

**Sygnatura akt VI Ka 771/17**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **3 listopada 2017 r.**

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Grzegorz Kiepusa

Protokolant Edyta Ferencz-Trzópek

po rozpoznaniu w dniu 20 października 2017 r.

przy udziale E. P.

przedstawiciela Naczelnika (...)Urzędu Celno-Skarbowego w K.

sprawy **G. G.** ur. (...) w Ż.

syna Z. i T.

oskarżonego z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 25 maja 2017 r. sygnatura akt III K 1167/14

na mocy art. 437 § 1 kpk, art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. P. kwotę 516,60 zł (pięset szesnaście złotych i sześćdziesiąt groszy) obejmującą kwotę 96,60 zł (dziewięćdziesiąt sześć złotych i sześćdziesiąt groszy) podatku VAT, tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów obrony oskarżonego z urzędu w postępowaniu odwoławczym;

3. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki poniesione w postępowaniu odwoławczym w kwocie 536,60 zł (pięset trzydzieści sześć złotych i sześćdziesiąt groszy) i wymierza mu opłatę za II instancję w wysokości 1000 zł (jeden tysiąc złotych).

**Sygn. akt VI Ka 771/17**

## UZASADNIENIE

**wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 3 listopada 2017 r.**

Wyrokiem z dnia 25 maja 2017 r. w sprawie o sygnaturze akt III K 1167/14, Sąd Rejonowy w Gliwicach uznał oskarżonego G. G. za winnego przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. i wymierzył mu za nie karę grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych po 100 zł każda, orzekł wobec niego środek karny w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku automatu do gier o nazwie V. (...) o numerze (...) w kwocie 7 200 zł., a także zasądził Sąd od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe.

Apelację od powyższego orzeczenia wywiódł oskarżony, zaskarżając je w całości. Zarzucił skarżonemu rozstrzygnięciu:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu występku umyślnie na co nie pozwala ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego, a to chociażby wyjaśnień oskarżonego, zażaleń oskarżonego na zatwierdzenie zatrzymania rzeczy gdzie w dacie czynu oskarżonemu znane były postanowienia Sądów Okręgowych zgodnie z którym przepis art. 14 ust. 1 u.g.h. zakazujący urządzania gier na automatach poza kasynem gry nie obowiązywał, przez co oskarżony już w dacie czynu był przekonany o tym, że przepisy zabraniające organizowania gier nie mogą być stosowane z uwagi na brak ich notyfikacji Komisji Europejskiej – wobec czego w świetle ww. postanowień Sądu Okręgowego, aktualnych w dacie czynu, przeświadczenie oskarżonego o tym, że działa on legalnie i nie narusza przepisów prawa było w pełni uzasadnione przez co zdaniem oskarżonego nie może być mowy o tym, że zarzucanego występku oskarżony dopuścił się umyślnie z zamiarem bezpośrednim bądź ewentualnym, czego ustalenie jest konieczne do przypisania winy oskarżonemu, tym bardziej, że uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego w sprawie I KZP 17/16, która wskazała na art. 6 u.g.h. – została uchwalona dopiero 4 lata po dacie czynów zarzucanych oskarżonemu w pkt 1 wyroku; oraz
- obrazę art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. polegającą na zaniechaniu wskazania przez Sąd I instancji w uzasadnieniu wyroku, z jakich dowodów przeprowadzonych w sprawie Sąd wywodzi, że oskarżony G. G. lub jego firma nie posiadali wymaganej koncesji (co pozwoliłoby na pociągnięcie go do odpowiedzialności za naruszenie art. 6 ust. 1 u.g.h.) w sytuacji gdy Sąd nie czynił żadnych ustaleń pod kątem ustalenia nie posiada koncesji przez oskarżonego, nie zawarł na ten temat żadnych rozważań w uzasadnieniu, a okoliczność ta ma znaczenie dla przyjętej kwalifikacji prawnej czynu albowiem warunkuje odpowiedzialność z art. 6 ust. 1 u.g.h., który jako jedyny może mieć zastosowanie w niniejszej sprawie „o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, iż przepis ten ma zastosowanie i został naruszony” – tak Sąd Najwyższy w uchwale I KZP 17/16.

W kolejnym piśmie, zatytułowanym jako „apelacja”, stanowiącym de facto uzupełnienie pierwszej apelacji, oskarżony zarzucił ponadto:

- rażąco niewspółmierność kary wymierzonej wobec oskarżonego G. G..

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł oskarżony o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie go od stawianych mu zarzutów i przypisanego mu czynu, względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w pozostałej części do ponownego rozpoznania przed Sądem I instancji, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej kary poprzez orzeczenie grzywny w łagodniejszym wymiarze poprzez zmniejszenie liczby stawek dziennych grzywny i ich wysokości.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Skarżący starał się dowodzić, że G. G. nie tylko przeświadczony był o legalności prowadzonej przez siebie działalności, ale również, że owe przekonanie było w pełni uzasadnione z uwagi na występujące w judykaturze rozbieżności. Oskarżony wskazuje na zapadłe rozstrzygnięcia Sądów Okręgowych, zgodnie z którymi przepis art. 14 ust. 1 u.g.h. w dacie czynu miał nie obowiązywać. Z powyższego wywodził zaś, że zarzucanego występku oskarżony nie mógł dopuścić się umyślnie – ani z zamiarem bezpośrednim, ani też ewentualnym. Zdaniem apelującego nie zrealizowane zostało zatem konieczne znamię przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.

Podkreślić jednak należy, że wedle treści zaskarżonego wyroku, a konkretnie opisu czynu przypisanego oskarżonemu, jego postępowanie wbrew ustawie o grach hazardowych wyrażać się miało jedynie w naruszeniu zakazu wpływającego z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Przepis ten w zakresie istotnym dla realiów sprawy stanowił i stanowi, że działalność m.in. w zakresie gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na

prorowadzenie kasyna gry. Tymczasem przedsiębiorstwo oskarżonego tego rodzaju działalność prowadziło właśnie przez urządzenie gier na wskazanych automatach bez posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry, ponadto poza lokalem mającym taki status. W ten sposób naruszonym został również zakaz wynikający z art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w jego brzmieniu sprzed nowelizacji obowiązującej od 3 września 2015 r., według którego to przepisu urządzenie gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry. Nie mniej postępowanie wbrew temu przepisowi nie zostało oskarżonemu przypisane, bowiem projekt art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu, inaczej niż w przypadku tego przepisu w brzmieniu obowiązującym od 3 września 2015 r., nie został notyfikowany Komisji Europejskiej, stanowił zaś przepis techniczny w rozumieniu 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. UE L z 1998 r. Nr 204, s. 37 ze zm.).

Nieuzasadnionym zdaje się zatem powoływanie przez oskarżonego w wywiedzionej przez siebie apelacji na orzecznictwo dotyczące art. 14 u.g.h., bowiem wyrokiem Sądu Rejonowego przypisane zostało mu urządzenie gry o charakterze losowym w celach komercyjnych na automacie do gier, wbrew przepisom art. 6 ust. 1 u.g.h.

W żadnym stopniu na aprobatę zasługiwać nie mogą także twierdzenia, jakoby niemożność zastosowania z podanej wyżej przyczyny art. 14 ust. 1 u.g.h. w jej pierwotnym brzmieniu w rozpatrywanym przypadku, uzasadniać miała wnioskowanie o tym, że również przepis art. 6 ust. 1 tejże ustawy nie może być stosowany, a zatem wprowadzony nim wymóg uzyskania koncesji na tego rodzaju działalność nie obowiązuje.

Podkreślić bowiem trzeba, że przepis art. 6 ust. 1 nie jest i nigdy nie był przepisem technicznym. Powyższe stwierdzenie potwierdzone zostało w dniu 13 października 2016 r. przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C – 303/15. Z judykatu tego wynika, że przepis krajowy, taki jak art. 6 ust. 1 u.g.h., nie wchodzi w zakres pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, podlegających obowiązkowi zgłoszenia na podstawie artykułu 8 ust. 1 tej samej dyrektywy, którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu. Stanowisko to powtórzone zostało w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie I KZP 17/16. Orzeczenia te zapadły wprawdzie po dacie czynu przypisanego oskarżonemu, jednakże potwierdzają one jedynie, że przepis art. 6 ust. 1 mógł być wówczas skutecznie stosowany, stanowiąc 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. Co więcej, w żadnym z orzeczeń TSUE nie twierdził, iż przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych lub mu podobny jest przepisem technicznym. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy dopiero w postanowieniu z dnia 2 listopada 2014 r. w sprawie II K 55/14 oraz ponownie w dniu 14 października 2015 r. zawieszając postępowanie w sprawie I KZP 10/15. Nie mniej żadne z tych orzeczeń nie mogło być przywoływane w realiach sprawy jako oddziałujące na stan świadomości oskarżonego co do charakteru przepisów ustawy o grach hazardowych, skoro zapadły już po dacie, w której urządził on gry na przedmiotowym automacie w lokalu (...).

Wskazać należy skarżącemu, że pomimo 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. Przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych dotyczy tzw. podmiotowej reglamentacji działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier hazardowych i wymagań stawianych urządzającemu gry na automatach (podmiot taki musi posiadać koncesję na prowadzenie kasyna gry). Natomiast nie przesądza o tym, że posiadacz takiej koncesji powinien urządzać gry na automatach wyłącznie w kasynie gry. Takie zastrzeżenie o charakterze przedmiotowym zawiera dopiero art. 14 ust. 1, ustanawiając warunki urządzania gier m.in. na automatach, wprowadzając bezwzględny zakaz ich używania do gry poza kasynem gry (zob. wyrok SN z 16 marca 2017 r., V KK 21/17, LEX nr 2258063), oczywiście obecnie ograniczający się do podmiotów nie wykonujących monopolu państwa, którym objęte jest prowadzenie działalności m.in. w zakresie gier na automatach poza kasynem gry (por. art. 5 ust. 1 i 2 ustawy o grach hazardowych w zw. z art. 14 ust. 1 in fine tej ustawy). Poza tym urządzenie gier na automatach dozwolone jest tylko w kasynach gry prowadzonych w ramach udzielonej koncesji. Zakaz prowadzenia tego rodzaju działalności poza warunkami koncesji jest adresowany

do wszystkich podmiotów, a zatem zarówno osób fizycznych, jak i prawnych, niezależnie od tego, czy posiadają one koncesje na prowadzenie kasyna gry, czy też nie. Działalność w zakresie gier na automatach bez względu na jej formę prawną, urządzana bez koncesji poza kasynem gry jest więc zawsze działalnością nielegalną prowadzoną wbrew normie wynikającej z treści art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i stanowi przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. (zob. wyrok SN z 22 lutego 2017 r., IV KK 282/16, LEX nr 2258048).

Jeśli zaś chodzi o podnoszoną przez oskarżonego kwestię umyślności, stwierdzić należy, iż wnioskowanie o braku choćby ewentualnego zamiaru po stronie oskarżonego kłóci się z zasadami logiki oraz wskazaniem doświadczenia życiowego.

Oskarżony prowadził bowiem działalność gospodarczą polegającą na urządzeniu gier hazardowych na szeroka skalę, a tym samym musiał być żywnie zainteresowany stosowaniem w praktyce ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r., co sam w swoich wyjaśnieniach przecież przyznał.

Jeśli zaś chodzi o skutek braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. w postaci braku możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnoskarbowej za występki z art. 107 § 1 k.k.s., branża hazardowa wywodziła go z orzecznictwa TSUE, powołując się w szczególności na wyrok z dnia 19 lipca 2012 r. wydany w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11, C-217/11, który w ogóle nie odnosił się jednak do uregulowania zawartego w art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Powyższe uznanie było jednostronne i dyskusyjne.

Przepis art. 6 u.g.h. skutecznie obowiązywał w polskim porządku prawnym. Nikt nigdy nie doprowadził do usunięcia tego przepisu z polskiego porządku prawnego. Jego konstrukcja była na tyle jasna, że każdy adresat miał świadomość, że urządzenie gier na automatach bez posiadania koncesji na prowadzenie kasyna jest sprzeczne z ustawą. Nie może zatem ekskulpować oskarżonego fakt, iż orzecznictwo w tym zakresie nie było jednolite – na co skarżący wskazuje. Dostrzec bowiem należy, że oskarżony zdawał się bagatelizować nieprzychylnie mu stanowiska judykatury, opierając się wyłącznie na tych, które były dlań korzystne. Uwzględniając te okoliczności postawę oskarżonego ocenić wypada na obliczoną na pozorowanie nieuświadomienia nielegalności jego działalności polegającej na wstawieniu do lokalu niebędącego kasynem gry automatu do gier hazardowych i czerpaniu z tego procederu korzyści majątkowych w sytuacji, gdy na tego rodzaju aktywność nie posiadał w ogóle koncesji na prowadzenie kasyna gry. Można wręcz pokusić się o stwierdzenie, że G. G., wiedząc iż postępuje sprzecznie z prawem, świadomie chciał wykorzystać kontrowersje narosłe wokół u.g.h. i kwestii braku notyfikacji określonych jej przepisów dla swoich celów.

Miał zatem oskarżony świadomość, że działalność jego jest niezgodna z ustawą ogłoszoną w Dzienniku Ustaw. Mógł mieć tylko nadzieję na to, że organ orzekający dojdzie do przekonania, że nie można przepisów ustawy stosować wobec niego. To nie oznacza jednak, że oskarżony nie miał świadomości, że działa wbrew przepisom ustawy i tym samym dowodzi, że oskarżony miał świadomość karalności jego czynu a co najmniej godził się na to, że jego działalność będzie uznana za przestępstwo skarbowe. Oskarżony musiał uświadamiać sobie, że postępuje wbrew uregulowaniu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, które winien przestrzegać. Tym samym nie mogło być też mowy o działaniu oskarżonego w warunkach art. 10 § 4 k.k.s.

Nie każda nieświadomość karalności czynu jest prawnie relewantna na gruncie art. 10 § 4 k.k.s., a tylko usprawiedliwiona. Oskarżony niekaralności swej działalności doszukiwał się tylko w korzystnych dla siebie orzeczeniach, bagatelizując, a nawet lekceważąc te, które były dla niego niekorzystne. Nie może to zatem usprawiedliwiać jego ewentualnie błędnego przekonania co do konsekwencji braku notyfikacji przepisów technicznych wynikających z orzecznictwa TSUE. Badając formułę usprawiedliwienia, należy przecież odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela. W wypadku prawa karnego skarbowego często jednak w grę wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań. Taka też być musi miara dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który dla zarobku zamierza prowadzić działalność ze świadomością jej reglamentowania przez państwo. Im zaś wyższe oczekiwania od sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu usprawiedliwionego mniejsza.

Jeśli zaś chodzi o kwestię braku posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry przez oskarżonego, która zdaniem apelującego nie została należycie wykazana w toku postępowania, wskazania wymaga, iż fakt ten został dostatecznie udowodniony, czego nie zmienia brak odniesienia się do tej okoliczności w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Oskarżony G. G. takowej koncesji nie posiadał, co stwierdzone zostało w protokole kontroli z dnia 6 czerwca 2013 r., ujawnionym na rozprawie w dniu 18 maja 2017 r. Oskarżony, ani jego obrońca, nie zażądał uzupełnienia przewodu sądowego. Sąd Rejonowy miał zatem pełne podstawy aby uznać okoliczność braku posiadania przez G. G. rzeczony koncesji za udowodnioną.

Sąd Okręgowy nie znalazł również podstaw do kwestionowania zawartego w zaskarżonym wyroku rozstrzygnięcia o karze.

Podkreślenia wymaga, iż mógłby to uczynić jedynie wówczas, gdyby wymierzona oskarżonemu kara grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych po 100 zł każda okazać się miała rażąco niewspółmiernie surowa. Nie sposób jednak uważać jej za wygórowaną i to w takim stopniu, że w następstwie prawidłowego zastosowania zasad wymiaru kary należałoby je znacząco złagodzić. Działalność polegającą na urządzaniu gier hazardowych w lokalu (...) oskarżony zajmował się w okresie od dnia 1 czerwca 2013 r. do dnia 6 czerwca 2013 r. a zatem stosunkowo krótko. Sąd uwzględnił powyższą okoliczność w rozstrzygnięciu o karze, która jest adekwatna do okresu prowadzenia przez oskarżonego nielegalnej działalności. Rodzaj i wysokość wymierzonej kary nie przekraczają stopnia winy oskarżonego oraz przystają do stopnia społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu, który zdaniem Sądu odwoławczego pozostawał na takim poziomie, by reakcją na ten czyn wynikającą z rozstrzygnięcia Sądu Rejonowego o karze uznać za trafną, tym bardziej, że wspomniana kara jawi się również jako właściwa dla uzyskania zapobiegawczego efektu zarówno w stosunku do oskarżonego jak i osób podobnie do niego postępujących.

Okoliczności i sposób popełnienia przypisanego czynu niewątpliwie świadczyły niekorzystnie o oskarżonym. Dowodziły bowiem świadomego nieposłuszeństwa względem prawa, do przestrzegania którego był obowiązany. Wynikało to z chęci uzyskania korzyści majątkowych z nielegalnie prowadzonej działalności hazardowej, wbrew obowiązującej reglamentacji państwa w tym zakresie.

Bezspornym natomiast pozostaje, iż nielegalny hazard godzi nie tylko w interesy fiskalne państwa, ale również szkodzi szeroko pojętemu porządkowi publicznemu, który na skutek utraty płynności finansowej przez obywateli może być zagrożony. Tego rodzaju aktywności cechującej się niewątpliwie wręcz znacznym stopniem karygodności, trzeba zaś przeciwdziałać, a po temu służy również reakcja karna i związana z nią dolegliwość w postaci kary, która ze swej istoty powinna uzmysłowić sprawcy nieopłacalność uprawianego przez niego procederu. Grzywna zatem winna uderzać także w ekonomiczne jego podstawy.

Co się tyczy zarzutu rażącej niewspółmierności kary orzeczonej wobec oskarżonego, to Sąd Okręgowy nie może nie zauważyć, że ilość stawek dziennych jest zbliżona jest do dolnego progu zagrożenia a wysokość stawki dziennej, przy wzięciu pod uwagę art. 23 § 3 k.k.s. jest na bardzo niskim poziomie.

Co się zaś tyczy orzeczenia przepadku urządzenia do gry należy stwierdzić, że orzeczenie przepadku było prawidłowe. Nie ulega może ulegać wątpliwości, że zatrzymane „automaty” stanowiły urządzenia do gry losowej, co potwierdziła sporządzona w toku postępowania opinia. W takim przypadku orzeczenie przepadku jest obligatoryjne w myśl przepisu art. 30 § 5 k.k.s.

Nie dostrzegając z kolei uchybień podlegających uwzględnieniu niezależnie od kierunku i granic zaskarżenia orzeczenia, Sąd odwoławczy zaskarżony wyrok w pozostałej części utrzymał w mocy.

Nieuwzględnienie apelacji wywiedzionej przez oskarżonego zgodnie z art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. przy braku warunków do zastosowania art. 624 § 1 k.p.k. skutkować musiało również obciążeniem G. G. wydatkami Skarbu Państwa w postępowaniu odwoławczym oraz opłatą w wysokości należnej za pierwszą instancję.

Z tych wszystkich względów sprawstwo i wina oskarżonego nie mogły budzić wątpliwości. Sąd I instancji jak najbardziej prawidłowo pociągnął zatem oskarżonego do odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.