

Sygnatura akt II K 1/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2015r.

Sąd Rejonowy w Środzie Śląskiej II Wydział Karny, w składzie:

Przewodniczący: SSR Radosław Gluza

Protokolant: Karolina Raszowska

przy udziale oskarżyciela publicznego ---

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 08 stycznia 2015r., 26 stycznia 2015r. i 17 marca 2015r. w Ś.

sprawy

1. **M. W. (W.)**

syna P. i M. z d. K.,

ur. (...) w W.

oskarżonego o to, że:

I. od dnia 1 października 2010r. do dnia 25 października 2011r. w Restauracji (...) w Ś. przy pl. (...), jako pełnomocnik firmy (...) Sp. z o.o. z siedzibą (...)-(...) W., ul. (...), urządził gry na automacie do gry marki A. nr H. (...), z naruszeniem art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (Dz. U. nr 201, poz. 1540 z póź. zm.)

tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.;

2. **T. H. (1)**

córki J. i A., z d. M.,

ur. (...) w Ś.

oskarżonej o to, że:

II. od dnia 1 października 2010r. do dnia 25 października 2011r. w Restauracji (...) w Ś. przy pl. (...), prowadziła gry na urządzeniu A. H. M. F. o numerze fabrycznym nr H. (...), z naruszeniem art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009r. (Dz. U. nr 201, poz. 1540 z póź. zm.)

tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.

orzeka:

I. na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. uniewinnia oskarżonego **M. W.** od zarzucanego mu czynu opisanego w pkt I części wstępnej wyroku;

II. na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. uniewinnia oskarżoną **T. H. (1)** od zarzucanego jej czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku;

III. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zwraca interwenientowi (...) Sp. z o.o. z/s w W. dowód rzeczowy w postaci urządzenia A. H. M. F. nr H. (...), zajęty zgodnie z pokwitowaniem seria PL/MF/AB nr (...), przechowywany w magazynie likwidacyjnym Izby Celnej we W.;

IV. na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. kosztami procesu obciąża Skarb Państwa, a w tym zasądza od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonych M. W. oraz T. H. (1) kwoty po 504 zł, tytułem zwrotu poniesionych wydatków z tytułu ustanowienia obrońcy.

UZASADNIENIE WYROKU

Urząd Celny we W. oskarżył:

- M. W. - o to, że od dnia 1 października 2010r. do dnia 25 października 2011r. w Restauracji (...) w Ś. przy pl. (...), jako pełnomocnik firmy (...) Sp. z o.o. z siedzibą (...)-(...) W., ul. (...), urządzał gry na automacie do gry marki A. nr H. (...), z naruszeniem art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (Dz. U. nr 201, poz. 1540 z póź. zm.), tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.,

- T. H. (1) - o to, że od dnia 1 października 2010r. do dnia 25 października 2011r. w Restauracji (...) w Ś. przy pl. (...), prowadziła gry na urządzeniu A. H. M. F. o numerze fabrycznym nr H. (...), z naruszeniem art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009r. (Dz. U. nr 201, poz. 1540 z póź. zm.) tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Na podstawie przeprowadzonego przewodu sądowego ustalono następujący stan faktyczny:

Oskarżony M. W. od dnia 14 maja 2010r. pełni funkcję prezesa zarządu (...) Sp. z o.o. z/s w W., której jedynym wspólnikiem jest firma (...) z/s w C. (1) Przedmiot działalności spółki stanowi m.in. działalność rozrywkowa i rekreacyjna a w tym wydzierżawianie urządzeń których producentem jest czeska firma (...).

Dowód:

wyjaśnienia oskarżonego M. W., k. 665,

odpis z KRS, k. 96 – 98.

Oskarżona T. H. (1) (poprzednio H.) prowadziła w Ś. przy pl. (...), działalność gospodarczą pod nazwą Restauracja (...) T. H. (2). W restauracji należącej do T. H. (1) do końca 2009r. mieścił się punkt gier na automatach o niskich wygranych, należących do firmy (...). Obsługę tych maszyn prowadził M. K. (1).

Dowód:

wyjaśnienia oskarżonej T. H. (1), k. 193, 765 – 766,

zeznania świadka M. K. (1), k. 174 – 175, 667,

protokół kontroli z dnia 25.10.2011r., k. 6 – 11.

W dniu 23 maja 2010r. została zawarta umowa o wspólnym przedsięwzięciu pomiędzy oskarżoną T. H. (1) ((...)) a (...) Sp. z o.o. w W. ((...)), w której imieniu działał oskarżony M. W.. Przedmiot powyższej umowy, zgodnie z jej § 1, stanowiło ustalenie zasad prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia oraz osiągania przez strony dochodów w zakresie poszerzenia oferty dla klientów Partnera I przy pomocy wspólnej eksploatacji urządzeń do gier rozrywkowych (zręcznościowych) Partnera II wymienionych w załączniku nr I do umowy, w lokalu użytkowym Partnera I. Zgodnie z

§ 2 umowy z dnia 23 maja 2010r. dochody ze wspólnej eksploatacji urządzenia do gier były dzielone w ten sposób, że oskarżona wносиła miesięcznie opłatę ryczałtową w wysokości 1.500 zł na rzecz (...) Sp. z o.o. zaś kwoty wpłat klientów dokonanych do urządzenia stanowiły przychód T. H. (1).

Dowód:

wyjaśnienia oskarżonego M. W., k. 665,

wyjaśnienia oskarżonej T. H. (1), k. 193, 765 – 766,

umowa o wspólnym przedsięwzięciu z dnia 23.05.2010r. z załącznikami, k. 18 – 22.

W dniu 01 października 2010r., w Restauracji (...) przy pl. (...) w Ś. zostało uruchomione urządzenie A. H. M. F. nr H. (...), wymienione w załączniku nr I do umowy z dnia 23 maja 2010r. o wspólnym przedsięwzięciu Obsługą automatu zajmował się M. K. (1), który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej współpracuje z firmą (...). Środki pieniężne były co miesiąc wyjmowane z urządzenia, po czym ich kwota była nabijana na kasę fiskalną firmy oskarżonej. Zgodnie z paragonem fiskalnym z dnia 31.08.2011r. nr (...) T. H. (1) uzyskała z automatu A., znajdującego się w jej restauracji, kwotę 2613 zł.

Dowód:

wyjaśnienia oskarżonej T. H. (1), k. 193, 765 – 766,

zeznania świadka M. K. (1), k. 174 – 175, 667,

umowa o wspólnym przedsięwzięciu z dnia 23.05.2010r. z załącznikami, k. 18 – 22,

protokół kontroli z dnia 25.10.2011r., k. 6 – 11.

Automat A. H. M. F. nr H. (...) był aktywny w lokalu T. H. (1) do dnia 25 października 2011r., kiedy to został zatrzymany w wyniku kontroli przeprowadzonej przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego we W..

Dowód:

protokół kontroli z dnia 25.10.2011r., k. 6 – 11,

protokół zatrzymania rzeczy, k. 16 – 17,

zeznania świadka A. K., k. 666 – 667.

T. H. (1) znała sposób grania na automacie (...) H. (...) znajdującym się w jej lokalu, m.in. będąc świadkiem rywalizacji, komu uda się zdobyć więcej punktów na tym urządzeniu.

Dowód:

wyjaśnienia oskarżonej T. H. (1), k. 193, 765 – 766.

Automat A. H. M. F. nr H. (...) jest urządzeniem elektronicznym w obudowie typu stojącego. W górnej części automatu zainstalowane są dwa monitory ciekłokrystaliczne. Na dolnym monitorze pełniącym dodatkowo funkcję ekranu dotykowego, wyświetlana jest grafika przedstawiająca bębny z symbolami, będąca symulatorem klasycznego automatu bębnowego. W automacie udostępniono łącznie dziesięć gier m.in. (...), D., T. H. D., które są symulatorami automatów bębnowych. Do rozpoczęcia gry wymagane jest zasilenie automatu pieniędzmi, za które są następnie prowadzone gry. Rozegranie gry polega na wybraniu stawki, która musi być mniejsza bądź równa ilości posiadanych punktów kredytowych, naciśnięciu przycisku „START/STOP”, w celu uruchomienia bębnowych wyświetlanych na ekranie, a następnie na ponownym naciśnięciu przycisku „START/STOP” w celu zatrzymania bębnowych w taki sposób aby

końcowy układ symboli na bębnach pokrywał się z jednym z układów premiowanych wygraną – zgodnie z tabelą wygranych wyświetlaną na górnym monitorze.

Automat A. H. M. F. nr H. (...) jest sterowany przez wbudowany komputer z dedykowanym oprogramowaniem pełniącym funkcję generatora losowego. Grając na automacie nie można uzyskać żadnych wygranych rzeczowych ani pieniężnych – automat nie posiada tzw. hoppera, tj. urządzenia niezbędnego do automatycznego wypłacania przez automat wygranych pieniężnych. Czas gry ani jej wynik nie jest uzależniony od zręczności gracza. Zadanie gracza po wybraniu gry i stawki polega jedynie na naciskaniu przycisku „START/STOP”, który powoduje uruchomienie bębnów z symbolami, a następnie ich zatrzymanie. Bębnów w zależności od wybranej gry jest od trzech do pięciu. Użytkownik naciskając przycisk „START/STOP” w celu zatrzymania bębnów, nie ma wpływu na końcowy układ symboli na bębnach. Wynika to z tego, że bębny z symbolami kręcą się zbyt szybko aby zaobserwować układ i w odpowiednim momencie zatrzymać ich ruch. Symbole znajdujące się na bębnach są rozmyte i nieczytelne, ponieważ wyświetlane są na monitorze ciekłokrystalicznym o zbyt długim czasie reakcji w stosunku do prędkości z jaką symbole przesuwały się po ekranie - ok. 1m/s. Od momentu naciśnięcia przycisku „START/STOP” w celu zatrzymania bębnów, do ich faktycznego zatrzymania upływa około 1 sekunda, co powoduje, że linie z symbolami, które widoczne są na ekranie po zatrzymaniu bębnów, nie mogą być widoczne w momencie naciskania przycisku „START/STOP”. Na ekranie widoczne są równocześnie trzy linie z symbolami, jednak czas jaki upływa od naciśnięcia przycisku „START/STOP” do zatrzymania bębnów powoduje, że te trzy linie przesuwały się poza okno gry a w ich miejsce pojawiają się kolejne linie, które nie były widoczne w momencie naciskania przycisku. Symbole pojawiające się na bębnach generowane są na bieżąco przez oprogramowanie automatu, co uniemożliwia nauczanie się przez gracza ich schematu i naciśnięcie przycisku „START/STOP” z odpowiednim wyprzedzeniem w celu osiągnięcia wygranej.

Dowód:

opinie biegłego z zakresu informatyki mgr. inż. W. K., k. 105 – 119,

protokół kontroli z dnia 25.10.2011r., k. 6 – 11,

zeznania świadka A. K., k. 666 – 667.

M. W. jako prezes (...) Sp. z o.o. dysponował ekspertyzami prawnymi wydanymi na zlecenie (...) przez radców prawnych prof. M. C. (z dnia 07 maja 2010r.) oraz prof. S. P. (niedatowana). We wnioskach tychże opinii stwierdzono m.in., że urządzenie A. H. M. F., wraz z zainstalowanym na nim oprogramowaniem (...) M. (...) 1.08 nie spełnia przesłanek urządzenia hazardowego o jakim mowa w ustawie z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, zaś prowadzone na nim gry nie są grami na automatach o charakterze losowym o których mowa w art. 2 ust. 5 cyt. ustawy; gra na urządzeniu ma charakter zręcznościowy i symulacyjny, zaś uzyskany wynik w pełni zależy od umiejętności grającego.

Dowód:

wyjaśnienia oskarżonego M. W., k. 665,

ekspertyza prawna r.pr. prof. S. P. na zlecenie (...) Ltd., k. 58 – 66,

ekspertyza prawna r.pr. prof. M. C. na zlecenie (...) Ltd., k. 68 – 74.

Oskarżony M. W. wszedł ponadto w posiadanie oświadczenia producenta urządzeń (...) a.s. z/s w Czechach z dnia 1.6.2010r. oraz prywatnej opinii czeskiego biegłego sądowego inż. J. K. z dnia 4.8.2010r. Oba te dokumenty zostały sporządzone w języku czeskim i przetłumaczone na język polski przez tłumacza przysięgłego odpowiednio w dniach 26.07.2010r. oraz 09.08.2010r.

Dowód:

wyjaśnienia oskarżonego M. W., k. 665,

zaświadczenie z firmy (...), k. 46 – 47,

opinia prywatna J. K., k. 48 – 54.

Zgodnie z oświadczeniem producenta urządzeń (...) a.s. z/s w C. z dnia 1.6.2010r. urządzenie (...) H. (...) w wersji programowej V 1.08, jest urządzeniem o charakterze zręcznościowym, w którym gra jest uzależniona od dobrej zręczności psychomotorycznej gracza, w czasie, który gracz sobie wykupili. Urządzenie jest przeznaczone tylko do zabawy jako symulator gier.

Dowód:

zaświadczenie z firmy (...), k. 46 – 47.

Wg opinii J. K. z dnia 4.8.2010r. – wydanej na wniosek (...) a.s. dla odbiorcy (...), gry oferowane przez urządzenie A. H. M. F., (wyposażone w software (...) M. (...) 1.08 (...): (...)) nie są grami losowymi na automatach, gdyż nie dają możliwości wygranej, zaś wynik gry nie zależy od przypadku ale wyłącznie od zdolności manualnych gracza.

Dowód:

opinia prywatna J. K., k. 48 – 54.

Oskarżony M. W. ma 41 lat, jest kawalerem, nie ma nikogo na swoim utrzymaniu. Jako prezes zarządu (...) Sp. z o.o., M. W. osiąga miesięczne dochody w wysokości ok. 10.000 zł. Oskarżony był karany sędownie. Wyrokiem Sądu Rejonowego w Elblągu z dnia 17 kwietnia 2014r. sygn. akt VIII K 504/12 M. W. został skazany za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. na karę grzywny w wysokości 120 stawek dziennych po 100 każda.

Dowód:

wyjaśnienia oskarżonego M. W., k. 665,

informacja z K. dot. oskarżonego M. W., k. 686.

Oskarżona T. H. (1) ma 53 lata, jest rozwiedziona posiada na utrzymaniu jedno dziecko. T. H. (1) pracuje jako pełnomocnik ds. zarządu w firmie Restauracja (...), a ponadto prowadzi wynajem lokali użytkowych, uzyskując z tych tytułów miesięczny dochód w wysokości 9.300 zł. Nie była karana sędownie za przestępstwa.

Dowód:

wyjaśnienia oskarżonej T. H. (1), k. 193, 765 – 766,

informacja z K. dot. oskarżonej T. H. (1), k. 198.

Oskarżeni M. W. i T. H. (1) w toku całego postępowania nie przyznali się do zarzucanych im czynów i złożyli wyjaśnienia.

M. W. podał, że przed rozpoczęciem działalności polegającej na wydierżawianiu automatów firmy (...), uzyskał od „spółki matki” oświadczenie producenta, opinię techniczną biegłego J. K., a także opinie prawne z kancelarii prof. M. C. i S. P.. Wyjaśnił, że po zapoznaniu się z tymi dokumentami nabrał przekonania iż będzie działać legalnie, gdyż na automatach zainstalowano oprogramowanie do gier zręcznościowych a nie losowych. Dodał ponadto, że przepisy ustawy o grach hazardowych z 2009r. są nieskuteczne, gdyż zawierają przepisy techniczne, które wbrew obowiązkowi nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej przez polski rząd.

T. H. (1) będąc przesłuchana w toku postępowania przygotowawczego w charakterze podejrzanej wyjaśniła, że wynik gry na zatrzymanym w jej lokalu automacie A. H. M. F. zależał od zręczności gracza. W jej ocenie wynikało to z faktu, iż włożenie pieniędzy do automatu powodowało otrzymanie punktów kredytowych, zaś naciśnięcie przycisku stop powodowało zatrzymanie urządzenia. Ponadto czasami była prowadzona rywalizacja komu się uda zdobyć więcej punktów.

Składając wyjaśnienia podczas rozprawy głównej T. H. (1) wyjaśniła iż propozycję zawarcia umowy z firmą (...) złożył jej M. K. (1), który pracował poprzednio w firmie (...), z którą miała długie związki. Wg oskarżonej M. K. (1) poinformował ją o tym, że automat A. H. M. F. nie jest hazardowy, lecz zręcznościowy i okazał jej na to opinie profesorów polskiego pochodzenia oraz jednego czeskiego. T. H. (1) oświadczyła, że pobieżnie przeczytała opinie ale na podstawie ich wniosków końcowych zdecydowała się, będąc zgodnie z prawem, „te symulatory mieć u siebie w restauracji”. Oskarżona dodała iż automaty nie wypłacały pieniędzy i nie były one też wypłacane graczom przez personel restauracji.

Ponadto Sąd Rejonowy zważył, co następuje:

Ustalenia stanu faktycznego sąd poczynił w oparciu o zgromadzone w sprawie dowody, wymienione w pierwszej części uzasadnienia a w tym przede wszystkim zeznania świadka A. K., protokół kontroli z dnia 25.10.2011r., protokół zatrzymania rzeczy, umowę o wspólnym przedsięwzięciu z dnia 23.05.2010r. z załącznikami, odpis z KRS i opinię biegłego z zakresu informatyki mgr. inż. W. K..

Sąd jedynie częściowo wziął pod uwagę wyjaśnienia T. H. (1) i M. W., odmawiając im wiary w zakresie w jakim podali, iż byli przekonani co do zręcznościowego charakteru automatu A. H. M. F. nr H. (...). Zdaniem sądu wskazane wyjaśnienia oskarżonych nie dają się pogodzić z przedstawionymi powyżej dowodami, jak również pozostają w sprzeczności z zasadami doświadczenia życiowego i prawidłowego rozumowania. Z tego samego powodu sąd pominął również częściowo zeznania świadka M. K. (2), w których twierdził on iż przedmiotowy automat, jest zręcznościowy a nie „hazardowy”. Całkowicie nieprzekonujące jest dla sądu uzasadnienie podane przez świadka, iż wynik gry na urządzeniu zależy od zręczności gracza, który „musi mieć szybką rękę i szybkie oczy, żeby zobaczyć w którym momencie ma zatrzymać grę”.

Po przeprowadzeniu przewodu sądowego Sąd Rejonowy uznał, że zachodzą podstawy do wydania w stosunku do obojga oskarżonych wyroków uniewinniających. Zajmując powyższe stanowisko sąd stwierdził co prawda, że zachowanie M. W. i T. H. (1) wyczerpywało znamiona czynu z art. 107 § 1 k.k.s. przy czym jednocześnie ustalił, że brak jest podstaw do jego zastosowania w niniejszym przypadku.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii realizacji przez oskarżonych strony przedmiotowej i podmiotowej przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., wskazać należy że zgodnie z jego dyspozycją karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie, podlega ten, kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urzędnika lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny. Urządzanie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych, gier na automatach i gier na automatach o niskich wygranych jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (art. 3). Zgodnie z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 tejże ustawy (dalej jako „ustawa”) urządzanie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry, a działalność w tymże zakresie może być prowadzona wyłącznie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry. Grami na automatach są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości (art. 2 ust. 3 ustawy) a także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy (art. 2 ust. 5 ustawy).

Mając na uwadze wyniki przeprowadzonego przewodu sądowego, a w tym przede wszystkim treść protokołu kontroli z dnia 25.10.2011r. i opinii biegłego z zakresu informatyki mgr. inż. W. K., nie budziło jakichkolwiek wątpliwości sądu, że gry prowadzone na zatrzymanym automacie A. H. M. F. nr H. (...) wyczerpują definicję gier na automatach w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych. Zajmując powyższe stanowisko, sąd miał na uwadze to, że wynik gier zainstalowanych na przedmiotowym urządzeniu jest losowy i nie zależy od zdolności manualnych ani psychomotorycznych gracza, co w sposób wnikliwy i bardzo szczegółowy opisał biegły W. K., a co zdaniem sądu jest widoczne już na pierwszy „rzut oka”. Cechy psychosomatyczne grającego, w tym jego zdolności manualne i umiejętności szybkiego każdorazowego wciskanie klawisza start/stop nie mają żadnego wpływu na przebieg rozgrywanych gier. Gra bowiem toczy się poza wolą gracza i sterowana jest przez program sterujący komputera urządzenia. Sąd w pełni akceptuje pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2012 r. (sygn. akt V KK 420/11), zgodnie z którym pojęcia „losowości” nie należy utożsamiać tylko z przypadkiem. Gra ma bowiem charakter losowy, gdy dla gracza jej wynik jest nieprzewidywalny, nawet jeżeli nie jest ten wynik obiektywnie całkowicie przypadkowy, lecz stanowi pochodną określonego oprogramowania. W przedmiotowej sprawie nie ulega najmniejszych wątpliwości, że emulatory gier bębnowych zainstalowane na urządzeniu objętym aktem oskarżenia, nie dawały graczom możliwości wpłynięcia na wynik gry, co wskazują chociażby wyniki przeprowadzonych oględzin i eksperymentu, a także opinia biegłego z zakresu informatyki.

Reasumując sąd uznał, że urządzenie elektroniczne A. H. M. F. nr H. (...) jest zgodne z art. 2 ust.5 ustawy o grach hazardowych, albowiem umożliwia prowadzenie gier organizowanych w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, a gra ma charakter losowy. O komercyjnym charakterze urządzenia, świadczy fakt, uzyskiwanie dochodów z jego funkcjonowania w Restauracji (...) przez obie strony umowy o wspólnym przedsięwzięciu z dnia 23 maja 2010r., tj. oskarżoną (...) Sp. z o.o., w której imieniu działa oskarżony M. W..

Ustalając powyższy charakter przedmiotowego automatu do gier sąd nie podzielił odmiennych stanowisk i poglądów zawartych w prywatnych opiniach radców prawnych prof. M. C. i prof. S. P., jak też czeskiego biegłego J. K., które zostały wydane na zlecenie udziałowca (...) Sp. z o.o. tj. (...) z/s w Cyprze.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do stwierdzeń zawartych w ostatniej z wymienionych opinii wskazać należy, że zawiera ona jedynie ogólny opis sposobu gry na automacie firmy (...) oraz konkluzje co do charakteru automatu, gdzie brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia zajętego stanowiska. Mając na uwadze wywody dokonane przez J. K. nie sposób ustalić czym kierował się on stwierdzając, że wynik gry na badanym urządzeniu nie zależy od przypadku, lecz wyłącznie od zdolności manualnych gracza. Z treści wydanej opinii nie wynika także aby osoba ją wydająca, dokonała oceny automatu z uwzględnieniem treści przepisów polskiej ustawy o grach hazardowych z dnia 19.11.2009r. skoro w części wstępnej opinii jest jedynie mowa ogólnie o przepisach prawnych i rozporządzeniach państw Unii Europejskiej.

Jako nieprzydatne dla oceny charakteru zabezpieczonego automatu, sąd uznał także opinie prawne wydane przez radców prawnych prof. M. C. i prof. S. P.. Zdaniem sądu osoby te, jako prawnicy nie posiadają wystarczającej wiedzy fachowej aby dokonywać analizy technicznej gry na automacie, zaś wytworzone przez nich dokumenty są dotknięte szeregami uchybień. Przykładowo wskazać należy, że mimo przedstawienia za każdym razem przez zleceniodawcę urządzeń w dwóch różnych obudowach, przeprowadzano grę wyłącznie na jednym z nich, nie precyzując na którym. Autorzy prywatnych opinii nie podali także numerów identyfikujących badanego urządzenia, na którym przeprowadzili grę, a także jego daty produkcji lub oznaczenia wytwórcy, nie opisali też w jakie gry można grać na tym urządzeniu. Zdaniem sądu analiza treści powyższych ekspertyz prawnych, które sporządzone zostały na zlecenie de facto właściciela sp. z o.o. (...), wyraźnie wskazuje na ich subiektywny charakter. Przemawia za tym choćby zapis na pierwszej stronie opinii sygnowanej podpisem prof. M. C., gdzie określając jej przedmiot z góry przyjęto, że dotyczy „symulatora zręcznościowego”.

Odnosząc się do strony podmiotowej czynów zarzucanych oskarżonym, sąd uznał, że działali oni umyślnie z zamiarem ewentualnym, przewidując i godząc się z tym, że prowadzone przez nich gry na urządzeniu A. H. M. F. nr H. (...) wyczerpują definicję gier na automatach w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych.

Na umyślność oskarżonych wskazuje sam przebieg gry na automacie, który w ocenie sądu już na pierwszy rzut oka pozwala się zorientować w losowym charakterze prowadzonych na nim gier. Umyślności oskarżonych nie wyłączają w żaden sposób powoływane przez nich prywatne opinie prawne jak też czeska opinia J. K., których treść nasuwa uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości zawartych w nich tez.

Dokonując powyższych ustaleń sąd stwierdził jednocześnie brak możliwości ustalenia odpowiedzialności karnej oskarżonych w zakresie zarzucanych im czynów z art. 107 § 1 k.k.s., z uwagi na blankietowy charakter tego przepisu. Przepis art. 107 § 1 k.k.s. jest normą blankietową, której treść pozostaje uzupełniona poprzez odesłanie do przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r., a w tym m.in. art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1.

Zgodnie z powołanymi przepisami prowadzenie gier „hazardowych” możliwe jest wyłącznie w kasynach gry i na podstawie udzielonej koncesji. Z uwagi na opisany charakter normy art. 107 § 1 k.k.s., dla pociągnięcia określonego podmiotu do przewidzianej w nim odpowiedzialności karnoskarbowej, niezbędne pozostaje stwierdzenie skuteczności wskazanych przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Tymczasem w ocenie Sądu Rejonowego w Środzie Śląskiej, nie posiadają one takiego waloru, z uwagi niedochowaniem wymogu ich notyfikacji Komisji Europejskiej - jako przepisów technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. Stwierdzając powyższe Sąd Rejonowy w Środzie Śląskiej w pełnym zakresie podziela analizę przedstawioną w drobiazgowy i wnikliwy sposób w treści uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014r., sygn. akt II KK 55/14.

W tym zakresie w ślad za Sądem Najwyższym wskazać należy, że prawo unijne nie harmonizuje płaszczyzny gier hazardowych, co pozwala państwom członkowskim na niemal swobodną reglamentację tej dziedziny, jednak urządzenie gier hazardowych, uczestniczenie w nich, sprowadzanie i produkcja automatów do gry objęte są regulacjami dotyczącymi rynku unijnego. W konsekwencji, przepisy prawne odnoszące się do tej działalności podlegają notyfikacji Komisji Europejskiej jako przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. Zgodnie z powołaną dyrektywą, obowiązkiem państw członkowskich jest notyfikowanie Komisji Europejskiej projektów aktów normatywnych zawierających przepisy techniczne. Państwo członkowskie Unii Europejskiej dokonując notyfikacji projektu ma wstrzymać procedurę legislacyjną co najmniej na okres trzech miesięcy, a w tym czasie pozostałe państwa członkowskie oraz Komisja Europejskie mają możliwość wypowiedzenia się czy notyfikowana regulacja prawna nie tworzy barier w zakresie swobody zakładania przedsiębiorstw, świadczenia usług i przepływu towarów. Wynikający z treści art. 9 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE obowiązek odroczenia procedury legislacyjnej o trzy miesiące począwszy od daty otrzymania przez Komisję Europejską projektu nosi nazwę reguły standstill. W razie zgłoszenia uwag, państwo członkowskie ma poinformować Komisję o działaniach, jakie zostały podjęte w związku z otrzymanymi uwagami, jednocześnie ex lege następuje wytrzymanie procedury legislacyjnej o kolejne trzy miesiące w odniesieniu do notyfikacji produktów i towarów oraz o jeden miesiąc w odniesieniu do przepisów odnoszących się do usług społeczeństwa informacyjnego, a w odniesieniu do porozumień dobrowolnych o cztery miesiące. Okres obowiązkowego wstrzymania procedury legislacyjnej ulega dalszemu wydłużeniu, jeśli w przeciągu pierwszych trzech miesięcy po zgłoszeniu notyfikacji Komisja Europejska poinformuje o zamiarze skorzystania z prawa inicjatywy prawodawczej i o przedstawieniu Radzie Unii Europejskiej projektu aktu prawnego w sprawach objętych zakresem notyfikowanego projektu (nie dotyczy to przepisów dotyczących usług). Wydłużenie procedury legislacyjnej nastąpi także w sytuacji gdy Rada Unii Europejskiej przyjmie wspólne stanowisko w sprawach objętych zakresem notyfikowanego projektu.

Państwo może odstąpić od notyfikowania środków krajowych powołując się na pilne przyczyny spowodowane przez poważne i nieprzewidziane okoliczności odnoszące się do ochrony zdrowia i bezpieczeństwa publicznego, ochrony zwierząt lub roślin. Powinno jednak przedstawić te okoliczności w komunikacie kierowanym do Komisji.

Problem czy ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. zawierała przepisy techniczne w rozumieniu tej dyrektywy i czy powinny być one notyfikowane Komisji Europejskiej był przedmiotem rozważań zarówno sądów powszechnych, jak i sądów administracyjnych oraz wreszcie Sądu Najwyższego. Kwestię tę rozważał ETS w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. w odniesieniu do połączonych spraw C 213, C 214 i C 217 wydając orzeczenie w trybie prejudycjalnym

na wniosek Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G.. W sentencji wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. Trybunał stwierdził, że art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, zmienionej dyrektywą Rady 2006/96/WE z dnia 20 listopada 2006 r., należy interpretować w ten sposób, że przepisy krajowe tego rodzaju jak przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią potencjalnie „przepisy techniczne” w rozumieniu tego przepisu, w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 akapit pierwszy wskazanej dyrektywy, w wypadku ustalenia, że przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego. Jednocześnie, w pkt 25 wspomnianego orzeczenia Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że taki przepis jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, którego naruszenie obwarowane jest sankcją karną przewidzianą w art. 107 § 1 k.k.s. – zgodnie z którym urządzenie gier na automatach dozwolone jest jedynie w kasynach gry – należy uznać za „przepis techniczny” w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34. Oczywiście, na tle uzasadnienia wyroku powstać mogła wątpliwość co do tego, jak należy rozumieć słowo „potencjalne” w zawartym w uzasadnieniu orzeczenia sformułowaniu „potencjalne przepisy techniczne”. Należy jednak pamiętać, że Trybunał nie miał wątpliwości co do tego, iż te przepisy są takimi przepisami technicznymi, które powinny być notyfikowane Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1, zauważając jedynie, że do sądu krajowego będzie należało ustalenie czy wprowadzają one warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Wyjaśniając użyte w uzasadnieniu wyroku sformułowanie „potencjalne przepisy techniczne”, w doktrynie stanowczo i jednoznacznie akcentowano, że określenie to nie oznacza, że Trybunał nie zakwalifikował wspomnianych przepisów jako niewymagających uprzedniej notyfikacji. Podkreślono, że, wręcz przeciwnie, właśnie te przepisy mogą potencjalnie ograniczać swobodę przepływu towarów, co oznacza, że rząd polski był zobligowany do ich notyfikacji. Potencjalność technicznego charakteru tych przepisów odnosi się bowiem do sfery wywierania przez nie skutków prawnych w konkretnej sprawie, w „której podmiot prywatny powołuje się na ich nieskuteczność, podnosząc zarzut zaniechania notyfikacji”.

Tak więc, nie ma wątpliwości, że przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, w szczególności art. 14 ust. 1 oraz art. 6 tej ustawy – to „przepisy techniczne” w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE. Konsekwencją braku notyfikacji jest – jak wskazano w orzeczeniu ETS z dnia 19 lipca 2012r. (C 213/11, (...) i (...)) – brak możliwości stosowania i to nie tylko przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji. Tak więc, na nienotyfikowane przepisy krajowe nie można powoływać się skutecznie przed sądem krajowym wobec podmiotów prywatnych.

Przepisy techniczne zawarte w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych nie zostały notyfikowane Komisji. Projekt ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. nie został notyfikowany w Komisji Europejskiej, pomimo że obowiązek taki wynikał z dyrektywy 98/34/WE. Notyfikowano natomiast w Komisji Europejskiej projekt trzeciej nowelizacji wspomnianej ustawy o grach hazardowych, a mianowicie projekt nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (nastąpiło to w dniu 16 września 2010r.). Taki sposób procedowania musi budzić poważne wątpliwości, gdyż uchwaleniu ustawy o grach hazardowych nie towarzyszyła pilna potrzeba wywołana przez poważne i nieprzewidziane okoliczności, nie została ona też wydana w wykonaniu prawa unijnego. Tak więc, brak notyfikacji nie mógł być uzasadniany okolicznościami wskazanymi w art. 9 ust. 7 dyrektywy ani w art. 10 tej dyrektywy.

W prawie unijnym nie ulega wątpliwości, że sędzia krajowy w pierwszej kolejności jest sędzią unijnym (zasada supremacji *acquis communautaire* zapoczątkowana wyrokiem ETS z dnia 15 lipca 1964 r. 6/64 C. v. (...), (...)). W myśl stanowiska ETS każdy sąd krajowy, mający w ramach swoich kompetencji zastosować przepisy prawa wspólnotowego zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność norm prawa wspólnotowego, unijnych, nie stosując w razie konieczności wszelkich, nawet późniejszych sprzecznych z przepisami prawa wspólnotowego przepisów ustawodawstwa krajowego. Nie można przy tym wymagać od takiego sądu oczekiwania na uchylenie tych przepisów (Wyrok z dnia 9 marca 1978 r. 106/77 S., § 24). Sąd krajowy, do którego należy w ramach jego kompetencji stosowanie przepisów prawa wspólnotowego, zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność tych norm, w razie konieczności z własnej inicjatywy

nie stosując wszelkich sprzecznych z nimi przepisów prawa krajowego, także późniejszych, bez potrzeby zwracania się o ich uprzednie usunięcie w drodze ustawodawczej lub w ramach innej procedury konstytucyjnej ani oczekiwania na usunięcie wspomnianych przepisów”.

Na aprobatę zasługuje pogląd, że zobligowanie sądu powszechnego, aby przed odmową zastosowania przepisu krajowego uznanego przezeń za sprzeczny z prawem Unii wystąpił do trybunału konstytucyjnego o zbadanie zgodności z konstytucją przepisu ustawy ustanowionego z naruszeniem obowiązku notyfikacji przepisów technicznych osłabia efektywność prawa Unii, a z perspektywy sądów polskich pozbawia je roli „sądów Unii” tzn. sądów odpowiedzialnych za zapewnienie pełnej skuteczności przepisom prawa Unii Europejskiej.

Powyższe zapatrywanie znalazło wyraz w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 grudnia 2006 r., P-37/05, który umorzył postępowanie w sprawie pytanie prawnego WSA w Olsztynie w przedmiocie zgodności art. 80 ustawy z dnia 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym z art. 90 zdanie pierwsze Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. W uzasadnieniu tegoż postanowienia Trybunał Konstytucyjny stwierdził mianowicie, iż sądy krajowe mają prawo i obowiązek odmówienia zastosowania normy krajowej, jeżeli koliduje ona z normami prawa wspólnotowego. Sąd krajowy nie orzeka w takim wypadku o uchyleniu normy prawa krajowego, lecz tylko odmawia jej zastosowania w takim zakresie, w jakim jest on obowiązany do dania pierwszeństwa normie prawa wspólnotowego. Przedmiotowy akt prawny nie jest dotknięty nieważnością, obowiązuje i jest stosowany w zakresie nieobjętym przedmiotowym i czasowym obowiązywaniem regulacji wspólnotowej. Natomiast w razie wątpliwości co do relacji normy prawa krajowego i normy prawa wspólnotowego konieczne jest zwrócenie się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości, jako organu właściwego w sprawach wykładni Traktatu oraz norm prawa pochodnego, a w sensie funkcjonalnym włączanym w ten sposób do systemu sądowiczego danego państwa członkowskiego. W konkluzji Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że nie zachodzi konieczność zwracania się do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniami prawnymi dotyczącymi zgodności prawa krajowego z prawem wspólnotowym - nawet w sytuacji gdy sąd zamierza odmówić zastosowania ustawy krajowej. Problem rozwiązywania kolizji z ustawami krajowymi pozostaje więc w zasadzie poza zainteresowaniem Trybunału Konstytucyjnego. O tym, czy ustawa koliduje z prawem wspólnotowym, rozstrzygać będą bowiem Sąd Najwyższy, sądy administracyjne i sądy powszechne, a o tym, co znaczą normy prawa wspólnotowego, rozstrzygać będzie Trybunał Sprawiedliwości, wydając orzeczenia wstępne.

Powyższe stanowisko Trybunał Konstytucyjny podtrzymał w wyroku z dnia 11 marca 2015 r., P 4/14, w który stwierdzono zgodność z konstytucją poszczególnych przepisów ustawy o grach hazardowych. Zajmując powyższe stanowisko Trybunał Konstytucyjny wskazał, że kwestia braku notyfikacji potencjalnie technicznych przepisów wskazanej ustawy nie stanowi elementu konstytucyjnego trybu ustawodawczego i w związku z tym nie podlega ocenie przez Trybunał, lecz przez poszczególne organy stosujące prawo na terytorium RP.

Reasumując powyższe rozważania wskazać należy, że tutaj Sąd stoi na stanowisku, że normy zawarte w ustawie o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r., a w tym przede wszystkim jej art. 6 i 14, stanowią przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, które mimo obowiązkowi nie zostały poddane procedurze notyfikacji. Tym samym w sytuacji kolidowania tychże norm z prawem Unii Europejskiej, sąd kierując się zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym, uznaje za konieczne odstępianie od ich stosowania. Mając na uwadze powyższe Sąd Rejonowy uznał, iż nie mogły znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie, jako nienotyfikowane normy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/23/WE. W konsekwencji uznać należało, iż nie zastosowanie się przez oskarżonych do regulacji określonych przepisach art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z zakresu urządzania i prowadzenia gier na automatach, nie wypełniało znamion przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.

Ty samym sąd na podstawie art. 17 § 1 pkt. 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. uniewinnił oskarżonych M. W. i T. H. (1) od zarzucanych im czynów.

Sąd orzekł o kosztach postępowania na podstawie art. 632 pkt. 2 k.p.k. i obciążył nimi Skarb Państwa.

Sąd zasądził od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonych T. H. (1) i D. W., tytułem zwrotu poniesionych przez nich wydatków z tytułu ustanowienia obrońcy, kwoty po 504 zł, które stanowi suma stawki minimalnej za rozprawę prowadzoną w trybie uproszczonym – 360 zł oraz kwoty 144 zł za kolejne dwa terminy rozprawy zgodnie z § 14 ust. 2 pkt. 1 i § 16 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

Orzekając o kosztach postępowania, sąd nie znalazł podstaw do podzielenia wniosku pełnomocnika interwenienta, który postulował zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego interwenienta od Skarbu Państwa. Podstawy do takiego rozstrzygnięcia nie zawierają przepisy kodeksu karnego skarbowego, zaś z treści art. 632 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. wynika, że w przypadku wydania wyroku uniewinniającego koszty procesu ponosi co prawda Skarb Państwa, lecz nie obejmują one „należności z tytułu udziału adwokata lub radcy prawnego ustanowionego w charakterze pełnomocnika przez pokrzywdzonego, oskarżyciela posiłkowego, powoda cywilnego albo inną osobę”.

SSR Radosław Gluza