

Sygn. akt IV Ka 689/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 listopada 2019 roku

Sąd Okręgowy w Świdnicy w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

| | |
|------------------------|---------------------------|
| Przewodniczący: | SSO Waldemar Majka |
| Protokolant: | Ewa Ślęmp |

przy udziale S. Ł. z (...)we W.

po rozpoznaniu w dniu 8 listopada 2019 roku

sprawy I.H.

córki W. i J. z domu S.

urodzonej (...) w W.

oskarżonej z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonej

od wyroku Sądu Rejonowego w Wałbrzychu

z dnia 26 czerwca 2019 roku, sygnatura akt III K 1450/18

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

II. zasądza od oskarżonej na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe związane z postępowaniem odwoławczym, w tym wymierza 1500 złotych opłaty za to postępowanie.

Sygnatura akt IV Ka 689/19

UZASADNIENIE

(...) we W. wniósł akt oskarżenia przeciwko I.H.oskarżając ją o to, że prowadziła w grudniu 2017 roku gry hazardowe na urządzeniach elektronicznych:

1. (...) z modem I. (...),
2. (...)z modem I. (...)

o wygrane pieniężne, w których gra zawierała element losowości, w punkcie gier w W. przy ul. (...), bez wymaganej koncesji, poza kasynem gier, a także bez uprzedniej rejestracji wyżej wymienionych urządzeń, wbrew przepisom art. 3, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych,

tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 26 czerwca 2019 roku (sygnatura akt III K 1450/18) Sąd Rejonowy w Wałbrzychu:

I oskarżoną I.H.uznał za winną popełnienia zarzucanego jej czynu opisanego w części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. i za ten czyn na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył jej karę 150 (sto pięćdziesiąt) stawek dziennych grzywny, po 100 (sto) zł każda;

II zwolnił oskarżoną od poniesienia kosztów sądowych, zaliczając wydatki powstałe od chwili wszczęcia postępowania na rachunek Skarbu Państwa.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł obrońca oskarżonej I.H., zaskarżając wyrok w całości, zarzucając:

1) obrazę prawa procesowego mającą oczywisty wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to:

- art. 7 k.p.k., polegającą na jednostronnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, wyrażająca się w bezkrytycznym przyjęciu złożonego przez oskarżyciela materiału dowodowego, co w szczególności wyraża się w oparciu rozstrzygnięcia na opinii biegłego, pomimo wykazania w stanowisku strony oskarżonej, że opinia sporządzona przez biegłego sądowego K. B., nie daje podstaw do przypisania oskarżonej zarzucanego jej czynu, wobec niewykazania wymogów prawnych, których spełnienie jest niezbędne aby dokonać kwalifikacji gier za podlegające przepisom ustawy hazardowej, jak i zawiera sprzeczne wnioski dotyczące okoliczności mających kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, a które to wątpliwości nie zostały wyjaśnione,

- art. 410 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. polegającą na niewyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy, z pominięciem części okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonej, w szczególności poprzez uznanie, że prowadziła ona gry hazardowe na urządzeniach elektronicznych, pomimo iż zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że w przedmiotowym lokalu była ona odpowiedzialna wyłącznie za prace porządkowe, a kontrola przeprowadzona w lokalu nie dała podstaw do przyjęcia, że działalność o takim charakterze była w nim prowadzona,

- art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 366 k.p.k. i art. 167 k.p.k., poprzez nieusunięcie wątpliwości pojawiających się w toku postępowania dotyczących sprzeczności zaistniałych w opinii biegłego sądowego, a dalej czynienie z ewentualnych wątpliwości zarzutu w stosunku do oskarżonej, oraz przerzucenie ciężaru dowodu na oskarżoną, poprzez uznanie, że oskarżona nie kwestionowała charakteru gier, losowości gier na ujawnionych urządzeniach ani komercyjnego ich prowadzenia, pomimo że oskarżona nie przyznała się do zarzucanego jej czynu, a powyższe przesłanki zostały ustalone przez Sąd na podstawie opinii biegłego, a w swoim stanowisku końcowym w sprawie obrońca oskarżonej wskazał na niewykazanie znamion czynu zabronionego oskarżonej, w tym przesłanek prawnych, których spełnienie jest niezbędne dla kwalifikacji gier, a podlegające przepisom ustawy o grach hazardowych,

- art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., poprzez oparcie wyroku na błędnej podstawie faktycznej, na skutek nieustalenia przez Sąd I instancji, że w niniejszej sprawie nie miał zastosowania przepis art. 23a ustawy o grach hazardowych, a przez to nie może stanowić on uzupełnienia normy art. 107 § 1 k.k.s.

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku i mający wpływ na jego treść, poprzez błędne uznanie, że na zabezpieczonych w lokalu przy ul. (...) w W. urządzeniach elektronicznych: (...)z modem I. (...): (...), (...) z modem I. (...): (...) były urządzone gry wbrew przepisom art. 3, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy w postaci opinii biegłego sądowego, protokołów oględzin miejsca i urządzeń prowadzi do wniosku przeciwnego wskazując, że zabezpieczone w lokalu urządzenia nie stanowiły automatów do gier w rozumieniu przepisów ustawy, w szczególności nie były na nich realizowane gry o charakterze hazardowym o wygrane pieniądze, co nie pozwala na uznanie, że oskarżona dopuściła się zarzucanego jej czynu, a podnosząc powyższe zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku

poprzez uniewinnienie oskarżonej od zarzucanego jej czynu, a ewentualnie, wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

Sąd okręgowy zważył:

apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Rozpatrując przedstawione we wniesionym środku odwoławczym zarzuty stwierdzić należy, iż sąd rejonowy w niniejszej sprawie nie dopuścił się uchybień, które skutkować by musiały koniecznością uchylenia lub zmiany wydanego orzeczenia, a zebrane dowody sąd orzekający poddał rzetelnej i obiektywnej analizie oraz ocenie.

Kwestionując wydane rozstrzygnięcie i podnosząc w apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego tj. art. 7 kpk oraz naruszenia art. 410 kpk w zw. z art. 4 kpk a nadto także naruszenia art. 5§2 kpk w zw. z art. 193 §1 kpk w zw. z art. 366 kpk i art. 167 kpk jak również naruszenia art. 7 kpk w zw. z art. 410 kpk (pkt 1 apelacji) oraz zarzut błędu w ustaleniach faktycznych (pkt 2 apelacji) skarżący kwestionuje w istocie przeprowadzoną w sprawie ocenę dowodów i poczynione ustalenia w tym w szczególności co do losowego charakteru gier prezentując przy tym stanowisko, iż przedmiotowe urządzenia nie są automatami do gier w rozumieniu ustawy o grach hazardowych, a nadto kwestionuje także prawidłowość prowadzonego w sprawie postępowania.

Odnosząc się do sformułowanych w apelacji zarzutów przypomnienia wymaga, iż w wyniku przeprowadzonej kontroli w dniu 22.12.2017r. przez funkcjonariuszy (...)w asyście Policjantów ujawniono w lokalu przy ul. (...) w Wałbrzychu (...)urządzenia elektroniczne: 1. (...) z modemem I. (...), 2. (...)z modemem I. (...) jak i (...)

W przedstawionej argumentacji skarżący obrońca kwestionując wydane rozstrzygnięcie prezentuje własny pogląd, iż „Sąd I instancji przyjął, że zatrzymane w niniejszej sprawie urządzenia są automatami do gry w myśl przepisów ustawy o grach hazardowych, podczas gdy prawidłowo dokonane ustalenia faktyczne w oparciu o obowiązujące przepisy prowadzą do wniosków w tym zakresie zgoła odmiennych. Ustawa o grach hazardowych nie zawiera pojęcia automatu do gry, a jedynie określa założenia dotyczące charakteru gry urządzonej na danym urządzeniu. Natomiast wymogi jakie powinien spełniać konstrukcyjny automat do gier zawarte zostały w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 8 czerwca 2017 roku w sprawie urządzeń losujących, urządzeń do gier, zabezpieczenia informacji dotyczących urządzonej loterii oraz uzyskiwania, naliczania i wypłacania wygranych. Zgodnie z powyższym automat do gier posiada wygląd i konstrukcję automatu do gier hazardowych, posiada panel sterowania urządzeniem, wrzutnik monet, akceptor banknotów, kuwetę na wypłacone środki pieniężne”. Skarżący obrońca oskarżonej czyni nadto uwagi, iż „urządzenie takie realizują wygrane pieniężne (wypłacając środki pieniężne w zamian za wygrane punkty kredytowe) lub wydają dowody potwierdzające wygrane (§18 rozporządzenia). Zabezpieczone w sprawie urządzenia takich wymogów nie spełniają. Nie realizowały one żadnej wygranej pieniężnej, służyły jako sprzęt multimedialny będący przedmiotem wyposażenia przedmiotowego lokalu”. W ocenie apelującego „nie ma żadnych podstaw, które uzasadniałyby przyjęcie, że telewizor z komputerem typu interaktywnego (...) posiadał jakkolwiek cechę automatu hazardowego”

Odnosząc się do cytowanej argumentacji warto w tym miejscu zwrócić uwagę, iż stosownie do treści §1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 8 czerwca 2017 roku w sprawie urządzeń losujących, urządzeń do gier i automatów do gier, zabezpieczenia informacji dotyczących urządzonej loterii oraz uzyskania, naliczania i wypłacania wygranych (Dz.U.2017.1171 z dnia 2017.06.20) rozporządzenie określa:

- 1) szczegółowe warunki badania, rejestracji i eksploatacji urządzeń losujących, urządzeń do gier i automatów do gier;
- 2) warunki i sposób zabezpieczenia urządzeń i automatów, o których mowa w pkt 1, przed ingerencją z zewnątrz;
- 3) sposób działania urządzeń i automatów, o których mowa w pkt 1, w czasie awarii;

4) sposób zabezpieczenia istotnych informacji dotyczących urządzanej loterii, w tym danych dotyczących jej uczestników;

5) sposób uzyskiwania, naliczania i wypłacania wygranych w trakcie gry lub w przypadku, gdy urządzenie lub automat, o których mowa w pkt 1, znajdują się w sytuacji awarii. Natomiast warunki urządzania gier hazardowych i zasady prowadzenia działalności w tym zakresie oraz zasady opodatkowania podatkiem od gier hazardowych, zwanym dalej "podatkiem od gier" określone zostały w ustawie z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

Kwestionując wydane w sprawie rozstrzygnięcie obrońca oskarżonej I.H.w uzasadnieniu apelacji na poparcie podniesionych zarzutów podnosi iż „zgodnie z art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych oceny czy dane urządzenie stanowi gry na automatach w rozumieniu ustawy o grach hazardowych i jest sprzeczne z tą ustawą może dokonać minister właściwy do spraw finansów publicznych, a nie funkcjonariusze celni, którzy nie mają kompetencji w tym zakresie”. Prezentując powyższy pogląd skarżący jednocześnie w apelacji wyraża zapatrywania, iż „podkreślić przy tym należy, że funkcjonariusze celni dokonując kontroli nawet nie podjęli próby przeprowadzenia eksperymentu na miejscu zdarzenia, a zabezpieczenia urządzeń dokonali w sposób wybiórczy. W trakcie kontroli nie potwierdzono przy nich występowania żadnych instrumentów finansowych. Słuchany na rozprawie w charakterze świadka D. O. zeznał: „nie widzieliśmy by ktoś wypłacał jakieś pieniądze”, o tym, że w lokalu są urządzone gry hazardowe świadczył zewnętrzny wygląd lokalu, zakryte witryny, kamery przed lokalem”, K. K. zeznał: „nie byłem świadkiem by ktoś płacił pieniądze oskarżonej, nie widziałem by wypłacała pieniądze”.

Odnosząc się do powyższego godzi się zauważyć, że z zasady określonej treścią art. 8 § 1 k.p.k. wynika, że brak decyzji ministra właściwego do spraw finansów publicznych, o której mowa w art. 2 ust. 6 u.g.h., rozstrzygającej, iż konkretna gra jest grą na automacie w rozumieniu art. 2 ust. 3-5 tej ustawy, nie stanowi przeszkody do dokonania takiego ustalenia w postępowaniu karnym skarbowym, jako warunkującego wypełnienie przedmiotowego znamienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. (podzielając pogląd prawny wyrażony w wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2017 roku III KK 65/17).

Niewątpliwie przyczyny dla których funkcjonariusze służby celnej nie przeprowadzili eksperymentu zostały wyekspozowane przez sąd I instancji – powyższe wiązało się z wyłączeniem przez oskarżoną I. H.(w momencie przystąpienia do czynności przez funkcjonariuszy) pilotem zasilania w urządzeniach znajdujących się w tym lokalu z wyjątkiem jednego telewizora na którym wyświetlał się program telewizyjny, a co – z sobie wiadomych względów pomija już w swojej argumentacji skarżący. Zauważyć dodatkowo także należy, iż apelujący prezentując we wniesionym środku odwoławczym stanowisko jakoby funkcjonariusze celni zabezpieczenia urządzeń dokonali w sposób wybiórczy w żaden sposób nie uzasadnia przedstawionego w tym zakresie poglądu, w wywiedzionej apelacji nie precyzując przy tym w szczególności jakie dokładnie urządzenia (istotne dla ustalenia kwestii odpowiedzialności oskarżonej I.H.) nie zostały zabezpieczone.

Ponadto brak urządzeń mających realizować wypłaty pieniężne z wygranych, jak i okoliczność, iż automaty nie zostały wyposażone we wrzutnik monet oraz banknotów nie sprzeciwia się poczynionym w niniejszej sprawie ustaleniom. Analiza całokształtu zgromadzonego materiału dowodowego - w tym zabezpieczone i dołączone do akt sprawy – odrębne notatki wskazują, iż wypłaty te były realizowane w inny sposób – bezpośrednio poprzez wypłatę takich kwot – pochodzących z wygranych, a uruchomienie gry następowało po uiszczeniu do rąk oskarżonej kwoty odpowiadającej wysokości stawki.

Negując sprawstwo oskarżonej I. H.odnośnie czynu z art. 107§1 kks obrońca oskarżonej w apelacji czyni ponadto uwagi, iż „sama obecność gier na urządzeniu o planszach wskazanych w opinii, nie przesądza jeszcze o tym, że jest to urządzenie do gier hazardowych. Gry o właściwościach identycznych jak w opinii biegłego są dostępne na wielu portalach społecznościowych i innych serwisów umożliwiających m.in. grę „online”. Także instalowanie takich gier i korzystanie z nich nie podlega obostrzeniom ustawy. Takie stanowisko zostało potwierdzone w opinii Ministerstwa Rozwoju i Finansów, które nie potwierdziło aby takie gry podlegały pod ustawę. Podkreślić przy tym należy, że na terenie RP obowiązuje Rejestr Domen Służących do Oferowania Gier Hazardowych Niezgodnych z Ustawą, a gry

będące przedmiotem opinii biegłego nie zostały dodane do powyższych domen”. Odnosząc się do przedstawionych w powyższym zakresie twierdzeń zwrócić należy uwagę, iż jak zaznaczono w opinii wydanej przez K. B. biegłego sądowego z zakresu piractwa komputerowego, informatyki śledczej, Internetu, sieci komputerowych, telekomunikacji i technologii informatycznych – ujawnione informacje na temat aktywności internetowej zostały zapisane do plików, nagrane na płytę i dołączone do opinii, zaś przedmiotowa działalność związana z urządzaniem gier hazardowych nie wykorzystywała do tego celu sieci Internet, a zatem bez znaczenia pozostają uwagi co do braku wpisu do Rejestru Domen Służących do Oferowania Gier Hazardowych Niezgodnych z ustawą. W Rejestrze znajdują się nazwy domen internetowych wykorzystywanych do oferowania gier hazardowych w nielegalny sposób. W przypadku stwierdzenia, że istnieje możliwość uczestniczenia w grach hazardowych urządzanych przez podmiot nieposiadający zezwolenia, po wpisaniu adresu internetowego domeny tej strony nie dochodziłoby do przekierowania na stronę oferującą takie gry. Rejestr jest prowadzony w systemie teleinformatycznym, umożliwiającym automatyczne przekazywanie informacji do systemów teleinformatycznych przedsiębiorców telekomunikacyjnych i dostawców usług płatniczych. Lista nazw domen wpisanych do rejestru jest zamieszczana na stronie internetowej prowadzonej przez Ministra Finansów, prowadzonej w sposób jawny i ogólnodostępny dla wszystkich zainteresowanych osób.

W swojej argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu apelacji skarżący podnosi także, iż „gra ma charakter gry hazardowej tylko wtedy jeżeli jest prowadzona w celach komercyjnych przy wypełnieniu przesłanek z ustawy”, w ocenie skarżącego w sprawie taki charakter nie został udowodniony, bowiem zabezpieczone urządzenia nie wypłacały wygranych ani pieniędzy. Jak podnosi apelujący „opinia nie potwierdziła występowania żadnych urządzeń realizujących wypłaty pieniężne za uzyskane podczas gry wygrane”. Kwestionując przy tym wydaną w sprawie niniejszej przez biegłego K. B. opinię skarżący stwierdza równocześnie, iż cyt. „nadto podkreślić należy, że sam biegły w opinii w jej wstępnych założeniach wskazuje na cztery wymagania prawne od gier na automatach (urządzenie, wygrana, losowość, cel komercyjny), które muszą być łącznie spełnione aby można było łącznie przyjąć, że podlega pod przepisy ustawy. Natomiast opinia nie wykazała, aby te cechy zostały spełnione i aby gry będące przedmiotem oceny miały charakter gier hazardowych. Sąd również nie wziął pod uwagę sprzeczności jaka zaistniała pomiędzy założeniami opinii, a podsumowaniem z przeprowadzonych badań. Biegły pomimo założeń czterech koniecznych wymogów prawnych, w podsumowaniu wskazuje, że w wyniku eksperymentu ustalono, że gry na urządzeniu spełniają wymagania w 1, 2 oraz 3 opinii co jest wystarczające dla zakwalifikowania jako gry na automatach”. Zdaniem skarżącego obrońcy oskarżonej cytata z uzasadnienia „analiza opinii biegłego sądowego jednoznacznie potwierdza, że gry na których został przeprowadzony eksperyment nie są grami hazardowymi, a zatrzymane urządzenia multimedialne typu interaktywnego (...), konsole (...), nie stanowią urządzeń do gier hazardowych, a tym bardziej nie są automatami do gier hazardowych”.

Przedstawione w apelacji i przywołane powyżej twierdzenia co do charakteru tych gier stanowią jedynie merytorycznie nie uzasadnione stanowisko apelującego nie znajdujące wsparcia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Stosownie do treści art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz.U.2019.847 t.j. z dnia 2019.05.08) grami hazardowymi są gry losowe, zakłady wzajemne, gry w karty, gry na automatach.

Analizując wywody skarżącego obrońcy oskarżonej zwrócić należy również uwagę na treść art. 2 cytowanej ustawy, zgodnie z powyższym przepisem grami losowymi są gry, w tym urządzane przez sieć Internet, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku. Są to: 1) gry liczbowe - gry, w których wygraną uzyskuje się przez prawidłowe wytypowanie liczb, znaków lub innych wyróżników, a wysokość wygranych zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek, oraz gra liczbową keno, w której wygraną uzyskuje się przez prawidłowe wytypowanie liczb, a wysokość wygranych stanowi iloczyn wpłaconej stawki i mnożnika ustalonego dla poszczególnych stopni wygranych; 2) loterie pieniężne, w których uczestniczy się przez nabycie losu lub innego dowodu udziału w grze, a podmiot urządzający loterię oferuje wyłącznie wygrane pieniężne; 3) gra telebingo, w której uczestniczy się przez nabycie dowodu udziału w grze zawierającego przypadkowe zestawy liczb lub znaków z góry ustalonego zbioru liczb lub znaków, przeprowadzana na skalę ogólnokrajową z losowaniem nadawanym jako audycja telewizyjna, a podmiot urządzający grę oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe; 4) gry cylindryczne, w których uczestniczy się w grze przez wytypowanie liczb, znaków lub innych wyróżników, a wysokość wygranej zależy od określonego z góry stosunku wpłaty

do wygranej, zaś wynik gry ustalany jest za pomocą urządzenia obrotowego lub gry cylindryczne urządzone na tych zasadach w sieci Internet; 6) gry w kości; 7) gra bingo pieniężne, w której uczestniczy się przez nabycie przypadkowych zestawów liczb z ustalonego z góry zbioru liczb, a podmiot zarządzający grę oferuje wyłącznie wygrane pieniężne, których wysokość zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek; 8) gra bingo fantowe, w której uczestniczy się przez nabycie przypadkowych zestawów liczb z ustalonego z góry zbioru liczb, a podmiot zarządzający grę oferuje wyłącznie wygrane rzeczowe; 9) loterie fantowe, w których uczestniczy się przez nabycie losu lub innego dowodu udziału w grze, a podmiot zarządzający loterię oferuje wyłącznie wygrane rzeczowe; 10) loterie promocyjne, w których uczestniczy się przez nabycie towaru, usługi lub innego dowodu udziału w grze i tym samym nieodpłatnie uczestniczy się w loterii, a podmiot zarządzający loterię oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe; 11) loterie audiotekstowe, w których uczestniczy się przez odpłatne: a) połączenie telefoniczne, b) wysyłanie wiadomości tekstowych z użyciem publicznej sieci telekomunikacyjnej. 2. Zakładami wzajemnymi są zakłady o wygrane pieniężne lub rzeczowe, polegające na odgadywaniu: 1) wyników sportowego współzawodnictwa ludzi lub zwierząt, w których uczestnicy wpłacają stawki, a wysokość wygranej zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek - totalizatory; 2) zaistnienia różnych zdarzeń, w tym zdarzeń wirtualnych, w których uczestnicy wpłacają stawki, a wysokość wygranych zależy od umówionego, między przyjmującym zakład a wpłacającym stawkę, stosunku wpłaty do wygranej - bukmacherstwo. 2a. Przez zdarzenia wirtualne rozumie się generowane komputerowo zdarzenia dotyczące sportowego współzawodnictwa ludzi lub zwierząt. 3. Grami na automatach są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych oraz gry odpowiadające zasadom gier na automatach zarządzane przez sieć Internet o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości. 4. Wygraną rzeczową w grach na automatach jest również wygrana polegająca na możliwości przedłużania gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, a także możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze. 5. Grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, oraz gry odpowiadające zasadom gier na automatach zarządzane przez sieć Internet organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy,

Analizując argumentację skarżącego zwrócić w tym miejscu należy uwagę, iż jak podnosi się w doktrynie definicja „wyjściowa” gier na automatach znajduje się w art. 2 ust. 3 u.g.h. Przepis ten stanowi, że „grami na automatach są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, oraz gry odpowiadające zasadom gier na automatach zarządzane przez sieć Internet o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości”. Ustawodawca poszerzył pojęcie gry na automatach zdefiniowane w art. 2 ust. 3 u.g.h., wskazując w art. 2 ust. 5 u.g.h., że „grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, oraz gry odpowiadające zasadom gier na automatach zarządzane przez sieć Internet organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy”. Natomiast pojęcie „celów komercyjnych” nie zostało sprecyzowane w samej ustawie ani też przybliżone w uzasadnieniu z dnia 12 listopada 2009 r. (por. Babiarsz Stefan (red.) Aromiński Konrad Ustawa o grach hazardowych. Komentarz. System Informacji prawnej LEX). Warto przy tym zaznaczyć, iż jak podnosi się także w doktrynie komentując art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych jak wynika z porównania definicji zawartych w art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 u.g.h., mają one element wspólny („gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych”) oraz elementy rozbieżne. W art. 2 ust. 3 u.g.h. wymagane jest, aby gra „toczyła” się o wygraną pieniężną lub rzeczową, którego to wymogu nie ma w art. 2 ust. 5 u.g.h. Z kolei w art. 2 ust. 5 u.g.h. wskazuje się, że gra ma być organizowana w celach komercyjnych („działalność o nastawiona jedynie na osiągnięcie zysku”⁴⁷), grający nie ma zaś możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej. W art. 2 ust. 3 u.g.h. stanowi się, że gra ma „zawierać element losowości”, zgodnie zaś z art. 2 ust. 5 u.g.h. gra ma mieć „charakter losowy” (por. Babiarsz Stefan (red.) Aromiński Konrad Ustawa o grach hazardowych. Komentarz. System Informacji prawnej LEX).

W sprawie niniejszej biegły po przeprowadzeniu eksperymentów stwierdził, iż gry realizowane na urządzeniu (...) a także (...) spełniają wymagania 1, 2 oraz 3 przedstawione w opinii. Wypełnione zostały zatem wymogi określone w art. 2 ust. 3 ustawy o grach hazardowych. W art. 2 ust. 3 cyt. ustawy brak jest wymogu aby gra miała być organizowana

w celach komercyjnych – taki wymóg zawiera art. 2 ust. 5 ustawy – w którym jak wskazano już powyżej poszerzono pojęcie gry na automatach zdefiniowane w art. 2 ust 3 u.g.h.

Rozpatrując apelację dostrzeżenia wymaga, iż K. B. biegły sądowy z zakresu piractwa komputerowego, informatyki śledczej, Internetu, sieci komputerowych, telekomunikacji i technologii informatycznych w swojej opinii wskazał na cztery wymagania, których spełnienie jest podstawą do uznania gier za podlegające przepisom ustawy hazardowej a wynikające łącznie z art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych zaakcentować raz jeszcze w tym miejscu należy, iż jak wskazano powyżej z porównania definicji zawartych w art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5., wynika, iż wskazane przepisy mają element wspólny („gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych”) oraz elementy rozbieżne, w sprawie niniejszej spełnione zostały zaś wymogi określone w art. 2 ust. 3 cytowanej ustawy.

Oskarżonej I. H.zarzucono popełnienie czynu polegającego na tym, że prowadziła w grudniu 2017 roku gry hazardowe na urządzeniach elektronicznych:1. (...)z modem I. (...), 2. (...) z modem I. (...) o wygrane pieniądze w których gra zawierała element losowości, w punkcie gier w W. przy ul. (...), bez wymaganej koncesji, poza kasynem gier, a także bez uprzedniej rejestracji wyżej wymienionych urządzeń, wbrew przepisom art. 3, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107§1 kks. W pkt I części dyspozytywnej wyroku oskarżoną I.H.uznano za winną popełnienia zarzucanego jej czynu opisanego w części wstępnej wyroku tj. przestępstwa skarbowego z art. 107§1 kks i za ten czyn na podstawie art. 107§1 kks wymierzono jej karę 150 stawek dziennych grzywny po 100 zł każda. Kwestionując wydane orzeczenie skarżący obrońca oskarżonej nie przedstawił merytorycznych argumentów na poparcie podniesionych zarzutów w tym także aby wskazane powyżej wymogi – określone w art. 2 ust. 3 ustawy o grach hazardowych nie zostały w sprawie spełnione.

Jakkolwiek sąd rejonowy w przedstawionej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku argumentacji wskazuje na przesłanki określone w art. 2 ust. 3 jak i ust. 5 cytowanej ustawy – gry na ujawnionych automatach były organizowane w celach komercyjnych, zawierały element losowości i umożliwiały uzyskanie wygranej rzeczowej, to jednakże wnikliwa, rzeczowa oraz obiektywna analiza kwestii dotyczących zabezpieczonych urządzeń, aspektu losowości jak również względów związanych z tym czy gry te toczyły się o wygraną pieniężną lub losową wskazuje, iż oskarżona swoim zachowaniem wypełniła znamiona zarzucanego jej czynu z art. 107§1 kks – a przedmiotowe gry wypełniły definicję gier na automatach w rozumieniu ustawy o grach hazardowych. Zauważyć dodatkowo w tym miejscu jedynie należy, iż dla uznania gry za losową nie jest konieczne, aby zawierała ona tylko i wyłącznie komponenty losowe i wystarczającym jest, aby w ogóle zawierała takie elementy. Tak więc nawet w sytuacji, gdy w danej grze współlistnieją elementy wiedzy, refleksu, spostrzegawczości itd. oraz elementy przypadkowe, narzucone przez program gry, to jest to równoznaczne z tym, że zawiera ona element losowości, który przesądza, że jest grą na automatach w rozumieniu u.g.h., a więc że dane urządzenie może być eksploatowane jedynie w kasynie (podzielając pogląd wyrażony w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 3 kwietnia 2019 roku III SA/Gl 1050/18).

Z zebranych w sprawie dowodów wynika, że w zabezpieczonych urządzeniach gracz nie był w stanie przewidzieć rezultatu gry i nie miał pewności jaki wynik padnie, wynik gry jest niezależny od umiejętności gracza – (losowość) oraz umożliwiały uzyskanie wygranej, zatem gry na przedmiotowych automatach wypełniły definicję gier na automatach w rozumieniu ustawy o grach hazardowych.

Sama tylko okoliczność, iż – jak podnosi skarżący obrońca – I. H.nie jest właścicielką automatów nie ekskulpuje oskarżonej. W świetle zgromadzonych w sprawie i swobodnie ocenionych dowodów nie budzi wątpliwości, iż oskarżona w tym okresie (grudzień 2017r.) trudniła się działalnością polegającą na prowadzeniu gier hazardowych na przedmiotowych urządzeniach, a własność urządzeń nie należy do ustawowych znamion czynu zabronionego, a wystarczające jest ich posiadanie. Zwrócić w tym miejscu należy m.in. uwagę, iż jakkolwiek oskarżona nie najmowała lokalu, który był w jej posiadaniu i w którym znajdowały się te urządzenia to jednakże - co znamienne -to właśnie I. H.była stroną umowy z dostawcą energii elektrycznej i to właśnie wymieniona płaciła należności za prąd (co było istotne dla zapewnienia funkcjonowania automatów). Odnotowania jednocześnie przy tym także wymaga, iż to właśnie oskarżona dysponowała pilotem zdalnego sterowania pozwalającym na natychmiastowe

odłączenie zasilania monitorów i współpracujących z nimi urządzeń w energię elektryczną. Nie sposób przy tym nie zauważyć, iż to I. H. sprawdzała tożsamość klientów oraz wpuszczała ich do tego lokalu (który to lokal objęty był monitoringiem umożliwiającym weryfikację osób zamierzających wejść do środka). Symptomatycznym nadto pozostaje, iż w lokalu tym ujawniono regulamin, w którym zamieszczono ustalone obowiązki w zakresie obsługi urządzeń, w szczególności powinności mycia monitorów każdego dnia rano jak i dokument wystawiony przez właściciela tych urządzeń informujący o sposobie zachowania w trakcie kontroli funkcjonariuszy celno – skarbowych, a którymi to dokumentami dysponowała oskarżona. Zwrócić przy tym należy także uwagę na treść ujawnionych oraz dołączonych do akt sprawy odrębnych zapisków. Już powyższe aspekty wskazują, iż wymieniona I.H. doskonale wiedziała jakiego rodzaju urządzenia znajdują się w tym lokalu, znała charakter tych urządzeń i to ona prowadziła gry na tych urządzeniach.

W apelacji skarżący kwestionując wydane w sprawie orzeczenie w uzasadnieniu apelacji podnosi nadto, iż „w myśl art. 23a ustawy o grach hazardowych, automaty i urządzenia do gier mogą być eksploatowane przez podmioty posiadające koncesje lub zezwolenia po ich zarejestrowaniu. A zatem przepis art. 23 ustawy o grach hazardowych nie mógł mieć zastosowania w niniejszej sprawie i nie może stanowić uzupełnienia normy art. 107§1 kks gdyż kontrolowane postępowanie nie dotyczy rejestracji automatu. Przepis ten dotyczy osób posiadających koncesje lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych i gier na automatach. W tych okolicznościach oskarżyciel wymaga obowiązku rejestracji ustalonych urządzeń przez oskarżoną, pomimo, że jednocześnie uznaje ją jako podmiot działający nielegalnie, co wzajemnie się wyklucza”.

Odnosząc się do tejże argumentacji zaznaczyć należy, iż na mocy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach może być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno gry, z zastrzeżeniem art. 5 ust. 1 i 1b oraz art. 6a ust. 2. (art. 6 ust. 1). Urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry w pokera, gier w kości oraz gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gier na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy, z wyjątkiem ust. 4 i 5 (art. 14 ust. 1). W świetle zaś art. 23a ust. 1 i 2 ustawy o grach hazardowych: automaty do gier, urządzenia losujące i urządzenia do gier mogą być eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub gier na automatach oraz przez podmioty wykonujące monopol państwa, po ich zarejestrowaniu przez naczelnika urzędu celno-skarbowego. Powyższy obowiązek nie dotyczy terminali w kolekturach gier liczbowych służących do urządzania gier liczbowych lub sprzedaży loterii pieniężnych oraz urządzeń służących do urządzania gier liczbowych lub loterii pieniężnych urządzanych na terytorium więcej niż jednego państwa (gry multijurysdykcyjne) (art. 23a ust. 1). Rejestracja automatu do gier, urządzenia losującego lub urządzenia do gier oznacza dopuszczenie go do eksploatacji. Rejestracji dokonuje się na okres 6 lat. (art. 23a ust. 2).

Zauważyć zatem należy, iż rejestracja jest zatem wymogiem materialno-technicznym i oznacza – zgodnie z art. 23a ust. 2 cytowanej ustawy – dopuszczenie automatu, urządzenia losującego lub urządzenia do gier do eksploatacji. Niewątpliwie zaś w skład pojęcia „eksploatowanie” wchodzi również prowadzenie gier, o czym mowa w art. 6 ust. 1. ustawy o grach hazardowych. W sprawie niniejszej okoliczność, iż oskarżona koncesji na prowadzenie kasyna gry nie posiadała (automaty znajdowały się nadto poza kasynem gry) nie zwalniał z obowiązku rejestracji tych urządzeń, gdyż - co należy zaakcentować - w lokalu w którym ujawniono wskazane automaty prowadzony był taki rodzaj działalności, że uzyskanie koncesji było wymagane na mocy art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Niezależnie od powyższych uwag zasadnym pozostaje nadmienić, iż mimo, że określony przepisem wymóg rejestracji automatu do gier, urządzenia losującego lub urządzenia do gier (art. 23a ustawy), ma charakter następczy w porównaniu do wymogu przewidzianego w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (uzyskania koncesji na kasyno gry) to jednak przepis ten - podobnie jak wskazany powyżej art. 6 ust. 1, a także art. 14 ust.1 który oskarżona również naruszyła, bowiem lokal ten nie był kasynem, oskarżona nie uzyskała ani koncesji na prowadzenie kasyna gry, ani koncesji lub zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach, zatem nie była podmiotem uprawnionym do eksploatacji przedmiotowych automatów do gier hazardowych – w tym

czasie obowiązywał i oskarżona nie spełniając tego wymogu dopuściła się naruszenia także i art. 23a ustawy o grach hazardowych.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż w sprawie niniejszej nie doszło do naruszenia przepisów postępowania i to w stopniu mającym mieć wpływ na treść wydanego rozstrzygnięcia a uznając oskarżona za winną popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107§1 kks nie popełnił zarzucanego w apelacji błędu w ustaleniach faktycznych.

Z tych też wszystkich względów oraz mając na względzie iż kara nie razi surowością, orzeczono jak w wyroku (art.437§1 kpk w zw. z art.113§1 kks).

O kosztach sądowych postępowania odwoławczego, należnych Skarbowi Państwa, orzeczono na podstawie art. 636§1 kpk w zw. z art. 113§1 kks oraz na podstawie art. 8 i art. 3 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych z dnia 23 czerwca 1973 roku (Dz.U.1983.49.223 t.j. z dnia 1983.08.31) obciążając nimi oskarżoną.