

Sygn. akt V KK 86/20

POSTANOWIENIE

Dnia 13 maja 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 13 maja 2020 r.

w sprawie **A. Ł.**

skazanej z art. 107 § 1 k.k.s. i innych

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanej
od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt V Ka (...),

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. akt II K (...),

z urzędu kwestii dopuszczalności kasacji

p o s t a n o w i ł

**pozostawić kasację bez rozpoznania i obciążyć skazaną A. Ł.
kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. akt II K (...), Sąd Rejonowy w K. uznał A. Ł. za winną tego, że w okresie od 6 maja 2017 roku do 25 lipca 2017 roku działając wspólnie i w porozumieniu z J. Ł. w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego polegającego na urządzaniu bez zezwolenia, poza kasynem gier, wbrew przepisom art. 6 i art. 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 471 ze zmianami), gier hazardowych, swoim zachowaniem polegającym na udzieleniu zezwolenia na umieszczenie w pomieszczeniu przy Barze M. w O. przy ul. J. siedmiu automatów do gier wykorzystujących połączenie z platformą (...), ułatwiła jej jego popełnienie, tj. popełnienia czynu kwalifikowanego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 18 § 3 k.k. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. przy zastosowaniu art. 19 § 1 k.k. skazał ją na karę grzywny w wymiarze 200 stawek dziennych po 80 złotych każda.

Orzeczenie to zaskarżone zostało w całości apelacją obrońcy oskarżonej, w której zarzucono obrazę prawa procesowego, tj. art. 410, 7, 4, 366 w zw. z art. 167, 92, 5 § 2 w zw. z art. 366 k.p.k., art. 193 w zw. z art. 366 i art. 167 k.p.k., a także obrazę prawa materialnego poprzez:

„naruszenie art. 19 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi i 7a Prawa Bankowego poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że produkty oferowane przez (...) nie mają charakteru instrumentów finansowych; wskazane uchybienie doprowadziło do uznania, iż działalność prowadzona na zakwestionowanej platformie (...) urządzeniach (...) podlega pod przepisy ustawy o grach hazardowych, czyniąc oferowane opcje grami hazardowymi z elementem losowości, podczas gdy zgodnie z powołanymi przepisami działalność ta jest wyłączona spod działania ustawy o grach hazardowych; w istocie mamy do czynienia z opcjami binarnymi typu europejskiego, utworzonymi na bazie par wymiany obcych walut, wymienionymi jako instrumenty finansowe w wykazie MiFID w punkcie 4 sekcji C Załącznika 1, które są powszechnie spotykanym instrumentem pochodnym, będącym przykładem typowej terminowej operacji finansowej w rozumieniu art. 7a Prawa bankowego oraz Sekcji C dyrektywy MiFID uzupełnionej przez artykuły 38 i 39 Rozporządzenia (WE) nr 1287/2006 z 10 sierpnia 2006 wprowadzającego Dyrektywę 2004/39/ECK Parlamentu i Komisji Europejskiej” (pkt II. 1);

„naruszenie art. 4 ust. 1 pkt 1 26 rozporządzenia 575/13 poprzez jego niezastosowanie i nie uwzględnienie faktu, iż dostawca opcji binarnych działał zgodnie z prawem jako instytucja finansowa, w szczególności poprzez niezauważenie, iż definicja instytucji finansowej obejmuje podmioty niebędące: bankami (zarówno krajowymi, jak i zagranicznymi) instytucjami kredytowymi, a także zakładami ubezpieczeń. Z analizowanej definicji instytucji finansowej wynika jednocześnie, że w tej kategorii mieszczą się m.in. firmy leasingowe, firmy factoringowe, firmy zarządzające aktywami, podmioty udzielające pożyczek ze środków własnych. Do instytucji finansowych należy także zaliczyć podmioty świadczące usługi płatnicze w tym biura usług płatniczych oraz wydawców instrumentów płatniczych. Powyższe przesądza za przyjęciem stanowiska, że podmiot, który na terenie RP świadczy usługi pośrednictwa (czyli świadczy

usługi przekazu pieniężnego, które polegają na transferze do odbiorcy lub innego dostawcy przyjmującego środki pieniężne dla odbiorcy środków pieniężnych otrzymanych od płatnika albo na przyjęciu środków dla odbiorcy i ich udostępnieniu odbiorcy i nie wymagają prowadzenia rachunku płatniczego) na rynku pieniężnym (vide: pkt 10 załącznika I do dyrektywy 2013/36/UE, do którego odsyła w art. 4 ust. 1 pkt 26 rozporządzenia nr 575/2013) w formie biura usług płatniczych jest instytucją finansową w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 7 prawa bankowego” (pkt II.2);

„naruszenie § 3 pkt 7 rozporządzenia dot. instrumentów pochodnych poprzez jego niezastosowanie w zakresie formy umowy pozwalającej na stwierdzenie, iż do zawarcia umowy nabycia opcji z użytkownikami dochodziło, podczas gdy umowa nabycia opcji, to umowa, w wyniku której nabywca uzyskuje prawo kupna lub sprzedaży określonej ilości instrumentu bazowego, w określonym terminie w przyszłości i po określonej cenie. Znaczna część kontraktów opcyjnych na charakter nierzeczywisty, czyli polegający na wykonaniu kontraktu w drodze rozliczenia pieniężnego, a nie rzeczywistej sprzedaży instrumentu podstawowego; zarówno wykonanie w formie dostawy jak i w formie rozliczenia stanowią wyłącznie sposób spełnienia świadczenia, które powstanie w przypadku obu rodzajów opcji w takich samych okolicznościach – kiedy opcja będzie przynosiła zysk (...); sposób rozliczenia kontraktu opcyjnego nie ma wpływu na funkcje, jakie spełnia ten instrument pochodny” (pkt II.3);

„naruszenie art. 2 ust. 3-5 u.g.h. poprzez przyjęcie, że zatrzymane w niniejszej sprawie urządzenia są automatami do gry w myśl powyższych przepisów, podczas gdy zasady ich działania prowadzą do wniosków, iż (...) świadczy dwie podstawowe usługi: pierwszą jest usługa ‘przekazywania pieniędzy’, a drugą jest usługa ‘platformy instrumentów pochodnych’ funkcjonująca jako ‘platforma inwestycyjna’, gdzie subskrybenci mogą kupować instrumenty finansowe, w szczególności opcje binarne. Platforma inwestycyjna stwarza możliwość subskrybentom na zajęcie pozycji inwestycyjnych do przyszłych ruchów kwotowanych par walutowych, poprzez kupowanie opcji typu „Call” albo „Put” na te pary walutowe – w ramach jurysdykcji Unii Europejskiej w całości produkty te uznawane są za instrumenty finansowe” (pkt II.4);

„naruszenie art. 5 ust. 2 pkt 4 Prawa Bankowego poprzez błędną wykładnię

terminu „krótkoterminowe operacje finansowe” – tutaj „opcja binarna” i postawienie wymogu całkowitej przewidywalności czemuś co z natury przewidywalne nie może być, bowiem opcje binarne w ujęciu klasycznym to określenie, czy poziom ceny danego aktywa w momencie wygaśnięcia opcji będzie wyższy/nniższy od poziomu wyjściowego i praktycznie jak każdy instrument finansowy wiąże się z ryzykiem i nieprzewidywalnością opartą o dane ekonomiczne. Wyjątkiem będzie natomiast oferowane przez brokera binary.com opcje binarnych opartych o wykresy i instrumenty wirtualne, tzn. generowane sztucznie przez skrypt komputerowy. O cenie aktywa nie decyduje tutaj bowiem realny rynek, a komputerowy kod. Taki system działa więc podobnie do automatów do gier, czyli odmiennie niż w przedmiotowej sprawie bowiem (...) oferuje dane w czasie rzeczywistym” (pkt II.5);

Z ostrożności procesowej podniesiono także zarzut „naruszenia art. 10 § 4 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji oskarżony (w przypadku udowodnienia czynu zabronionego) pozostawał tempore criminis w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do niehazardowego charakteru prowadzonej przez siebie działalności (...)” (pkt II.6).

W apelacji sformułowano także szereg wniosków dowodowych i wniesiono o uchylenie zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonej od popełnienia zarzucanego jej czynu.

Wyrokiem z dnia 6 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt V Ka (...), Sąd Okręgowy w K. utrzymał zaskarżone orzeczenie w mocy.

Wyrok Sądu odwoławczego zaskarżony został w całości kasacją wniesioną przez obrońcę skazanej A. Ł.. Skarżący podniósł zarzut naruszenia „art. 439 § 1 ust. 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi w zw. z art. 7a ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 26 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 648/2012 z dnia 2013-06-26 w zw. z art. 1 Dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca

dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 93/22/EWG poprzez uzupełnienie normy blankietowej art. 107 § 1 k.k.s. przepisem art. 6, 14 oraz 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, podczas gdy w sprawie niniejszej stosowanie ustawy o grach hazardowych wyłączone zostało przez brzmienie art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, zgodnie z którym transakcja, której przedmiotem jest nabycie lub zbycie instrumentów finansowych lub która prowadzi do powstania takich instrumentów, nie stanowi gry ani zakładu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, ani gry losowej lub zakładu wzajemnego w rozumieniu przepisach o grach hazardowych, jak też przez brzmienie art. 7a ustawy z dnia 29.08.1997 r. Prawo bankowe, zgodnie z którym do terminowych operacji finansowych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 7 lit. h oraz w art. 5 ust. 2 pkt 4 będących przedmiotem umów zawartych przez bank lub instytucję finansową, nie stosuje się przepisów o grach hazardowych. Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo bankowe przez instytucję finansową rozumie się instytucję finansową, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 26 rozporządzenia nr 575/2013 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE), odsyłającego do załącznika I do dyrektywy 2013/36/UE, zgodnie z którym instytucją finansową jest przedsiębiorstwo, którego podstawową działalnością jest m.in. obrót na własny rachunek lub na rachunek klienta opcjami i terminowymi umowami na instrumenty finansowe typu „futures”. W takim stanie prawnym M. Kancelaria Prawa Finansowego A. G. jest instytucją finansową, bowiem jej głównym rodzajem działalności jest zajmowanie się terminowymi operacjami finansowymi w postaci opcji, do których nie stosuje się ustawy o grach hazardowych, w związku z czym ściganie czynu pozostaje wyłączone”. Odwołując się do tego zarzutu skarżący wniósł o uchylenie wyroków Sądów obu instancji i uniewinnienie oskarżonej.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest niedopuszczalna z mocy prawa.

Zgodnie z art. 523 § 2 k.p.k. strona może wnieść kasację na korzyść jedynie

w razie skazania oskarżonego za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Ograniczenie to nie dotyczy sytuacji, gdy kasację wniesiono z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. (art. 523 § 4 pkt 1 k.p.k.). Pozornie kasacja w rozważanej sprawie jawi się jako dopuszczalna, ponieważ wprawdzie skazanej nie wymierzono kary bezwzględnego pozbawienia wolności, jednak zarzut kasacyjny opiera się na twierdzeniu, że w sprawie doszło do obrazy art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., a więc zachodzi „inna okoliczność wyłączająca ściganie”.

Katalog tzw. negatywnych przesłanek procesowych, tj. takich, których zaistnienie zabrania wszczynania postępowania, a w razie wszczęcia nakazuje jego umorzenie, nie jest zamknięty, co wynika z treści art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. Przepis ten stanowi, że postępowania się nie wszczyna, a wszczęte umarza, gdy zachodzi inna okoliczność wyłączająca ściganie – inna w odniesieniu do tych, które zostały wymienione w przepisach art. 17 § 1 pkt 1 – 10 k.p.k. Z kolei przepis art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. stanowi, że niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia należy uchylić zaskarżone orzeczenie m.in. w wypadku ujawnienia się negatywnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. Trzeba w tym miejscu stanowczo zauważyć, że jedynie formalne powołanie się na uchybienie przewidziane w art. 439 § 1 k.p.k., bądź całkowicie bezpodstawne nazwanie takim uchybieniem sytuacji, która bez wątpienia nie stanowi naruszenia prawa wymienionego w tym przepisie, nie czyni dopuszczalną kasacji podlegającej ograniczeniom określonym w art. 523 § 2 k.p.k. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2014 r., IV KK 215/14, Lex nr 1665304). W literaturze i orzecznictwie przyjmuje się, że do innych okoliczności wyłączających ściganie zalicza się w szczególności abolicję, konsumpcję skargi publicznej, przyjęcie konstrukcji tzw. czynu współukaranego, quasi – list żelazny, zasadę specjalności w postępowaniu ekstradycyjnym [zob. J. Kosonoga (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1 – 166. Tom I, red. (R. A. Stefański, S. Zabłocki), Warszawa 2017, s. 329 - 338]. Żadna z wymienionych innych okoliczności wyłączających ściganie w rozważanej sprawie nie zachodzi. Zabieg, którym posłużył się Autor kasacji polega na przeredagowaniu podniesionych w apelacji zarzutów obrazy prawa materialnego i zakwalifikowaniu

ich w kasacji jako tzw. bezwzględnej przyczyny odwoławczej. W rzeczywistości chodzi jednak o kwestię trafności przyjętej oceny prawnej zachowania skazanej, a nie o przeszkodę w prowadzeniu postępowania, należącą do katalogu zawartego w art. 439 § 1 k.p.k. Kwestia prawidłowego zastosowania przepisu krajowego, jako element skutecznego wypełnienia blankietu z art. 107 § 1 k.k.s., a zatem i przypisania odpowiedzialności karnej, postrzegana powinna być na płaszczyźnie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., tj. braku znamienia czynu zabronionego, a nie jako inna okoliczność wyłączająca ścigane w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 2018 r, V KK 522/18, Lex nr 2602095).

Skoro w kasacji jedynie pozornie podniesiono zarzut bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 k.p.k., ponieważ brak znamion czynu zabronionego nie stanowi podstawy stosowania tego przepisu, kasację – stosownie do art. 523 § 2 w zw. z art. 523 § 4 pkt 1 k.p.k., 531 § 1 k.p.k. w zw. z art. 530 § 2 i 429 § 1 k.p.k. uznać należało za niedopuszczalną z mocy ustawy i w konsekwencji pozostawić ją bez rozpoznania.