

Sygnatura akt VI Ka 756/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **29 października 2019** r.

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

Przewodniczący Sędzia Grażyna Tokarczyk

Protokolant Natalia Skalik-Paś

przy udziale Agnieszki Schwarz-Rasińskiej - Prokuratora Prokuratury Rejonowej G. w G.

oraz

Z. W. – przedstawiciela (...)Urzędu Celno-Skarbowego w K.

po rozpoznaniu w dniu 29 października 2019 r.

sprawy **A. U., syna S. i B.**

ur. (...) w O.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 21 maja 2019 r. sygnatura akt IX K 1490/16

na mocy art. 437§ 1 kpk, art. 636 § 1 kpk

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

2. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 800 (osiemset) złotych.

sygn. akt VI Ka 756/19

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z 21 maja 2019 roku sygn. akt IX K 1490/16 uznał A. U. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, to jest tego, że w G., w salonie gier mieszczącym się przy ulicy (...) w dniu 30 maja 2016 roku, jako prezes zarządu a tym samym z racji faktycznego wykonywania czynności związanych ze sprawami gospodarczymi i finansowymi na rzecz spółki (...) w B. przy ulicy (...), urządzał gry o charakterze losowym organizowane w celach komercyjnych na automatach do gier (...) o numerze (...), (...)o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (j.t. Dz. U. z 2016r., poz. 471, ze zm.), stanowiącego przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks i za to na mocy art. 107 § 1 kks wymierzył oskarżonemu karę grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych, wysokość jednej stawki dziennej ustalając na kwotę 80 złotych, na mocy art. 30 § 5 kks w zw. z art. 31 § 1a kks orzekł wobec (...) spółki z o.o. w B. przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci:

- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym,
- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym,
- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym,
- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym,
- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym,
- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym,
- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym,
- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym,
- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym,
- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym
- automatu do gier hazardowych (...) o numerze (...) wraz z kablem zasilającym przechowywanych w magazynie depozytowym Urzędu Celnego w R. pod pozycją (...), na mocy art. 30 § 5 kks w zw. z art. 31 § 1 kks orzekł wobec (...) spółki z o.o. w B. przepadek na rzecz Skarbu Państwa środków pieniężnych w kwocie 170 złotych, przechowywanych na koncie sum depozytowych Izby Celnej w K. pod pozycją (...)

Obrońca oskarżonego zaskarżając wyrok w całości postawił zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych, naruszenie art. 107 § 1 kks, art. 107 § 1 kks w zw. z art. 4 § 2 kks, art. 4 ustawy nowelizującej ustawę o grach hazardowych z dniem 3.09.2015 r., bezzasadne zastosowanie art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a z ostrożności procesowej naruszenie art. 10 § 3 i ewentualnie § 4 kks.

Apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługuje na uwzględnienie.

Pierwszy ze stawianych zarzutów odnosi się do czynnościowego znamienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks, które stanowi o karalności sprawcy urządzającego lub prowadzącego gry hazardowe. W doktrynie rozbieżności budzi wzajemny stosunek pojęć "urządzenie" i "prowadzenie" użytych w art. 107, gdyż jedni autorzy uznają to pierwsze za węższe (np. S. Baniak, Prawo..., s. 412; F. Prusak, Kodeks..., t. II, s. 773-774), inni zaś traktują je jako szersze wobec prowadzenia gry czy zakładu (np. W. Kotowski, B. Kurzępa, Kodeks..., 2007, s. 450; L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks karny skarbowy..., s. 488). Mając na uwadze przepisy u.g.z.w., trzeba zauważyć, że czym innym jest tu urządzenie gry i zakładu wzajemnego lub prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a czym innym prowadzenie gry lub zakładu. To pierwsze wymaga bycia określonym podmiotem uprawnionym do uzyskania zezwolenia na urządzenie gry lub zakładu lub na prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a wcześniej ustalenia ich regulaminu, z określeniem w nim także wygranych, terminu i miejsca gry lub zakładu oraz praw i obowiązków ich uczestników, zapewnienia stosownych zabezpieczeń i spełnienia określonych warunków, od jakich ustawa uzależnia zorganizowanie (urządzenie) danej gry lub zakładu lub działalności w tym zakresie (zob. np. art. 3, 4 ust. 1, art. 5-7, 11 ust. 2, 5 i 5a, art. 13-15b, art. 22, 24, 32-36 czy 39 u.g.z.w.). To drugie, czyli prowadzenie gry bądź zakładu wzajemnego, a nie działalności w tym zakresie, wiąże się z samym ich realizowaniem, co wymaga też uwzględnienia przez prowadzącego konieczności przestrzegania wymogów prawidłowego organizowania gry lub zakładu zarówno od strony technicznej, organizacyjnej, realizacji wygranych itd. (np. art. 11 ust. 1, 3 i 4, art. 17-19 czy 23 u.g.z.w.). W konsekwencji uznać należy, że urządzenie gier lub zakładów zdaje się jednak pojęciem szerszym niż samo ich prowadzenie (T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, LEX, 2009). Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 października 2016 r. sygn. IV KK 174/16 wskazując, że w opisie czynu zabronionego określonego w art. 107 § 1 kks ustawodawca posłużył się znamionami "urządzenie" i "prowadzenie". Oznacza to więc penalizację zarówno "urządzania", jak

i "prowadzenia" gier na automatach wbrew przepisom ustawy albo warunkom koncesji lub zezwolenia. "Urządzać", to więcej niż tylko "prowadzić", a zatem "urządzenie" jest pojęciem szerszym. Obejmuje całość podjętych działań (LEX nr 2142039).

W świetle powyższego oskarżony, jako prezesem (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., zorientowany w zakresie prowadzonej działalności, świadom regulacji prawnych, podejmując decyzję co do tej działalności, a zatem powodując umieszczenie w salonie gier mieszczącym się przy ulicy (...) w G. automatów do gier (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), urządził w celach komercyjnych gry zawierające element losowości. Sam fakt, że fizycznie nie uruchamiał urządzenia, ani nie nadzorował jego pracy, czy też, że nie opróżniał z pieniędzy, ani nawet nie był osobiście w lokalu, nie ma znaczenia. Oskarżony przyznał, że prowadził działalność, której zakres był mu znany, aż po sytuacji prawne związane z prowadzeniem i urządzaniem gier regulowanych ustawą z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, a nawet art. 4 ustawy nowelizującej. Treść wyjaśnień oskarżonego wprost wskazuje, że był zorientowany w zakresie prowadzonej przez kierowaną przez siebie spółkę działalności, tak w sferze czynności realizujących jej działalność gospodarczą, jak i prawnej, po obowiązki fiskalne, które wykonywał. Dlatego istotnie nie można mówić o poszlakach skoro są dowody bezpośrednie potwierdzające sprawstwo oskarżonego, a to jego wyjaśnienia powiązane z ujawnionymi w toku kontroli okolicznościami.

Nie sposób również doszukiwać się wątpliwości co do bezpośredniego zamiaru działania oskarżonego, jak wynika bowiem z jego wyjaśnień działalność

o tożsamym przedmiocie prowadził od lat, był doskonale zorientowany, co do treści ustawy o grach hazardowych, a nawet problemów związanych z brakiem notyfikacji art. 14 ustawy o grach hazardowych, którym to uchybieniem dotknięta była ustawa w okresie do 3.09.2015 r., co potwierdza przedstawiana przez obronę dokumentacja w postaci zapadających względem oskarżonego orzeczeń z dat poprzedzających datę czynu obecnie rozpoznawanego. Innymi słowy oskarżony wiedział nie tylko jakie jest brzmienie ustawy

o grach hazardowych, ale również jakie jest brzmienie art. 107 § 1 kks, i że opisane w nim zachowanie zagrożone jest karą. Pomimo tego podejmował działalność polegającą na urządzaniu gier o charakterze losowym w celach komercyjnych na automatach do gier. Chciał zatem postępować wbrew ustawie karnej.

Skoro zaś oskarżony był tak rozeznany w problematyce notyfikacji, że swą postawą, tak jak inni podobni mu przedsiębiorcy oraz urzędnicy państwowi i sądy, wpłynął na podjęcie inicjatywy nowelizacji ustawy oraz notyfikacji przepisu technicznego, nie może być mowy, aby 30 maja 2016 roku, po przeszło sześciu miesiącach od wejścia w życie nowelizacji mógł mieć jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, że jego działanie jest zabronione przez ustawę pod groźbą kary. Przypomnieć trzeba, że już na etapie notyfikacji przepisów art. 6

i 14 ustawy o grach hazardowych (w nowelizowanej postaci), Komisja Europejska wskazała na brak potrzeby notyfikacji pierwszego z nich. Trzeba dodać, a jest to okoliczność objęta notorią powszechną, że był to okres, w którym wymiana poglądów doktryny, szerokie orzecznictwo oraz aktywność przedstawicieli stron- oskarżonych i interwenientów, nie mogła umknąć uwadze również oskarżonemu.

Dodatkowo dla sytuacji oskarżonego bez znaczenia pozostawał wyrok TSUE w sprawie C-303/15, bowiem dotyczył zdarzenia z czasu poprzedzającego notyfikowaną nowelizację, podobnie jak uchwała Sąd Najwyższego w sprawie I KZP 17/16. Na marginesie można zauważyć, że orzeczenia te dały jasną odpowiedź o zakresie skuteczności prawa wspólnotowego, które tworzą również orzeczenia TSUE i to niezależnie od tego, że zapadają w sprawie jednostkowej, którą to lekcję teoretycy i praktycy prawa odebrali dzięki branży hazardowej, choć przecież nie dla jej wspierania, ale dla obrony praworządności.

Wreszcie też nie może oskarżony rzeczowo powoływać się na treść art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U.2015.1201) który stanowi, że „Podmioty prowadzące działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2, w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy mają obowiązek dostosowania się do wymogów określonych

w ustawie zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, do dnia 1 lipca 2016 r.”, a oskarżony nigdy nie działał w oparciu o przepisy wskazanej ustawy, zatem nie był adresatem tej normy prawnej.

Owszem w sprawie wypowiedział się Sąd Najwyższy, ale odmawiając odpowiedzi na pytanie prawne postanowieniem z dnia 28 kwietnia 2016 r. w sprawie I KZP 1/16, nie tylko potwierdził, 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) (OSNK 2016/6/36, KZS 2016/7-8/20, KZS 2016/6/44, Biul.PK 2016/4-6/7-8, Biul.SN 2016/6/18), ale również wykazał bezzasadność tegoż pytania. Przynajmniej wypada kilka fragmentów, które to potwierdzają: „Wyrażone w postanowieniu Sądu Rejonowego wątpliwości interpretacyjne były bezpodstawne”, „Ten przejściowy przepis nie powstał w próżni normatywnej i nie dotyczył obszaru dotychczas przepisami prawa nieregulowanego. Wręcz przeciwnie, tak jak i cała nowelizacja zmierza! do zapewnienia prawidłowego działania rynku gier hazardowych”. Zatem to, że Sąd Najwyższy zabierał w sprawie głos nie przekonuje o istnieniu problemów interpretacyjnych. Takich zdecydowanie doszukiwać się nie można, a rozbieżności powoływane przez apelującego są w istocie jedynie argumentami podnoszonymi przez naruszających przepisy ustawy o grach hazardowych w dążeniu do pomnażania zysków.

W tej sytuacji zarówno art. 6 ust. 1, jak i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych mógł wypełniać blankietową normę art. 107 § 1 kks.

Argumenty w powołanym wyżej zakresie wydają się zmierzać raczej do poparcia życzenia zastosowania wobec oskarżonego art. 10 § 3 lub 4 kks, bo przecież oskarżony twierdził, że ma rozeznanie w regulacjach prawnych oraz jak wynika również z apelacji w istnieniu rozbieżności, co do oceny podobnych zachowań.

Gdy chodzi o art. 10 § 3 kks, który stanowi, że nie popełnia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność, to o takim stanie świadomości oskarżonego mowy być nie może.

Truizmem jest przypomnienie, że brak notyfikacji przepisu technicznego skutkujący odmową jego stosowania nie oznacza, że działanie z tą normą sprzeczne jest działaniem legalnym. Brak notyfikacji nie uchyla ani poszczególnej normy prawnej, ani tym bardziej ustawy. To przecież wielokrotnie w podobnych sprawach obrońcy powoływali się na orzecznictwo TSUE, który wskazywał na brak możliwości wyciągania wobec jednostki negatywnych konsekwencji na podstawie nienotyfikowanego przepisu technicznego. Innymi słowy o ile taka norma prawna mogłaby być podstawą pozytywnych dla jednostki rozstrzygnięć pozostaje ona skuteczna, a jej nieskuteczność organiczna się do konsekwencji negatywnych. Dla podnoszonych w apelacji twierdzeń ma to takie znaczenie, że oskarżony nie może powoływać się na okoliczność wyłączająca bezprawność.

Jeżeli natomiast chodzi o drugi z przepisów, to błąd co do karalności, o którym mowa w art. 10 § 4 kks może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy sprawca dopuścił się czynu działając w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o niekaralności zachowania objętego aktem oskarżenia. Badając natomiast formułę usprawiedliwienia należy co do zasady odwoływać się do wzorca zachowania przeciętnego obywatela. Pamiętać przy tym należy, że w wypadku osoby podejmującej, a następnie prowadzącej działalność gospodarczą wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań. Zgromadzone w niniejszej sprawie dowody nie dawały podstaw do przyjęcia, iż podejmując objęte aktem oskarżenia działania oskarżony postępował w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o niekaralności jego zachowań. Obowiązkiem oskarżonego jako osoby prowadzącej działalność gospodarczą było bieżące kontrolowanie stanu prawnego w zakresie objętym działalnością spółki.

Z uwagi na żywotne zainteresowanie przedstawicieli branży hazardowej prawnymi aspektami prowadzenia tego rodzaju działalności, zmiany obowiązujących w tym zakresie przepisów musiały być oskarżonemu znane. Sam oskarżony powoływał się na publikacje doktryny i zapadające orzeczenia, nie mogły zatem być mu obce prace nad

nowelizacją ustawy, która w zakresie przepisów technicznych została notyfikowana. Oskarżony miał zatem pełną świadomość nielegalności działań polegających na urządzeniu gier na automatach 30 maja 2016 roku, dlatego nie może domagać się, aby jego zachowania były ocenione jako podejmowane w usprawiedliwionym błędzie. Nie przekonuje o tym również powoływanie się na korzystne dla oskarżonego orzeczenia wydawane w odniesieniu do stanu prawnego sprzed 3 września 2015 r. Podobnie wyszukiwanie przychylnych poglądów doktryny przemawia tylko i wyłącznie za wyszukiwaniem okoliczności, które oskarżony zamierzał wykorzystywać w prowadzeniu spraw w przyszłości.

W niniejszej sprawie ze względu na datę czynu nie może być najmniejszych wątpliwości co do karalności zachowania oskarżonego. Nawet gdyby jednak tak chciał twierdzić, to deklaracje tego rodzaju należałoby ocenić jedynie jako kolejny wybieg, albowiem nie może powoływać się na jakiegokolwiek błędne przekonanie osoba, która spośród wielu odmiennych poglądów wybiera tylko te dla siebie przydatne. Owszem należy domagać się w takiej sytuacji zaprzestania działalności i to każdej, nie tylko gospodarczej. Skoro, bowiem istnieją np. określone regulacje w ruchu drogowym, a są poglądy wskazujące na potrzebę zmian, to dopóki takowe nie wejdą w życie nikt na drodze nie będzie ryzykował nie tyle tego, czy aby na pewno przepis oceniany negatywnie obowiązuje i jego naruszenie zagrożone jest odpowiedzialnością za wykroczenie, ale wręcz swojego bezpieczeństwa. Oskarżony rozeznany w realiach prawnych, świadom istniejących wcześniej rozbieżności, przeprowadzonej notyfikacji i zmiany ustawy podjął określoną decyzję, a argumenty podnoszone w apelacji ocenić trzeba wyłącznie, jako zmierzające do uniknięcia odpowiedzialności karnej, która nabrała realnego charakteru.

Podsumowując, Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutów i twierdzeń obrońcy oskarżonego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono po myśli art. 636 § 1 kpk, który stanowi, że w razie nieuwzględnienia środka odwoławczego, wniesionego wyłącznie przez oskarżonego (...), koszty procesu za postępowanie odwoławcze ponosi na ogólnych zasadach ten, kto wniósł środek odwoławczy.

Zgodnie z art. 616. § 1. Do kosztów procesu należą: koszty sądowe i uzasadnione wydatki stron, w tym z tytułu ustanowienia w sprawie jednego obrońcy lub pełnomocnika. Apelację wniósł obrońca oskarżonego, zatem to oskarżony winien ponieść koszty sądowe postępowania odwoławczego, na które składają się wydatki w kwocie 20 złotych, a także opłata stanowiąca 10 % wymierzonej grzywny.