

Sygn. akt I KK 47/22

POSTANOWIENIE

Dnia 16 maja 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Tomczyk

w sprawie **M. K.**

uniewinnionego od czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.,

po rozpoznaniu na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.,

w Izbie Karnej w dniu 16 maja 2022 r.

kasacji wniesionej przez Naczelnika (...) Urzędu Celno - Skarbowego

w W. (na niekorzyść)

od wyroku Sądu Okręgowego w J.

z dnia 8 października 2021 r., sygn. akt VI Ka (...),

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego

w J. z dnia 15 grudnia 2020 r.,

sygn. akt II K (...),

1. **oddala kasację jako oczywiście bezzasadną;**
2. **kosztami postępowania kasacyjnego obciąża Skarb Państwa.**

UZASADNIENIE

M. K. został oskarżony o to, że:

I. pełniąc funkcję Prezesa Zarządu spółki z o.o. „K.” z siedzibą w J. ((...)) przy ul. W. i będąc z tego tytułu na podstawie prawa uprawnionym i zobowiązanym do prowadzenia spraw gospodarczych tej spółki, bez wymaganej koncesji urządził i prowadził 05.10.2015 roku gry na automacie o nazwie H. nr (...) w kontenerze wolnostojącym przy stacji paliw S., mieszczącej się przy ul. R., w K.,

tj. wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23a ustawy o grach hazardowych z dnia 19.11.2009 r. (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r., poz. 471 ze zm.),
tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Sąd Rejonowy w J. wyrokiem z dnia 15 grudnia 2020 r., sygn. akt II K (...), oskarżonego M. K. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, stanowiącego występki z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył mu karę 100 (stu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość stawki na kwotę 100 (stu) zł.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca M. K., zaskarżając go w całości. Zarzucił:

1) rażącą obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, mianowicie naruszenie art. 4, art. 7 i art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie lub niewystarczające uwzględnienie dowodów przemawiających - w świetle stawianych M. K. zarzutów - na jego korzyść, a to w szczególności dowodów:

- z zeznań świadka (z dnia 10 marca 2020 r.) B. W.. Prezesa M. Sp. z o.o., który zeznał, że to M. Sp. z o.o. odpowiedzialna była za oprogramowanie znajdujące się w terminalu internetowym, to ta spółka a nie K. Sp. z o.o. „wgrywała” oprogramowanie do terminala internetowego, była odpowiedzialna za cały system operacyjny, potwierdził dodatkowo, że zawierał z K. Sp. z o.o. umowy o dzierżawę powierzchni (co koresponduje z przedłożoną w toku postępowania umową dzierżawy z dnia 11 września 2015 r.), a także, że przekazywał wszystkim swoim kontrahentom, w tym i K. Sp. z o.o., dokumentację, z której wynikało, że wprowadzane przez M. Sp. z o.o. oprogramowanie umożliwia wykonywanie wyłącznie czynności związanych z transferem pieniężnym, doładowaniami telefonów komórkowych, czy grą na giełdzie;

- z dokumentu w postaci umowy dzierżawy z dnia 11 września 2015 r. lokalu użytkowego przy ulicy R. w K., z której wynika, że K. Sp. z o.o. wydierżawiała wskazany lokal Spółce M., celem prowadzenia przez tę ostatnią działalności polegającej na pośrednictwie pieniężnym, w tym przekazach realizowanych od i do

brokera instrumentów finansowych działającego pod marką C. We wskazanej umowie zawarte zostało również oświadczenie kontrahenta, iż prowadzi on działalność zgodną z prawem, odwołując się tym samym do szeregu dokumentów to zaświadczających, w tym w szczególności: stanowiska Ministra Finansów w sprawie wyłączenia platformy inwestycyjnej C. spod restrykcji ustawy o grach hazardowych, a także opinii G., co do rodzaju i charakteru możliwych do wykonania czynności na wskazanym urządzeniu;

- dowodu z zeznań świadka (z dnia 28 sierpnia 2011 r.) K. M. , który potwierdził, że K. Sp. z o.o. podnajęła powierzchnię lokalu podmiotowi trzeciemu;

- dowodu z dokumentów w postaci: m.in. 1) opinii jednostki badającej G., potwierdzającej niehazardowy charakter platformy inwestycyjnej C. oraz jej bezpośredni związek z rynkami finansowymi, 2) opinii technicznej, wykonanej przez biegłych rzeczoznawców, w przedmiocie funkcjonowania platformy C., 3) ekspertyzy prawnej dotyczącej funkcjonowania platformy inwestycyjnej C.. sporządzona przez Prof. dra hab. H. D., 4) interpelacji poselskiej dot. ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, ustawy o grach hazardowych oraz ustawy Prawo bankowe, 5) odpowiedzi Ministra Finansów na interpelację (nr 26230) w sprawie instrumentu finansowego, jakim jest opcja, 6) stanowiska Ministra Finansów w sprawie wyłączenia platformy inwestycyjnej C. spod restrykcji ustawy hazardowej, na które powoływał się w momencie zawierania umowy M. Sp. z o.o. i z którymi przed ich zawarciem zapoznał Oskarżony; dokumenty przedłożone zostały w toku postępowania przez Oskarżonego;

co doprowadziło do nieuzasadnionego uznania przez Sąd orzekający, że M. K. działając umyślnie w zamiarze bezpośrednim, chcąc urządzać bez wymaganej koncesji gry losowe w celach komercyjnych na automatach do gry, zamiar zrealizował, wyczerpując znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.;

2) obrazę przepisów postępowania, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. mającą wpływ na treść orzeczenia, przez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, dokonaną

sprzecznie

z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniemi wiedzy i doświadczenia życiowego, polegającą na odmowie przyznania waloru prawdziwości wyjaśnieniom oskarżonego M. K., złożonym na rozprawie dnia 26 lutego 2019 r., w zakresie w jakim wyjaśniał on, że spółka K. Sp. z o.o. nie urządziła i nie prowadziła gier hazardowych na zatrzymanym automacie w lokalu przy ulicy R. w K., nie dysponowała zatrzymanymi urządzeniami, nie miała udziału finansowego w działalności prowadzonej przez M. Sp. z o.o., a tytułem poddzierżawy lokalu przy ulicy R. w K., K. Sp. z o.o. otrzymywała stałe wynagrodzenie, niezależne od rentowności przedsięwzięcia M. Sp. z o.o., dalej wyjaśniając, że przed nawiązaniem współpracy ze spółką M. zapoznał się z szeregiem dokumentacji, w tym stanowiskiem Ministra Finansów, które zaświadczało, że prowadzona przez M. Sp. z o.o. działalność nie podlega pod ustawę o grach hazardowych, w sytuacji gdy złożone przez Oskarżonego wyjaśnienia były spójne, rzeczowe i w ww. zakresie nie stały w sprzeczności z jakimkolwiek dowodem zgromadzonym w sprawie, a co więcej wiarygodność ich została poparta dowodami z dokumentów, tj.: dowodem z umowy' dzierżawy z dnia 11 września 2015 r., dotyczącej wydzierżawienia przez spółkę K. Sp. z o.o. lokalu przy ulicy R. w K. spółce M. oraz dowodem z zeznań świadków B. W. i K. M., którzy potwierdzili, że pomiędzy K. Sp. z o.o. a M. Sp. z o.o. doszło do poddzierżawienia powierzchni wskazanego lokalu;

3) obrazę przepisów postępowania, tj. art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. mającą wpływ na treść orzeczenia, poprzez brak wyjaśnienia, pomimo wytycznych

w tym zakresie Sądu Okręgowego okoliczności dotyczących tego, kiedy dokładnie spółka K. przekazała spółce M. kwestionowane urządzenie, czy ta ostatnio wprowadziła w oprogramowaniu jakieś zmiany, czy B. W. odpowiadał już za takie samo zachowanie jak zarzucane w niniejszej sprawie M. K., nie uwzględnienie przy wyrokowaniu zeznań B. W., który zaświadczył, że zawierał ze spółką K. umowy dzierżawy powierzchni, odpowiedzialny był za oprogramowanie wgrywane do terminali internetowych, to jego spółka stworzyła algorytm, który w terminalach internetowych był wykorzystywany, co więcej potwierdził wyjaśnienia M. K., w zakresie tego, że M. Sp. z o.o. udostępniała swoim kontrahentom szereg

dokumentacji, w tym opinie jednostki badającej G. oraz stanowisko Ministra Finansów, z których wynikało, że urządzenia M., tzw. terminale internetowe nie podlegają pod ustawę prawo hazardowe, a także to, że bezpośrednio związane są z rynkiem finansowym;

4) obrazę przepisów postępowania, tj. art. 167 k.p.k. oraz art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. mającą wpływ na treść orzeczenia poprzez brak powołania w sprawie i zasięgnięcia opinii biegłego z zakresu informatyki i telekomunikacji,

w sytuacji kiedy wiadomości specjalne niezbędne były do rozstrzygnięcia kwestii charakteru urządzanych na terminalu H. nr (...) gier, zwłaszcza biorąc pod uwagę znajdujący się w aktach sprawy materiał dowodowy, w szczególności stanowisko Ministra Finansów o niepodleganiu terminali internetowych C. pod ustawę hazardową oraz opinię jednostki badającej G., potwierdzająca niehazardowy charakter platformy inwestycyjnej C. oraz jej bezpośredni związek z rynkami finansowymi;

5) obrazę prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez przypisanie M. K. popełnienie przestępstwa urządzania i prowadzenia gier na automacie do gier, bez wymaganej prawem koncesji, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy, tj.: dowód z zeznań świadków: B. W., K. M., dowodów z dokumentów: umowy dzierżawy z dnia 11 września 2015 r., opinii jednostki badającej G., potwierdzającej niehazardowy charakter platformy inwestycyjnej C. oraz jej bezpośredni związek z rynkami finansowymi, opinii technicznej, wykonanej przez biegłych rzeczoznawców, w przedmiocie funkcjonowania platformy C., ekspertyzy prawnej dotyczącej funkcjonowania platformy inwestycyjnej C., sporządzonej przez prof. dra hab. H. D., interpelacji poselskiej dot. ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, ustawy o grach hazardowych oraz ustawy Prawo bankowe, odpowiedzi Ministra Finansów na interpelację (nr 26230) w sprawie instrumentu finansowego, jakim jest opcja, stanowiska Ministra Finansów w sprawie wyłączenia platformy inwestycyjnej C. spod restrykcji ustawy hazardowej, nie stanowią dowodu dopuszczenia się przez M. K. zarzucanego mu czynu, tak w zakresie strony przedmiotowej jak i podmiotowej;

6) obrazę prawa materialnego, tj. art. 32 § 1 w zw. z art. 29 pkt 4 k.k.s. w zw. z art. 15j u.g.h. poprzez orzeczenie środka karnego w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów, w postaci automatu losowego H. nr (...) - podczas gdy przedmiot ten jako objęty prohibicją skarbową wyłączony winien być spod zakresu art. 32 § 1 k.k.s. jako przedmiot objęty zakazem posiadania:

Kierując się daleko posuniętą ostrożnością procesową, niezależnie od powyższych zarzutów, na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., zarzucił rażącą niewspółmierność kary' polegającą na orzeczeniu kary grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych po 100 zł każda, w sytuacji gdy prawidłowa ocena okoliczności sprawy. w tym w szczególności niekaralność Oskarżonego w momencie podejmowania zarzucanego mu w niniejszym postępowaniu czynu, jego postawa oraz aktualna sytuacja materialna i życiowa, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw czynu, rodzaj i stopień ciążącego na sprawcy obowiązku finansowego, wskazują, że karą sprawiedliwą i realizującą cele kary będzie kara grzywny w jej dolnych ustawowych granicach, zwłaszcza uwzględniając fakt, iż zarzut dotyczący Oskarżonego, dotyczy jednego urządzenia.

Mając na uwadze powyżej wymienione zarzuty, wnioskuję o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie M. K. od zarzucanego mu czynu z uwagi na brak zgromadzenia w sprawie materiału dowodowego, który uzasadniałby przypisanie Oskarżonemu sprawstwa i winy w zakresie dopuszczenia się przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.

W przypadku nieuwzględnienia wniosku nr 1) wnioskuję o:

2) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania;

W przypadku nieuwzględnienia wniosku nr 2) wnioskuję o:

3) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie kary grzywny w jej dolnych granicach.

Sąd Okręgowy w J. wyrokiem z dnia 8 października 2021 r., sygn. akt VI Ka (...), zmienił zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. K. w ten sposób, że uniewinnił oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Kasację od tego wyroku wniósł Naczelnik (...) Urzędu Celno - Skarbowego w W., zaskarżając go w części, tj. w zakresie pkt I i III na niekorzyść oskarżonego, zarzucając mu rażącą obrazę przepisów postępowania, a to art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez niewłaściwe rozpoznanie przez Sąd dowodów przeciwnych. W uzasadnieniu wyroku sądu odwoławczego nie ma odniesienia do wszystkich zgromadzonych dowodów oraz brak jest wykazania wszystkich okoliczności faktycznych, których zgromadzone dowody dotyczą. Sąd odwoławczy oparł swoje ustalenia, między innymi na podstawie umowy o współpracy z dnia 01.09.2015 r., z której Spółka K. zobowiązuje się do przekazania Spółce M. urządzeń multimedialnych opartych o architekturę PC z ekranem dotykowym oraz podzespołami do przyjmowania i wydawania pieniędzy z zainstalowanym systemem operacyjnym W. Mogły to być urządzenia służące uprzednio jak automaty do gier o niskich wygranych, z tym, że w takim przypadku miały być z nich usunięte wszelkie cechy, grafiki i symbole nawiązujące do hazardu. Spółka M. miała na nich prowadzić swoją działalność gospodarczą polegającą na pośrednictwie pieniężnym na platformie C.. Spółka K. miała wykonywać czynności serwisowe związane z eksploatacją urządzeń, obsługą gotówkową, przekazywaniem w imieniu M. czynszu dzierżawnego lokalowi oraz obsługą sytuacji awaryjnych za wynagrodzeniem. Jedyną okolicznością faktyczną, którą dla sądu odwoławczego ten dowód potwierdza, jest przekazanie urządzenia objętego aktem oskarżenia Spółce M. przez Spółkę K.. Pomijając uzasadnione wątpliwości sądu rejonowego w kwestii istotności tego dokumentu dla potrzeb postępowania, wynikające z faktu, że ani urządzenie, ani lokalizacja wykazane w akcie oskarżenia nie są w nim konkretnie wymienione, zupełnie pominięto prawa i obowiązki stron tej umowy, wynikające z jej treści. Przyjmując jednak, że automat został przekazany na podstawie tej umowy, sąd odwoławczy nie odniósł się do roli Spółki K. w stosunku do przekazywanego urządzenia. Albowiem na mocy umowy dzierżawy powierzchni z dnia 11.09.2015 r. i umowy o współpracy z dnia 01.09.2015 r., Spółka K. nie utraciła władztwa nad rzeczą, którą swobodnie miał

dysponować najemca, lecz przeciwnie, brała na siebie codzienne obowiązki eksploatacyjne i serwisowe. Zupełnie niezrozumiałe i sprzeczne z zasadami prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego jest twierdzenie zawarte w uzasadnieniu wyroku sądu odwoławczego, że M. K. mógł nie wiedzieć, jakiego rodzaju działalność jest prowadzona na wynajętym urządzeniu, skoro to jego Spółka była serwisantem tego urządzenia i czerpała korzyści finansowe z wpływów urządzenia. Tym bardziej, że opierając się również na stanowisku sądu odwoławczego, który na podstawie eksperymentu uznał hazardowy charakter gier urządzanych na tym automacie, w sposób ewidentny rodzaj prowadzonej działalności był widoczny dla przeciętnego człowieka, a co dopiero dla osób związanych z działalnością hazardową. Ponadto z wyjaśnień oskarżonego nie wynika, aby nie był świadomy istnienia norm ustawy o grach hazardowych uzupełniających blankietowy przepis art. 107 § 1 k.k.s., a wręcz przeciwnie - uznał, że do przepisów ustawy o grach hazardowych stosować się nie musi. Oskarżony M. K. powodów braku karalności swojej działalności doszukiwał się w korzystnych dla siebie orzeczeniach, wspartych prywatnymi opiniami, które przecież pozbawione były mocy powszechnie obowiązującej. Oskarżony miał więc świadomość obowiązujących przepisów prawa w zakresie prowadzonej przez siebie działalności i od nich, jako od przedsiębiorców należało wymagać i oczekiwać znacznie więcej, niż w wypadku zwykłego obywatela, a więc jako profesjonalista w tej branży winien przykładać podwyższoną staranność przy realizacji uprawnień i obowiązków związanych z uczestnictwem w obrocie gospodarczym. Mając więc na uwadze treść art. 2 ust. 6 u.g.h., należy pamiętać, że zgodnie z tym przepisem "minister właściwy do spraw finansów publicznych rozstrzyga, na wniosek lub z urzędu, w drodze decyzji, czy gry lub zakłady posiadające cechy wymienione w ust. 1-5a (art. 2 u.g.h. - uwaga SN), są grami losowymi, zakładami wzajemnymi, grami w karty albo grami na automacie w rozumieniu ustawy". Co prawda nie jest to bezwzględny nakaz uzyskania decyzji Ministra Finansów w każdej określonej w nim sprawie, ale jest to jednak konieczne zawsze wtedy, gdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą nabrał wątpliwości, co do charakteru urządzanej gry. Takie wątpliwości musiał oskarżony mieć skoro w aktach sprawy znajdując się dokumenty potwierdzające że powoływał się na określone opinie prawne, a nie podjął działań w

kierunku uzyskania informacji czy firma urządzająca gry, taką decyzję o której mowa w art. 2 ust. 6 u.g.h. otrzymała.

W konkluzji autor kasacji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w jego punkcie I i III oraz skierowanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy w J..

W pisemnej odpowiedzi na kasację obrońca M. K. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasację Naczelnika (...) Urzędu Celno - Skarbowego w W. jako oczywiście bezzasadną należało oddalić w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Niezależnie od prawidłowości zdefiniowania wadliwości postępowania Sądu odwoławczego w rozpoznawanej sprawie, skarżący – jako podmiot fachowy wywodzący kasację na niekorzyść oskarżonego zmuszony jest respektować wymagania przewidziane w art. 434 § 1 k.p.k. A wynika z niego, że dla skuteczności, w tym wypadku nadzwyczajnego środka zaskarżenia, konieczne jest precyzyjne sformułowanie zarzutu wskazującego na rzeczywiste uchybienia, którymi dotknięte jest orzeczenie sądu odwoławczego. Tego skarżący nie czyni, ponieważ mimo nieskładania apelacji od korzystnego dlań wyroku Sądu pierwszej instancji atakuje wyrok Sądu ad quem, formułując zarzut rażącej obrazy art. 433 § 2 i 457 § 3 k.p.k., a więc nieprawidłowego rozpoznania apelacji obrońcy oskarżonego, nota bene uwzględnionej przez Sąd odwoławczy. Jest to zabieg wręcz niespotykany i niemogący przynieść pożądanego rezultatu, wykraczający bowiem w tym zakresie poza uprawnienie do zaskarżenia.

Dlatego też kasacja podmiotu fachowego wniesiona na niekorzyść oskarżonego nie tylko nie mogła być – z powodów gwarancyjnych – uwzględniona, ale jako zupełnie chybiona w zakresie podniesionych naruszeń prawa procesowego – oddalona jako oczywiście bezzasadna.

