



Sygn. akt V KK 173/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 maja 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)
SSN Marek Pietruszyński (sprawozdawca)
SSN Andrzej Stępka

Protokolant Katarzyna Wełpa

w sprawie **B. W.**

uniewinnionego od zarzutu popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

po rozpoznaniu w dniu 18 maja 2022 r. w Izbie Karnej na posiedzeniu w trybie art. 535 § 5 k.p.k.

kasacji Naczelnika (...) Urzędu Celno-Skarbowego w W.

wniesionej na niekorzyść oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w B.

z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt IV Ka (...),

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w B.

z dnia 23 lutego 2021 r., sygn. akt III K (...),

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w B. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w B., wyrokiem z dnia 23 lutego 2021 r., sygn. akt III K (...), uznał oskarżonego B. W. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, polegającego na tym, że pełniąc funkcję Prezesa Zarządu spółki z o.o. „M.” z siedzibą w B. (...) przy ul. F. i będąc z tego tytułu na podstawie prawa uprawnionym i zobowiązanym do prowadzenia spraw gospodarczych tej spółki, nie mając koncesji na prowadzenie kasyna gry urządził – w dniu 8 października 2016 r., na urządzeniu o nazwie H. nr (...) na stacji paliw ul. W., Z. – gry o charakterze losowym, w celach komercyjnych z naruszeniem przepisów art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, to jest przestępstwa skarbowego 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 roku pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na 100 zł.

Na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego, Sąd Okręgowy w B., wyrokiem z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt IV Ka (...), zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnił oskarżonego od zarzucanego mu czynu określając, że koszty procesu w sprawie ponosi Skarb Państwa.

Kasację na niekorzyść oskarżonego wniósł Naczelnik (...) Urzędu Celno-Skarbowego w W.. Skarżący zarzucił rażące naruszenie przepisów prawa procesowego mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj.:

1. art. 437 k.p.k. w związku z art. 410 k.p.k. i art. 7 k.p.k. w zw. z art. 113 k.k.s., w ten sposób, że Sąd odwoławczy dowolnie ocenił materiał dowodowy, a orzekając nadał dowodom i faktom znaczenie, które nie znajduje oparcia w ujawnionym materiale dowodowym oraz oparł się wyłącznie na prywatnej opinii sporządzonej na zlecenie Oskarżonego oraz wyjaśnieniach Oskarżonego a wynikających z linii obrony, na podstawie których wywiódł wnioski o braku zawinienia, pomijając całkowicie zebrany w sprawie materiał dowodowy;

2. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego w szczególności art. 107 § 1 k.k.s., w zw. z art. 9 § 3 k.k.s., oraz w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 23a ustawy o grach hazardowych mające istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, poprzez ich błędną wykładnię i niezastosowanie w sprawie co do czynu oskarżonego, polegające na błędnym uznaniu przez Sąd Okręgowy, iż oskarżony nie urządził i

nie prowadził gier przez co nie popełnił przestępstwa, oraz polegające na błędnym uznaniu, Sądu Okręgowego, iż we wskazanym okresie oskarżony oferował nabycie instrumentów finansowych za pośrednictwem automatu uznanego w akcie oskarżenia za urządzenie do prowadzenia gier hazardowych.

Podnosząc powyższy zarzut skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w B. do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasację należało uznać za zasadną w stopniu wymaganym przepisem art. 535 § 5 k.p.k. i to już w zakresie podniesionego w niej zarzutu z pkt. 1. Umożliwiło to uwzględnienie nadzwyczajnego środka zaskarżenia w całości na posiedzeniu bez udziału stron.

W pierwszej kolejności wyeksponować należało nienadanie przez Sąd odwoławczy właściwego znaczenia wynikom eksperymentu procesowego przeprowadzonego przez funkcjonariuszy celnych. Przebieg eksperymentu, został przeprowadzony przez funkcjonariuszy zajmujących się zwalczaniem przestępczości hazardowej, z czego można wnioskować, że posiadali oni odpowiednią wiedzę w zakresie sposobu jego przeprowadzenia. Przebieg tych czynności, w sposób protokolarny utrwalono na piśmie oraz nagrano kamerą wideo. W protokole opisano wynik eksperymentu, jak również przyczyny dla jakich ich wynik przyjęto za wskazujący na uznanie gry na przedmiotowych urządzeniach jako posiadających charakter losowy. Ustalenia oparte na przeprowadzonym eksperymencie (utrwalonym na nagraniu i w protokole) są istotnym dowodem również z tego względu, że eksperyment ten dotyczył funkcjonowania automatów z chwili ich zatrzymania, a zatem odnosił się do faktycznego funkcjonowania automatów w konkretnie określonym czasie i miejscu, a nie jedynie do celu i charakteru gier, do jakich zostały one przeznaczone. Przebieg tego eksperymentu mieścił się więc w upoważnieniu nadanemu funkcjonariuszom na podstawie art. 32 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 990 ze zm.). Znaczenie tego eksperymentu jest tym większe w płaszczyźnie ustawowego uprawnienia do rozstrzygnięcia charakteru gier wynikającego z kompetencji Ministra Finansów, którego uprawnienia opierają się na

wynikach kontroli lub czynności procesowych przeprowadzonych zgodnie z odrębnymi przepisami przez organy Krajowej Administracji Skarbowej (art. 2 ust. 7a ustawy o grach hazardowych). Funkcjonariusze tych organów mają więc uprawnienie nie tylko do przeprowadzenia i udokumentowania wyników eksperymentu, ale także do samodzielnego stwierdzenia losowego charakteru gry. Właściwe odczytanie zakresu kompetencji funkcjonariuszy KAS powoduje, że ich ocena w tym zakresie ma cechy wiążące, a już z pewnością powinna być wzięta pod uwagę w stopniu nie mniejszym, niż konkluzja biegłego, który przyjął, że oferowane instrumenty finansowe na platformie CSANI miały formę tzw. opcji binarnych typu europejskiego, a za pośrednictwem urzędnika i platformy CSANI zainteresowany klient miał możliwość zawarcia transakcji polegającej na nabyciu określonych opcji, a wybór określonej platformy inwestycyjnej mającej nazewnictwo i wizualizację mogącą kojarzyć się z automatami znanymi z gier hazardowych, był równoważny z wyborem określonej strategii inwestycyjnej.

Trudno też przyjąć, jakoby przedmiotowy eksperyment miał na celu wyłącznie ocenę „odbioru urządzenia przez przeciętnego użytkownika” (s. 14 wyroku). Jego wyniki powinny bowiem stanowić punkt wyjścia do weryfikacji opinii biegłego odnośnie do losowego charakteru gry. Podstawowe bowiem znaczenie dla prawidłowego ustalenia rodzaju gier oferowanych przez przedmiotowe automaty w płaszczyźnie definicji wynikającej z art. 2 ust. 3 u.g.h., miało określenie możliwości wpływu gracza na wynik gry. Jeżeli ten nie jest w stanie przewidzieć rezultatu przeprowadzonej gry, jak również nie ma wpływu na odpowiednie ustawienie bębnow, może to wskazywać, że rezultat gry jest dla grającego nieprzewidywalny i – zawierając element losowości – mieści się w pojęciu gry na automatach, o której stanowi powołany wyżej przepis.

Argumentacja Sądu nie przekonuje także dlatego, że urządzenie zostało zaprojektowane, w aspekcie wizualnym, właśnie dla przeciętnego użytkownika, często będącego przypadkowym klientem danego miejsca, w którym postawiony został automat. Zasady doświadczenia życiowego, których trafnego zastosowania ewidentnie w sprawie zabrakło, wskazują, że grupą docelową tego rodzaju urządzeń są osoby zainteresowane wzięciem udziału w grze hazardowej i na wywołanie takiego zainteresowania obliczony został zewnętrzny wygląd tego

automatu, jednoznacznie – w aspekcie używanych symboli, czy terminologii – kojarzący się z grami o takim charakterze. Gdyby było inaczej, tego rodzaju wizualizacje byłyby zbędne, bądź starały się nawiązywać do rzeczywistej roli urządzenia jako przeznaczonego do dokonywania określonych operacji finansowych. Nie jest to bowiem, w trzeciej dekadzie XXI wieku, zjawisko zupełnie niespotykane, o czym świadczą coraz częściej spotykane automaty pozwalające na przykład na zakup określonych walut elektronicznych (np. bitcoin). Trudno również uznać, by klienci automatów rzekomo wyłącznie stylizowanych na hazardowe, byli rzeczywiście zainteresowani zawieraniem świadomych umów na transfer środków finansowych do dostawcy instrumentów finansowych, ze świadomością szczegółów, konsekwencji prawnych oraz mechanizmów rządzących terminowymi operacjami finansowymi, instrumentami rynku pieniężnego lub papierami wartościowymi, dodajmy – w warunkach skrajnie nieodpowiadających charakterowi transakcji, tj. w przydrożnych barach, czy – jak to miało miejsce w tej sprawie – na stacjach paliw, a więc z założenia miejscach o zupełnie innym przeznaczeniu, w których przebywa się tymczasowo.

W tym zakresie należało zatem zbadać, czy funkcjonowanie platformy C. nie miało na celu wyłącznie ukrycia rzeczywistego charakteru gier hazardowych, nadając im wyłącznie pozory działalności mieszczącej się w granicach dopuszczonych przez prawo, do czego zmierzała analiza materiału dowodowego przeprowadzona przez Sąd I instancji. Uzależnienie wygranych od krótkotrwałych wahań na rynkach finansowych, przebiegających na tyle dynamicznie, że są one nieprzewidywalne ani dla użytkownika automatu, ani dla organizatora platformy, powinno zostać poddane pod rozwagę w aspekcie losowości. Tego kryterium nie wyłącza samo tylko powiązanie wypłaty z określonymi, rzeczywiście zaistniałymi zdarzeniami faktycznymi (wahaniem na rynkach finansowych), a nie z czystym przypadkiem. Gra ma bowiem charakter losowy wówczas, gdy dla gracza jej wynik jest nieprzewidywalny, a więc nie jest możliwy do przewidzenia i nie istnieje strategia umożliwiająca polepszenie wyniku bez złamania zasad gry (zob. wyroki SN: z dnia 7 maja 2012 r., V KK 420/11; z dnia 1 marca 2021 r., IV KK 278/20). Także w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego zwraca się uwagę, że „pojęcia „losowy charakter gry” oraz „element losowości”, o których mowa w art. 2

ust. 3 i 5 u.g.h., oznaczają „nieprzewidywalność” wyniku gry dla osoby korzystającej z urządzenia do gier hazardowych bez względu na budowę takiego automatu, w tym oprogramowania nim sterującego; stan „nieprzewidywalności” nie jest przy tym eliminowany wskutek możliwości uprzedniego sprawdzenia wyniku gry za pomocą dostępnej funkcji oprogramowania (zob. postanowienie SN z dnia 9 listopada 2021 r., I KZP 4/21, OSNK 2021, nr 11-12, poz. 45; por. również wyrok NSA z dnia 8 lutego 2017 r., II GSK 5293/16, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

Przyjęta w toku kontroli odwoławczej zaskarżonego apelacją wyroku własna ocena Sądu odwoławczego nie uwzględniała zatem argumentacji zaprezentowanej przez Sąd *meriti* wykazującej, że w rachubę nie wchodziła tu działalność zgodna z prawem, ale wyłącznie pozorna, szczegółowo obmyślana strategia działania ukierunkowana na obejście ustawowych reguł urządzania gier hazardowych.

Nie zweryfikowano również w prawidłowy sposób, tj. przez pryzmat definicji instytucji finansowej w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 7 lit. h ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1896 z późn. zm.), tej części linii obrony oskarżonego, że w jego sprawie zastosowanie winien znaleźć art. 7a tej ustawy. Oskarżony nie przedstawił w tym zakresie żadnych konkretnych dowodów podważających wnioski nasuwające się z wymowy materiału dotychczas zgromadzonego, które świadczyłyby o tym, że jego usługi polegały na realizowaniu poprzez sieć Internet przekazów pieniężnych, pośrednictwie poprzez umożliwienie wpłat na dowolne rachunki bankowe oraz inwestowaniu w krótkoterminowe opcje walutowe. Oskarżony nie uprawdopodobnił nawet istnienia podstawowych w tym zakresie dokumentów, jak choćby kopii polecenia przelewów składanych przez grającego, czy potwierdzających numer rachunku bankowego, na który dokonywano tych przelewów pomimo, że ustawodawca w art. 7a Prawa bankowego zastrzegł o potrzebie zawierania umów, których przedmiotem są terminowe operacje finansowe, nie wspominając o tu o przepisach natury podatkowej obligujących do prowadzenia skrupulatnej dokumentacji rozliczeń finansowych przez profesjonalny podmiot gospodarczy, jakim jest spółka kapitałowa. Na okoliczność tę zwracano w orzecznictwie sądowoadministracyjnym, gdzie zasadnie przyjęto, że zastosowanie art. 7a Prawa bankowego, a co za tym

idzie wyłączenie działania u.g.h., możliwe jest jedynie po spełnieniu określonych w tej ustawie warunków. Podmiot, który świadczy usługi, o których mowa w art. 7a Prawa bankowego musi udokumentować, że jest instytucją finansową w rozumieniu Prawa bankowego i działa zgodnie z przepisami regulującymi rynek finansowy w Polsce. Ponadto, konieczne jest również odpowiednie udokumentowanie, że operacje finansowe, o których mowa w art. 7a Prawa bankowego są przeprowadzane w sposób zgodny z przepisami prawa i mają realny charakter, co oznacza, że nie są to operacje upozorowane (zob. wyroki: WSA w Łodzi z dnia 29 maja 2018 r., III Sa/Łd 310/18, czy WSA we Wrocławiu z dnia 13 grudnia 2016 r., III SA/Wr 679/16, dostępne w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

Pomimo uzupełnienia przez Sad Okręgowy materiału dowodowego o opinię biegłego M. T. z zakresu publicznego obrotu papierami wartościowymi, rynku kapitałowego i giełdowego, analizy sprawozdań finansowych i wyceny przedsiębiorstw, analizy ekonomicznej, instrumentów finansowych, ocenę tego dowodu i nadanie mu pierwszoplanowego znaczenia dla rozstrzygnięcia uznać należało za zupełnie oderwaną od pozostałego materiału zgromadzonego w postępowaniu oraz jego wymowy analizowanej przez pryzmat zasad doświadczenia życiowego. Stan taki powoduje, że ocena materiału dowodowego nie spełnia wynikających z art. 7 k.p.k., kryteriów wszechstronności, kompletności oraz logicznego rozumowania. Przyjęcie przez Sąd Okręgowy jakoby rzeczywistą rolą automatów był obrót terminowymi operacjami finansowymi, instrumentami rynku pieniężnego lub papierami wartościowymi, o których mowa w art. 7a ustawy – Prawo bankowe, nie zaś urządzenie gier na automatach w rozumieniu ustawy o grach hazardowych potwierdza, że ocena ta nie może zostać uznana za swobodną w rozumieniu art. 7 k.p.k.

Potwierdzić zatem należało, że doszło do naruszenia przez Sąd odwoławczy przepisów wskazanych w zarzucie z pkt. 1 kasacji. Uchybienie to miało zarazem charakter rażący i mający istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, prowadząc do przedwczesnego uniewinnienia oskarżonego od zarzucanych mu czynów pomimo nieusunięcia w tym zakresie poważnych wątpliwości natury dowodowej.

Nie przesądzając rezultatów oceny omówionego zagadnienia rzeczywistego celu działania zatrzymanych automatów, należało zatem uchylić zaskarżony

kasacją wyrok a sprawę oskarżonego przekazać Sądowi Okręgowemu w B. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Rozpoznanie przedmiotowego zarzutu okazało się zarazem wystarczające do uwzględnienia kasacji. Rozważanie prawidłowości przyjętej oceny prawnej jest bowiem przedwczesne na obecnym etapie postępowania (art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.), skoro w kasacji zasadnie wskazano na wadliwość przeprowadzonej przez Sąd odwoławczy oceny zgromadzonego materiału dowodowego, zaś prawidłowość oceny prawnej czynu zarzucanego oskarżonemu podlega ocenie dopiero przy niekwestionowanych ocenach i ustaleniach składających się na podstawę faktyczną orzeczenia.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd odwoławczy – uwzględniając kierunek wywiezionej kasacji - będzie miał w polu uwagi przedstawione wyżej uwagi i zapatrywania Sądu Najwyższego i dokona ponownej, rzetelnej kontroli odwoławczej zaskarżonego apelacją wyroku, uwzględniającej całokształt materiału dowodowego, a nie wyłącznie poszczególne jego fragmenty, ze szczególną ostrożnością oceniając te dowody, których wymowa jest zupełnie odosobniona. W swych rozważaniach nie pominie również argumentacji przedstawionej w złożonej przez obrońcę odpowiedzi na kasację.

Z tych wszystkich względów orzeczono jak w wyroku.