

Sygn. akt V.2 Ka 690/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lutego 2019 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku

Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: SSO Katarzyna Gozdawa-Grajewska

Protokolant: Ewelina Grobelny

w obecności Beaty Skrzyp funkcjonariusza Śląskiego Urzędu Celno – Skarbowego

w Katowicach

po rozpoznaniu w dniu 4 lutego 2019 r.

sprawy: **W. T. /T./,**

syna A. i M.,

ur. (...) w C.

oskarżonego o przestępstwo z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Żorach

z dnia 20 września 2018r. sygn. akt II K 187/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchyla rozstrzygnięcie orzeczone w punkcie 4 wobec oskarżonego W. T. w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej zwróconych automatów podlegających przepadkowi w kwocie 18.000 (osiemnaście tysięcy) złotych,

II. w pozostałym zakresie utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy,

III. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych i obciąża go opłatą za II instancję w kwocie 880 (osiemset osiemdziesiąt) złotych.

SSO Katarzyna Gozdawa-Grajewska

Sygn. akt. V.2 Ka 690/18

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Żorach wyrokiem z dnia 20 września 2018 r. sygn. akt II K 187/15 uznał oskarżonego W. T. za winnego tego, że:

1. od 6 do 12 sierpnia 2014r. w Ż. w lokalu J. H. (...) mieszczącym się na osiedlu (...), pełniąc funkcję Prezesa Zarządu firmy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B., urządził w w/w lokalu bez koncesji na kasyno gry, w celu komercyjnym, gry o charakterze losowym, na automatach do gier o nazwie H. (...) o numerze (...), H. S. o numerze (...) i H. S. o numerze (...), bez badania automatów przez jednostkę opiniującą i bez rejestracji automatów wbrew przepisom art. 6 ust. 1 i art. 23 ust. 1 i 3 ustawy z 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz.U. 201 z 2009r. poz 1540) tj. za winnego przestępstwa z art. 107 par. 1 kks i za to wymierzył mu karę 100 stawek dziennych licząc po 80 złotych stawka.

2. od 1 lipca 2014r. do 12 sierpnia 2014r. w Ż. na lokalu J. H. (...) mieszczącym się na Osiedlu (...) pełniąc funkcję Prezesa Zarządu firmy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B., publicznie rozpowszechniając symbole graficzne w postaci (...) związane z grami w karty i grami na automatach, prowadził reklamę gier na automatach, wbrew przepisom art. 29 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz.U. 201 z 2009r. poz 1540) czym wyczerpał dyspozycję art. 110a par. 1 kks i za to na podstawie art. 110a par. 1 kks wymierzył mu karę grzywny w wysokości 40 stawek dziennych licząc po 80 zł stawka.

3. na podstawie art. 39 par. 1 kks w zw z art. 85 par. 1 kk w zw z art. 20 par. 2 kks orzekł wobec oskarżonego W. T. za zbiegające się przestępstwa skarbowe z punktów 1 i 2 karę łączną grzywny w wysokości 110 zł. stawka

4. na podstawie art. 32 par. 1 i 2 kks orzekł wobec oskarżonego W. T. ściąganie równowartości pieniężnej przypadku automatów do gier o nazwie H. (...) o numerze (...), H. S. o numerze (...) i H. S. o numerze (...), oraz pieniędzy polskich w łącznej kwocie 18925 zł.

5. na podstawie art. 624 par. 1 kpk zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych przejmując je na rachunek Skarbu Państwa.

Od powyższego wyroku apelację wniósł obrońca oskarżonego, który zaskarżył wyrok w całości zarzucając:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 4 par. 2 i 3 kks poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że oskarżonemu można przypisać działanie z zamiarem popełnienia przestępstwa skarbowego, podczas gdy zarówno stan faktyczny sprawy jak i usprawiedliwione okolicznościami przekonanie oskarżonego o legalności jego zachowania wskazują, że zarzutu działania z zamiarem nie można oskarżonemu przypisać,

2. naruszenie prawa materialnego w postaci art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie go w sprawie jako normę uzupełniającą treść przepisu art. 107 par. 1 kks podczas gdy przepis ten (art. 6 ugh) nie znajduje zastosowania w sprawach o czyny określone w art. 107 par. 1 kks, albowiem przepis art. 6 ust. 1 ugh odnosi się do „prowadzenia” działalności a nie do „urządzania” gier na automatach, co jest znamieniem czynu z art. 107 par. 1 kks,

3. naruszenie prawa materialnego w postaci art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że organizowanie gier na przedmiotowym urządzeniu może naruszać powołany przepis tej ustawy oraz poprzez zastosowanie go w niniejszej sprawie w sytuacji gdy przepis ten nie może być podstawą uzupełnienia normy art. 107 par. 1 kks,

4. obrazę prawa materialnego, tj. art. 10 par. 1 kks poprzez brak jego zastosowania w sprawie podczas gdy okoliczności sprawy wskazują, że działanie oskarżonego jeśli w ogóle może być oceniane jako naruszające przepisy ustawy o grach hazardowych i kodeksu karnego skarbowego, to powinno być rozpatrywane w kategorii błędu co do znamienia ustawowego art. 107 par. 1 kks „urządzania gier na automatach wbrew przepisom ustawy ugh” wykluczającego przypisanie oskarżonemu umyślnego popełnienia czynu zabronionego określonego w tym ostatnim przepisie,

5. naruszenie prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 32 par. 1 kks, którego to środka karnego w aktualnym stanie prawnym nie można orzec albowiem nie stosuje się ściągania równowartości pieniężnej przypadku przedmiotów, których posiadanie jest zabronione,

w zakresie czynu z art. 110a par. 1 kks

6. obrazę przepisów prawa materialnego przyjętych za podstawę orzeczenia poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że oskarżonemu można przypisać popełnienie czynu z art. 110a par. 1 kks polegające na naruszeniu przepisu art. 29 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w sytuacji, w której uznać należy art. 29 ust. 1 ugh za przepis techniczny w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, który nie został notyfikowany Komisji Europejskiej, co w konsekwencji skutkowało powinno brakiem możliwości jego zastosowania, a w konsekwencji także przepisu sankcjonującego naruszenie zawartego w nim zakazu, tj. art. 110a par. 1 kks,

7. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, iż w witrynie lokalu na osiedlu (...) w Ż. znajdowały się jakiegokolwiek symbole związane z grami na automatach oraz, że umieszczone tam grafiki można było uznać za reklamę gier na automatach w sytuacji w której ustalenia te oparte są na przekazach świadków i ich subiektywnych odczuciach, a ponadto błędne uznanie, że symbole graficzne znajdujące się na witrynie lokalu można było uznać za reklamę odnoszącą się do działalności faktycznie wykonywanej w tym lokalu.

Stawiając powyższe zarzuty wniósł o :

1. zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów,
2. alternatywnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji,
3. w przypadku uwzględnienia apelacji o zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego kosztów obrony udzielonej mu z wyboru w postępowaniu apelacyjnym,

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

apelacja obrońcy oskarżonego co do zasady (poza zarzutem sformuowanym w pkt. 5 apelacji) nie zasługiwała na uwzględnienie. Stanowi ona bowiem jedynie gołosłowną polemikę z prawidłowymi ustaleniami i rozstrzygnięciami Sądu I instancji oraz prezentację dokonanej przez obrońcę wykładni wybranych przepisów u.g.h. i k.k.s. Poglądów tych Sąd odwoławczy jednakże nie podziela.

Sąd meriti starannie zgromadził i przeprowadził wszelkie dowody, które mogły prowadzić do wyjaśnienia okoliczności popełnienia przez oskarżonego przypisanego mu czynu. Zgromadzony i ujawniony przez Sąd I instancji materiał dowodowy jest obszerny i kompletny, a ustalenia faktyczne poczynione są w oparciu o całość zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego (art. 410 k.p.k.), który został oceniony z poszanowaniem reguł wynikających z art. 4, 5 i 7 k.p.k. Swoje stanowisko w sposób wyczerpujący Sąd Rejonowy uzasadnił w pisemnych motywach wyroku sporządzonych zgodnie z wymogami art. 424 § 1 i 2 k.p.k.

Pisemne motywy zaskarżonego wyroku nie pozostawiają wątpliwości, że działanie oskarżonego polegające na urządzaniu w celach komercyjnych gier o charakterze losowym na urządzeniach elektronicznych do gier wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych Sąd I instancji wiązał z naruszeniem przepisów art. 6 ust. 1 u.g.h., to jest z brakiem koncesji, oraz art. 23a ust. 1 u.g.h. tj. tj bez odpowiedniej rejestracji urządzeń do gier. Czyn polegający na urządzaniu gier na automatach, pomimo nieposiadania koncesji na prowadzenie kasyna gier, stanowi już sam w sobie przestępstwo i takim przestępstwem był również przed wejściem w życie w dniu 3 września 2015 roku nowelizacji ustawy o grach hazardowych.

Art. 107 § 1 k.k.s., w wersji obowiązującej w dacie czynu, stanowi, że kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządza lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie. Zatem dla przypisania sprawcy czynu z art. 107 § 1 k.k.s. koniecznym jest wykazanie, iż urządzał lub prowadził on grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny wbrew przepisom ustawy.

Zgodnie z utrwalonymi już w tej mierze poglądami doktryny zakres pojęcia „urządza” jest szerszy od „prowadzi”. Osoba, która grę lub zakład „urządza”, najczęściej układa system gry, określa wysokość wygranych, wynajmuje i przystosowuje lokal, zatrudnia i szkoli pracowników, organizuje grę, rozlicza przedsięwzięcie itp. Natomiast osoba, która grę lub zakład wzajemny „prowadzi”, ogranicza się najczęściej do wykonywania bezpośrednich czynności przy tych grach (tak pogląd zawarty w Komentarzu do art. 107 k.k.s. W. Kotowskiego i B. Kurzępy). Natomiast w komentarzu do art. 107 k.k.s. T. Grzegorzczak stwierdził, iż 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.

Oczywistym jest, że w dacie popełnienia zarzucanego czynu oskarżony pełnił funkcję prezesa zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) z siedzibą w B., której działalność związana była między innymi z urządzeniem gier losowych oraz w posiadaniu, której znajdowały się zatrzymane automaty. Wstawił on i zainstalował urządzenia do gier, na których wskazana spółka miała prowadzić działalność gospodarczą. Na powierzchni w lokalu o nazwie J. H. (...) w Ż. zostały wstawione przedmiotowe urządzenia elektroniczne do gier. Oskarżony będący prezesem zarządu wymienionej spółki odpłatnie udostępniał wskazane automaty do gier nieograniczonej liczbie osób i z tego tytułu osiągał korzyści majątkowe. Inaczej mówiąc, to właśnie oskarżony stworzył warunki do prowadzenia gier na automacie i umożliwił prowadzenie takich gier, z czego czerpał stały dochód. Tym samym nie ma wątpliwości, iż oskarżony urządzał gry w celach komercyjnych na wstawionych do lokalu automatach.

Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowe automaty zawierały gry o charakterze losowym, co wynika z protokołu kontroli. W trakcie kontroli przeprowadzono eksperymenty gier kontrolnych, których wyniki jednoznacznie wskazywały, że gry zainstalowane na urządzeniu mają charakter tylko i wyłącznie losowy, gdyż zarówno ich przebieg i jak i wynik był całkowicie niezależny od jakichkolwiek działań lub umiejętności gracza. Przebieg i wyniki tych eksperymentów zostały udokumentowane protokołami kontroli. Jednocześnie należy wskazać, iż funkcjonariusze przeprowadzający te kontrole przeszli specjalistyczne szkolenie w tym zakresie. Z dowodami tymi pozostaje zbieżna opinia biegłego z zakresu mechaniki technicznej, ogólnej budowy i eksploatacji maszyn, teorii maszyn i mechanizmów i techniki komputerowej – A. C.. W swojej opinii biegły kategorycznie stwierdził że gry oferowane na 3 zatrzymanych urządzeniach mają charakter losowy, były prowadzone w celach komercyjnych, a zatem oferują gry w rozumieniu ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009r.

Oskarżonemu zarzucono popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. Przepis ten odsyła do przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku (Dz. U. z 2009 roku, nr 201, poz. 1540 z późn. zm.). Przepisy powołanej ustawy definiują pojęcie gier hazardowych, dopuszczalność organizowania i prowadzenia działalności w tym zakresie oraz wymagania, jakie muszą być spełnione, by działalność taka mogła być prowadzona. Zatem przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. może polegać między innymi na naruszeniu art. 6 ust. 1, tj. na urządzeniu gier na automatach bez posiadanej koncesji na prowadzenie kasyna, lub art. 14 ust. 1 ugh, tj. na urządzeniu gier na automatach poza kasynem gry. Tym samym urządzenie gier losowych na automatach z naruszeniem któregokolwiek z tych przepisów wypełnia znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.

Jednocześnie w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016 r. wydanym w sprawie C-303/15 stwierdzono, że art. 6 ust.1 ustawy o grach hazardowych nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu

dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r., podlegającego obowiązkowi notyfikacji na podstawie art. 8 ust.1 tej dyrektywy. To jednoznaczne rozstrzygnięcie ETS czyni wszelkie zarzuty odwołujące się do kwestii techniczności w/w przepisu u.g.h. bezpodstawnymi.

Pogląd wyrażony w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016 r. wydanym w sprawie C-303/15 został również podzielony w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. (I KZP 17/16). Z powołanej uchwały Sądu Najwyższego należy wnosić, że o wypełnieniu normy blankietowej art. 107 § 1 k.k.s. stanowi już samo naruszenie art. 6 ust.1 u.g.h. i możliwym jest przypisanie odpowiedzialności karnej za czyn z art. 107 § 1 k.k.s., który polega na naruszeniu wyłącznie lub również art. 6 ust.1 ustawy o grach hazardowych, nawet jeśli czyn ten zostałby popełniony przed wejściem w życie nowelizacji ustawy o grach hazardowych.

Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, spółki, których oskarżony W. T. nie posiadał wymaganej prawem koncesji na prowadzenie tego typu działalności w lokalu w Ż. na osiedlu (...) wydanej przez właściwy organ. W związku z powyższym zachowanie oskarżonego naruszyło przede wszystkim art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Nadto naruszył także art. 23 ust. 1 i 2 ugh. Sąd Okręgowy nie podziela twierdzenia obrońcy, że oskarżony nie mógł naruszyć ostatniego z przytoczonych przepisów. Automaty nie były zgłoszone do rejestracji czego wymaga ustawa. Naruszenie tego przepisu jest więc ewidentne. Sąd meriti w wyczerpujący sposób uzasadnił stanowisko, że oskarżony naruszył swoim postępowaniem także art. 23a ust. 1 wspomnianej ustawy. Sąd Okręgowy tę argumentację w pełni podziela. Prezentowany przez obrońcę pogląd na interpretację art. 23a ust. 1 wydaje się być odosobniony i mało przekonujący.

Nawet zaś gdyby przyjąć pogląd apelującego za prawidłowy to i tak nie zmienia to faktu, że oskarżony wypełnił znamiona art. 107 par. 1 kks bowiem naruszył normę art. 6 ustawy o grach hazardowych, a już to wystarcza do popełnienia przestępstwa zarzucanego mu aktem oskarżenia.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argument, iż oskarżony działał w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. Przecież W. T. był prezesem zarządu spółki, której przedmiotem działalności było udostępnianie automatów do użytkowania właścicielom lokali gastronomicznych, z czego spółki czerpały dochody. Była to działalność prowadzona na sporą skalę. Świadczy to o tym, iż styczność oskarżonego z automatami do gier nie była przypadkowa, czy incydentalna, zaś z racji pełnionej funkcji oskarżony nie mógł nie wiedzieć o rygorach prawnych, którym poddana jest działalność w zakresie gier hazardowych. Musiał wiedzieć, że do prowadzenia gier hazardowych w celach komercyjnych na terenie Polski wymagana jest koncesja. Oskarżony nie był osobą przypadkową, ale przedsiębiorcą mającym wykorzystywać zakwestionowane automaty do gry w profesjonalnych przedsięwzięciach gospodarczych, przynoszących mu wymierny zysk. Z tych też względów twierdzenia oskarżonego, iż z uwagi na treść prawa europejskiego oraz niespójność orzecznictwa pozostawał w błędzie co do znamion czynu zabronionego z art. 107 k.k.s. należy ocenić krytycznie i uznać, iż stanowią one jedynie nieudolną linię obrony zmierzającą do uniknięcia odpowiedzialności karnej za zarzucany występki karnoskarbowy. Taki pogląd wyrażony został również w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2017 roku w sprawie o sygn. IV KK 225/15. Z całą pewnością oskarżony zdawał sobie sprawę z faktu niekorzystnego dla jego działalności uregulowania kwestii gry na automatach w ustawie hazardowej, ale z uwagi na duże korzyści majątkowe osiąmane z tejże działalności nie zamierzał z niej rezygnować.

Okazał się trafny natomiast zarzut 5 apelacji obrońcy dotyczący naruszenia przez Sad I instancji art. 32 par. 1 kks. Skarżący słusznie zauważył, iż w aktualnym stanie prawnym nie było dopuszczalne orzeczenie wobec oskarżonego środka karnego w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej zwróconych oskarżonemu automatów do gry podlegających przepadkowi w kwocie 18.000 zł wobec tego, że takiego środka nie stosuje się do przedmiotów, których posiadanie jest zabronione. W dniu 1 kwietnia 2017r. weszła w życie ustawa z dnia 15 grudnia 2016r. (Dz.U. z 2017r. poz 88) zmieniająca m.in. Kodeks Karny Skarbowy, która dodała przepis art. 107d kks Zgodnie z tą normą 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 par. 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 par. 1 in. fine 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 2017r. jest zabronione. Co prawda w chwili czynu posiadanie automatów nie było zabronione jednakże obecnie brzmienie ustawy jest ewidentnie bardziej korzystne dla oskarżonego. Stąd też należy po myśli art. 4 par. 1 kk stosować ustawę obecnie obowiązującą. Z tych też względów Sąd odwoławczy musiał w tym zakresie dokonać zmiany zaskarżonego wyroku w pkt. 4 i uchylić w stosunku do oskarżonego Wojciecha Tłałki środek karny w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej zwróconych automatów podlegających przepadkowi ponieważ jego orzeczenie było niedopuszczalne w świetle cytowanych wyżej przepisów.

Jeżeli chodzi o zarzuty obrońcy odnośnie przestępstwa skarbowego z art. 110a par. 1 kks to nie zasługują one na uwzględnienie. Przepis art. 29 ugh nie ma charakteru technicznego w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ani obecnie obowiązującej Dyrektywy (UE) 2015/1535 z dnia 9 września 2015r.. Przepis ten nie podlegał zatem obowiązkowi notyfikacji Komisji Europejskiej. Przepis ten znajduje zatem zastosowanie w niniejszej sprawie. Pogląd obrońcy na temat techniczności art. 29 ugh jest odosobniony. W wyroku Trybunału z dnia 13.10.2016r. w sprawie C-303/15 wyraźnie wskazano jakie przepisy mają charakter techniczny i są objęte obowiązkiem notyfikacji, którego naruszenie związane jest z sankcją w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu. Przepis art. 110a kks ustala odpowiedzialność karnoskarbową za naruszenie zakazu reklamy i promocji gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych oraz gier na automatach. Przedmiotem ochrony występów z art. 110a kks jest porządek publiczny. Forma ochrony polega na zabezpieczeniu przed nielegalnym reklamowaniem i promowaniem hazardu jak również czerpaniem korzyści z tego procederu. Zakaz ten jest wyrażony w art. 29 ust. 1 ugh. Przepis ten w kontekście zastosowania art. 110 a kks ma więc za zadanie chronić porządek publiczny, a konkretnie zapobiegać ryzyku uzależnienia od gier hazardowych, które przecież reklama i promocja pogłębia. Przepis art. 29 ugh nie stanowi więc przepisu technicznego ponieważ po pierwsze nie odnosi się on do produktu, po drugie nie zalicza się do kategorii „zasad dotyczących usług” społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 pkt. 5 Dyrektywy 98/34 (obecnie art. 1 ust. 1 pkt.e Dyrektywy UE 2015/1535) ponieważ nie dotyczy usług społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 pkt. 2 tej dyrektywy. Omawiany przepis nie może wreszcie być uznany za przepis techniczny należący do kategorii zakazów ponieważ ogranicza się do zakazu reklamy usługi produktu, a więc nie zawiera żadnego zakazu w rozumieniu omawianej Dyrektywy dotyczącego produkcji, przywozu sprzedaży lub stosowania wyrobu czy też świadczenia z usługi. Celem wprowadzenia omawianej dyrektywy było między innymi zapewnienie swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału między krajami członkowskimi. Tymczasem kwestionowany przez apelującego przepis w żaden sposób tej swobody nie ogranicza. Faktycznie zakaz reklamy wpływa na możliwość promowania gier hazardowych, ale nie ogranicza świadczenia samej usługi. Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy uznał zarzut skarżącego za bezzasadny i przyjął za Sądem I instancji, że zachowanie oskarżonego wyczerpało znamiona czynu z art. 110a par. 1 kks.

Również zarzut błędu w ustaleniach faktycznych odnośnie czynu z art. 110a kks nie może być uznany za słuszny. Sąd I instancji nie dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych i prawidłowo dokonał jego subsumcji pod normę art. 110a par. 1 kks. Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych jest tylko wówczas słuszny, gdy zasadność ocen i wniosków, wyprowadzonych przez Sąd z okoliczności ujawnionych w toku postępowania dowodowego budzi wątpliwości lub też gdy z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego wyprowadza wnioski niezgodne z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego. Natomiast taka sytuacja w tej sprawie nie miała miejsca. Reklama gier hazardowych polega na publicznym rozpowszechnianiu znaków towarowych lub symboli graficznych i innych oznaczeń z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych podmiotów prowadzących działalność w zakresie ogólnie nazwanych gier hazardowych oraz informacji o miejscach, w których takie gry lub zakłady są urządzone i możliwościach uczestnictwa w nich. (definicja reklamy art. 29 ust. 6 ugh) Za reklamę gier cylindrycznych gier w karty, gier w kości zakładów wzajemnych lub gier na automatach uważa się również: reklamę produktów i usług, których nazwa, znak towarowy, kształt graficzny lub opakowanie wykorzystuje podobieństwo lub jest tożsame z oznaczeniem gier cylindrycznych gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych, gier na automatach, kasyna gry, lub punktu przyjmowania zakładów wzajemnych albo z firmą, nazwą lub oznaczeniem podmiotu prowadzącego działalność w zakresie wymienionym wyżej. (art. 29 ust. 8 ugh)

oraz reklamę podmiotów, których wizerunek reklamowy wykorzystuje podobieństwo lub jest tożsamy z oznaczeniem gier cylindrycznych gier w karty, gier w kości zakładów wzajemnych lub gier na automatach, kasyna gry punktu przyjmowania zakładów wzajemnych (art. 29 ust. 9 ugh) Umieszczenie reklamy szeroko pojętych gier hazardowych polega na zawieszeniu (postawieniu) reklamy w danym miejscu dostępnym ogólnie dla klientów.

Przy tak szeroko zakreślonym ujęciu reklamy gier hazardowych nie ulega wątpliwości, że W. T. w lokalu J. H. (...) w Ż. na osiedlu (...) umieścił reklamę gier hazardowych w postaci symboli graficznych przedstawiających układ pięciu siódemek, która jednoznacznie kojarzy się z najwyższą wygraną. Neon ten był zawieszony nad wejściem do lokalu i zachęcał przechodniów do odwiedzenia miejsca, w którym mogliby zagrać na automatach wstawionych do lokalu przez oskarżonego. Umieszczając opisany wyżej neon na lokalu, w którym urządził gry hazardowe na automatach wyczerpał znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 par. 1 kks. Ustaleń dotyczących grafiki nie opierał Sąd I instancji na subiektywnych przeświadczeniach ale na podstawie dokumentacji fotograficznej. Wbrew wywodom apelującego oznaczenie jakie oskarżony umieścił na lokalu było adresowane do potencjalnych graczy, zawierało jednoznaczne oznaczenie gier hazardowych (najwyższej wygranej), które zachęcało do odwiedzenia lokalu, a więc stanowiło reklamę o której mowa w art. 110 a par 1 kks. Taki był też cel działania W. T., który prowadząc działalność w zakresie gier na automatach chciał zachęcić potencjalnych graczy do wizyty w lokalu i rozpoczęcia gry. To przyświecało oskarżonemu gdy umieszczał neonu z pięcioma siódmkami nad wejściem do lokalu. W tym przedmiocie ustalenia Sądu I instancji były jak najbardziej prawidłowe. Umieszczenie takiego neonu nad wejściem do lokalu, w którym można zagrać na automatach ma jednoznaczny wydźwięk; po prostu miało nakłonić potencjalnych graczy do zainicjowania gry. Odmienny wniosek byłby nieracjonalny. Dlatego twierdzenia obrony w tym zakresie należy uznać jedynie za gołosłowną polemikę z prawidłowymi ustaleniami Sądu Rejonowego. Prawem oskarżonego jest przedstawianie odmiennej wersji i poglądu na sprawę jednakże nie może podważyć ustaleń Sądu i instancji. Prezentowane przez oskarżonego stanowisko w sprawie słusznie zostało uznane przez Sąd Rejonowy za niewiarygodne. Sąd Odwoławczy krytyczną analizę wyjaśnień oskarżonego podzielił, a w konsekwencji uznał zarzut apelacji za bezzasadny.

Sąd Okręgowy w ramach postępowania odwoławczego zawsze winien baczyć, by kara wymierzona sprawcy nie była nadmiernie surowa tak w aspekcie indywidualnym jak i w odczuciu społecznym (art. 447 par. 2 kpk). Wymiar kary jednostkowych za poszczególne występki jak i wymiar kary łącznej 110 stawek dziennych przy określeniu wartości jednej stawki na kwotę 80 zł. uznać należy za słuszne i sprawiedliwe. Kary jednostkowe są adekwatne do stopnia winy oskarżonego i stopnia społecznej szkodliwości czynów. Również stawka dzienna grzywny w wysokości 80 złotych nie jest wygórowana, a zarazem jest adekwatna do sytuacji materialnej lub rodzinnej oskarżonego, który przez wiele lat przecież czerpał zyski z procederu urządzania gier hazardowych o czym świadczą kolejne skazania za czyny z art. 107 par. 1 kk zapadłe w latach 2015-2018. O skali procederu świadczy aktualna karta karna W. T. i liczba spraw wpływających do W. V. Karnego przeciwko oskarżonemu (fakt notoryjnie znany).

Wymierzona ostatecznie oskarżonemu kara grzywny uwzględnia dyrektywy wymiaru kary określone treścią art. 13 k.k.s i 23 par. 3 kks R. kary jest nie tylko odpłata oskarżonemu za popełnione przestępstwo, czy zapewnienie jego resocjalizacji, ale również prewencja szczególna i ogólna, winna ona zapewnić ochronę społeczeństwu przed przestępnymi działaniami oskarżonego i innych ludzi, którzy muszą mieć świadomość, że dopuszczenie się takiego przestępstwa pociąga za sobą konkretną i wymierną karę.

Biorąc pod uwagę powyższe i uznając ustalenia dokonane przez Sąd Rejonowy w Żorach za prawidłowe, Sąd Okręgowy znalazł podstawy jedynie do zmiany wyroku w zakresie orzeczonego środka karnego przepadku równowartości pieniężnej automatów do gier. Środek ten uchylono z powodów szczegółowo omówionych wyżej.

Oskarżonego obciążono kosztami postępowania odwoławczego, gdyż co do zasady przegrał apelację wniesioną w jego imieniu.

SSO Katarzyna Gozdawa-Grajewska