

Sygn. akt VI Ka 174/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 listopada 2018 r.

Sąd Okręgowy w Elblągu VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodnicząca: SSO Elżbieta Kosecka - Sobczak

Protokolant: sekr.sądowy Aneta Zembrzuska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Elblągu K. P.

przy udziale przedstawiciela Naczelnika (...) - (...) Skarbowego w O. J. B.

po rozpoznaniu w dniach 19 lipca i 30 listopada 2018r., w E. sprawy:

M. W. (1) s. P. i M. ur. (...) w W.

P. K. s. C. i W. ur. (...) w Ł.

oskarżonych z art.107§1 kks

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego M. W. (1) i obrońcę oskarżonego P. K.

od wyroku Sądu Rejonowego w N. (...)

z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. akt II K 197/17

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok,

II. zwalnia oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie przed sądem II instancji.

Sygn. akt **VI Ka 174/18**

UZASADNIENIE

sporządzone co do oskarżonego M. W. (1)

Sąd Rejonowy w N. (...) wyrokiem z dnia 27 listopada 2017r. w sprawie II K 197/17 rozstrzygnął, iż:

- w pkt. 1 oskarżonego M. W. (1) uznaje za winnego tego, że w okresie od 01 lutego 2016r. do 15 marca 2016r. w (...) oraz w O., jako Prezes zarządu H. F. (...) sp. z o. o z siedzibą w O., działając z zamiarem bezpośrednim, wbrew art. 6 ust. 1 i art.14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, w brzmieniu obowiązującym w dniu 15 marca 2016r., tj. bez wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna gry i poza kasynem gry, urządzał gry na automatach A. G. nr AO1 (...) i nr AO2 (...), stanowiące gry hazardowe, tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1kks w zw. z art. 9§3kks i za to na podstawie art. 107 § 1kks w zw. z art. 23 § 1 i 3 kks wymierza mu karę 150 stawek dziennych grzywny po 150 złotych każda stawka,

- w pkt. 4 orzeka na rzecz Skarbu Państwa przepadek dowodów rzeczowych,

- w pkt. 5 zasądza od M. W. 3/6 kosztów sądowych i 2.250zł opłaty.

Z wyrokiem tym nie zgodził się oskarżony M. W., który wniósł apelację i w wywiedzionym środku odwoławczym zarzucił obrazę wielu przepisów (art. 7 kpk, art. 410 kpk, art. 107§1kks), a przede wszystkim podniósł, że nie uwzględniono bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439§1 pkt. 8 kpk w zw. z art. 113§1kks.

A stawiając takie zarzuty wniósł o :

- uchylenie wyroku i umorzenie postępowania wobec zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439§1 pkt. 8 kpk,

alternatywnie o:

- wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego w oparciu o kontratyp z art. 10§3kks lub ewentualnie art. 10§4kks.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Stanowisko oskarżonego M. W. co do podniesionego zarzutu sprowadzającego się do bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439§1 pkt. 8 kpk nie zasługiwało na uwzględnienie. Nie podlegały też uwzględnieniu inne zarzuty z apelacji oskarżonego, w których dowodził, że miał podstawy by traktować art. 6 ust. 1 ugh i art. 14 ust. 1 ugh jako tożsame, a to powodowało, że mogły być one uznane za bezskuteczne, że uważał, że art. 4 ustawy nowelizującej ustawę o grach hazardowych wprowadzał okres przejściowy dla osób, które prowadziły nawet nielegalnie eksploatację urządzeń do gier hazardowych przed 03 września 2015r., a tym samym, że nie można było przypisać mu umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107§1kks, w tym w oparciu o kontratyp z art. 10§3kks czy art. 10§4kks.

W wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 13.10.2016r. w sprawie C-303/15, w tezie 28 wyraźnie wskazano, że art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ugh nie mają charakteru sprzężonego i subsydiarnego względem siebie. Trybunał uznał tu za prawidłowe stanowisko z opinii Rzecznika Generalnego przedstawionej w dniu 7 lipca 2016r. do sprawy C-303/15, z którego wynika, że ograniczenia dotyczące lokalizacji zapisanego w art. 14 ust. 1 ugh nie należy w ogóle uważać za element procedury udzielania zezwoleń z art. 6 ugh, bo wymogi dotyczący zezwolenia i ograniczenie dotyczące lokalizacji charakteryzują się różnym zakresem i spełniają różne funkcje. Stąd nie można było uwzględnić stanowiska z apelacji o podobnym charakterze art.6 ust. 1 ugh i art. 14 ust. 1 ugh, tym bardziej, że i w wyroku SN z dnia 16 marca 2017 r. w sprawie V KK 21/17, to wyraźnie stwierdzono, że „mimo więc pewnego związku występującego pomiędzy art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, to jednak przepisy te mają niezależny od siebie charakter”.

Co do przywołanego przez autora apelacji poglądu o technicznym charakterze art. 14 ust. 1 ugh, to sąd odwoławczy, mając na względzie ugruntowane już stanowisko zawarte i w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie I KZP 17/16 (gdzie przeprowadzono wywód zarówno w obszarze przepisów krajowych, jak i prawa unijnego, także w kontekście przepisu art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, w związku z treścią wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 października 2016 r., C-303/15 i ostatecznie przyjęto, że przepis art. 6 ust. 1 ugh nie miał charakteru technicznego w odróżnieniu od przepisu z art. 14 ust. 1 ugh) i w orzeczeniu C-303/15 (...) (a także m.in. w wyrokach Sądu Najwyższego w sprawach V KK 23/17, (...) 26/17, V KK 28/17, V KK 24/17, IV KK 282/16, II KK 346/16, V KK 21/17), to w pełni z takim poglądem się zgadza.

Należy też zaznaczyć, że kwestia technicznego charakteru przepisów art. 14 ust. 1 ugh i art. 6 ust. 1 ugh nie była wcale tak jednoznaczna, jak przedstawił to skarżący, gdyż poza orzeczeniami czy poglądami na które się powołał (choćby SN w sprawie II KK 55/14), to funkcjonowały też orzeczenia wskazujące, że art. 14 ust. 1 ugh ma tylko „potencjalnie” techniczny charakter, a art. 6 ust. 1 ugh, jako odmienny od art. 14 ust. 1 ugh, to nie jest przepisem technicznym i nie musiał być notyfikowany. Ponadto choćby w orzecznictwie Wojewódzkich Sądów Administracyjnych, to zwracano uwagę na to, że można było takie nienotyfikowane przepisy techniczne (choćby z ustawy o grach hazardowych) stosować, jeżeli były one niezbędne do ochrony wartości ujętych w zamkniętym katalogu, tj. w art. 36, 52, 62, 65 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej ((...)), a które stanowią tzw. klauzule generalne usprawiedliwiające stosowanie takich przepisów z uwagi na ochronę wartości takich jak moralność publiczna, porządek publiczny i

bezpieczeństwo publiczne, zdrowie i życie ludzi. (patrz: np. wyrok WSA we Wrocławiu z 19.08.2015r. w spr. III SA/Wr 113/15). Ponadto i Sąd Najwyższy i Trybunał Konstytucyjny wydawały orzeczenia, z których nie wynikało by z pewnością przepisy ustawy o grach hazardowych nie obowiązywały. Dla przykładu: Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r. sygn. akt I KZP 15/13 stwierdził, że orzeczenie (...) w kwestii potencjalnego charakteru technicznego normy prawa krajowego przy braku wypełnienia przez organ ustawodawczy obowiązku notyfikacji wynikającego z Dyrektywy 98/34/WE, nie jest równoznaczne z utratą mocy prawnej tego aktu. Z kolei w wyroku z dnia 23 lipca 2013 r. w sprawie P 4/11 Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 135 ust. 2 ugh jest zgodny z art. 2 Konstytucji RP. Badając konstytucyjność tego przepisu Trybunał miał na uwadze także wyrok (...) z dnia 19 lipca 2012 r., stwierdził jednak, że ewentualna niezgodność ustawy hazardowej z prawem unijnym, zwłaszcza zaś niezgodność wynikająca z zaniedbań formalnoprawnych odpowiedzialnych polskich organów, nie wpływa automatycznie na ocenę zgodności treści zakwestionowanego przepisu ugh z Konstytucją RP. W ocenie sądu odwoławczego stanowisko prezentowane przez SN i TK ma bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu, gdyż przekonuje, że gdyby oskarżony faktycznie interesował się i zapoznał i z treścią przepisów ustawy o grach hazardowych i z całym orzecnictwem dotyczącym interpretacji obowiązywania niektórych z tych przepisów (a nie tylko opierał się na tych wybranych, korzystnych dla niego), to skoro z orzeczeń takich autorytetów jak SN i TK nie wynikało jednoznacznie by przepisy te nie obowiązywały, to nie miał on pewności że przepisy te nie obowiązują bazując tylko na prywatnych opiniach, wybranych orzeczeniach czy zapewnieniach wynajętych przez siebie prawników, którzy w oczywisty sposób tak interpretowali przepisy by osoby organizujące gry na automatach hazardowych wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych to je nadał organizowały. A dodatkowo gdy były zatrzymywane kolejne automaty do kolejnych spraw (co wynika i zestawień wyroków i treści dołączonych wyroków), to tym bardziej stanowiło to podstawę do przyjęcia uzasadnionych wątpliwości co do legalności działalności prowadzonej wbrew przepisom tej ustawy. Stąd rzeczywistość prawna z okresu czynu przypisanego oskarżonemu – wbrew tezie skarżącego z apelacji- wskazywała na rozbieżność orzecniczą co do oceny możliwości stosowania technicznego przepisu art. 14 ust. 1 ugh przed nowelizacją z 03.09.2015r., a także art. 6 ust. 1 ugh, a nie jednoznacznie wskazywała na to, że przepisy ustawy o grach hazardowych nie mogą być stosowane.

Dlatego oskarżony w takich okolicznościach winien się powstrzymać od prowadzenia takiej działalności do czasu orzeczenia wydanego przez trybunał, który to przecież w sprawie C-303-15 ostatecznie stwierdził, że art. 6 ust. 1 ugh obowiązywał i nie był przepisem technicznym.

Należy też zaznaczyć, że czynu przypisanego mu w pkt. 1 wyroku, to M. W. dopuścił się w okresie od 01 lutego 2016r. do 15 marca 2016r., a w tym czasie obowiązywał już art. 14 ust. 1 ugh w brzmieniu nadanym ustawą o zmianie ustawy o grach hazardowych z dnia 12 czerwca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1201), który to przepis został uprzednio prawidłowo notyfikowany.

Przy czym argumenty przedstawione przez skarżącego co do możliwości interpretowania art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. nowelizującej ugh z dniem 03.09.2015r. w sposób przytoczony w apelacji też nie zasługiwały na ich podzielenie. Z przepisów ustawy o grach hazardowych obowiązujących i przed dniem 03 września 2015r. i po tej dacie, to wynikało iż państwo chce utrzymać pełną kontrolę nad organizacją gier hazardowych, wymagając by urządzający takie gry, to prowadził je w formie określonej spółki, po uzyskaniu koncesji na kasyno (art. 6 ugh), a po dniu 03.09.2015r. -w myśl art. 14 ust. 1 ugh- by urządził je wyłącznie w kasynach. Stąd niezrozumiałe są wywody M. W. sugerujące, by przepis art. 4 ustawy zmieniającej interpretować w ten sposób, że chodziło o danie czasu do 1 lipca 2016r. wszystkim podmiotom prowadzącym wcześniej i w jakikolwiek sposób działalność w obszarze gier hazardowych do dostosowania się do wymogów znowelizowanej ustawy o grach hazardowych, a nie tylko podmiotom do których wyraźnie przepis art. 4 był adresowany tj. podmiotom prowadzącym wcześniej legalną (tj. zgodną z przepisami ugh) działalność w zakresie o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 ugh lub w art. 7 ust.2 ugh (gdzie w art. 6 ust. 1 ugh wyraźnie wskazano, że działalność w zakresie gier na automatach może być prowadzona tylko podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry). Co do wykładni ww przepisu wypowiedział się też Sąd Najwyższy, który to w postanowieniu z dnia 28 kwietnia 2016 r. w sprawie I KZP 1/16 wyraźnie wskazał, że „przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, Dz. U. z 2015 r. poz. 1201, dotyczy

wyłącznie podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed dnia 3 września 2015 r. (na podstawie koncesji albo zezwolenia)"/publ. OSNKW 2016/6/36, KZS 2016/7-8/20, KZS 2016/6/44, Biul.PK 2016/4-6/7-8, Biul.SN 2016/6/18/. Dlatego nie można było podzielić i takiego zarzutu z apelacji.

Nadto należy podkreślić, że z informacji z K. i z list orzeczeń dotyczących tego oskarżonego czy zestawienia spraw wynika znaczna skala działalności M. W., ale przede wszystkim to, że jego działalność wcale nie była uznawana za legalną przez wszystkie organy, że były zatrzymywane automaty z grami hazardowymi, które ww. urządzał, wnoszono akty oskarżenia do sądów (co wynika z sygnatur akt spraw z informacji z K.), a tym samym kwestionowano zgodność z prawem jego zachowań. A to wskazywało, iż nie mógł on być upewniony w sposób bezsporny i jednoznaczny, że taka jego działalność jest dozwolona, że nie jest karalna. Tym bardziej, że czynu przypisanego mu w pkt. 1 wyroku dopuścił się od 01 lutego 2016r. do 15 marca 2016r. tj. po znowelizowaniu ustawy o grach hazardowych z dniem 03 września 2015r., gdy nie było wątpliwości co do tego, że art. 14 ust. 1 ugh przed jego uchwaleniem został prawidłowo notyfikowany. Dlatego norma blankietowa art. 107§1kks mogła być wypełniona stwierdzeniem naruszenia art. 6 ust. 1 ugh i art. 14 ust. 1 ugh w odniesieniu do okresu czynu przypisanego w pkt. 1 wyroku.

A w takich okolicznościach nie można było przyjąć by oskarżony działał w warunkach kontratypów z art. 10§3kks czy art. 10§4kks. Samo stanowisko oskarżonego, w którym akcentował tylko okoliczności dla niego korzystne, wobec wymowy całego zebranego materiału dowodowego i analizy stanu prawnego z okresu czynu przypisanego M. W., to nie wskazuje na obrazę art. 7 kpk oraz art. 410 kpk na tle odrzucenia argumentacji ze stanowiska prezentowanego przez tego oskarżonego. Bowiem same przepisy ustawy o grach hazardowych były jasne, a literalna treść art. 6 ust. 1 ugh czy art. 14 ust. 1 ugh wskazywała na to jakie obowiązki państwo nakłada na podmiot, który chciał wykonywać działalność w zakresie gier na automatach tj., że może ona być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry, w kasynie. Natomiast art. 107§1kks przewidywał odpowiedzialność karno-skarbową za zarządzanie lub prowadzenie gier hazardowych wbrew przepisom ustawy, a w omawianym przypadku dotyczyło to zarządzania gier wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, a dokładnie wbrew art. 6 ust. 1 ugh i art. 14 ust. 1 ugh. Stąd nie doszło do obrazę art. 107 kks, skoro istniała podstawa prawna ukarania oskarżonego.

Dlatego też generalnie nie potwierdziły się podnoszone przez skarżącego zarzuty dot. naruszenia przepisów, bo sąd I instancji miał podstawy aby zastosować i art. 107§1kks i art. 6 ust. 1 ugh oraz art. 14 ust. 1 ugh, a dokonał tego też w oparciu o prawidłowo oceniony materiał dowodowy i nie miał podstaw aby opierać się tylko na stanowisku zaprezentowanym przez oskarżonego.

Natomiast odnosząc się do podstawowego zarzutu z apelacji, to należy zaznaczyć, że aktualnie nie zachodzą też podstawy do stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439§1 pkt. 8 kpk wynikającej z uprzedniego skazania M. W. za czyn ciągły z art. 107§1kks w okresie obejmującym czas czynu z niniejszej sprawy. Ze stanowiska Sądu Najwyższego z wyroku SN z dnia 19 września 2018 r. w sprawie V KK 415/18 oraz podobnego stanowiska wskazanego w postanowieniu SN z 13.11.2018r. w sprawie V KK 391/18 (opublikowanych na stronie Sądu Najwyższego) wynika, że „Skoro zarządzanie 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 zarządzania 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.” A z uwagi na argumentację wskazaną w ww. orzeczeniach Sądu Najwyższego, na którą zwróciła też uwagę w piśmie załączonym do akt I Prezes SN odnosząc się do sygnalizacji co do rozbieżności w orzecznictwie dot. tej kwestii, to brak

było obecnie podstaw do uwzględnienia zarzutu bezwzględnej przyczyny odwoławczej wskazanego w części wstępnej apelacji oskarżonego M. W..

A w świetle powyższego, to należało stwierdzić, że generalnie nie potwierdziły się zarzuty z apelacji M. W., a skarżący nie przytoczył tego rodzaju argumentacji, która uzasadniałyby podważenie prawidłowości rozstrzygnięcia sądu I instancji co do przypisania mu sprawstwa w zakresie popełnienia czynu z art. 107§1kks.

Mając więc na uwadze powyższe rozważania i wymowę zgromadzonych w sprawie dowodów, a także uznając wymierzona karę grzywny za sprawiedliwą odpłatę karną, to na mocy art. 437§1 kpk w zw. z art. 113§1kks, sąd odwoławczy zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Natomiast okoliczność, że oskarżony będą musiał zapłacić wysokie kary grzywnien wynikające i z omawianej sprawy i wynikające z danych o jego karalności, to jedynie wpłynęła na to, że zwolniono go od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie przed sądem II instancji (art. 624§1kpk, art.634 kpk w zw. z art. 636§1 kpk i art. 113§1kks).