

POSTANOWIENIE

Dnia 10 grudnia 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Henryk Gradzik (przewodniczący)

SSN Andrzej Ryński (sprawozdawca)

SSN Józef Szewczyk

Protokolant Barbara Kobrzyńska

w sprawie **M. W.**

oskarżonego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 10 grudnia 2014 r.,

kasacji, wniesionej przez oskarżyciela publicznego - Urząd Celny w G. od wyroku Sądu Okręgowego w G.

z dnia 7 marca 2014 r.,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S.

z dnia 23 września 2013 r.,

- 1. oddala kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego M. W. kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych tytułem poniesionych kosztów postępowania kasacyjnego;**
- 3. obciąża kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego Skarb Państwa.**

UZASADNIENIE

M. W. został oskarżony o to, że będąc prezesem Zarządu H. Sp. z o.o., w dniu 30 sierpnia 2011 r. realizując wspólne przedsięwzięcie z Z. D. właścicielem Firmy „D.”, dotyczącej eksploatacji automatów do gier, pod pozorem gry na symulatorach, urządzał gry na automatach o nazwie [...], należących do H. Sp. z

o.o., zainstalowanych w kolekturze Totolotka, w K., wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm.), bez zezwolenia i w miejscu do tego nie przeznaczonym, tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107§1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 23 września 2013 r., Sąd Rejonowy w S. oskarżonego M. W. uniewinnił od popełnienia zarzucanego mu czynu, a kosztami procesu obciążył Skarb Państwa. Nadto zarządził zwrot przedmiotowych automatów do gry interwenientowi - H. Sp. z o.o.

Po rozpoznaniu apelacji oskarżyciela publicznego - Urzędu Celnego w G., Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 7 marca 2014 r., utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając apelację za oczywiście bezzasadną.

Od powyższego wyroku Sądu odwoławczego kasację na niekorzyść oskarżonego M. W. wywiódł oskarżyciel publiczny - Urząd Celny, który zaskarżonemu orzeczeniu na podstawie art. 523 § 1 i 526 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zarzucił:

1. rażące naruszenie prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 4, 7, 410, 424 § 1 i 437 § 1 k.p.k., poprzez brak w uzasadnieniu wyroku wnikliwej oceny całokształtu zebranego materiału dowodowego oraz oparciu przeprowadzonej oceny materiału dowodowego wyłącznie na podstawie dowodów przedstawionych przez oskarżonych, w szczególności dowodu z opinii biegłych i dowolne uznanie, że gry na urządzeniu do gier - tzw. symulatory gier [...], nie miały charakteru losowego, a oskarżony nie miał świadomości popełnienia czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., a więc nie można mu przypisać umyślności działania;
2. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść wyroku i nie skierowanie sprawy do Sądu I instancji celem ponownego rozpoznania z uwagi na faktyczne i prawne znaczenie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012r. w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11 wydanego na skutek pytania prejudycjalnego, pomimo odmiennej interpretacji przez Sąd odwoławczy obowiązku notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych, niż to przedstawił Sąd I instancji.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 537 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. skarżący wniósł o uchylenie powyższego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w postępowaniu odwoławczym.

Obrońca oskarżonego w odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja oskarżyciela publicznego, przy uwzględnieniu konstrukcji poszczególnych zarzutów, które w istocie skierowane są do orzeczenia Sądu *meriti*, w kontekście poczynionych przez ten Sąd ustaleń faktycznych odnoszących się do zamiaru oskarżonego, znajduje się na pograniczu jej dopuszczalności. Skarżący wydaje się nie dostrzegać, że kasacja nie powoduje kolejnej kontroli instancyjnej wyroku sądu I instancji, lecz stanowi nadzwyczajny środek zaskarżenia przysługujący stronom od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kończącego postępowanie. Równocześnie ustawodawca w treści art. 523 § 1 k.p.k. ograniczył jej podstawy tylko do uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. lub innego rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Oznacza to, że w kasacji nie można podnosić zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, sformułowanego zarówno wprost, jak i pod postacią obrazy prawa. Należy jednocześnie podkreślić, że stosownie do treści art. 536 k.p.k. obszar zagadnień jakimi zajmuje się Sąd Najwyższy rozpoznając kasację determinowany jest granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami, a w zakresie szerszym - tylko w wypadkach określonych w art. 435, 439 i 455 k.p.k. Biorąc pod uwagę kierunek wywiedzionej kasacji – na niekorzyść oskarżonego, należy stwierdzić, że podniesione zarzuty kasacyjne oraz ich uzasadnienie, nawet przy korzystaniu z możliwości jakie stwarza przepis art. 118 § 1 k.p.k., nie pozwalają dopatrzeć się w nich innych uchybień, aniżeli te, które formalnie zostały podniesione w zarzutach kasacyjnych.

Zarzut naruszenia szeregu przepisów prawa procesowego jest w znacznej części powieleniem zarzutu podniesionego w pkt. 2 apelacji. W szczególności nie jest zasadny zarzut rażącego naruszenia art. 4 k.p.k., albowiem przepis ten ma charakter ogólnej dyrektywy postępowania określanej jako zasada obiektywizmu i bez wskazania szczegółowych przepisów procesowych, których obraza

spowodowała naruszenie tej zasady, nie stanowi autonomicznej podstawy kasacyjnej. Nie można się również zgodzić ze skarżącym, że Sąd odwoławczy dopuścił się naruszenia art. 424 § 1 k.p.k., ponieważ przepis ten dotyczy uzasadnienia sądu I instancji i znajduje zastosowanie do orzeczenia sądu II instancji tylko wtedy, gdy ma ono charakter reformatoryjny, podczas gdy Sąd Okręgowy utrzymał zaskarżony wyrok w mocy, a zatem do motywów takiego wyroku znajdują zastosowanie przepisy art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., które nie były przedmiotem zarzutów kasacyjnych. Marginalnie trzeba stwierdzić, że uzasadnienie Sądu odwoławczego charakteryzuje znaczny poziom ogólności, gdy chodzi o odwoływanie się do konkretnych okoliczności sprawy, jednak nie narusza ono wskazanych przepisów procesowych, albowiem powtarzanie przez Sąd *ad quem* argumentacji Sądu *meriti* nie było konieczne, skoro Sąd Okręgowy w pełni akceptował ocenę dowodów oraz dokonane na jej podstawie ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Rejonowy.

Naruszenie reguł określonych w art. 7 i 410 k.p.k. w zasadzie możliwe jest przez sąd odwoławczy tylko wówczas, gdy sąd ten ocenia dowody przeprowadzone w instancji odwoławczej i samodzielnie czyni ustalenia faktyczne chyba, że zarzut taki jest skonstruowany na zasadzie przeniesienia tego uchybienia do orzeczenia sądu odwoławczego, w związku z akceptacją oceny dowodów dokonanej przez sąd *meriti*. Sąd Okręgowy ograniczył się jedynie do realizacji swej funkcji kontrolnej i nie uzupełniał postępowania dowodowego. Dlatego należy uznać, że analizowany zarzut kasacji skierowany jest głównie do orzeczenia Sądu Rejonowego.

Kontestując dokonany w tej sprawie sposób oceny dowodów przez Sądy obu instancji w kasacji ograniczono się do argumentu, iż przy czynieniu ustaleń w tej sprawie została pominięta opinia biegłego sądowego z dziedziny informatyki i telekomunikacji R. R., które to uchybienie doprowadziło do wadliwego uznania, że gry na urządzeniach do gier, tzw. symulatorach gier [...], nie miały charakteru losowego, co w konsekwencji spowodowało wadliwe ustalenia braku po stronie oskarżonego umyślności działania w rozumieniu art. 107 § 1 k.k.s.

Autor kasacji formułując ten zarzut nie dostrzegł jednak, iż Sąd I instancji dokonał pozytywnej oceny opinii biegłego R. R. wprost stwierdzając, że opinia ta „... jest w ocenie Sądu przekonująca, gdy wskazuje na losowy charakter gier,

które można przeprowadzać na zatrzymanych automatach...” (k. 955 – uzasadnienie SR). Dlatego też Sąd Rejonowy, a w ślad za nim Sąd Okręgowy słusznie uznały, że gra na przedmiotowych symulatorach gier ma charakter losowy, a nie zręcznościowy. Jednocześnie Sąd I instancji analizując zachowanie M. W. przed zawarciem umowy z Z. D. uznał, że dołożył on należytej staranności aby działać zgodnie z prawem, skoro już wówczas dysponował opinią prywatną J. K. wskazującą, że gra na automatach, które zamierzał eksploatować nie ma charakteru losowego, wspartą profesjonalnymi ekspertyzami odnoszącymi się do aspektu prawnej dopuszczalności całego przedsięwzięcia. Oczywiście stanowiska tych ekspertów nie wytrzymują krytyki w konfrontacji z opinią sądową biegłego R. R., w odniesieniu do ustalonej przez tego biegłego okoliczności, że grami, które zostały wpisane w pamięć symulatorów gier należących do firmy H. Sp. z o.o. sterowała aplikacja wykluczająca wpływ gracza na wynik samej gry, która zatem ma charakter losowy. Sądy obu instancji ustalenie, że oskarżony pozostawał w błędzie co do tego faktu, bowiem niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy uznawał, że jego automaty wyposażone były w gry zręcznościowe, opierały na tym, że oskarżony uzyskał stosowne opinie ekspertów utwierdzające jego przekonanie o legalności przedsięwziętej działalności w momencie jej rozpoczęcia, którego nie wykluczały wyniki dotychczas prowadzonych postępowań, w trakcie których Urzędy Celne prowadziły liczne kontrole tego rodzaju automatów. W związku z tym należy wnioskować, że Sądy obu instancji przyjęły po stronie oskarżonego kontratyp z art. 28 § 1 k.k. w postaci błędu co do faktu odnoszącego się do znamienia przedmiotowego przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust.5 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U.2009.201.1540 ze zm.) związanego z charakterem gier eksploatowanych przez oskarżonego.

Skarżący w wywiedzionej kasacji nie zaskarżył orzeczenia Sądu odwoławczego w zakresie wadliwości tej konstrukcji prawnej, natomiast podkreślał, że oskarżony prowadząc działalność gospodarczą związaną z wprowadzeniem do obrotu i zarobkowym wykorzystywaniem symulatorów do gier, aby mieć pewność jaki jest charakter tych gier oraz czy mogą one być wykorzystywane w celach komercyjnych poza kasynami gry, powinien posiadać odpowiednie opinie. Zdaniem

skarżącego, aby rozstrzygnąć ewentualne wątpliwości czy gra ma charakter losowy, oskarżony na etapie planowania lub podjęcia realizacji inkryminowanego przedsięwzięcia obowiązany był zwrócić się do Ministra Finansów, w celu uzyskania odpowiedniej decyzji na podstawie art. 2 ust. 6 u.g.h. Należy jednak zauważyć, że przepis ten nie obliguje do uzyskania decyzji Ministra Finansów w każdej tego rodzaju sprawie, ale tylko w przypadku, gdy podmiot prowadzący taką działalność gospodarczą powziął wątpliwości co do charakteru urządzanej gry. Zgodzić się trzeba z poglądem, iż przyjęcie odmiennej koncepcji prowadziło do uznania, że w każdym przypadku uruchamiania na terenie Polski jakiegokolwiek gry, na jakimkolwiek automacie, wymagane jest uzyskanie decyzji organu centralnego co do charakteru takiej gry. Tymczasem takiego wymogu nie formułują obowiązujące uregulowania, co więcej taka interpretacja normy art. 2 ust. 6 u.g.h. prowadziła do paraliżu organu centralnego, który zmuszony byłby orzekać o charakterze gry w niezliczonej liczbie spraw (zob. wyrok WSA w Gliwicach z dnia 26 sierpnia 2014 r., III SA/GI 45/14, LEX nr 1513689).

Rzecz jednak w tym, że Sądy obu instancji ustaliły, iż oskarżony nie miał tego rodzaju wątpliwości, zaś skarżący nie wykazał aby to ustalenie było wynikiem wadliwego sposobu oceny zgromadzonych w sprawie dowodów. Zatem, w tych uwarunkowaniach oskarżony nie był zobowiązany do podjęcia czynności zmierzających do uzyskania stosownej decyzji Ministra Finansów wydawanej w trybie art. 2 ust. 6 u.g.h., co nie eliminowało odrębnego działania organów finansowych w postępowaniu podatkowym prowadzonym na podstawie art. 89 i art. 90 u.g.h., które posiadają samodzielne uprawnienia do czynienia własnych ustaleń w zakresie wystąpienia w danej sprawie przesłanek do wymierzenia stronie kary za urządzenie gry na automatach poza kasynem gry, przy czym w ramach tych ustaleń organy te mają prawo dokonać samodzielnej oceny charakteru gry, uwzględniając art. 4 ust. 2 u.g.h. (zob. wyrok WSA w Gliwicach z dnia 11 czerwca 2014 r., III SA/GI 83/14, LEX nr 1508310).

Biorąc pod uwagę przedstawioną wyżej argumentację, Sąd Najwyższy w oparciu o przepis art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. ograniczył rozpoznanie kasacji tylko do pierwszego zarzutu, albowiem przyjęcie przez Sądy obu instancji, że oskarżony nie popełnił zarzucanego mu przestępstwa czyniło zbędnym

rozważenie, jakie znaczenie prawne dla bytu art. 107 k.k.s. ma wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11, wydany w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne (publ.www.eur-lex.europa.eu), a w konsekwencji czy ewentualne przyjęcie, że przepisy ustawy o grach hazardowych mają charakter przepisów technicznych nie powoduje, że sądy krajowe mogą odmówić ich zastosowania jako regulacji, do których odsyła art. 107 § 1 k.k.s., do czasu udzielenia przez Trybunał Konstytucyjny odpowiedzi na zgłoszone w tym zakresie pytania prawne, tylko z tego względu, że nie został dopełniony obowiązek notyfikacji Komisji Europejskiej wynikający z dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz.U. L. 363, s. 81).

Z tych wszystkich względów Sąd Najwyższy orzekł jak w części dyspozytywnej postanowienia. Jednocześnie na podstawie art. 616 § 1 pkt. 2 k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k. i art. 518 k.p.k. zwrócił oskarżonemu jego uzasadnione wydatki poniesione w postępowaniu kasacyjnym z tytułu ustanowienia w sprawie jednego obrońcy (§ 14 ust. 2 pkt. 6 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 publ. Dz.U.2013.461, j.t.) oraz obciążył kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego Skarb Państwa.