

# UZASADNIENIE

## **Sygn. akt V K 71/13**

M. W. w dniu 27 lipca 2011 r w K. przy ul (...) w lokalu (...) urządził gry na automacie do gier o nazwie A. o nr H. (...) oraz od 1 lipca 2013r. do 20 listopada 2013r. w K. przy ul (...) w lokalu o nazwie (...) kawiarenka (...)” urządził na automacie do gier o nazwie A. (...) o numerze (...) gry. Nadto urządził w okresie od dnia 01 grudnia 2013r. do dnia 14 stycznia 2014 r. w lokalu w K. przy ul (...) gry na dwóch automatach do gry: marki (...) –nr (...) oraz marki (...) nr (...). S. H. w dniu 27 lipca 2011 r w K. przy ul (...) w lokalu (...) prowadził gry na automacie do gier o nazwie A. o nr H. (...).

W wyniku przeprowadzonych w powyższych lokalach kontroli przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego w K. dotyczących urządzania i prowadzenia gier na automatach. Funkcjonariusze uznali, iż gry na przedmiotowych urządzeniach są grami na automatach w rozumieniu ustawy z dnia 19.11.2009 roku o grach hazardowych. I urządzanie i prowadzenie gier na wskazanych powyżej automatach stanowi naruszenie art. 14 ust 1 w zw. z art. 2 ust 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych. Przedmiotowe automaty zostały zatrzymane i zostało wszczęte postępowanie o przestępstwa skarbowe określone w art. 107 § 1 kks.

Oskarżony S. H., nie przyznał się do zarzucanego mu czynu i wyjaśnił, iż prowadził lokal (...), w którym miał zainstalowany automat symulator (...). Automat ten nie realizował żadnej wygranej pieniężnej, służył jako atrakcja lokalu. Miał w tamtym czasie podpisaną umowę serwisową z firmą (...), na podstawie której był wstawiony do lokalu ten symulator do gier o nazwie A.. Podał iż nie grał na tym automacie, nie wie czy gracz miał wpływ na układ figur.

Oskarżony M. W. wyjaśnił, iż ma szereg dokumentów, z których wynika że są to symulatory zręcznościowe a nie urządzenia do gier losowych. Nadto podał iż art. 6 i 14 o grach hazardowych są artykułami technicznymi. SN w wydanym postanowieniu z dnia 27.11.2014 r. również wskazał, iż nie powinny być konsultowane akty oskarżenia w oparciu o te przepisy. Popierają to wszystkie sądy na terenie kraju, umarzają sprawy a także stosują wyroki uniewinniające. Samorządy celne doszły do wniosku że nie można stosować przepisów o grach hazardowych np. UC w L. oraz w Z., masowo umarza postępowania co do jego osoby motywując to niemożnością stosowania przepisów o grach hazardowych.

W ocenie sądu takim wyjaśnieniom oskarżonych trudno odmówić wiary albowiem korelują one ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym.

Przesłuchany świadek A. J. - funkcjonariusz celny – podał, iż z uwagi na upływ czasu nie przypomina sobie kontroli. Jeśli chodzi o firmę (...) to było ich mnóstwo. Podał, iż z ustawy o grach hazardowych wynika że nie musi być wygranych pieniężnych wygraną mogą być również punkty za którą można prowadzić grę bez konieczności ponownego kredytowania automatu. Wystarczy że gry mają charakter losowy i wystarczy żeby to uznać za automat. Żeby grę rozpocząć to trzeba było go zabukować pieniędzmi. To wynika z opisu gier kontrolnych. Po naciśnięciu na przycisk startujący, bębny się uruchamiają i zatrzymują się potem same lub ewentualnie po naciśnięciu jakiegoś przycisku zatrzymują się, szybkość tych bębnow jest taka duża że człowiek nie jest w stanie zobaczyć figur obracających się na bębnach. Po zatrzymaniu się bębnow powstaje układ figur na monitorze na który gracz nie ma wpływu, czyli wynik końcowy gry jest nieprzewidywalny dla gracza przed jej zakończeniem. Element losowości jego zdaniem polega na tym, że jeżeli występuje 5 bębnow lub 3, to nie ma się wpływu nawet na figurę która pojawia się nawet po zatrzymaniu jednego bębna. Według niego element losowości czy charakter losowości to to samo. A jego wiedza dotycząca działania automatów wynika też ze szkoleń które są przeprowadzane.

Świadek E. N. - urzędnik celny – stając przed sądem podała, iż nie kojarzy kontroli w lokalu (...) w K., kojarzyła kontrolę w K. przy Armii Krajowej 69, ale nie pamiętała szczegółów

Sąd uznał zeznania w/w świadków za wiarygodne w całości, nie ujawniły się bowiem żadne okoliczności podważające ich prawdziwość. Świadkowie zeznawali zgodnie ze stanem swojej wiedzy. Słuchani przed Sądem nie pamiętali szczegółów okoliczności na co wskazywali składając zeznania. W ocenie sądu wiarygodność świadków nie może

deprecjonować okoliczność, iż z uwagi na upływ czasu, świadkowie słuchani przed sądem nie pamiętali wielu szczegółów albowiem zgodnie z wiedzą i doświadczeniem życiowym, jest czymś naturalnym iż z upływem czasu detale zdarzenia ulegają zapomnieniu i możliwym jest odtworzenie przez świadka jedynie ogólnych okoliczności. W ocenie Sądu powoływanie się świadków na niepamięć, wskazuje, iż nie wykazują tendencji do wypełniania luk w pamięci dowolnymi treściami. Po odczytaniu świadkowie podtrzymali swoje wcześniejsze zeznania z postępowania przygotowawczego.

M. G., R. G., A. D., T. D., w swoich zeznaniach opisali okoliczność zgodnie ze stanem swojej wiedzy, a ich zeznania wzajemnie korespondują ze sobą, w swoich zeznaniach opisywali sposób w jaki automaty zostały zainstalowane w barach i lokalach w których prowadzili działalność gastronomiczną. Świadek D. K. pracująca w lokalu podała, iż miała pilnować aby ludzie grali a nie kradli. I. G. pracująca w pubie (...) zeznała, iż automatem „zajmował się” oskarżony S. H. z tego co wie automat nie wypłacał wygranych. P. R. podał, iż kojarzy lokal (...) w K. tam byłem serwisantem urządzeń. Podał, iż kojarzy że była kontrola przez UC i automat został zatrzymany. Serwisowanie polegało na utrzymywaniu urządzeń w ruchu, wymiana części, raz w miesiącu rozliczenie na podstawie protokołu wyjęcia gotówki., nie instalował żadnego oprogramowania w automatach. Sąd dał wiarę zeznaniom powyższych świadków, w ocenie Sądu zeznawali oni zgodnie ze stanem swojej wiedzy.

Brak było podstaw do kwestionowania wiarygodności ujawnionych w toku postępowania dokumentów. Nie ujawniły się bowiem w trakcie procesu okoliczności wskazujące na to, że zawierają one treści nieprawdziwe bądź, by zostały sporządzone w niewłaściwy sposób. Żadna ze stron nie kwestionowała autentyczności i wiarygodności ujawnionych w sprawie dokumentów.

Zgodnie z art. 113 § 1 kks w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego, jeżeli przepisy niniejszego kodeksu nie stanowią inaczej.

Zgodnie z dyspozycją art. 107 § 1 k.k.s., kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urzędnika lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności albo obu tym karom łącznie. Cytowany wyżej przepis ma charakter blankietowy. W związku z tym, w zakresie znamion czynu zabronionego określającego sprawstwo, odsyła do przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych. W art. 3 ustawy wskazano, że urządzanie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach w niej określonych. Z kolei art. 2 ust. 1-3, 5 oraz art. 129 ust. 3 ustawy zawierają definicję gier i tak stosownie do art. 2 ust. 3 ustawy 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. Urządzanie gry, o której mowa w art. 2 ust. 3 ustawy, zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry.

Przepisy regulujące procedurę notyfikacji przepisów technicznych są zawarte w dyrektywie 98/34/WE, która została implementowana do prawa polskiego rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039, ze zm). Zgodnie art. 8 dyrektywy 98/34/WE państwo członkowskie powinno niezwłocznie przekazać Komisji, co do zasady, wszelkie projekty przepisów technicznych, a następnie uwzględnić uwagi Komisji i państw członkowskich tak dalece, jak to możliwe w kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych.

Przepisy art. 8 dyrektywy nr 98/34 Parlamentu Europejskiego i Rady, przewidują obowiązek państwa członkowskiego notyfikowania Komisji Europejskiej wszelkich projektów regulacji technicznych przed przyjęciem, tak by Komisja Europejska miała możliwość oceny zgodności takich projektów z prawem europejskim. Z kolei przepis art. 9 dyrektywy przewiduje, iż państwo członkowskie musi wstrzymać się na trzy miesiące z przyjęciem notyfikowanych przepisów na czas badania sprawy przez Komisję i inne państwa. Takie badanie kończy się przyjęciem opinii wskazującej, czy regulacja tworzy bariery w przepływie.

W związku z pojawiającymi się wątpliwościami co do obowiązywania ustawy z 9 listopada 2009 r. o grach hazardowych Wojewódzki Sąd Administracyjny w G. zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej min. z pytaniem w trybie prejudycjalnym, czy przepis art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 powinien być interpretowany w ten sposób, że do przepisów technicznych, których projekty powinny być przekazane Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1. wymienionej dyrektywy, należy taki przepis ustawowy, który zakazuje zmiany zezwoleń na działalność w zakresie gier na automatach o niskich wygranych w zakresie zmiany miejsca urządzania gry.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. wydanym w połączonych sprawach C - 213/11, C - 214/11 i C - 217/11 zauważył, że pytania sądu krajowego zmierzają w istocie do ustalenia czy art. 1 pkt. 11 dyrektywy 98/34 należy interpretować w ten sposób, że przepisy krajowe tego rodzaju, jak przepisy ustawy o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gier, stanowią przepisy techniczne w rozumieniu wspomnianego przepisu dyrektywy, w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy. Trybunał przypomniał też, iż orzekał już, że przepisy zakazujące prowadzenia gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych w jakichkolwiek miejscach publicznych i prywatnych z wyjątkiem kasyn należy uznać za przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt. 11 dyrektywy 98/34 ( wyrok z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C 65/05 Komisja przeciwko Grecji). W związku z tym Trybunał stwierdził, że przepis tego rodzaju jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zgodnie z którym urządzanie gier na automatach dozwolone jest jedynie w kasynach gry, należy uznać za przepis techniczny w rozumieniu art. 1 pkt, 11 dyrektywy 98/34, mającej na celu ochronę swobody przepływu towarów jako jednej z podstaw Unii Europejskiej, oraz że kontrola ta jest konieczna, ponieważ przepisy techniczne objęte dyrektywą mogą stanowić przeszkody w wymianie handlowej między państwami członkowskimi.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, że: „artykuł 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 zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, ostatnio 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.”

Z uwag pisemnych Komisji Europejskiej przedstawionych Prezesowi i członkom Trybunału Sprawiedliwości w związku z pytaniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G. wynika min., że projekt ustawy o grach hazardowych, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2010 r. nie została przedstawiona Komisji Europejskiej do notyfikacji, natomiast w świetle wyroku w sprawie 65/05 Komisja przeciwko Grecji, trudno odmówić polskim przepisom zakazującym lokalizacji automatów do gry o niskich wygranych w miejscach innych niż kasyna gry charakteru przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34, co oznacza, iż przepisy te winny być przedstawione Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 tej dyrektywy. Ponadto Komisja Europejska zauważyła, że sam sąd odsyłający stwierdził, że wydaniu nowej ustawy o grach hazardowych nie towarzyszyła pilna potrzeba wywołana przez poważne i nieprzewidziane okoliczności, do której odwołuje się art. 9 dyrektywy 98/34. Z uwagi na fakt, iż żaden projekt ustawy o grach hazardowych nie został Komisji notyfikowany, Komisja nie miała możliwości wcześniejszego odniesienia się do tych przepisów pod kątem ich wpływu na handel między państwami członkowskimi. Odnośnie konsekwencji, jakie wynikają z zaniechania obowiązku notyfikacji Komisja powołała się na wyrok Trybunału z dnia 15 kwietnia 2010 r. w sprawie C - 433/05 L. S., w którym Trybunał stwierdził, że ponieważ obowiązek notyfikowania, o którym mowa jest w szczególności w art. 8 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 98/34, stanowi główny środek sprawowania tej wspólnotowej kontroli, jego skuteczność powinna być wzmocniona tego rodzaju wykładnią dyrektywy, że niedopełnienie obowiązku notyfikowania stanowi istotne uchybienie proceduralne, które

może powodować, że odnośne przepisy techniczne nie mogą być stosowane przez sąd, a w rezultacie nie mają mocy obowiązującej wobec osób prywatnych.

Trybunał Konstytucyjny orzeczeniem z dnia 11 marca 2015 r., sygn. P 4/14, stwierdził, iż art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych są zgodne z Konstytucją i umorzył postępowanie w pozostałym zakresie, tj. odnośnie pytania prawnego Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku, czy uchwalenie ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim zawiera ona przepisy techniczne w rozumieniu 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. UE L 204 z 21.07.1998, s. 37, ze zm.), w szczególności art. 14 tej ustawy, z naruszeniem obowiązku notyfikacji wynikającego z tej dyrektywy oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039, ze zm.), jest zgodne z art. 2, art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji z uwagi na naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego?

W postanowieniu z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. II KK 55/14, Sąd Najwyższy wskazał, że „nie ma wątpliwości, że przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w szczególności art. 14 ust. 1 oraz art. 6 tej ustawy - to "przepisy techniczne" w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE.”

W cytowanym postanowieniu z dnia 27 listopada 2014 r. Sąd Najwyższy stwierdził również, 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.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że zastosowanie przepisów technicznych, a w konsekwencji naruszenie przepisów notyfikacji, może być podnoszony w sporze między stronami. W efekcie, strona postępowania może przed sądem domagać się oceny czy przepisy techniczne zostały ustanowione z zachowaniem wskazanej w dyrektywie reguły standstill, a w razie ustalenia przez sąd, że obowiązek ten został naruszony przez ustawodawcę, żądać niestosowania tych przepisów. (...)

W prawie unijnym nie ulega wątpliwości, że sędzia krajowy w pierwszej kolejności jest sędzią unijnym, wcześniej wspólnotowym (Zasada supremacji *acquis communautaire* zapoczątkowana wyrokiem ETS z dnia 15 lipca 1964 r. 6/64 C. v. (...), (...)). (...) Podkreślono dalej, że prawo mające swe źródło w traktatach nie może być ze względu na swój charakter uchylane przez normy prawa krajowego, niezależnie od ich rangi, bez podważania charakteru tego prawa, jako prawa wspólnotowego i bez poddawania w wątpliwość podstaw, na których opiera się Wspólnota.(...)

W konsekwencji, ważność przepisów wspólnotowych lub skutki, jakie wywołują w państwach członkowskich nie mogą być podważane przez zarzut niezgodności z prawami podstawowymi lub zasadami zawartymi w konstytucji danego państwa albo w narodowej strukturze konstytucyjnej. (...) Na aprobatę zasługuje także 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. (...) Konsekwencją uznania, że art. 14 ustawy o grach hazardowych to przepis techniczny w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, który nie został notyfikowany Komisji Europejskiej, a więc jest bezskuteczny, musi być wyrok uniewinniający, gdyż art. 107 § 1 k.k.s. (...) ma charakter blankietowy, a jego doprecyzowanie stanowią przepisy m.in. tegoż art. 14.”

Sąd rozpoznający sprawę uważa, że art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, nakazujący urządzenie gier na automatach wyłącznie w kasynach jest przepisem technicznym w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34. Źródłem obowiązku notyfikacji jest dyrektywa 98/34/WE. Art. 91 ust. 3 Konstytucji stanowi, że: "Jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez

nią stanowiąc jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami". Dyrektywa 98/34/WE, podobnie jak inne dyrektywy, stanowi akt prawa pochodnego Unii Europejskiej, którego mocą państwa członkowskie zostają zobowiązane do implementacji określonych regulacji prawnych, służących osiągnięciu wskazanego w dyrektywie celu. Zatem, przepis art. 14 ust. 1, jako przepis techniczny podlegał notyfikacji w trybie określonym w w/w dyrektywie. Okolicznością bezsporną jest fakt, że procedury notyfikacyjnej nie przeprowadzono, zatem w/w przepisy ustawy o grach hazardowych, będąc normami technicznymi, nie mogą być stosowane przez Sąd. Konsekwencją uznania, art. 14 ustawy o grach hazardowych za przepis techniczny w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, który nie został notyfikowany jest niemożności zastosowania przepisu art. 14 ust. 1 ustawy w związku czym, brak jest możliwości zastosowania także przepisu określającego naruszenie zawartego w nich zakazu, czyli art. 107 § 1 kks

W tej sytuacji czynny oskarżonych nie mogli wyczerpać znamion przestępstwa określonego w art. 107 § 1 k.k.s. W takiej sytuacji jedynym możliwym rozstrzygnięciem jest uniewinnienie oskarżonych. Wobec treści zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, Sąd orzekł jak w pkt 2 wyroku.