

## UZASADNIENIE

**A. Ż.** został oskarżony o to, że:

- od bliżej nieokreślonego czasu do dnia 16 lipca 2013 roku urządzał gry na automatach H. spot nr (...) oraz H. S. P. nr (...) w punkcie gier na automatach o niskich wygranych: Punkt Informacyjny (...) w T., Pl. (...), wbrew art. 3 Ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz.U. nr 201, poz. 1540) oraz wbrew warunkom zezwolenia, tj. urządzał gry na automatach z dokonanymi zmianami konstrukcyjnymi w punkcie gier, w którym w dniu kontroli nie stwierdzono prowadzenia działalności usługowej;

- od bliżej nieustalonego czasu do dnia 04 grudnia 2013 roku urządzał gry na automacie H. spot P. nr (...) w punkcie gier na automatach o niskich wygranych: Kawiarnia B. F. w T., ul. (...), lok. A wbrew art. 3 Ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz.U. nr 201, poz. 1540) oraz wbrew warunkom zezwolenia, tj. urządzał gry na automatach z dokonanymi zmianami konstrukcyjnymi

**tj. o czyn z art. 107 § 1 kks**

**Wyrokiem z dnia 31 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt II K 1101/14** Sąd Rejonowy w Tomaszowie Mazowieckim uniewinnił oskarżonego od popełnienia zarzuczonego mu czynu, zasądził na jego rzecz ze Skarbu Państwa kwotę 3.000 zł tytułem zwrotu kosztów ustanowienia obrońcy z wyboru oraz zwolnił od opłaty i zwrotu wydatków poniesionych w sprawie przejmując je na rachunek Skarbu Państwa.

Od wyroku tego, na niekorzyść oskarżonego, apelacje wywiedli Naczelnik (...)Skarbowego oraz Prokurator, przy czym w obu apelacjach zarzuty i wnioski sformułowano na tyle analogicznie, aby uzasadniało to przypuszczenie, że jedna jest wierną kopią drugiej.

Obaj apelujący zarzucili Sądowi I instancji błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia oraz obrazę prawa materialnego poprzez:

- bezzasadne przyjęcie, że działaniu oskarżonego nie można przypisać winy umyślnej, zarówno w postaci zamiaru bezpośredniego, jak i zamiaru ewentualnego, a w konsekwencji przypisać mu odpowiedzialności za czyn określony w art. 107 § 1 kks:

- bezzasadne przyjęcie, że oskarżonemu nie sposób przypisać czynu polegającego na urządzaniu gier na automatach wbrew warunkom zezwolenia, co w istocie oznacza naruszenie przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych w jego pierwotnym brzmieniu, który z uwagi na brak notyfikacji Komisji Europejskiej nie może być stosowany.

Wskazując na powyższe, obaj apelujący domagali się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

W toku rozprawy apelacyjnej przedstawiciele Prokuratury i Naczelnika (...)Skarbowego poparli obie apelacje, a oskarżony A. Ż. oraz jego obrońca wniesli o ich nieuwzględnienie.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacje okazały się zasadne, a wywiedzione w nich zarzuty skutkowały uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Tomaszowie Mazowieckim.

Istota obu (identycznych) skarg apelacyjnych staje się w pełni czytelna dopiero po lekturze ich uzasadnienia, bowiem to tam apelujący celnie wytknęli mankamenty procedowania Sądu I instancji, które istotnie mogły mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

Po pierwsze, słusznie zauważono, że uwaga Sądu w całości skupiła się na formalnych aspektach współpracy oskarżonego A. Ż. ze spółką (...), co w konsekwencji skutkowało uwolnieniem go od odpowiedzialności karnoskarbowej za czyn popełniony w okresie, gdy oficjalnie nie pełnił już funkcji prezesa tejże Spółki. Analiza pisemnych motywów zaskarżonego wyroku wniosek ten w pełni potwierdza, bowiem Sąd Rejonowy wyraźnie zaakcentował wagę, jaką dla wydanego rozstrzygnięcia miał fakt odwołania oskarżonego z dniem 4 marca 2013 r. z pełnionej funkcji. Nazywając rozumowanie oskarżyciela „życzeniowym” Sąd ten wyraźnie wskazał, że już w dacie pierwszej kontroli to jest 16 lipca 2013 r., kiedy to stwierdzono nieprawidłowości w urządzaniu gier na automatach oskarżony nie pełnił funkcji prezesa. Ani jeden fragment uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wskazuje natomiast na to, iżby dochodząc do końcowych konkluzji Sąd Rejonowy miał w polu widzenia treść art. 9 § 3 kks, zgodnie z którym za przestępstwa skarbowe odpowiada między innymi ten, kto faktycznie zajmuje się sprawami (gospodarczymi, a w szczególności finansowymi) osoby prawnej. Potrzeba analizy materiału dowodowego pod kątem właśnie tego przepisu była ewidentna, skoro w aktach sprawy znalazł się zarówno protokół nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników (...) spółki z o.o. z dnia 4 marca 2013 r., na którym podjęto uchwałę o odwołaniu A. Ż. z funkcji prezesa zarządu w/w spółki (a jednocześnie uchwałę o powierzeniu tejże funkcji A. F.), jak i szereg dokumentów wskazujących, że również po dniu 4 marca 2013 r. oskarżony zajmował się sprawami B.-F., a nawet nadal tytułował się prezesem jej zarządu reprezentując ją na zewnątrz. Warto dodać, że nie chodzi tu o jednorazowy incydent, który mógłby ewentualnie stanowić wynik pomyłki, ale o cały szereg pisemnych wystąpień A. Ż. do Naczelnika Urzędu Celnego w P., a nawiązujących do kontroli przeprowadzonych w punktach gier urządzanych pod szyldem B.-F.. Pisma sygnowane imienną pieczęcią oskarżonego, jako prezesa zarządu kierowane do organu finansowego w związku z prowadzonym postępowaniem nie tylko pochodzą z okresu po 4 marca 2013 r., ale jednocześnie ich treść wydaje się wskazywać, że w/w zachował pełną kontrolę nad sprawami spółki, doskonale orientował się w jej bieżących problemach i znał realia funkcjonowania automatów wykorzystywanych w kontrolowanych punktach gier ( v. pismo z 26 czerwca 2013 r. - k. 53, pismo z 25 lipca 2013 r. k. 102). Do podobnego wniosku skłaniają także te pisma, w których oskarżony mieni się „pełnomocnikiem” następczyni prawnej (...) sp. z o.o., kontynuującej jej działalność ( v. m.in. pisma z 6 marca 2014 r. - k. 160-161, z dnia 18 lipca 2014 r. - k. 158-162v), co tym bardziej uzmysławia konieczność weryfikacji jego faktycznej, a nie formalnej roli w spółce.

Trudno zatem nie zgodzić się z twierdzeniem przywołanym w obu apelacjach, że z punktu widzenia przedmiotu postępowania nie ma znaczenia kto i kiedy pełnił funkcję prezesa B.-F. „na papierze”, ale kto faktycznie zajmował się jej sprawami, reprezentował ją i decydował o sposobie prowadzonej przez nią działalności. Tzw. odpowiedzialność zastępcza, przewidziana w art. 9 § 3 kks nie wynikała wprawdzie z wysoce niedoskonałego opisu czynu zaproponowanego w akcie oskarżenia, ale do odpowiednich w tej mierze modyfikacji sąd jest nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany. Ta forma odpowiedzialności wymaga jasnego wskazania, że chodzi o dokonanie czynu zabronionego przez osobę trzecią, która na podstawie przepisu prawa, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania zajmuje się sprawami gospodarczymi, w szczególności finansowymi, innego podmiotu, to znaczy o popełnienie przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego w związku z publicznoprawnymi powinnościami tego podmiotu ( por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2009 r., I KZP 28/2008, LexPolonica nr 1992409). Pominięcie ustaleń w płaszczyźnie normatywnej wyznaczonej treścią art. 9 § 3 kks stanowi niewątpliwie obrazę przepisów prawa materialnego słusznie zarzuconą przez apelujących.

Po drugie, Sąd Rejonowy zignorował rysujące się sprzeczności w materiale dowodowym i nie wyciągnął właściwych wniosków ani z przywołanej powyżej aktywności oskarżonego występującego w imieniu spółki, ani z zeznań świadków, w tym zwłaszcza następcy A. Ż. na stanowisku prezesa spółki B.-F. tj. A. F.. Świadek ten zeznał wprost, że pełnił tę funkcję jedynie „formalnie”, po tym jak poproszono go, aby przez kilka dni zastąpił dotychczasowego prezesa, który chwilowo nie mógł w tej roli występować. Zakres obowiązków A. F. był zdumiewający, skoro jego zadaniem było „nic nie robić i czekać jedynie na wpis nowego zarządu” (v. zeznania w/w - k. 332). Sąd Rejonowy nie odniósł

się do wielce niejednoznacznej wymowy przywołanych zeznań, mimo że uczynił je podstawą czynionych ustaleń faktycznych i uznał za wiarygodne w całości. Doszedł natomiast do stanowczej konkluzji, iż działając jako pełnomocnik sukcesorki B.-F. ( tj. spółki (...)) oskarżony zajmował się jedynie kontaktami z Urzędem Celnym w P., w czym na próżno dopatrywać się „jakiegokolwiek urządzania gier na automatach”. Szkoda, że na poparcie tej kategorycznej tezy nie przedstawiono choćby jednego argumentu, tym bardziej, że w obecnym stanie dowodów wydaje się ona sprzeczna z logiką sytuacyjną i odbiegająca od realiów faktycznych. Ocena dowodów, która odrywa się od kryteriów wskazanych w art. 7 kpk i jednocześnie prowadzi do stawiania tez, dla których nie przedstawiono żadnego uzasadnienia nie jest oceną swobodną, ale dowolną. Z tego względu należało uznać, że Sąd I instancji uchybił również przepisom postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do takich ustaleń faktycznych, jakie w obecnym stanie dowodów wydają się błędne.

Po trzecie, Sąd Rejonowy bazując na przekonaniu, że oskarżony nie jest podmiotem zdatnym do poniesienia odpowiedzialności karnoskarbowej za czyn popełniony po odwołaniu go z funkcji prezesa spółki B.-F., zaniechał normatywnej oceny nieprawidłowości stwierdzonych w funkcjonowaniu automatów do gry wymienionych w zarzucie, a w szczególności od ustalenia i oceny wagi dokonanych w nich zmian konstrukcyjnych i ich ewentualnego wpływu na przebieg gry. Stał jednocześnie na stanowisku, że zeznania kontrolujących funkcjonariuszy celnych są w całości wiarygodne, a tym samym zaakceptował twierdzenia w/w, że automaty funkcjonowały z naruszeniem warunków zezwolenia i Regulaminu gry, a dokonane w nich przeróbki techniczne mogły mieć wpływ na wysokość wygranej i wysokość stawki gry. Rzecz jednak w tym, że dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu nie jest wystarczająca informacja o hipotetycznej, możliwości manipulowania warunkami gry. Gdyby bowiem miało się okazać, że zainstalowanie zewnętrznej wypłacarki w miejsce zaślepionego wrzutnika monet w istocie pozostawało bez wpływu na parametry legalności automatu, to znajdzie to oczywiste przełożenie na ocenę wagi czynu, a tym samym rodzaj i rozmiar sankcji karnej.

Powyższe uchybienia nie mogły być sanowane w postępowaniu odwoławczym, co skutkować musiało uchyleniem zaskarżonego wyroku, bowiem czynienie odmiennych ustaleń faktycznych, prowadzących do zgoła innej oceny prawnokarnej zachowania oskarżonego odbyłoby się z pogwałceniem zasady *ne peius*. Tym bardziej nie jest obecnie możliwe rozstrzygnięcie oparte na ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu jako znikomej.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Rejonowy będzie obowiązany ocenić zgromadzony materiał dowody kompleksowo i we wzajemnym powiązaniu, z poszanowaniem kryteriów wskazanych w art. 7 kpk oraz analizując zarówno dowody korzystne dla oskarżonego, jak i te które takiej wymowy nie mają. Ustali nadto zakres i rodzaj naruszeń ( tym regulaminu gry), jakie faktycznie powodowały zmiany konstrukcyjne w kwestionowanych automatach wymienionych w zarzucie i w zależności od tej oceny, a także uwzględniając inne elementy rzutujące na stopień społecznej szkodliwości czynu, rozważy przyjęcie wypadku mniejszej wagi ze skutkiem wynikającym z art. 51 kks. Co do dowodów, które nie miały wpływu na uchylenie wyroku Sąd I instancji skorzysta z trybu przewidzianego w art. 442 § 2 kpk.

Jedynie na marginesie można dodać, że uwagi Sądu Rejonowego nie powinna nadmiernie absorbować analiza skutków prawnych procesu legislacyjnego związanego z ustawą z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w którym nie dopełniono tzw. obowiązku notyfikacyjnego. Za sprawą przepisów przejściowych w/w aktu prawnego ( tj. art. 129 ust. 1) - działalność B.-F. w głównej mierze kształtowały regulacje poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (tekst jednolity: Dz. U. 2004 r. Nr 4 poz. 27 ze zm.). Wprawdzie miała ona charakter bardziej liberalny dla podmiotów z tzw. branży hazardowej i nieporównywalnie mniej ingerowała w swobodę działalności gospodarczej, ale błędem byłoby twierdzić, że dopuszczała w tym zakresie całkowitą dowolność. Przeciwnie, nawet wówczas podmioty takie jak B.-F., aby legalnie prowadzić punkty gier na automatach obowiązane były czynić to na warunkach określonych ustawą. W myśl art. 15b ust. 4 automaty i urządzenia do gier mogły być eksploatowane i użytkowane przez podmioty posiadające zezwolenie na urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych, gier na automatach, gier na automatach o niskich wygranych lub przez podmioty wykonujące monopol Państwa, po dopuszczeniu ich do eksploatacji i użytkowania przez wyznaczonego naczelnika urzędu celnego. Warunkiem dopuszczenia do eksploatacji i użytkowania automatu bądź urządzenia do gier była pozytywna opinia jednostki badającej, a integralną częścią zezwolenia był regulamin gry, zatwierdzany przez właściwego ministra, toteż każda jego zmiana wymagała ponowienia tej procedury ( art. 13). Ustawowo określone

były nadto wymogi lokalizacyjne, gdyż zgodnie z art. 30 Ustawy o grach i zakładach wzajemnych punkty gry na w/w automatach mogły być usytuowane w lokalach gastronomicznych, handlowych lub usługowych (o ile te były oddalone co najmniej 100 m od szkół, placówek oświatowo-wychowawczych, opiekuńczych oraz ośrodków kultu religijnego). Obowiązywały również ściśle rygory ustawowe w zakresie wysokości dopuszczalnej wygranej i stawki gry ( art. 2 ust. 2b).

Skoro zatem czynności kontrolne podjęte w punktach gier prowadzonych przez B.-F. wskazują na naruszenia w tym właśnie zakresie ( np. pozorowanie działalności usługowej w lokalu (...), samowolne zmiany konstrukcyjne automatów do gier, które nie zostały zweryfikowane przez jednostkę badającą, czy naruszenie warunków zatwierdzonego regulaminu gry), to kwestia powszechnie znanych rozbieżności w orzecznictwie powstałym na gruncie Ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. wydaje się drugorzędna. Ta bowiem ustawa ukształtowała nowe zasady reglamentacji w branży hazardowej przede wszystkim dla podmiotów, które nie dysponowały zezwoleniami udzielonymi przed dniem jej wejścia w życie. Innymi słowy, w okresie objętym zarzutem Spółka (...) miała ważny tytuł uprawniający do prowadzenia punktów gier w postaci decyzji Dyrektora Izby Skarbowej w Ł. udzielającej jej zezwolenia na urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych, ale winna stosować się do reżimu prawnego, jaki ukształtował treść tego tytułu. Próba legitymizowania występujących naruszeń chaosem prawnym, jaki nastał w pierwszych latach obowiązywania ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych wydaje się nieporozumieniem, bo osoby kierujące Spółką (...) znały zasady prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych i konsekwencje ich naruszenia.

W tym stanie rzeczy, orzeczono jak w sentencji.