

Sygn. akt II KK 167/18

POSTANOWIENIE

Dnia 14 czerwca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Kazimierz Klugiewicz

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 14 czerwca 2018 r.,
w sprawie **K. M.**,
skazanego z art. 107 § 1 k.k.s. i in.
kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w P.
z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. akt V Ka [...],
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w P.
z dnia 5 lipca 2017 r., sygn. akt II K [...],

p o s t a n o w i ł :

- 1) oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2) kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążyć
skazanego.**

UZASADNIENIE

Prokuratura Rejonowa w P. oskarżyła K. M. o to, że prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą K. M. „M.” z siedzibą w B., w krótkich odstępach czasu od dnia 15 kwietnia 2014 roku do dnia 27 maja 2014 roku, w lokalu C. w P. przy ul. G. [...], popełnił czyn zabroniony polegający na urządzaniu gier na automatach do gier o nazwie A. o nr roboczym [...], [...] o nr roboczym [...], bez nazwy o numerze [...] w rozumieniu przepisów art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm.), bez koncesji na prowadzenia kasyna gry, wbrew przepisom tejże ustawy, w ten sposób, że uruchomił go w ww. lokalu zapewniając jego serwis i bieżące czynności obsługowe,

przy czym czynu tego dopuścił się w warunkach określonych w art. 37 § 1 pkt 4 k.k.s., tj. po skazaniu za umyślne przestępstwo skarbowe tego samego rodzaju wyrokiem Sądu Rejonowego w K. sygn. akt II K [...] i po uiszczeniu w dniu 12 lutego 2013 r. kary grzywny wynoszącej 150 stawek dziennych po 50 zł, to jest o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 4 k.k.s. w zw. z art. 38 § 1 pkt 2 k.k.s.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w P. z dnia 5 lipca 2017 r. wydanym w sprawie sygn. akt II K [...] K. M. w ramach zarzucanego mu czynu został uznany za winnego tego, że prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą K.M. „M.” z siedzibą w B., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru od dnia 14 kwietnia 2014 roku do dnia 27 maja 2014 roku w lokalu C. w P. przy ul. G. [...], popełnił czyn zabroniony w rozumieniu przepisów art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm.), bez koncesji na prowadzenia kasyna, wbrew przepisowi art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w ten sposób, że uruchomił te automaty w ww. lokalu, zapewnił serwis i bieżące czynności obsługowe, tj. popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i za to skazał go na karę 70 stawek dziennych grzywny przyjmując wysokość jednej stawki za równoważną kwocie 100 zł. Zasądzono od oskarżonego także koszty sądowe, w tym opłatę.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego K. M., zaskarżając wyrok w całości i wyrokowi zarzucił naruszenie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 1 13 § 1 k.k.s. a także naruszenie prawa materialnego wskazując szereg naruszonych przepisów wymienionych w apelacji.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w P. z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. akt V Ka [...], zaskarżony wyrok został zmieniony w ten sposób, że z opisu przypisanego oskarżonemu czynu wyeliminowano zwrot „i prowadzeniu” w pozostałym zakresie orzeczenie Sądu I instancji zostało utrzymane w mocy.

Kasację od tego orzeczenia złożył obrońca K. M. zaskarżając ją w całości i zarzucając mu:

- „naruszenie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. poprzez nieumorzenie postępowania ze względu na brak możliwości zastosowania

krajowego przepisu technicznego, który nie został notyfikowany zgodnie z dyrektywą 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r (Dz. U. UE L. 1998.204.37 - ze zm.), a co za tym idzie depenalizacją czynu zabronionego przepisem zawartym w art. 6 ust. 1, art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm.) w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. co powoduje, iż przedmiotowe uchybienie obowiązкови notyfikacji przy przyjmowaniu danych przepisów technicznych stanowi uchybienie proceduralne, powodujące bezskuteczność tych przepisów, a więc mieści się w pojęciu „innych okoliczności wyłączających ściganie” w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., w szczególności, iż wynikają one z prawa europejskiego, którego zastosowanie jest indywidualnie rozpatrywane w każdej sprawie.”

- „naruszenie art. 17 § 1 pkt. 7 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. poprzez nieumorzenie postępowania w sytuacji, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało zakończone a ponadto wcześniej wszczęte toczyło się w trakcie wyrokowania - mając na uwadze wyrok Sądu Rejonowego w S. z dnia 30.03.2017 roku, sygn. akt: IV K [...] utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w S. z dnia 13 października 2017 roku, sygn. akt: IV K [...], w którym K.M. został uznany za winnego urządzania gier na automatach w okresie od 19.02.2014 r. do 09.05.2014 r. oraz od 05.07.2013 do 27.05.2014 r., tj. popełnienia przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.”

W konkluzji kasacji obrońca wniósł o uniewinnienie oskarżonego lub uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W pisemnej odpowiedzi na kasację Prokurator Rejonowy w P. wniósł o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy rozważył, co następuje.

Kasacja jest bezzasadna i to w stopniu oczywistym, uzasadniającym jej oddalenie w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Na wstępie należy wskazać, że przepis art. 107 § 1 k.k.s. jest normą blankietową i odpowiedzialność karno – skarbową w ramach tego przepisu może mieć miejsce tylko wówczas, gdy zostanie wykazane i udowodnione, że sprawca tego rodzaju czynu, swoim zachowaniem naruszył równocześnie obowiązujące

normy innych ustaw dopełniających ten przepis prawa. W przedmiotowej sprawie przepisem dopełniającym jest art. 6 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. 2009 r., Nr 201, poz. 1540 ze zm. – dalej u.g.h.). W ocenie autora kasacji przepis ten ma charakter techniczny i winien być, zgodnie z dyrektywą 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. (w zarzucie kasacji z dnia 20 listopada 2006 r.), notyfikowany.

Kwestię tą rozstrzygnął wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 października 2016 r., C – 303/15, wydany w przedmiocie pytania prejudycjalnego skierowanego przez Sąd Okręgowy w Łodzi postanowieniem z dnia 24 kwietnia 2015 r., sygn. akt IV Kz 142/15

W tymże pytaniu prejudycjalnym, odnoszącym się zarówno do art. 6 ust. 1 u.g.h., jak i art. 14 ust. 1 u.g.h. zwrócono się - w największym skrócie rzecz ujmując (pełny tekst w uchwale z dnia 19 stycznia 2017 r. I KZP 17/16 oraz w postanowieniu SN z dnia 24 kwietnia 2015 r., I KZP 10/15) - o interpretację przepisu art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE w zakresie dopuszczalności różnicowania skutków w postaci wdrożenia przez sąd krajowy sankcji niestosowania przepisów uznanych za mające charakter techniczny - w sytuacji ich nienotyfikowania - w zależności od odniesienia ich treści do realizacji celów określonych w art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, uzasadniających ograniczenia swobód traktatowych.

Rozpatrując pytanie i uznając, że nie zachodzi potrzeba udzielenia na nie odpowiedzi, wobec jego sformułowania w postępowaniu dotyczącym tylko art. 6 ust. 1 u.g.h. (a już nie art. 14 ust. 1 u.g.h.) w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., Trybunał Sprawiedliwości UE wspomnianym wyrokiem orzekł, że: *„Artykuł 1 dyrektywy 98/34AA/E 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 w brzmieniu zmienionym na mocy dyrektywy 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 r. należy interpretować w ten sposób, że przepis krajowy, taki jak ten będący przedmiotem postępowania głównego (art. 6 ust. 1 u.g.h. - dop. SN), nie wchodzi w zakres pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu tej dyrektywy, podlegających obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art.*

8 ust. 1 tej samej dyrektywy, którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu”.

Odnosząc się do oceny zasadności wniesionej kasacji nie można również pominąć uchwały Sądu Najwyższego (7 sędziów) z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16 (OSNKW 2017/2/7), w której Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, 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”.

Jakkolwiek powyższej uchwale nie została nadana moc zasady prawnej, w której zawarta wykładnia prawa, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, wiązałaby wszystkie składy orzekające Sądu Najwyższego dopóty, dopóki nie nastąpiłoby odstępienie od tejże zasady prawnej (zob. art. 60 - 62), to jednak skład rozpoznający kasację w niniejszej sprawie – z uwagi na wszechstronną, rzeczową i pogłębioną argumentację, popartą dorobkiem orzecznictwem TSUE - w pełni podziela wyrażone w niej stanowisko.

W realiach przedmiotowej sprawy Sady II instancji prawidłowo ustaliły, że K.M. prowadząc działalność gospodarczą popełnił czyn zabroniony polegający na urządzaniu gier na automatach do gier w rozumieniu przepisu art. 2 ust. 3 u.g.h., bez koncesji na prowadzenie kasyna. Zgodnie z treścią w art. 3 u.g.h. w brzmieniu

obowiązującym w czasie wskazanym w akcie oskarżenia, urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie. Podstawowa zasada została określona w art. 6 ust. 1 ustawy. Zgodnie z jego brzmieniem *tempore criminis*, działalność w zakresie gier na automatach mogła być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry. Przepis ten nie miał charakteru technicznego, co wykazano już wyżej, a fakt nienotyfikowania jego projektu Komisji Europejskiej nie stanowi okoliczności wyłączającej ściganie osoby, która przez jego naruszenie wypełnia swoim czynem znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.

Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika zatem, że podnoszony przez skarżącego zarzut obrazy przepisu art. 107 § 1 k.k.s. w zakresie dotyczącym stosowania art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych uznać należało za niezasadny.

Nie można również zgodzić się z zarzutem autora kasacji dotyczącym naruszenia art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. poprzez nieumorzenie postępowania ze względu na brak możliwości zastosowania krajowego przepisu technicznego, który nie został notyfikowany.

Wbrew twierdzeniom skarżącemu przywołane w pierwszym zarzucie kasacji przepisy art. 2 ust. 3 i ust. 5 (definicja gier na automatach) oraz art. 4 ust. 7 p.p.k.t. a (definicja kasyna) u.g.h. podobnie jak art. 6 ust. 1 u.g.h. nie są przepisami technicznymi, zatem nie istniał obowiązek ich notyfikacji. Co szczegółowo i trafnie wykazał Sąd Okręgowy w P. na kartach 8 – 9 uzasadnienia zaskarżonego wyroku.

Niezasadny okazał się również zarzut wystąpienia w przedmiotowej sprawie jednej z bezwzględnych podstaw odwoławczych, określonych w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., tj. naruszenie zasady *ne bis in idem*. Przeszkoda sformułowana w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., w postaci *rei indicatae*, zachodzi wówczas, gdy uprzednio zakończone zostało prawomocnie postępowanie co do tego samego czynu tej samej osoby. Musi zatem zaistnieć tożsamość czynu przypisanego tej samej osobie w różnych postępowaniach. Skarżący wystąpienia tej przeszkody upatrywał w okolicznościach uprzedniego prawomocnego skazania K. M. wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 30 marca 2017 r., sygn. akt IV K [...] utrzymanego w mocy

przez Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 13 października 2017 r., sygn. akt IV K [...]. Co prawda okres przypisanego w tych orzeczeniach działania (19.02.2014 – 09.05.2014 oraz 05.07.2013 – 27.05.2014) faktycznie pokrywa się z czynem będącym przedmiotem niniejszego postępowania (14.04.2014 – 27.05.2014), to jednak nie zachodzi tożsamość miejsca popełnienia czynu oraz urządzeń służących do jego popełnienia. Skoro zatem czyny objęte zarówno jednym, jak i drugim postępowaniem nie były ontologicznie i normatywnie tożsame, wykluczyć należało zasadność poglądu o naruszeniu powyższej zasady i dublowaniu odpowiedzialności karno – skarbowej K. M.

Należy również podkreślić, że miejsce wskazane w opisie przypisanego skazanemu czynu było jednym z wielu miejsc, w których znajdowały się lokale wyposażone przez K. M. w indywidulanie w zarzutach wskazane automaty do gier losowych, organizowanych w celach komercyjnych z naruszeniem przepisów ustawy o grach hazardowych. Stąd też typizacja zachowania oskarżonego ujawnionego w różnych okresach i różnych miejscach nie może ograniczać się do jednego czynu. W jednym ze swoich orzeczeń Sąd Najwyższy wyraził pogląd, który należy podzielić, że warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest tożsamość czynu, a nie tylko wzajemne prawdopodobieństwo, identyczne kwalifikacja prawna, czy wystąpienie zachowań w tym samym przedziale czasowym. Jeżeli przy tym zachodzi nadto odmienność miejsca, czy też rodzajów automatów to nie mamy również do czynienia z „*idem*” (zob. postanowienie SN z 4 kwietnia 2018 r., V KS 5/18). Identycznie należy ocenić skazanie K. M. wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 30 marca 2017 r., sygn. akt IV K [...] utrzymane w mocy przez Sąd Okręgowy w S. z dnia 13 października 2017 r., sygn. akt IV K [...] za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

W tym stanie rzeczy, Sąd Najwyższy orzekł, jak w postanowieniu, przy czym kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążył skazanego zgodnie z art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.