

*Sygn. akt V.2 Ka 77/19*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 15 kwietnia 2019 r.*

*Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku*

*Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza*

*w składzie:*

*Przewodniczący:* SSO Sławomir Klekocki

*Protokolant:* Justyna Napiórkowska

w obecności Grzegorza Sobika Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Żorach oraz Doroty Król funkcjonariusza Śląskiego Urzędu Celno – Skarbowego w Katowicach

po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2019 r.

sprawy: **M. W. /W./,**

**syna P. i M.,**

**ur. (...) w W.**

oskarżonego o przestępstwo z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Żorach

z dnia 16 października 2018r. sygn. akt II K 513/13

I.zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że w punkcie 3 uchyla wobec oskarżonego środek karny w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej zwróconych automatów podlegających przypadkowi w kwocie 19420zł (dziewiętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia złotych);

II.w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III.zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów za postępowanie odwoławcze obciążając nimi Skarb Państwa.

SSO Sławomir Klekocki

Sygn. akt V.2 Ka 77/19

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 16 października 2018 r. Sąd Rejonowy w Żorach uznał M. W. za winnego tego, że:

I.a) pełniąc obowiązki Prezesa Zarządu spółki (...) Sp. z o. o. z siedzibą w W., 16 listopada 2011 roku urządził w celach komercyjnych, w lokalu o nazwie Bar (...) w Ż. na automacie do gier o nazwie A. (...) o nr H. (...), gry o charakterze

losowym, bez koncesji na prowadzenie kasyna gry, wbrew art. 6 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. nr 201/2009, poz. 1540 ze zmianami),

b) pełniąc funkcję Prezesa Zarządu spółki (...) Sp. z o. o. z siedzibą w W. urządził w celach komercyjnych, gry o charakterze losowym, bez koncesji na prowadzenie kasyna gry w dniu 18 sierpnia 2011 roku w lokalu o nazwie Bar (...) w Ż. na urządzeniu elektronicznym do gry o nazwie (...) o numerze (...) wbrew art. 6 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. nr 201/2009, poz. 1540 ze zmianami),

c) pełniąc funkcję Prezesa Zarządu spółki (...) Sp. z o. o. z siedzibą w W. urządził w celach komercyjnych, gry o charakterze losowym, bez koncesji na prowadzenie kasyna gry w dniu 25 stycznia 2012 roku w lokalu o nazwie (...) w Ż. na urządzeniu o nazwie A. (...) F. o numerze H. (...) wbrew art. 6 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. nr 201/2009, poz. 1540 ze zmianami) przyjmując, że działał w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru, czym wyczerpał dyspozycję art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył mu karę grzywny w wysokości 150 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80 zł.

II. na podstawie art. 30 § 1 i § 5 k.k.s. orzekł wobec oskarżonego M. W. przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci automatu do gier o nazwie A. (...) F. S.” o numerze (...) wraz z kablem zasilającym oraz pieniądze polskich w kwocie 925zł - ujętych w pokwitowaniach seria PL/MF/AD nr (...) i (...).

III. na podstawie art. 32 § 1 i 2 k.k.s. orzekł wobec oskarżonego M. W. ściąganie równowartości pieniężnej przepadku automatów do gier o nazwie:

a) A. H. M. F. o numerze (...) oraz pieniądze polskich w łącznej kwocie 11025zł ujętych w pokwitowaniu seria PL/MF/AD nr (...) i PL/MF/AK nr (...),

b) A. H. M. F. o numerze H. (...) oraz pieniądze polskich w łącznej kwocie 8395zł - ujętych w pokwitowaniu seria PL/MF/AD nr (...) i PL/MF/AF nr (...). IV. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów postępowania w całości obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku wniósł oskarżony M. W. zaskarżając wyrok w całości na korzyść oskarżonego. W pierwszej kolejności, niezależnie od przedstawionych poniżej zarzutów, wskazał na możliwość przyjęcia wystąpienia w zaskarżonym wyroku bezwzględnej przesłanki odwoławczej, określonej w art. 439 § 1 pkt 8 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks polegającej na uprzednim wydaniu przez Sąd Okręgowy w Suwałkach dnia 22 marca 2018r. ( sygn. II Ka 250/17) wyroku skazującego, na mocy którego uznany został za winnego popełnienia przestępstw skarbowych z art. 107 kks, gdzie zarzucanych czynów miał dopuścić się w czasie obejmującym zarzucany mu w niniejszym postępowaniu okres, co powoduje zaistnienie stanu powagi rzeczy osądzonej w stosunku do wszystkich zdarzeń w tym czasokresie stanowiących czyn urządzania gier na automatach poza kasynem gry. Zaskarżonemu wyrokowi na podstawie art. 438 pkt 2 kpk zarzucił obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, a to art. 7 kpk w zw. z art. 410 kpk poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodu z wyjaśnień oskarżonego, którym Sąd odmówił wiarygodności w zakresie odnoszącym się do jego przekonania o legalności prowadzonej działalności gospodarczej, przyjmując wbrew zasadom logiki, że odczytane wyjaśnienia nie zasługują na obdarzenie ich wiarą, podczas gdy:

1. wyjaśnienia są spójne, rzeczowe i uwiarygodnione;

2. w toku postępowania karnego nie został ujawniony żaden dowód przeciwny (świadczący o działaniu przeze mnie w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym);

3. wyjaśnienia oskarżonego powinny być traktowane na równo z każdym innym dowodem i nie można odmówić im wiarygodności wyłącznie na podstawie subiektywnej opinii Sądu.

Zaskarżonemu wyrokowi na podstawie art. 113 § 1 kks w zw. z art. 427 § 1 i 2 kpk i art. 438 pkt 1 kpk zarzucił:

1.obrazę prawa materialnego, tj. art. 10 § 4 kks poprzez brak jego zastosowania i brak przyjęcia, iż działał w usprawiedliwionym błędzie co do karalności za działalność, której się podejmował:

-podczas gdy w okresie zarzucanych mu czynów organy uprawnione do stosowania prawa przyjmowały stanowisko o niekaralności za tego typu działalność, o czym świadczy lista korzystnych rozstrzygnięć znajdująca się w aktach sprawy, jak również treść jego aktualnej Karty Karnej, z której wynika, iż prawomocne skazania miały miejsce już po zakończeniu prowadzenia przez niego działalności i nie miały one wpływu na stan jego świadomości w chwili zarzucanych mu czynów;

-jak również podczas gdy w chwili popełnienia zarzucanych mu czynów powszechne było przekonanie ( w orzecznictwie oraz doktrynie), że zarówno art. 14 i 6 ugh były przepisami technicznymi, a w dalszej kolejności, iż obowiązuje okres przejściowy do dnia 30 czerwca 2016r., a w związku z tym nie można ich było stosować wobec jednostek , co w sposób oczywisty świadczy o tym, że nawet profesjonalista funkcjonujący na rynku w sposób usprawiedliwiony mógł przyjmować , że prowadzenie tego typu działalności , bez koncesji na kasyna gry, nie było karane;

2.obrazę prawa materialnego, tj. art. 107 kks w zw. z artykułem 7 ustęp 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności:

-poprzez przyjęcie, iż art. 6 ugh może stanowić samodzielną podstawę skazania za czyn zarzucany w niniejszym postępowaniu, podczas gdy w chwili jego popełnienia powszechne było przekonanie, iż przepis ten pełni subsydiarną rolę w stosunku do art. 14 ugh i ze względu na przekonanie o technicznym charakterze tych przepisów, ich naruszenie nie podlegało karalności na podstawie art. 107 kks;

-jak również poprzez przyjęcie, iż art. 4 ustawy nowelizującej nie stosuje się do takich podmiotów jak Spółki, których był Prezesem Zarządu, podczas gdy w chwili popełnienia zarzucanego czynu prezentowane było stanowisko o abolicyjnym charakterze tego przepisu, które uzasadniało przyjęcie, iż przepis ten dotyczył również Spółek, które nie prowadziły działalności przed 3 września 2015r. w oparciu o ustawę z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych i dawał im czas na dostosowanie swojej działalności do nowej sytuacji prawnej. Skazanie go na podstawie art. 107 kks stanowi więc naruszenie artykułu 7 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z tego względu, iż prawo nie spełniało w tym przypadku warunku przewidywalności, bowiem przestępstwo i wiążąca się z nim kara nie były wyraźnie zdefiniowane przez prawo;

3.obrazę prawa materialnego, tj. art. 32 § 1 w zw. z art. 29 pkt 4 kks w zw. z art. 15j u.g.h. poprzez orzeczenie ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku pomimo braku podstawy prawnej do orzeczenia ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku automatów do gier losowych objętych prohibicją skarbową i stąd wyłączonych spod zakresu art. 32 § 1 kks jako przedmiotów objętych zakazem posiadania.

Niezależnie od powyższych zarzutów, na podstawie art. 113 § 1 kks w zw. z art. 427 § 1 i 2 kpk i art. 438 pkt 4 kpk zarzucił rażąco niewspółmierność kary przez orzeczenie kary grzywny w wysokości 150 stawek dziennych określając wymiar stawki dziennej na kwotę 80zł podczas gdy prawidłowa ocena okoliczności sprawy, w tym w szczególności charakter wykonywanych przez niego czynności na rzecz Spółki, brak jego uprzedniej karalności w momencie podejmowania zarzucanego czynu i oraz przede wszystkim zakończenie prowadzenia przez niego jakiegokolwiek działalności w branży rozrywkowej wskazuje, iż cele kary zostałyby spełnione poprzez wymierzenie samoistnej kary grzywny w jej dolnych ustawowych granicach.

W oparciu o w/w zarzuty oskarżony wnosił o :

1.uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania w części dotkniętej bezwzględną przesłanką odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 8,

ewentualnie

2.zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego, w szczególności w oparciu o kontratyp z art. 10 § 4 kks,

3.zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie środka karnego,

W przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 1) i 2) wnosił o:

4.zmianę zaskarżonego wyroku i odstąpienie od wymierzenia kary, ewentualnie wymierzenie kary grzywny w jej dolnych granicach ustawowych.

Subsydiarnie podnosił, odnosząc się do karty karnej dowodzącej skali ukarania jego osoby za czyny z art. 107 § 1 kks, że wszystkie przypisane mu występki, za które już został skazany, popełnione zostały w tych samych okolicznościach, w tym samym czasookresie, z tej samej motywacji, przy tej samej sposobności i w tym samym zamiarze, także w ramach czynów ciągłych, co zarzucany mu występki z art. 107 § 1 kks urządzania gier na automatach bez koncesji na kasyno gry i poza kasynem gry w niniejszej sprawie, co czyni całkowitą bezprzedmiotowość dalszego karania go za zachowania mieszczące się w ramach powyższych skazań. Zwłaszcza uwzględniając znaczną wielkość dolegliwości karnych i już zasądzonych wobec niego sankcji karnych – kar, środków karnych, kosztów sądowych, co wynika z karty karnej. Z tego względu wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie niniejszego postępowania na podstawie art. 11 § 1 kpł w zw. z art. 113 § 1 kks.

#### **Sąd Okręgowy zważył co następuje :**

apelacja oskarżonego poza zarzutem obrazy prawa materialnego a to art. 32 § 1 kks nie zasługuje na uwzględnienie. Nie trafny okazał się zarzut obrazy prawa materialnego określony w art. 439 § 1 pkt 8 kpł w zw. z art.113 § 1 kks polegający na uznaniu oskarżonego za winnego zarzucanego mu czynu pomimo, że oskarżony wyrokiem Sądu Okręgowego w Suwałkach z dnia 22 marca 2018 r. został uznany za winnego przestępstw skarbowych z art. 107 kks, gdzie zarzucanych czynów miał się dopuścić w czasie obejmującym zarzucany mu w niniejszej sprawie. Przepis art. 6 § 2 kks nie ma jednak zastosowania do art. 107 § 1 kks przestępstwo to ma charakter przestępstwa trwałego, wieloczynowego. Sądowi odwoławczemu znane są orzeczenia Sądu Najwyższego odnośnie powagi rzeczy osadzonej jednak w realiach niniejszej sprawy nie mają one zastosowania. W orzecznictwie wskazuje się, że warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest tożsamość czynu, a nie tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna, czy pomieszczenie zachowań w tożsamym przedziale czasowym. W realiach niniejszej sprawy analizując czyn prawomocny przypisany oskarżonemu w wyroku Sądu Rejonowego w Suwałkach z dnia 22 marca 2018 r. sygn. akt II Ka 250/17 oraz zarzucanego w rozpoznawanej sprawie wynika, że nie ujawniła się przeszkoda wynikająca z art. 17 § 1 pkt 7 kpł zakazująca ponownego postępowania o inne ujawnione zachowanie sprawcy, będącego elementem czynu ciągłego, stanowiącego przedmiot wcześniejszego osądzenia ( brak tożsamości czynów). Jak wynika z akt sprawy przedmiotem obu przestępstw było co prawda urządzanie gier na automatach w tym samym czasie, jednak w przypadku czynu przypisanego w wyroku Sądu Rejonowego w Sosnowcu z dnia 16 października 2017 r., sygn. akt II K 190/17 chodziło o gry na innych automatach Wynika z tego, że ani miejscowość, ani rodzaj automatów nie jest tożsamy. Takie stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego vide postanowienia z dnia 17 maja 2017 r. sygn. akt IV KO 34/17 oraz z dnia 4 kwietnia 2018 r. sygn. akt V KS 5/18, wyrok z dnia 22 maja 2018 r. sygn. akt III K 331/17.

Słusznie podkreślił w swoim uzasadnieniu sąd I instancji, że oskarżony swoim zachowaniem dopuścił się naruszenia wskazanych norm prawnych z ustawy o grach hazardowych a w szczególności naruszył art. 6 ust. 1 w/w ustawy. Wbrew temu co twierdzi w swojej apelacji oskarżony art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie jest przepisem technicznym w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. Tą kwestia ostatecznie została rozstrzygnięta w orzecznictwie m. in. SN w wyroku z dnia 11 października 2017 r. sygn. akt V KK141/17, oraz uchwałe z dnia 19 stycznia 2017 r. sygn. akt I KZP 17/16. Jak wynika z akt sprawy oskarżony nie posiadał koncesji na prowadzenie kasyna, a gry które urządzał odpowiadają definicji stawowej z ustawy o grach hazardowych. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego urządzanie gry na automatach dozwolone

jest tylko w kasynach gry prowadzonych w ramach udzielonej koncesji. Zakaz prowadzenia tego rodzaju działalności poza warunkami koncesji dotyczy wszystkich podmiotów, zarówno osób fizycznych jak i prawnych, niezależnie od tego, czy posiadają koncesję na prowadzenie kasyna gry, czy też takiej koncesji nie posiadają. Z treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. sygn. I KZP 17/16 wynika, że czyn polegający na urządzaniu wbrew normie z art. 6 ust. 1 u.g.h. gier na automatach pomimo nie posiadania koncesji na prowadzenie kasyna stanowi przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. nawet przed wejściem w życie w dniu 3 września 2015r. nowelizacji ustawy o grach hazardowych. Oskarżony nie posiadał przed wejściem w/w ustawy zezwolenia albo koncesji tak więc przepis art. 4 tej ustawy nie ma do niego zastosowania. Rozstrzygnięcia Sądu I instancji znajdują oparcie w prawidłowo dokonanej ocenie całokształtu materiału dowodowego, zgromadzonego i ujawnionego w toku całego postępowania (art. 410 kpk). Wnikliwe i obszerne pisemne motywy zaskarżonego wyroku uzasadniają twierdzenie, że ocena materiału dowodowego, dokonana przez sąd I instancji w pełni uwzględnia reguły wyrażone w art. 4 kpk, art. 5 kpk oraz art. 7 kpk. Oskarżony wiedząc, że konieczne jest uzyskanie stosownych koncesji nie starał się spełnić któregokolwiek z wymogów określonych prawem lub uzyskać wymaganą prawem koncesję. Jak słusznie podkreślił w swoim uzasadnieniu sąd I instancji, oskarżony działał co najmniej z zamiarem ewentualnym, zajmowanie przez funkcjonariuszy celnych kolejnych automatów należących do oskarżonego, powinno wzbudzić u niego wątpliwości co do legalności charakteru gier prowadzonych na takich urządzeniach. Jak wykazał zebrany materiał dowodowy oskarżony jako osoba prowadząca działalność gospodarczą na szeroką skalę w zakresie automatów. Był świetnie zorientowany, że jego działanie jest bezprawne, świadomie podejmował ryzyko i działalność sprzeczną z przepisami. Urządzanie gry 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 koncesję na prowadzenie kasyna gry, czy też nie. Działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry pokera, gier w kości oraz gier na automatach, bez względu na jej formę prawną, urządzana bez koncesji poza kasynem gry jest zawsze działalnością nielegalną, prowadzoną wbrew normie wynikającej z treści art. 6 ust. 1 u.g.h. i stanowi przestępstwo z art. 107 § 1 kks. Biorąc pod uwagę stopień społecznej szkodliwości zarzucanego oskarżonemu czynu, rodzaj i charakter naruszonego dobra, trudno jak sugeruje w swojej apelacji oskarżony aby zastosować wobec oskarżonego art. 11 § 1 kpk i umorzyć wobec niego postępowanie. W tych okolicznościach w ocenie Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, iż zachowanie oskarżonego M. W. wyczerpało znamiona zarzucanych mu czynów opisanych w akcie oskarżenia. Nie zasługuje również na uwagę zarzut rażącej niewspółmierności orzeczonej wobec oskarżonego kary. Biorąc pod uwagę, że czyn z art. 107 § 1 kks zagrożony jest karą grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karą łącznie, trudno uznać, że wymierzona oskarżonemu kara grzywny 150 stawek dziennych po 80 zł każda jest karą rażąco niewspółmiernie surową, a tylko wymierzenie takiej kary uzasadniałoby ingerencję sądu odwoławczego. Wymierzona oskarżonemu kara jest sprawiedliwa, odpowiednia do stopni winy i społecznej szkodliwości. Trafny jedynie okazał się podniesiony w apelacji oskarżonego zarzut naruszenia prawa materialnego, a to art. 32 § 1 kks. W aktualnym stanie prawnym nie było dopuszczalne orzeczenie wobec oskarżonego środka karnego w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej zwróconych oskarżonemu automatów do gry podlegającym przepadkowi w kwocie (...) i 8395 złotych, wobec tego, że takiego środka nie stosuje się do przedmiotów, których posiadanie jest zabronione. Należy przypomnieć, że w dniu 1 kwietnia 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 15 grudnia 2016 r. (Dz. U. z 2017 r. poz.88) zmieniająca m.in. Kodeks karny skarbowy, która dodała przepis art. 107d kks. Zgodnie z treścią tego artykułu zabronione jest posiadanie automatów do gier wbrew warunkom koncesji lub bez wymaganego urzędowego sprawdzenia lub bez nałożenia wymaganych urzędowych zamknięć. Orzeczenie środka karnego z art. 32 § 1 kks jest natomiast wyłączone w stosunku do przedmiotów określonych w art. 29 pkt 4 kks tj. przedmiotów, których posiadanie jest zabronione. Przepis art. 32 § 1 kks wyłącza wyraźnie i kategorycznie możliwość zastępowania środka karnego przepadku przedmiotów środkiem karnym zastępczym w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów w wypadku, gdy przepadek miałby dotyczyć automatów do gier, których posiadanie od 1 kwietnia 2017 r. jest zabronione. Dlatego też uznając zasadność apelacji oskarżonego w tej części, sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok w pkt 3 i uchylił w stosunku do oskarżonego środek karny w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej zwróconych automatów podlegających przepadkowi, gdyż jego orzeczenie było niedopuszczalne. W pozostałej części sąd odwoławczy utrzymał w mocy zaskarżony wyrok. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 624 § 1 kpk.

SSO Sławomir Kleocki