

Warszawa, dnia 11 marca 2019 r.

Sygn. akt VI Ka 872/18

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie :

Przewodniczący: SSO Aleksandra Mazurek

protokolant: p.o. protokolant sądowy Zuzanna Poźniak

przy udziale prokuratora Iwony Zielińskiej oraz przedstawiciela (...) Urzędu Celno  
- Skarbowego w W. A. R.

po rozpoznaniu dnia 11 marca 2019 r.

sprawy E. F., córki H. i J., ur. (...) w W.

oskarżonej z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonej

od wyroku Sądu Rejonowego w Legionowie

z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt II K 1061/16

zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy; zasądza od oskarżonej na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1200 zł tytułem opłaty  
za II instancję oraz pozostałe koszty sądowe za postępowanie odwoławcze.

VI Ka 872/18

## UZASADNIENIE

### **Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Apelacja obrońcy oskarżonej nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie podnieść należy, iż Sąd Rejonowy prawidłowo przeprowadził postępowanie, wyjaśnił na rozprawie wszystkie okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego. Nie budą również zastrzeżeń rozważania prawne dotyczące czynu z art. 107 §1 kks przypisanego oskarżonej oraz wymierzona jej kara grzywny.

Analizując zaskarżone orzeczenie przez pryzmat zarzutów podniesionych w apelacji Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska obrońcy, że zachodzi konieczność uniewinnienia oskarżonej lub uchylecia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Ustawa z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych spełnia wszystkie wymagania krajowego porządku prawnego i z tych względów należało uznać, że sąd nie ma podstaw, aby odmówić jej stosowania. Także kwestia jej konstytucyjności nie budzi wątpliwości, bowiem Trybunał Konstytucyjny zajął stanowisko, zgodnie z którym notyfikacja tzw. przepisów technicznych, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE, implementowanej do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji, nie stanowi elementu konstytucyjnego trybu ustawodawczego (zob. wyrok Trybunał Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015 r., sygn. akt P 4/14). Trybunał Konstytucyjny nie przesądził ostatecznie, czy przepisy ustawy o grach hazardowych mają charakter techniczny, czy

też przeciwnie – i badanie ich charakteru pozostawił sądom powszechnym, wskazując przy tym, że nie należy to do jego kompetencji. Potwierdzając konstytucyjność tych przepisów w niczym bowiem nie podważa kompetencji sądu powszechnego do badania ich charakteru oraz obowiązku odmowy ich stosowania przez sąd krajowy po stwierdzeniu ich technicznego charakteru.

Ustawa z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych, która weszła w życie w dniu 3 września 2015 roku, została notyfikowana przed Komisją Europejską w dniu 5 listopada 2014 roku pod numerem 2014/0537/PL zgodnie z § 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 roku w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych, które wdraża dyrektywę 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającą procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego. Ustawa z dnia 12 czerwca 2015 roku zmieniła m.in. art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, który zarówno wcześniej jak i teraz sprowadza się do stwierdzenia, że urządzenie gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry. Tym samym w chwili obecnej art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jest przepisem notyfikowanym.

Notyfikacja wprawdzie nie objęła art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, do którego bez wątplenia również odnosi się art. 107 k.k.s., bo stanowi, że działalność w zakresie gier na automatach może być prowadzona na podstawie koncesji udzielonej na prowadzenie kasyna, jednak w wyroku z dnia 13 października 2016 roku w sprawie C-303/15, którego przedmiotem był wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, Trybunał Sprawiedliwości UE wypowiedział się na temat charakteru art. 6 ustawy, uznając że takie przepisy, które uzależniają prowadzenie działalności w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowią „przepisów technicznych” w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34, ponieważ nie odnoszą się one do produktu lub do jego opakowania jako takich i nie określają wymaganych cech produktu. Należy jednocześnie podkreślić, że w powyższym orzeczeniu trybunał podzielił już wcześniej wyrażony pogląd o technicznym charakterze art. 14 ust. 1 ww. ustawy (patrz orzeczenia trybunału w sprawach C-65/05, C -267/03 w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11 dotyczących Polski oraz C-98/14 szczegółowo przeanalizowane w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie I KZP 17/16 (lex 2188435).

Sąd Okręgowy nie podziela poglądu skarżącego, że art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych powinien zostać notyfikowany, gdyż jest przepisem technicznym i jest nierozzerwalnie powiązany z art. 14 ust. 1 tej ustawy. Po pierwsze, kwestię powyższą rozstrzygnął już TSUE w wyroku z dnia 13 października 2016 roku w sprawie C-303/15 i już to jest wiążące dla sądu krajowego. Po drugie, zdaniem sądu odwoławczego celem notyfikacji przepisów Komisji Europejskiej jest uniemożliwienie poszczególnym krajom członkowskim uchwalania przepisów stanowiących środek arbitralnej dyskryminacji, czy też formę ukrytych ograniczeń w handlu między Państwami Członkowskimi. Aby uczynić zadość wymogom notyfikacji nie jest konieczne przedstawianie Komisji Europejskiej wszystkich przepisów potencjalnie technicznych, powiązanych w pewien sposób z art. 14 ust. 1 u.g.h., bowiem istotę zmian w krajowym porządku prawnym odzwierciedla w pełni ten przepis, w brzmieniu obowiązującym od 3 września 2015 r. Wynika z niego jednoznacznie, że „urządzenie gier, gier w karty, w tym turniejów gry pokera, gier w kości oraz gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy”. Przepis art. 6 ust. 1 u.g.h. precyzuje tylko, że m.in. gry na automatach mogą być prowadzone na podstawie udzielonej koncesji, a więc nie wprowadza żadnych elementów, które w sposób istotny zmieniałyby treść art. 14 ust. 1 u.g.h. i w związku nie zachodzi konieczność jego notyfikacji. To, że w postanowieniu z 14 października 2015 r. w sprawie o sygn. I KZP 10/15 Sąd Najwyższy uznał, że oba powyższe przepisy mają charakter techniczny, w ocenie Sądu Okręgowego nie oznacza, że brak notyfikacji art. 6 ust. 1 u.g.h. wyłącza możliwości przypisania oskarżonej popełnienia zarzucanego jej przestępstwa, bowiem TSUE w wyroku z dnia 13 października 2016 roku w sprawie C-303/15 odmiennie ocenił „potencjalnie techniczny” charakter tego przepisu, a orzeczenia wykładnicze TSUE oddziałują ex tunc, o ile TSUE nie zastrzegł inaczej.

Sąd odwoławczy nie przychylił się do stanowiska obrońcy, że techniczny charakter ma art. 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 2 ust.3 u.g.h. Legalna definicja kasyna, czy odesłanie do kasyna gry zawarte w tych przepisach nic nie wnosi do kwestii konieczności notyfikacji tych przepisów. Są to pojęcia występujące w mowie powszechnej i fakt, że ustawa zawiera ich

definicję nie oznacza, iż zmienia się sens i wymowa art. 14 ust. 1 u.g.h., a tylko wówczas należałoby zastanowić się nad koniecznością notyfikacji art. 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 2 ust. 3 u.g.h.

Ograniczenie podmiotów mogących urządzać gry na automatach do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych nie ma charakteru technicznego i w związku z tym nie zachodziła konieczność notyfikacji art. 6 ust. 4 u.g.h., bowiem regulacja ta jest wtórna w stosunku do tej zawartej w art. 14 ust. 1 u.g.h. ograniczającej prowadzenie gier hazardowych tylko do kasyn. Forma prawna prowadzenia kasyna nie ogranicza swobodnego świadczenia usług w zakresie gier hazardowych, tylko sam fakt, że gry te mogą być organizowane wyłącznie przez kasyna.

Niezasadne jest stanowisko skarżącego, że obecnie obowiązujący art. 3 u.g.h., powinien zostać notyfikowany, bowiem stanowi on, że „urządzenie gier losowych, zakładów wzajemnych, gier w karty i gier na automatach oraz prowadzenie działalności w tym zakresie jest dozwolone na podstawie właściwej koncesji, zezwolenia lub dokonanego zgłoszenia”. Po pierwsze stwierdzić należy art. 3 w tym brzmieniu obowiązuje od 1 kwietnia 2017 r. i w związku z tym nie dotyczy realiów tej sprawy. W chwili czynu obowiązywał art. 3 u.g.h., który stanowił, że „urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie”. Treść tego przepisu jest tak ogólna, że nie zachodziła konieczność jego notyfikacji. Z kolei art. 2 ust. 3 u.g.h. zawiera definicję gier na automatach, natomiast art. 123 ust. 3 u.g.h. zawiera przepisy przejściowe i Sąd Okręgowy nie dopatrył się w nich treści, które wskazują na potrzebę ich notyfikacji, nie są to bowiem specyfikacje techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34

Notyfikacja nowelizacji przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy grach hazardowych wskazuje, że kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma data popełnienia czynu zarzucanego oskarżonej, inaczej bowiem należy ocenić zachowanie sprawców, którym zarzucono popełnienie czynu z art. 107 §1 kks przed datą wejścia w życie nowelizacji ustawy o grach hazardowych tj. przed 3 września 2015 r., a inaczej w okresie późniejszym. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że dyrektywa 98/34/ WE (a wcześniej dyrektywa 83/189) zawiera normę nakazującą organom państwa członkowskiego odmowę zastosowania przepisu krajowego, którego projekt -wbrew obowiązkowi- nie został notyfikowany Komisji Europejskiej (patrz orzeczenia w sprawach C-194/94, C-303/04, C-26/11, C-159/00, C-20/05, C-433/05, C-307/13 szczegółowo przeanalizowane w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie I KZP 17/16 (lex 2188435).

Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie I KZP 17/16 (lex 2188435), że „kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić do zastąpienia przepisów krajowych uregulowaniami prawa unijnego albo do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europejskiej. W konsekwencji norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wynikająca z 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.), 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. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 612) 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”.

E. F. zarzucono popełnienie takiego przestępstwa w dniu 3 października 2016 r. a więc już po nowelizacji i notyfikacji. W tym zakresie sąd nie podziela stanowiska skarżącego, że oskarżona „pozostawała w czasie popełnionego czynu w błędzie co do okoliczności dotyczącej możliwości stosowania art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych do art. 107 §1 kks i tej okoliczności nie można potraktować na jej niekorzyść”.

Zdaniem Sądu Okręgowego skoro oskarżona prowadziła działalność gospodarczą, to powinna na bieżąco zapoznawać się z przepisami ją dotyczącymi, w szczególności w zakresie dotyczącym nowelizacji przepisów ustawy o grach

hazardowych i jej notyfikacji. W okresie poprzedzającym wejście w życie nowelizacji ustawy z 12 czerwca 2015 r. w piśmiennictwie i judykaturze pojawiały się wątpliwości co do stosowania art. 14 ust 1 ustawy o grach hazardowych z powodu braku jej notyfikacji. Zdaniem sądu odwoławczego właśnie te wątpliwości powinny wzmocnić zainteresowanie oskarżonej czy nowelizacja ustawy o grach hazardowych została notyfikowana, skoro zdecydowała się na prowadzenie działalności w postaci urządzania gier na automatach po dacie wejścia w życie nowelizacji. Nieświadomość jest stanem braku wiedzy na dany temat i należy ją odróżnić od wątpliwości, które mogły wskazywać oskarżonej, że prowadzona przez nią działalność jest niezgodna z obowiązującym prawem. Zgodnie z art. 2 ust 6 ustawy o grach hazardowych „minister właściwy do spraw finansów publicznych rozstrzyga, na wniosek lub z urzędu, w drodze decyzji, czy gry lub zakłady posiadające cechy wymienione w ust. 1-5a są grami losowymi, zakładami wzajemnymi, grami w karty albo grami na automacie w rozumieniu ustawy”. Brak zwrócenia się o wyjaśnienia takich wątpliwości w trybie przewidzianym w art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych pozwala na przyjęcie, że oskarżona co najmniej przewidywała możliwość popełnienia czynu zabronionego i godziła się na jego popełnienie. W tym zakresie Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 18 maja 2018 r w sprawie III KK 426/17 (lex 2556098), że „art. 107 §1 k.k.s. ma charakter normy blankietowej, a jej uzupełnienie stanowią przepisy ustawy o grach hazardowych. Błąd w postaci nieświadomości, że działa się wbrew przepisom wskazanej ustawy oznacza, że sprawca nie zna dopełniającego normę blankietową przepisu prawa i nie wie tym samym, że jego naruszenie jest zabronione przez prawo karno-skarbowe, bądź też sprawca zna przepisy u.g.h. i wie, że jego zachowanie jest w świetle tych przepisów bezprawne, nie wie tylko, że naruszenie konkretnego przepisu podlega sankcji karno-skarbowej. Nieświadomość karalności określona w art. 10 § 4 k.k.s. nawiązuje do okoliczności wyłączającej karalność ujętej jako nieświadomość tego, że czyn tego rodzaju jest zagrożony karą. Błąd tego rodzaju jeżeli wystąpił wyłącza winę. Wyłączenie winy przy błędzie co do karalności następuje jednak wyłącznie wówczas, gdy błąd ten jest usprawiedliwiony”.

Ustawa o grach hazardowych przewidywała odpowiedni tryb do wyjaśnienia powyższych wątpliwości w drodze decyzji administracyjnej. Oskarżona nie skorzystała z tej drogi i w związku z tym nie może obecnie twierdzić, że dokonując samodzielnej interpretacji przepisów prawa uczyniła wszystko, aby wyjaśnić swoje wątpliwości. Należy podkreślić, że oskarżona jako profesjonalny przedsiębiorca z tej branży powinna śledzić zmiany ustawy o grach hazardowych oraz kwestie ich notyfikacji Komisji Europejskiej. Zdaniem sądu odwoławczego nie budzi wątpliwości, że od 3 września 2015 r. obowiązywała notyfikowana ustawa o grach hazardowych i w związku z tym inaczej będą traktowane przestępcze zachowania oskarżonej podjęte po tej dacie. W tej sytuacji jeżeli oskarżona nadal miała wątpliwości co do prawidłowości tej notyfikacji (zdaniem sądu odwoławczego całkowicie nieusprawiedliwione), to powinna się powstrzymać od prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach, do czasu rozstrzygnięcia tych wątpliwości w drodze decyzji administracyjnej wydanej na podstawie art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych.

Nie można się zgodzić z obrońcą, że oskarżona działała pod wpływem błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego z art. 107 § 1 kks. Do znamion tego czynu zabronionego nie należy notyfikacja przepisów ustawy o grach hazardowych i w związku z tym brak podstaw do zaaprobowania poglądu obrońcy, że skoro oskarżona była przekonana o niemożności stosowania przepisów technicznych zawartych w ustawie o grach hazardowych z powodu ich nienotyfikowania, to zgodnie z art. 10 § 1 kks nie popełnia zarzuconego jej czynu zabronionego.

Wymierzona oskarżonej kara nie nosi cech rażącej niewspółmierności, gdyż uwzględnia jako okoliczność obciążającą, że oskarżona urządzała gry na pięciu automatach do gier. Oskarżona wprawdzie deklaruje, że jest obecnie bezrobotna i utrzymuje się z oszczędności, jednak wymierzona jej grzywna pozostaje w zakresie jej możliwości zarobkowych. Jeśli oskarżona nie jest w stanie zapłacić grzywny jednorazowo może złożyć wniosek o jej rozłożenie na raty.

Mając powyższe na względzie sąd odwoławczy orzekł jak w wyroku i kosztami postępowania odwoławczego obciążył oskarżoną