



Sygn. akt III KK 266/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 sierpnia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Tomczyk (przewodniczący)

SSN Jerzy Grubba (sprawozdawca)

SSN Paweł Wiliński

Protokolant Anna Kuras

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Roberta Tarsalewskiego,
w sprawie M. D. W.

oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 28 sierpnia 2019 r.,

kasacji, wniesionej przez prokuratora - na niekorzyść oraz kasacji wniesionej przez
oskarżyciela publicznego - Naczelnika (...) Urzędu Celno-Skarbowego w O. - na
niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w E.

z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. akt VI Ka (...),

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w E.

z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. akt VIII K (...),

**uchyła zaskarżony wyrok w części dotyczącej M. W. i w tym
zakresie sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi
Okręgowemu w E. w postępowaniu odwoławczym.**

UZASADNIENIE

M. W. stanął pod zarzutem tego, że:

- w okresie od dnia 1 grudnia 2014r. do dnia 18 lutego 2015r. urządził w Sklepie [...] przy ul. D. w E. gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz.U. nr 201 z 2009r. poz. 1540 z późn. zm.) w postaci automatów łącznej ilości 2 sztuk, w tym, jako Prezes Zarządu H. Sp. z o.o. w W.: automatu A. nr (...) oraz jako Prezes Zarządu T. Sp. z o.o. w W. automatu A. nr (X) wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1. art. 14 ust. 1, art. 23. art. 23a w/w ustawy, tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry to jest o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Sąd Rejonowy w E. wyrokiem z dnia 28 czerwca 2017 r. w sprawie VIII K (...) uznał oskarżonego za winnego zarzuconego mu czynu i za to skazał go na karę grzywny w wymiarze 150 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 150 złotych. Orzeczono też na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. przepadek wymienionych w zarzucie automatów do gier wraz ze znajdującymi się w nich monetami.

Wyrok zaskarżył obrońca oskarżonego oraz pełnomocnik interwenientów: H. Sp. z o. o. i T. Sp. z o. o.

Obrona podniosła zarzuty:

- 1.obrazy prawa materialnego w postaci błędnego przypisania oskarżonemu realizacji znamion art. 107 § 1 i §4 k.k.s. polegającego na działaniu wbrew przepisom art. 6 ust. 1 u.g.h. poprzez wydanie wyroku skazującego pomimo:
 - dokonania błędnej wykładni art. 6 ust. 1 u.g.h. polegającej na przyjęciu, że istnieje brak powiązania między art. 6 i nienotyfikowanym, a mającym charakter techniczny przepisem art. 14 ust. 1 u.g.h. i uznania, że przedmiotowe przepisy mogą stanowić oddzielne dopełnienie normy blankietowej z art. 107 § 1 k.k.s., w sytuacji gdy mają taki sam charakter i wskutek tego art. 6 ust. 1 u.g.h. nie może stanowić uzupełnienia normy blankietowej z art. 107 § 1 k.k.s
 - braku strony podmiotowej w postaci umyślności oraz oczywistej i usprawiedliwionej nieświadomości tak bezprawności, jak i karalności naruszenia art. 6 ust. 1 u.g.h., a to ze względu na powszechne traktowanie tego przepisu jako tożsamego z art. 14 ust. 1 u.g.h., zarówno w orzecznictwie

sądowym, jak i przez Komisję Europejską, co tym bardziej pozwala uznać, że przepis ten w usprawiedliwiony sposób mógł być traktowany jako bezskuteczny wobec braku jego notyfikacji

- poprzez błędną wykładnię przepisu art. 107 § 4 k.k.s. i uznanie, że zachowanie polegające jedynie na wydzierżawieniu lokalu spółce H. sp. z o.o. i T. sp. z o.o. jest objęte zakresem czynności sprawczej polegającej na urządzaniu gier, podczas gdy zachowanie to nie wypełnia znamion czynu zabronionego.

2. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia, mianowicie:

- art. 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i uznanie wyjaśnień oskarżonych za niewiarygodne, w sytuacji, gdy wyjaśnienia ich są logiczne, spójne, konsekwentne i poparte szeregiem dowodów w postaci opinii prawnych, dokumentów i orzeczeń uniewinniających i umarzających wobec nich postępowania o czyn z art. 107 § 1 k.k.s., skutkiem czego było błędne ustalenie stanu faktycznego, przyjętego za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść wyroku, poprzez przyjęcie, iż oskarżeni nie działali w usprawiedliwionym błędzie, tj. ze świadomością, że prowadzona przez nich działalność nie jest sprzeczna z przepisami prawa; jak również, iż działalność zarzucana oskarżonym była prowadzona w okresie od 1 grudnia 2014 r. do 18 lutego 2015r.

A nadto:

- bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., mianowicie przedmiotowy wyrok został wydany pomimo to, że postępowanie karne co do tego samego czynu M. W. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. zostało już prawomocnie zakończone wyrokiem Sądu Rejonowego w B. z dnia 16 grudnia 2016 r. sygn. akt II K (...), czy też znanym sądowi z urzędu wyrokiem Sądu Rejonowego w Ł. VII Zamiejskowy Wydział Karny w K. z dnia 10 listopada 2016 r. sygn. akt VII K (...); co uzasadnia wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania w części dotyczącej M. W. .

Podnosząc powyższe zarzuty, obrona wniosła wydanie wyroku uniewinniającego oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów,

ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w stosunku do M. W. i umorzenie postępowania.

Interwenci zarzucili w apelacji:

- 1) rażące naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 u.g.h., art. 14 ust. 1 u.g.h. poprzez wydanie wyroku skazującego w stosunku do oskarżonych pomimo bezskuteczności przepisów współtworzących zestaw znamion zarzucanych im czynów zabronionych z art. 107 § 1 k.k.s., uwzględniając blankietowy charakter tego przepisu karnego oraz konieczność jego wypełnienia w drodze zastosowania art. 14 ust. 1 u.g.h. i subsydiarnego względem niego art. 6 ust. 1 u.g.h., który to art. 14 ust. 1 u.g.h. jako nienotyfikowany przepis techniczny, wobec braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. UE. L. 98.204.37 ze zm.) nie może być zastosowany wobec oskarżonych w tej sprawie, co stanowi inną okoliczność wyłączającą ściganie, potwierdzoną wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dokonaną wyrokiem z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213, C-214 i C-217/11 (FORTUNA i inni) oraz wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej), a z kolei art. 6 ust. 1 u.g.h. nie może znaleźć zastosowania jak przepis subsydiarny względem bezskutecznego art. 14 ust. 1 u.g.h., w konsekwencji czego fakt prowadzenia postępowania i nie umorzenia go przez Sąd *meriti* stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.;
- 2) obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 107§1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 3 - 5 u.g.h. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wydanie wyroku skazującego w stosunku do oskarżonych, pomimo iż znamię strony przedmiotowej typu czynu zabronionego, tj. „urządza lub prowadzi (...) grę na automacie”, jest zdefiniowane w przepisach technicznych (art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 u.g.h.) podlegających

obowiązkowi notyfikacji, a w związku z brakiem przeprowadzenia procedury notyfikacyjnej w tym zakresie powołane przepisy są bezskuteczne i nie mogą być stosowane, a tym samym oskarżeni nie zrealizowali jednego ze znamion typu czynu zabronionego;

- 3) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r, Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.) (i wynikającej zeń zasady *effet utile* prawa Unii Europejskiej) w zw. z bezpośrednio skutecznym art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że sąd krajowy nie ma obowiązku natychmiastowej i samodzielnej odmowy zastosowania przepisów krajowych (w postaci wypełniającego blankietową normę art. 107 § 1 k.k.s. przepisu technicznego u.g.h., tj. art. 14.ust. 1 u.g.h. i subsydiarnego względem niego art. 6 ust. 1 u.g.h.), które nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej wbrew dyspozycji dyrektywy 98/34/WE;
- 4) naruszenie art. 30§5 k.k.s. poprzez orzeczenie przepadku dowodów rzeczowych w postaci urządzenia do gier należącego do spółki F. Sp. z o.o. (A. nr (...)), urządzenia do gier należącego do spółki T. Sp. Z o.o. (A. nr (X)) wraz z przynależnością mi i środkami pieniężnymi, w sytuacji gdy Spółki zgłosiły prawnie skuteczne interwencje, a ze zgromadzonego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, iż interwenienci dochowali należytej staranności przed wprowadzeniem urządzeń na rynek, wymaganej od nich z uwagi na charakter dzierżawionych przez nich urządzeń.

Wskazując na powyższe, skarżący wniesli o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonych.

Sąd Okręgowy w E. wyrokiem z dnia 11 stycznia 2018 r. w sprawie VI Ka (...) uchylił zaskarżony wyrok w części dotyczącej M. W. i umorzył postępowanie karne w zakresie przypisanego mu czynu.

Kasacje od tego wyroku wniesli Prokurator Prokuratury Rejonowej w E. i Naczelnik (...) Urzędu Celno – Skarbowego w O.

Prokurator w swej kasacji podniósł zarzut:

- 1 - rażącego naruszenia prawa procesowego, mającego istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 17§1 pkt 7 k.p.k. polegające na błędnym przyjęciu, iż zaistniała ujemna przesłanka procesowa w postaci powagi rzeczy osądzonej, gdyż oskarżony M. W. został prawomocnie skazany za czyn, będący elementem czynu ciągłego przypisanego mu prawomocnymi wyrokami: Sądu Rejonowego w P. z dnia 27 czerwca 2017 roku w sprawie sygn. akt IIK (...) i Sądu Rejonowego w B. z dnia 16 grudnia 2016 roku w sprawie sygn. akt IIK (...), w sytuacji gdy oskarżony nie został prawomocnie skazany w warunkach określonych w art. 6§2 k.k.s. w związku z art. 107§1 k.k.s. z uwagi na przyjęcie tego samego zamiaru, lecz z uwagi na przyjęcie wykorzystania takiej samej sposobności, w związku z czym nie było przeszkody prawnej do orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej skarbowej oskarżonego, za czyn zarzucany mu w akcie oskarżenia;
- 2 - rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 6§2 k.k.s. w związku z art. 107§1 k.k.s., polegające na uznaniu, iż art. 6§2 k.k.s. obejmuje swą treścią normatywną i znajduje zastosowanie do przestępstw trwałych – wieloczynowych, do których należą czyny zabronione spenalizowane w art. 107 § 1 k.k.s.

Podnosząc powyższe, prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w E. wobec M. W. i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Naczelnik (...) Urzędu Celno – Skarbowego w swej kasacji zarzucił:

- 1 - rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. i art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. polegające na błędnym przyjęciu, iż zaistniała ujemna przesłanka procesowa w postaci powagi rzeczy osądzonej, gdyż oskarżony M. W. został wcześniej prawomocnie skazany za czyn, będący elementem czynu ciągłego przypisanego mu prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w P. z dnia 27 czerwca 2017r., sygn. akt II K (...) i z dnia 16 grudnia 2016r., sygn. akt II K (...), w sytuacji gdy oskarżony nie został prawomocnie skazany w warunkach określonych w art. 6 § 2 k.k.s. w związku z art. 107 § 1 k.k.s., a tym samym nie

było prawnej przeszkody do orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej skarbowej oskarżonego, za czyny zarzucane mu w akcie oskarżenia,

- 2 - rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 6 § 2 k.k.s. w związku z art. 107 § 1 k.k.s. polegające na uznaniu, iż art. 6 § 2 k.k.s. obejmuje swą treścią normatywną i znajduje zastosowanie do przestępstw trwałych - wieloczynowych, do których należą czyny zabronione spenalizowane w art. 107 § 1 k.k.s.
- 3 - rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 632 pkt 2 i art. 634 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. polegające na błędnym przyjęciu, iż zaistniała podstawa do zwolnienia odnośnie kosztów i opłat (kosztów procesu) dotyczących M. W. ; w sytuacji, gdy oskarżony M. W. nie został prawomocnie skazany w warunkach określonych w art. 6 § 2 k.k.s. w związku z art. 107 § 1 k.k.s., a tym samym nie było prawnej przeszkody do orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej skarbowej oskarżonego, za czyny zarzucane mu w akcie oskarżenia i skutkiem czego nie było podstaw do umorzenia postępowania w oparciu o art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. i art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.

Podnosząc wymienione zarzuty, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej czynu M. W. i przekazanie sprawy w tym zakresie, do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym Sądowi Okręgowemu w E..

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacje są zasadne w stopniu wręcz oczywistym.

Obie skargi co prawda w sposób nie do końca przekonujący łącznie podnoszą zarzuty obrazy prawa materialnego i procesowego, ale w istocie wskazują one zgodnie, że naruszenie prawa materialnego w postaci wadliwej wykładni przepisu o czynie ciągłym skutkowało naruszeniem prawa procesowego i błędnym przyjęciem, że w sprawie zaistniała ujemna przesłanka procesowa jaką jest powaga rzeczy osądzonej.

Sąd Odwoławczy, zmieniając rozstrzygnięcie Sądu I instancji, wyraził w uzasadnieniu swego wyroku następujący pogląd, że: „każde kolejne zachowanie sprawcze oskarżonego M. W. polegające na wstawianiu kolejnych automatów do

następnych lokali, w różnych miejscach, wskazuje na to, że popełniał on tożsame przestępstwa z art. 107§1k.k.s. (...) „na raty”. Przedmiotowa teza wynika z faktu. Iż poszczególne zachowania w/w oskarżonego wykonywane były przy wykorzystaniu tożsamego sposobu działania, skoro na podstawie umów o najem powierzchni i innych, sprowadzał automaty, na których następnie prowadzono gry, przy czym nastawiony był na osiągnięcie zysku. Oskarżony M.W. nie realizował więc kolejnych zachowań sprawczych w sposób przypadkowy, ale w sposób planowy, powtarzający identyczny wzór działania, z wykorzystaniem podobnych okoliczności i sposobności w ramach prowadzonej tej samej działalności, jako prezes spółek. W tych okolicznościach czyn przypisany oskarżonemu M. W. w niniejszej sprawie należało zdefiniować jako element czynów ciągłych przypisanych mu innymi prawomocnymi wyrokami”.

Pogląd ten, a legł on u podstaw wydania zaskarżonego kasacją orzeczenia, jest jednak zdecydowanie błędny.

Bezsprzecznie przestępstwo z w art. 107§1 k.k.s. należy zaliczyć do tzw. przestępstw wieloczynowych.

Od przestępstw trwałych odróżnia je tu to, że ich popełnienie nie polega na wywołaniu pewnego stanu, a następnie utrzymywaniu go, ale na podjęciu działania, złożonego z wielu czynności dokonujących zmian w świecie zewnętrznym, realizujących więc znamiona „urządzenia” lub „prowadzenia” gier hazardowych (vide: T. Grzegorzczak: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 58, czy P. Kardas [w] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2017, s. 79).

Czyn z art. 107§1 k.k.s., polega na „urządzeniu” lub „prowadzeniu” gier hazardowych. Specyfika tego przestępstwa wyklucza zatem dokonywanie go „na raty”, co byłoby charakterystyczne dla czynu ciągłego – art. 6§2 k.k.s., który jest odpowiednikiem art. 12 k.k. (zob. uzasadnienie rządowego projektu Kodeksu karnego skarbowego, Warszawa 1999, z. 25, s. 144 czy Nowe Kodeksy Karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 124).

Na działalność oskarżonego nie da się nałożyć „siatki” czynu ciągłego, ponieważ zachowania jego były podejmowane równocześnie na terenie całego kraju i w istocie niezależnie od siebie, a kolejne z nich, nie wynikały z już

wykonanych. Nie były więc one podejmowane sukcesywnie, po to by ich suma ostatecznie zrealizowała jakiś z góry powzięty zamiar. Nie był to więc jeden zamiar nielegalnego urządzania gier na automatach w ramach prowadzonych przez siebie spółek, ale szereg zamiarów jednocześnie realizowanych w różnych miejscach (lokalach) całego kraju.

Nie jest wszak tak, że osoba, która postanawia, że będzie utrzymywała się z kradzieży z włamaniem, które następnie popełnia w podobny sposób, przez całe swoje życie, dopuści się tylko jednego czynu ciągłego. Takie rozumowanie wprost prowadziłoby do wniosków *ad absurdum*, a więc konkluzji takiej nie można przypisać przymiotu wnioskowania logicznego.

Sąd w niniejszym składzie w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2018 r., w sprawie V KK 415/18, a utrwalony późniejszymi judykataми, że „skoro urządzanie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r., Dz. U. z 2018 r., poz. 165 ze zm.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 tej ustawy), a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna, prowadzonego w ściśle określonym (geograficznie) miejscu (art. 41 ust. 1, art. 42 pkt 3 i art. 35 pkt 5 tej ustawy), to zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach), stanowi każdorazowo – od strony prawnokarnej – inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s., co do którego toczy się jeszcze postępowanie karne skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów” (OSNKW 2018, z. 10, poz. 71).

Nie można zatem ani zgodzić się z poglądem, że czyn zarzucony w niniejszej sprawie wyczerpuje znamiona czynu ciągłego w rozumieniu art. 6 § 2 k.k.s., ani z tym, że wcześniejsze skazania za urządzanie gier hazardowych,

nawet w tym samym czasie co opisany w niniejszej sprawie, stanowią podstawę, do przyjęcia, iż również taki „nowy” czyn został już osądzony i że rodzi to skutek procesowy w postaci zaistnienia powagi rzeczy osadzonej.

Kierując się przedstawionymi względami Sąd Najwyższy orzekł, jak na wstępie.

Ponownie rozpoznając apelację oskarżonego Sąd Okręgowy winien mieć na względzie powyższe zapatrywania prawne (art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.).

I.n