 kks. Tak też właśnie było w tej sprawie. Stąd też podniesione zarzuty błędnych ustaleń faktycznych tak jeśli chodzi o stronę podmiotową czynu oskarżonego, jak i w zakresie dotyczącym znamion strony przedmiotowej nie mogły być uznane za trafne i uzasadnione.

Oceny powyżej w żadnym razie nie zmieniają rozstrzygnięcia innych sądów, które zapadły w podobnych sprawach, do których odwołuje się skarżący, zważywszy na treść art. 8 kpk.

Kierując się przedstawionymi motywami Sąd Okręgowy utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając wniesioną apelację za oczywiście bezzasadną.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art.627kpk w zw. z art.636 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks.