



Sygn. akt III KK 564/18

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 17 października 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Świecki (przewodniczący)

SSN Małgorzata Gierszon (sprawozdawca)

SSN Barbara Skoczowska

Protokolant Marta Brylińska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Małgorzaty Kozłowskiej,  
w sprawie **M. W. i T. S. Ł.**

oskarżonych o popełnienie czynu z art. 107 § 1 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 17 października 2019 r.,

kasacji, wniesionej przez prokuratora na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt II Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w E.

z dnia 1 czerwca 2017 r., sygn. akt II K (...),

**uchyla zaskarżony wyrok co do M. W. i T. Ł. w całości i  
sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego  
rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 1 czerwca 2017 r., sygn. akt II K (...), Sąd Rejonowy w E. uznał:

- I. M. W. za winnego tego, że: w dniu 12 stycznia 2015 r., będąc osobą odpowiedzialną za sprawy gospodarcze i finansowe Spółki T. Sp. z o.o. w W. i H. Sp. z o.o. na podstawie umów dzierżawy powierzchni z dnia 18 marca 2014 r., umożliwiających zainstalowanie urządzeń do gier urządzał w lokalu „H.”, mieszczącym się przy ulicy T. w E., tj. w miejscu do tego nieprzeznaczonym i bez wymaganego zezwolenia gry losowe na automatach, w celach komercyjnych: A. nr (...), A. nr (...), A. nr (...), przez co naruszył dyspozycję określoną w art. 6 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 oraz art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm.), tj. czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. w zw. z art. 2 § 2 k.k.s. wymierzył mu karę grzywny 60 stawek dziennych ustalając stawkę dzienną na kwotę 70 zł.
- II. T. Ł. za winnego tego, że w dniu 12 stycznia 2015 r. z udzielonego pełnomocnictwa od Prezesa firmy H. Sp. z o. o. w W. na podstawie umowy dzierżawy powierzchni z dnia 18 marca 2014 r., umożliwiającej zainstalowanie urządzeń do gier urządzał w lokalu „H.”, mieszczącym się przy ulicy T. w E. w miejscu do tego nieprzeznaczonym bez wymaganego zezwolenia, gry losowe na automacie A. nr (...) w celach komercyjnych przez co naruszył dyspozycję określoną w art. 6 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 oraz art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.), tj. czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to skazał go na karę grzywny 50 stawek dziennych ustalając stawkę dzienną na kwotę 70 zł.

Na mocy art. 30 § 1 i 5 k.k.s. w zw. z art. 31 § 1 k.k.s. w zw. z art. 29 pkt 2 k.k.s. orzekł przepadek urządzeń – automatów wskazanych powyżej.

Tym wyrokiem za występki z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. skazany został nadto W. P. .

Apelację od tego wyroku wnieśli: obrońca oskarżonych oraz pełnomocnik interwenientów spółki H. Sp. z o.o. oraz Spółki T. Sp. z o.o.

Obrońca oskarżonych zarzucił temu orzeczeniu:

obrazę prawa materialnego w postaci błędnego przypisania oskarżonym realizacji znamion art. 107 § 1 k.k.s. polegającego na działaniu wbrew przepisom: art. 14 ust. 1 u.g.h., art. 23a ust. 1 u.g.h. poprzez wydanie wyroku skazującego pomimo:

- bezskuteczności przepisu art. 14 ust. 1 u.g.h., który jako nienotyfikowany przepis techniczny, w 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 98/34, nie może być zastosowany wobec jednostek, co stanowi okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną, potwierdzoną wiążącą wykładnią TSUE, dokonaną wyrokami z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C-305/15, oraz z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11 i C-217/11, jak i wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05, a następnie wprowadzenia mocą art. 4 noweli u.g.h., celem umożliwienia dostosowania się do nowej regulacji prawnej z art. 14 ust. 1 u.g.h., która zastąpiła, nieskuteczną z powodu braku jej notyfikacji zgodnie z dyrektywą, treść tego przepisu z tekstu pierwotnego ustawy;
- braku możliwości oskarżonego wywiązania się z obowiązku rejestracji automatów zgodnie z art. 231 ust. 1 u.g.h., co wynika wprost z założenia ustawy o grach hazardowych, której spójna treść nie przewiduje możliwości funkcjonowania automatów do gier poza kasynem gry oraz poza koncesją na kasyno gry;
- 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 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.

Ponadto zarzucił:

- błędne przyjęcie przez Sąd *meriti*, że „Skoro bowiem art. 6 nie jest przepisem technicznym to według Sądu Rejonowego takiego waloru nie ma też przepis art. 14 ust. 1 u.g.h.,” a w konsekwencji zastosowanie przez Sąd wiążącej wykładni dokonanej przez TSUE wyrokiem z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach

połączonych C-213/11, C-214/11, C-217/11, w której to wykładni prawnie wiążącej dla Sądu krajowego i w sposób łączny stwierdzono „techniczny” charakter art. 14 ust. 1 u.g.h. oraz przepisów tego i, co jest wystarczające dla Sądu krajowego dla celów wydania prawidłowego rozstrzygnięcia, respektującego zasadę poszanowania i zapewnienia stosowania przepisów europejskich, który to obowiązek oraz wytyczne Sąd zaskarżonym wyrokiem niewątpliwie naruszył.

Natomiast pełnomocnik interwenientów zarzucił ( m.in. ) skarżonemu wyrokowi:

Naruszenie przepisów prawa materialnego:

- 1) art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 u.g.h., art. 14 ust. 1 u.g.h., art. 23a 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 subsydiarnych względem niego art. 6 ust. 1 u.g.h. oraz art. 23a 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 TSUE dokonaną wyrokiem z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213 i C-217/11 oraz wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05, a z kolei art. 6 ust. 1 u.g.h. oraz art. 23a u.g.h. nie mogą znaleźć zastosowania jako przepisy subsydiarne 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) 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 automatach”, 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 czynu zabronionego;
- 3) art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (i wynikającej zeń zasady *effel util* 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, które nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej wbrew dyspozycji dyrektywy 98/34/WE.

Apelacje te rozpoznał Sąd Okręgowy w S. w dniach 30 stycznia i 27 marca 2018 r. Wyrokiem z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt II Ka (...), zaskarżony wyrok zmienił - w odniesieniu do M. W. i T. Ł. – w ten sposób, że: 1) na mocy art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. uchylił pkt I i II wyroku i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. postępowanie w tym zakresie umorzył; 2) za podstawę orzeczonego przepadku przyjął przepis art. 43 § 1 pkt 4 k.k.s. w zw. z art. 30 § 5 k.k.s. tytułem środka zabezpieczającego; 3) w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od tego wyroku Sądu Okręgowego – w zakresie dotyczącym M. W. i T. Ł. w pkt 1 ust. 1 - wniósł prokurator Prokuratury Rejonowej w E., który zarzucił temu orzeczeniu:

rażące naruszenie prawa materialnego, poprzez błędną wykładnię art. 6 § 1 k.k.s. poprzez uznanie, iż w przypadku czynów z art. 107 § 1 k.k.s., dla stwierdzenia wystąpienia znamion „taka sama sposobność” i „tego samego zamiaru” o których

mowa w tym przepisie nie jest niezbędne wykorzystanie przez sprawców tych samych automatów, działanie na podobnym obszarze czy tożsamy krąg podmiotów pośredniczących w urządzaniu tych gier, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego umorzenia postępowania karnego w zakresie w/w oskarżonych na podstawie art. 17 § 1 pkt 8 k.p.k. i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w pkt 1 ust. 1 oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S..

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest zasadna.

Rację ma prokurator twierdząc, iż zaskarżony wyrok jest dotknięty bezwzględną przyczyną odwoławczą, wskazaną w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. Jest ona następstwem rażącego naruszenia przez sąd odwoławczy prawa procesowego, a mianowicie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., w wyniku błędnego uznania, iż w tej sprawie zaistniała przeszkoda procesowa w postaci naruszenia powagi rzecz osądzonej. Odnośnie problemu tożsamości czynu polegającego na urządzaniu gry hazardowej, to w wyroku z dnia 19 września 2018 r., w sprawie V KK 415/18 (OSNKW 2018/10/71), Sąd Najwyższy trafnie stwierdził, że: „skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 u.g.h.), 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 u.g.h.), 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 karno - skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów.” To stanowisko należy przyjąć, tym bardziej, że zostało ono ugruntowane

i zaaprobowane w innych, i to licznych, orzeczeniach Sądu Najwyższego (por. m.in. wyroki tego Sądu z: z dnia 15 listopada 2018 r., V KK 268/18, LEX nr 2585068; dnia 4 kwietnia 2019 r., IV KK 359/18, Lex nr 2657468; 16 kwietnia 2019 r., IV KO 119/18, Lex nr 2657508; 11 czerwca 2019 r., III KK 196/18, Lex nr 2687818).

Odnosząc to stanowisko do badanej sprawy, to gry hazardowe, których dotyczył zaskarżony wyrok urządzane były przez oskarżonych w E. w lokalu „H.” przy ulicy T.. Natomiast wyrok Sądu Rejonowego w K. z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...) ,dotyczył urządzania przez oskarżonych gier hazardowych w okresie od 19 sierpnia 2013 r. do dnia 4 listopada 2015 r. w: R. w lokalu PPHU B. Sp. z o.o. przy ulicy B. , w K. w lokalach L., ulica G. oraz M. ul. R., a także w I. w Sanatorium Uzdrowiskowym „W.” przy ul. R..

Różne były zatem geograficzne miejsca popełnienia przypisanych M. W. i T. Ł. w tej przywołanej przez Sąd Okręgowy sprawie czynów z art. 107 § 1 k.k.s., różne (choć na pewno fragmentami krzyżujące się) okresy ich popełnienia, tak jak różne lokale w których były one realizowane.

Poza tym zwrócić należy uwagę i na to, że w zaskarżonym wyroku oskarżeni zostali skazani za urządzanie gier w ramach działalności gospodarczej prowadzonej w formie Spółki z o.o. pod nazwą T. w W.. Natomiast w sprawie II K (...) Sądu Rejonowego w K. przypisanych mu przestępczych działań mieli się dopuścić prowadząc działalność gospodarczą pod tą samą nazwą, ale także w ramach Spółki H. Sp. z o.o. w W. oraz Spółki H. Sp. z o. o. w R.. Różne też były – w tych poszczególnych, przywołanych sprawach – automaty na których oskarżony te gry hazardowe prowadził.

Powyższe rozważania wykazują niemożność przyjęcia przez Sąd Okręgowy – we wskazanych realiach niniejszej sprawy - że czyn przypisany M. W. i T. Ł. przez Sąd Rejonowy w E. stanowił zachowanie objęte czynem ciągłym stanowiącym przedmiot wcześniejszego osądzenia w sprawie Sądu Rejonowego w K.. Tym samym i brak było warunków do przyjęcia zaistnienia przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej. Ta wszak zmaterializowałaby się tylko wówczas, gdyby wystąpiła tożsamość czynów tj. – w realiach niniejszej sprawy – procesowa możliwość uznania, że przedmiotowe zachowania

oskarżonych stanowiły część składową czynów ciągłych prawomocnie im przypisanych w wyroku wydanym w tej wskazanej sprawie. Tego zaś nie sposób stwierdzić zestawiając stan faktyczny ustalony *in concreto* z podstawą faktyczną orzeczenia wydanego w przywołanym przez Sąd Okręgowy postępowaniu. Skonfrontowanie tych ustaleń pozwala uznać, że obydwaj oskarżeni urządzali gry losowe w różnych geograficznie miejscach, w różnych lokalach i poprzez różne (nie te same) podmioty gospodarcze. Poza tym należy zauważyć, że dla zastosowania art. 6 § 2 k.k.s wobec oskarżonych w niniejszej sprawie niezbędne byłoby ustalenie, że w każdym z tych przypadków mieli ten sam zamiar, to jest od samego początku prowadzenia tego rodzaju działalności mieli świadomość zakresu tej działalności i obejmowali nią wolę realizacji każdego ze znamion czynu zabronionego, w każdym z tych przypisanych im działań. Tymczasem – poczynione *in concreto* ustalenia – pozwalają jedynie przyjąć, iż w istocie realizowali je w sposób przypadkowy, w różnych miejscach i bez z góry ustalonego planu. Za każdym razem tworzyli nowe warunki do popełniania kolejnych przestępstw i działania te obejmowali odrębnym zamiarem. Nie było to więc – każdorazowo – zachowanie realizowane w ramach tego samego pierwotnego (zamiaru) – jak tego wymaga regulacja z art. 6 § 2 k.k.s. - ale jedynie w ramach takiego samego zamiaru. Nie można również przyjąć, że oskarżeni wykorzystywali tę samą sposobność (o której też stanowi art. 6 § 2 k.k.s.), gdyż dla urządzania gier losowych nie było konieczne wystąpienie jakiejś określonej sposobności, do wykorzystania której miałoby dojść. Trafnie we wspomnianym wyroku z dnia 19 września 2018 r. Sąd Najwyższy skonstatował, że w realiach spraw tego rodzaju, co do zasady nie może być mowy o tym, by sprawca wykorzystywał sprzyjającą okazję. W realizacji takich zachowań (urządzanie gier na automatach bez posiadania koncesji) nie ma przecież żadnego elementu już istniejącego, albo takiego, który pojawia się na początkowym etapie realizacji czynu przestępczego i jest później wykorzystywany. Sprawca więc niczego nie wykorzystuje dla realizacji znamion czynu zabronionego. Dlatego należy podzielić pogląd, że uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), popełnione w innym miejscu, z wykorzystaniem innych podmiotów gospodarczych, w którym czas jego popełnienia obejmuje czasookres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s.



co do którego jeszcze toczy się postępowanie karno – skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów.

Zasadność, podniesionego w kasacji , zarzutu naruszenia art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. przesądza - o konieczności uchylenia wyroku Sądu Okręgowego w S., w całości i przekazania sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania. Tym bardziej, że drugi punkt tego wyroku – formalnie nie objęty zakresem zaskarżenia kasacji – zawiera rozstrzygnięcie będące następstwem wadliwego uznania, że wyrok Sądu Rejonowego jest dotknięty bezwzględna przyczyną odwoławczą.

Z tych to względów orzeczono jak wyżej.