

UZASADNIENIE

J. B. została oskarżona o to, że: I. działając wspólnie i w porozumieniu ze S. B., będąc przedsiębiorcą, a zarazem osobą zobowiązaną z mocy prawa do zapewnienia prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z obowiązującym porządkiem prawnym, w okresie od dnia 21 lipca 2012 roku do dnia 23 stycznia 2013 roku w lokalu Pub A. w Z. na ulicy (...) urządziła w celach komercyjnych gry losowe na automacie bez wymaganego zezwolenia lub koncesji, wbrew dyspozycji zawartej w art.

6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych w ten sposób iż na podstawie umowy dzierżawy powierzchni użytkowej z dnia 21 lipca 2012 roku wydzierżawiła Kancelarii (...) z siedzibą w S. powierzchnię w/w lokalu i wstawiono automat do gier C. M. Transfer model M. 750 Serie C.: (...) następnie udostępniła go grającym tj. przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.

S. B. został oskarżony, o to że: II. działając wspólnie i w porozumieniu

z J. B., będąc przedsiębiorcą, a zarazem osobą zobowiązaną z mocy prawa do zapewnienia prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z obowiązującym porządkiem prawnym, w okresie od dnia 21 lipca 2012 roku do dnia 23 stycznia 2013 roku w lokalu Pub A. w Z. na ulicy (...) urządził w celach komercyjnych gry losowe na automacie bez wymaganego zezwolenia lub koncesji, wbrew dyspozycji zawartej w art.

6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych w ten sposób iż na podstawie umowy dzierżawy powierzchni użytkowej z dnia 21 lipca 2012 roku o wydzierżawieniu Kancelarii (...) z siedzibą w S. powierzchnię w/w lokalu wstawiono automat do gier C. M. Transfer model M. 750 Serie C.: (...), a następnie udostępnił go grającym tj. przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1k.k.s.

Wyrokiem z dnia 1 sierpnia 2018 r. Sąd Rejonowy w Zambrowie oskarżoną J. B. uznał za winną zarzucanego jej w punkcie I (pierwszym) czynu i za to na mocy art. 107 § skazał ją, zaś na mocy art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. wymierzył jej karę grzywny w wymiarze 70 (siedemdziesiąt) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawkiiennej grzywny na kwotę 80 (osiemdziesiąt) złotych. Oskarżonego S. B. Sąd uznał za winnego zarzucanego mu w punkcie II (drugim) czynu i za to na mocy art. 107 § 1 kks skazał go, zaś na mocy art. 107 § 1 kks w zw. z art. 23 § 1 i 3 kks wymierzył mu karę grzywny w wymiarze 70 (siedemdziesiąt) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawkiiennej grzywny na kwotę 80 (osiemdziesiąt) złotych. Sąd zasądził na rzecz Skarbu Państwa od oskarżonych J. B. i S. B. kwoty po 560 (pięćset sześćdziesiąt) złotych tytułem opłaty od każdego z nich i obciążył ich pozostałymi kosztami procesu każdy po 1/2 (jednej drugiej) części.

Powyższy wyrok na podstawie art. 425 § 1,2,3 kpk w zw. z art. 444 kpk zaskarżył w całości na korzyść oskarżonych – obrońca. Na podstawie art. 427 § 1 i 2 w zw. z art. 438 ust. 1, 2 i 3 kpk zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. Obrazę przepisów postępowania mających wpływ na treść wyroku, w szczególności:

1. rażącą obrazę art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k., polegającą na powieleniu materiału dowodowego przeprowadzonego w postępowaniu przygotowawczym, przypisaniu oskarżonym zarzucanych czynów bez jakiegokolwiek modyfikacji; z uzasadnienia wyroku wynika, iż Sąd I instancji uwzględnił tylko dowody obciążające oskarżonych, bez jakiegokolwiek ich analizy, a z drugiej strony pominął rozważenie okoliczności podnoszonych przez oskarżonych i obrońcę oraz wynikających z zeznań świadka A. G., które odwoływały się do innej oceny faktycznej i prawnej inkryminowanych zachowań; oparciu orzeczenia w przedmiotowej sprawie tylko na części materiału dowodowego, która zdaniem Sądu potwierdziła oskarżenie, z pominięciem wszelkich dowodów, które je podważały, co stanowiło skutek przekroczenia granicy swobodnej oceny dowodów, podjęcie tej oceny w sposób dowolny, sprzeczny z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego, w sposób uniemożliwiający ustalenie prawdy obiektywnej i sformułowanie w ramach tej oceny niesłusznych merytorycznie wniosków, iż oskarżeni dokonali zarzucanego im czynu, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego w sprawie nie pozwala na przyjęcie wskazanej kwalifikacji; uchybienie to przejawiało się m.in. w:

a. Nieodniesieniu się w najmniejszym nawet zakresie do treści zgromadzonej w sprawie dokumentacji, złożonej przez obrońcę;

b. globalnym powoływaniu się przez sąd na przeprowadzone na rozprawie dowody, bez ustalenia zależności pomiędzy poszczególnymi dowodami zgromadzonymi w sprawie i wskazania ich znaczenia dla rozstrzygnięcia, a w szczególności poprzez: brak odniesienia się przez Sąd do postanowienia Ministra Finansów z dnia 11 lipca 2011 roku, który rozstrzygnął, że oferta wizualizowana dokładnie tak, jak przedstawia to nagranie z eksperymentu funkcjonariuszy celnych, wypełnia definicję terminowej operacji finansowej zawartej w art. 7a ustawy Prawo bankowe oraz do dowodów złożonych przez obronę. Sąd mając w aktach stan faktyczny identyczny z tym przedstawionym we wniosku do Ministra rozstrzyga sprawę wbrew postanowieniu Ministra Finansów, wbrew opinii biegłych z zakresu instrumentów finansowych, czy w końcu wbrew stanowisku Komisji Europejskiej.

c. niewyjaśnieniu sprzeczności pomiędzy poszczególnymi dowodami zgromadzonymi w sprawie (w szczególności sprzeczności pomiędzy opinią (...) Austria oraz opiniami biegłych załączonych przez obronę a opinią biegłego C.), nie wyjaśnienie dlaczego Sąd dał wiarę wyłącznie dowodom przedstawionym przez oskarżenie, a dowodom przedstawionym przez obronę nie dał wiary; niewyjaśnienie powodów pominięcia okoliczności zawartych w opinii (...) Austria oraz pozostałych dowodach załączonych przez obronę, pomimo, iż Sąd wprost nie ocenił tych dowodu negatywnie, dowody te został w całości pominięte przez Sąd bez rozważenia ich treści i znaczenia dla postępowania i wyrokowania.

2. Naruszenie art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. poprzez niesłuszne oddalenie wniosków dowodowych obrońcy oskarżonego o ponowne przebadanie urządzeń csani z jednoczesnym uruchomieniem platformy csani, wniosku o wydanie na piśmie opina uzupełniającej przez biegłego C. poprzez wskazanie od czego zależna jest wysokość wypłaty, o dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci opina biegłego sądowego M. T. sporządzonej na postanowienie SR w Elku, sygn. akt II K 315/17 i brak należytego uzasadnienia stanowiska w tym zakresie, co skutkowało realnym pozbawieniem oskarżonego prawa do obrony oraz odwróceniem zasady domniemania niewinności w swoiste domniemanie winy bez umożliwienia odparcia zarzutów oskarżyciela, a także niewyjaśnieniem wszystkich okoliczności sprawy;

Obrazę art.170 k.p.k. poprzez jego błędne niezastosowanie i niewydanie postanowienia o oddaleniu wniosków dowodowych o przesłuchanie biegłego sądowego sporządzającego opinię w sprawie, o przeprowadzenie dowodu z protokołu rozprawy głównej w O. z dnia 6 lutego 2018 r. w sprawie II K 164/17 z przesłuchania biegłego C., opinii biegłego przy SO w Świdnicy A. W., o powołanie biegłego z informatyki A. W. (2), o powołanie biegłego z zakresu instrumentów finansowych M. T., o przeprowadzenie dowodu z opinii dr nauk prawnych A. N., o przeprowadzenie dowodu z ekspertyzy S. J., Colom Lyons, o przeprowadzenie dowodu z wydruków (...) i opinii jednostki badającej (...) Austria wraz z korespondencją e-mail, wydruku ze stron csani.com, a także wniosków z pisma zatytułowanego „dalsze wnioski dowodowe”, co uniemożliwiło poznanie stanowiska sądu w tym zakresie i naruszało prawo oskarżonego do obrony materialnej

4.naruszenie art. 167 kpk w zw. z. art. 366 kpk polegające na nierozważeniu istotnych okoliczności sprawy i nieprzeprowadzeniu niezbędnych w sprawie dowodów, skutkujące niezbadaniem wpływu art. 7a prawa bankowego na stosowanie ustawy o grach hazardowych, nie ustaleniem faktycznej roli spółki A. G. oraz jej związku z platformą (...) oraz brakiem ustaleń co do tego, kto faktycznie oferuje krótkoterminowe operacje finansowe; nieustalenie tego, czy mamy do czynienia z produktem niehazardowym;

5. Obrazę art. 4 kpk, art. 7 kpk, art. 92 kpk i art. 410 kpk polegającą na błędnej ocenie zgromadzonego materiału dowodowego i bezzasadnym przyjęciu, że zebrane w sprawie dowody nie pozostawiają cienia wątpliwości, że oskarżeni dopuścili się przestępstwa skarbowego w dacie wskazanej w wyroku - podczas gdy pozostaje to w sprzeczności ze zgromadzonymi w sprawie dowodami, w szczególności poprzez:

a. Przydanie waloru wiarygodności opinii biegłego A. C., podczas gdy jest ona

nierzetelna, niepełna, wydana z pominięciem przepisów prawa bankowego i ustawy o obrocie instrumentami finansowymi; błędna jest przyjęta przez biegłego definicja losowości; biegły nie posiada odpowiedniej wiedzy i kwalifikacji, by móc odnieść się do wskazywanych kwestii, co przyznał niejednokrotnie podczas innych postępowań; biegły A. C. przed SR w Olecku stwierdził, że nie jest władny do podjęcia decyzji czy urządzenia oferują instrumenty finansowe czy gry na automatach. Potwierdził również, że gdyby urządzenia te znajdowały się np. w jakichś instytucjach finansowych, na giełdzie, domach maklerskich, to klient przychodząc do takiej instytucji, widząc takie urządzenia zdawałby sobie sprawę, że jest to urządzenie oferujące instrument finansowy. Biegły ten wskazał dalej, iż wykres jest oparty o notowania walut, zaś wypłata i jej wysokość zależne są do przebiegu opcji oraz że najpierw następuje ustalenie wypłaty opcji, a potem wizualizacja oraz że platforma działa w taki sam sposób na każdym urządzeniu, w tym komputerach czy telefonach

b. przydanie walom wiarygodności eksperymentowi procesowemu i przyjęcie jego wyników za podstawę wyrokowania, podczas gdy w warunkach kontroli nie było możliwe poczynienie ustaleń czy najpierw wyznaczana jest wypłata opcji, a później zatrzymywane są bębny, czy układ bębnowy wyświetlający się po osiągnięciu danej wypłaty opcji wybierany jest w sposób deterministyczny (tak, że dla danej „wygranej” klient przy odrobinie wysiłku przewidzi układ wizualizacji bębnowej na podstawie informacji zawartych na stronie (...) lines.htmh; eksperyment nie bazuje na zebranej w toku procesu dokumentacji i ujawnionych faktach, a tym samym nie powinien stanowić jednej z najistotniejszych podstaw wyrokowania; błędnym jest uznanie, iż doszło do przebadania platformy (...) czy przebadania oprogramowania urządzenia (...); funkcjonariusze celni nie ustalili co jest świadczeniem strony transakcji terminowej i od czego zależna jest sama wypłata oraz jej wysokość, nie zapoznali się z regulaminem, nie mieli możliwości wykonania szczegółowych badań w trybie kontrolnym; tak się nie mogło stać nie tylko z uwagi na brak wiadomości specjalnych ze strony funkcjonariuszy celnych, ale też z uwagi na brak możliwości technicznych - protokół kontroli ma tylko charakter wstępny, ustaleń szczegółowych w tym zakresie należało dokonać na podstawie innych dowodów, jak opinii jednostki badającej (...) Austria lub przeprowadzić dodatkowy dowód z opinii odpowiedniego biegłego.

6. Naruszenie art. 193 k.p.k. w zw. z art. 366 k.p.k i art. 167 kpk. polegające na jego niezastosowaniu i niewyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy poprzez:

a. nie przeprowadzenie przez Sąd dowodu z opinii biegłego z zakresu instrumentów finansowych oraz dokonanie przez Sąd samodzielnych ustaleń w zakresie charakteru platformy i urządzeń, podczas gdy stwierdzenie powyższych okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymagało wiadomości specjalnych i nie mogło zostać dokonane samodzielnie przez Sąd; tylko opinia biegłego z zakresu instrumentów finansowych pozwoliłaby na ustalenie czy odniesienie się przez obronę do art. 7a Prawa Bankowego jest wyłącznie linią obrony czy też jest uzasadnione, a brak powołania biegłego skutkowało błędnym uznaniem, że instrumenty oferowane przez oskarżonego mają charakter hazardowy; błędnym była konstatacja Sądu I instancji, iż powołanie biegłego w tym zakresie jest zbędne z uwagi na niezwiązanie zagadnienia ze sprawą;

b. nie przeprowadzenie przez Sąd dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki i programistyki w kontekście wyjaśnienia w oparciu o co jest budowany wykres i czy kursy walut przedstawiane są w czasie rzeczywistym, co skutkowało błędną oceną ciężaru dowodu poprzez całościowe nieprzeprowadzenie najistotniejszych w sprawie dowodów, zmierzających do wykazania, iż produkty oferowane przez oskarżonego nie stanowią gier o charakterze hazardowym, a są w istocie instrumentami finansowymi, których dotyczy art. 7a ustawy Prawo bankowe; (w trwających równolegle postępowaniach karnych ten środek dowodowy został oceniony jako niezbędny);

7. Naruszenie art. 5 § 2 kpk w zw. z art. 366 k.p.k poprzez nieusunięcie wątpliwości pojawiających się w toku analizy zeznań funkcjonariusza celnego (funkcjonariusze celni, jak wskazane zostało w wielu postępowaniach dotyczących terminali MTKiosk, przeszli jedynie ogólne szkolenie w zakresie działania platformy (...) na urządzeniach C. M. Transfer i znają jedynie pobieżne jej działanie), w sytuacji gdy twierdzenia o wystąpieniu elementu losowości nie

zostały poparte żadną argumentacją; uznanie, że wynik gry jest nieprzewidywalny opiera się na błędzie wynikającym z pominięcia treści regulaminu i umowy oraz braku elementarnej wiedzy o możliwościach zakupu opcji binarnych.

Powyższe uchybienia natury proceduralnej skutkowały zaistnieniem szeregu błędów w ustaleniach faktycznych, przyjętych za jego podstawę, a mogących mieć wpływ na jego treść polegające na:

1. Błędym uznaniu, że główne ze znamion czynu art. 107 kks zaistniało, tj. w sprawie udowodniony został element losowości, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy zmierzający do tej konstatacji jest niepełny i nierzetelny, a uzyskane w innych postępowaniach opinie biegłych sądowych w całości potwierdzają linię obrony oraz faktyczny związek wyniku transakcji z notowaniami walut, zaistnieniem podstaw do stosowania art. 7a prawa bankowego i wyłączeniem stosowania ustawy o grach hazardowych, a także brak dominującej roli czynnika losowego (opinia biegłego w zakresie instrumentów finansowych M. T. (2) przed SR w Elku oraz opinia biegłego z zakresu informatyki, automatów do gier, programowania A. W. (2) przed SR w Ostrowie Wielkopolskim, które - w przeciwieństwie do opinii w sprawie - powstały nie w trakcie postępowania przygotowawczego, ale w trakcie postępowania przed Sądem,

z jednoczesnym przeprowadzeniem czynności na automacie, łącznie z otwarciem, uruchomieniem i przeprowadzeniem ID-transakcji na poszczególnych wizualizacjach możliwych do wyboru, w oparciu o cały materiał dowodowy, w sposób całościowy i dokładny, z uzyskaniem wszelkich koniecznych instrukcji).

2. Błędym uznaniu, że gry inwestycyjne realizowane w oparciu o algorytmy deterministyczne ze względu na stopień złożoności i szybkość działania nabierają cech losowości, podczas gdy sam biegły ds. instrumentów finansowych M. T., a więc biegły o odpowiedniej do dokonania oceny specjalizacji wskazuje, iż „jedyna uwaga, która może budzić wątpliwości to ich krótkoterminowy charakter oraz wizualizacja kojarząca się z grami na automatach o niskich wygranych o charakterze losowym. Te jednak czynniki nie pozbawiają cech, które wykluczałyby te instrumenty/produkty z kategorii instrumentów finansowych/

3. Błędym uznaniu, że nie mamy do czynienia z krótkoterminowymi instrumentami finansowymi, podczas gdy taka konstatacja nie wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego oraz wymaga wiadomości specjalnych; przeciwne wnioski wprost wynikają z opinii biegłego M. T. (2) powołanego przez Sąd Rejonowy w Elku (II K 315/17): „Produkty/instrumenty oferowane przez platformę (...) są instrumentami finansowymi mającymi formę krótkoterminowych opcji binarnych. K. tych produktów/instrumentów nie odbiera im charakteru instrumentów finansowych. W produktach /instrumentach oferowanych przez platformę (...) czynnik losowy nie pełni roli dominującej. Oferowane produkty/instrumenty za pomocą platformy (...) prezentowane są wizualnie w sposób znany z gier hazardowych. Wizualizacja instrumentów finansowych nie odbiera im jednak przymiotu instrumentów finansowych w myśl ustawy o obrocie instrumentami finansowymi”

4. Błędym uznaniu, że wygrane padają w oderwaniu od notowań walut prezentowanych na wykresie, a zależą wyłącznie od ułożenia bębnow, bez wpływu gracza na wynik gry, podczas gdy taka konstatacja nie wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego oraz wymaga wiadomości specjalnych; odwrotne wnioski wprost wynikają z opinii biegłego A. W. (2), powołanego przez Sąd Rejonowy w Ostrowie Wielkopolskim, II K 1178/16: „Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, po przeprowadzonych przez biegłego empirycznych badaniach danego podmiotowego urzędnika, w mojej ocenie pod względem technicznym same wizualizacje gier nie dają wygranych w oderwaniu od instrumentów finansowych, a ukazane wygrane padają wcześniej poza grami w wyniku spekulacji na instrumentach finansowych. Wygrana ta jest tylko zwizualizowana później przez układ symboli dokładnie o takiej wartości z tabeli wybranych gier, która to wartość odpowiada wcześniejszej wygranej na spekulacjach opcjami walutowymi”

5. Błędym uznaniu, że konieczna była koncesja albo zezwolenie na prowadzoną działalność, by uznać jej legalność, podczas gdy w przypadku stosowania art. 7a Prawa bankowego oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi

stosowanie ustawy o grach hazardowych zostało wyłączone, w związku z czym legalność działań nie zależała od uzyskania ww. koncesji.

6. Błędym uznaniu, że funkcjonariusze byli władni do dokonania oceny, czy podczas użytkowania platformy csani.com występuje element losowości oraz czy zastosowanie winna mieć ustawa o grach hazardowych, podczas gdy funkcjonariusze celni nie posiadali ani wiedzy ani możliwości pozwalających w trybie kontrolnym na jednoznaczne ustalenia będące czymś innym niż przypuszczenie, a także nie ustalili, jaka jest zależność pomiędzy wykresem a wizualizacją bębnową, w szczególności ustalenia, czy najpierw następuje ustalenie wypłaty na wykresie czy zatrzymanie się wizualizacji bębnowej, czy ustawienia bębnów i rodzaj wykresów są zależne od przypadku czy też od notowań rynku walut, a w konsekwencji nie dokonano ustaleń od czego zależna jest wypłata i jej wysokość;

7. Błędym uznaniu, że inicjatywa dowodowa oskarżonych i obrońcy zmierza do przedłużenia

postępowania i stanowi jedynie sprzeczną z prawdą linię obrony, podczas gdy w rzeczywistości oskarżeni podjęli próbę udowodnienia prawdziwego charakteru platformy i jej celu, co stanowiło ich konstytucyjne prawo do obrony.

8. Błędym uznaniu, że sposób użycia platformy przesądzał o jego hazardowym charakterze przy jednoczesnym braku podważenia podstaw prawnych funkcjonowania terminali oraz braku dowodów na sposób użytkowania urządzeń przez klientów bez przeprowadzania dowodu z historii transakcji;

9. Błędym uznaniu, że na urządzeniu zainstalowana jest jakakolwiek gra hazardowa, podczas gdy dokładne badanie platformy prowadzi do wniosków, iż żadna z zainstalowanych aplikacji nie stanowi gry hazardowej - co wprost wynika z załączonych opinii.

Naruszenie przepisów prawa materialnego:

1. Naruszenie art. 7a Prawa Bankowego poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że produkty oferowane przez C..com nie mają charakteru instrumentów finansowych, co w szczególności jest wynikiem nie powołania przez Sąd biegłego z zakresu instrumentów finansowych; wskazane uchybienie doprowadziło do uznania, iż działalność prowadzona na zakwestionowanej platformie (...).com/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 przepisów ustawy o grach hazardowych; w istocie mamy tu do czynienia z opcjami binarnymi typu europejskiego, utworzonymi na bazie par wymiany obcych walut, wymienionymi jako instrumenty finansowe na wykazie (...) 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 (...) uzupełnionej przez artykuły 38 i 39 Rozporządzenia (WE) nr 1287/2006 z 10 sierpnia 2006 wprowadzającego Dyrektywę (...) Parlamentu i Komisji (...);

2. 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 do 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 (...), do którego odsyła w art. 4 ust. 1 pkt 26 rozporządzenia nr 575/2013) w formie biura usług płatniczych jest instytucja finansowa w rozumieniu art. 4 ust 1 pkt 7 prawa bankowego.

3. 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 ma 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 („in the money”); sposób rozliczenia kontraktu opcyjnego nie ma wpływu na funkcje, jakie spełnia ten instrument pochodny.

4. Naruszenie art. 5 ust. 2 pkt 4 Prawa Bankowego poprzez jego niezastosowanie i nie zauważenie przez sąd, iż określenie „operacje finansowe” nie jest nazwą typu umów, ale nazwą gatunkową wspólną dla większej liczby typów czynności o określonych cechach wspólnych, w tym umowa zobowiązująca do świadczenia, przewidująca świadczenie kształtujące (czyli opcja); pojęcie „terminowe operacje finansowe” jest bardzo ogólne i może obejmować znaczny katalog umów o różnej konstrukcji prawnej z możliwymi wariantami szczególnymi; określone pojęcia np. „prawo” lub „zespół praw”, „umowa” i „instrument finansowy” to określenia mające charakter tautologiczny. W konsekwencji transakcja terminowa rodzi zarówno prawa jak i obowiązki, a bezsprzecznie jest instrumentem finansowym zarówno w języku ekonomicznym, prawnym, jak i prawniczym. Umowy dotyczące instrumentów pochodnych to transakcje, na mocy których przynajmniej jedna ze stron nabywa uprawnienie do otrzymania świadczenia, którego wartość jest zależna od kształtowania się ceny umówionych dóbr, które można wycenić w pieniądzu lub wartości ekonomicznych określających te dobra, a termin spełnienia świadczenia jest przesunięty w czasie. Świadczeniem strony transakcji terminowej jest przyjęcie ryzyka związanego z ceną instrumentu podstawowego w określonym momencie w przeszłości.

5. Naruszenie art. 5 ust. 2 pkt 4 Prawa Bankowego poprzez jego niezastosowanie tj. nie zauważenie przez sąd, iż zobowiązanie z umowy terminowej nie jest zobowiązaniem pieniężnym i nie występuje tu świadczenie pieniężne sensu stricto. Świadczenie pieniężne pojawia się jako wykonanie świadczenia podstawowego. Dalej nie zauważanie, iż kontrakt opcyjny jest ze swej natury umową o nieprzewidywalnym rezultacie, co funkcjonariusze celni, a za nimi Sąd I instancji, utożsamiają z losowością Istota kontraktu opcyjnego najbliższa jest umowie zakładu. Umowy zakładu na opcje charakteryzują się tym, iż powstanie obowiązku świadczenia oraz jego zakres zależą w określonym stopniu od przypadku, czyli zdarzenia niepewnego, bo opartego o dane ekonomiczne.

6. Naruszenie art. 5 ust. 2 pkt 4 Prawa Bankowego poprzez niedokonanie wykładni terminu „krótkoterminowe operacje finansowe” — tutaj „opcja binarna” i postawienie wymogu całkowitej przewidywalności czemuś, co z natury przewidywalne nie może być; opcje binarne w ujęciu klasycznym to określenie, czy poziom ceny danego aktywa w momencie wygaśnięcia opcji będzie wyższy/nizszy od poziomu wyjściowego i jak każdy instrument finansowy wiąże się z ryzykiem i nieprzewidywalnością opartą o dane ekonomiczne.

7. naruszenie art. 2 ust. 3—5 u.g.h. poprzez przyjęcie, że zatrzymane w niniejszej sprawie urządzenia (...) są automatem do gier w myśl powyższych przepisów, podczas gdy zasady ich działania prowadzą do wniosków, iż C..com 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

(...) albo (...) na te pary walutowe – ramach jurysdykcji Unii Europejskiej w całości produkty te uznawane są za instrumenty finansowe.

8. Z ostrożności procesowej, pomimo jasnego i udowodnionego stanowiska odnoszącego się co do wykluczenia stosowania ustawy o grach hazardowych, obrona pragnie podnieść również zarzut naruszenia art. 10 § 4 kks poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy oskarżeni (w przypadku udowodnienia czynu zabronionego) pozostawali tempore criminis w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do niehazardowego charakteru prowadzonej przez siebie działalności; w takiej sytuacji sąd winien uniewinnić oskarżonego od zarzucanego mu czynu, a to z uwagi na podjęte przez oskarżonych starania w kwestii uzyskania dowodów legalności platformy; przekreśla możliwość przepisania umyślnej realizacji znamion ustalenie dowodowe, zgodnie z którym sprawca przed przystąpieniem do karalnego zachowania uzyskał opinię, w której stwierdzono, że konkretne urządzenie nie posiada kwalifikacji normatywnej urządzenia do gier. Jeśli nie zostanie wykazany fałsz opinii, względnie wykonane po jej sporządzeniu i badaniu przeróbki skutkujące nadaniu urządzeniu charakteru hazardowego, albo też nie zostanie przeprowadzony inny dowód na świadomość tempore criminis hazardowego charakteru urządzenia, umyślność jest wykluczona (por. Komentarz G. Łabuda i inni, str. 1018.) sąd analizując niniejszą sprawę de facto w sposób całkowity abstrahował od dokumentacji, jaką zgromadzili oskarżeni celem wykazania legalności prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej i przeszedł do porządku dziennego do ustaleń eksperymentu, podczas gdy w sprawie wypowiada się jednostka badająca (...) Austria GmbH akredytowana przez polskie Ministerstwo Finansów czy sam Minister Finansów - jeśli chodzi o kwestie wizualizacji - wskazują na brak zastosowania ugh; Komisja Europejska wypowiedziała się w kwestii rozstrzygnięcia pierwszeństwa ustaw, (KE daje tu także prymat stosowania prawa UE a więc dyrektywy (...) przed ustawą o grach hazardowych, która jej zdaniem nie znajdzie zastosowania).

9. art. 107 kks poprzez jego błędna wykładnie polegającą na uznaniu, iż ewentualne błędne przeświadczenie użytkownika czyni działalność oskarżonego hazardowa, podczas gdy taki zarzut co najwyżej mógłby wskazywać na naruszenie art. 84 k.c. i 86 k.c. tj. błędu „powoda” polegający na braku pełnej wiedzy na temat zawieranych transakcji terminowych. Rzecz jednak w tym, że argumentacja taka prowadzona jest już poza zakresem ustaleń faktycznych dokonywanych przez Sąd meritum.

Na podstawie art. 427 § 1 kpk skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości poprzez uniewinnienie oskarżonych od zarzucanych im czynów. Nadto wniósł o zasądzenie na rzecz oskarżonych kosztów obrony, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm prawem przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego okazała się niezasadna i jako tak nie zasługiwała na uwzględnienie. W pierwszej kolejności zwrócić uwagę należy na pewną wadliwość sformułowania zarzutów odwoławczych. Oczywiście jest bowiem, że nie jest właściwe powoływanie kilku zarzutów, gdy jeden jest konsekwencją innego bądź gdy zarzuty wzajemnie się wykluczają. (vide wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie II Wydział Karny z 21 kwietnia 2016 r. sygn. akt II AKa 33/16). Jeżeli zatem błąd w ustaleniach faktycznych jest wynikiem naruszenia przepisów prawa procesowego, to w apelacji powinien być postawiony jedynie zarzut obrazy prawa procesowego. Jeżeli sąd dokonał oceny dowodów sprzecznie z dyspozycją art. 7 k.p.k. to błąd w ustaleniach faktycznych, będący wynikiem tej błędnej oceny, ma charakter wtórny.

Tymczasem mimo sformułowania w apelacji szeregu zarzutów opartych na wszystkich – poza rażąco niewspółmiernością kary – podstawach odwoławczych, intencją skarżącego było de facto wykazanie, że w przedmiotowej sprawie powinien mieć zastosowanie art. 7a Prawa bankowego. Apelacja forsuje tezę, że prowadzona przez oskarżonych J. B. i S. B. działalność dotyczyła terminowych operacji finansowych, a nie gier na automatach określonych przepisami ustawy o grach hazardowych.

Odnosząc się najpierw do postawionych w apelacji zarzutu rażąco obrazy prawa procesowego wskazać należy, że aby zarzut oparty o przepis art. 438 pkt 2 k.p.k. mógł okazać się zasadny, musi zostać stwierdzone po pierwsze, że doszło do obrazy przepisu postępowania a po wtóre, że miało to wpływ na treść orzeczenia. Zarzut oparty na wskazanym przepisie nie może zostać zatem uznany za zasadny jeżeli w ogóle nie doszło do obrazy przepisu postępowania lub

jeżeli wprawdzie doszło ale nie miało to wpływu na treść zaskarżonego orzeczenia. – vide Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku - II Wydział Karny z 2017-05-09, II AKa 334/16

Ustosunkowując się więc do argumentacji skarżącego, który mnożąc zarzuty naruszenia przepisów postępowania w związku z nierozważeniem dowodów obrony, poczynieniu ustaleń na dowodach obciążających oskarżonych czy oddaleniem zgłaszanych przez obrońcę wniosków dowodowych, wskazać trzeba, że okazały się one niezasadne, bo jakkolwiek sąd nie ustrzegł się pewnych uchybień, to nie miały one wpływu na treść wyroku.

Podkreślić trzeba, że przedmiotem kontroli odwoławczej jest wyrok. Jeśli zatem poza uwagą sądu meriti pozostały jakieś nierozważone dowody, to Sąd odwoławczy dokonując kontroli orzeka na podstawie materiału dowodowego przeprowadzonego i ujawnionego na rozprawie przez sąd pierwszej instancji, a jeśli tak jak w przedmiotowej sprawie uzupełni postępowanie dowodowe w toku postępowania odwoławczego, to także na podstawie dopuszczonych przez siebie dowodów. Argumentacja sprowadzająca się zatem do pominięcia czy nierozważenia dowodów obrony okazała się nieskuteczna skoro finalnie nie miało to wpływu na treść wyroku. Dowód z dokumentów przedstawionych przez skarżącego sąd odwoławczy dopuścił, mimo to dochodząc do wniosku, że ustalenia sądu orzekającego były prawidłowe.

Odnosząc się do realiów przedmiotowej sprawy wskazać należy, że z protokołu kontroli przeprowadzonej 23 stycznia 2013 r. przez funkcjonariuszy celnych Urzędu Celnego w Ł. w lokalu P. Gościnne PUB (...) J. B. przy ul. (...) w Z. wynikało, że w ww. punkcie znaleziono urządzenie elektroniczne (...), korzystające z sieci Internet o wyglądzie i konstrukcji automatu do gier hazardowych. Posiadało ono monitory – jeden z wyświetlającymi się wykresami, a drugi dotykowy, wrzutnik monet, panel z nieoznaczonym przyciskiem, akceptor banknotów, hopper oraz drukarkę do wystawiania paragonów. Jak wykazał przeprowadzony eksperyment rozpoczęcie gry jest zależne od wpłaty pieniędzy. Po zakredytowaniu urządzenia i uruchomieniu gry wciśnięciem na dolnym monitorze dotykowego pola (...), bębny zostają wprowadzone w ruch i obracają się z dużą prędkością, a po chwili samoczynnie się zatrzymują. Bębny automatu zostawały unieruchomione samoczynnie bez udziału grającego, a grający nie miał wpływu na wynik gry. Zatrzymywanie bębnow było następowo automatycznie bez udziału grającego. Dla wyniku gry bez znaczenia pozostawały takie cechy jak jego inteligencja, umiejętność logicznego myślenia, zręczność, sprawność czy wiedza. Możliwa jest wypłata wygranej bezpośrednio z automatu, a nadto drukowano paragony pozwalające na ewentualne realizowanie wypłaty z zewnątrz. Nadto wygrana w pojedynczej grze przelewana do pola „credit” umożliwiała prowadzenie nowych gier bez konieczności zakredytowania urządzenia (k. 4-8). Gra na urządzeniu wygląda identycznie jak gra na automacie do gier hazardowych. Występują w niej m.in. obracające się bębny wraz z symbolami typowymi dla gier na automatach, a na ekranie widnieją pola: win, credit, bet czy buy także charakterystyczne dla automatów do gier hazardowych. Taki opis działania gry oraz urządzenia i jego wyposażenia, utrwalony protokołem kontroli, udokumentowany materiałem fotograficznym oraz zarejestrowany nagraniem kamery dawał pełne podstawy do uznania iż jest to automat do gier hazardowych. Jak wskazał w wyroku z 23 marca 2017 r., w sprawie II KK 16/17 Sąd Najwyższy brak wpływu gracza na wynik gry, w przypadku, gdy nie ma on nawet możliwości zatrzymania obracających się bębnow, jest widoczny „na pierwszy rzut oka”.

Powołany w postępowaniu przygotowawczym do wydania opinii biegły A. C. (2) odnośnie charakteru zatrzymanego urządzenia wskazał, że przedmiotowy automat oferuje gry- inwestycje z bębnową wizualizacją, w zakresie których jest typowym automatem do gry. Grę na urządzeniu umożliwia wpłata przeliczana na punkty (...). Jest bezpośrednia możliwość uzyskania wygranej, z hoppera, a w razie braku monet w hopperze, drukowane przez urządzenie paragony umożliwiały wypłatę przez obsługę, bądź prowadzenia kolejnych gier za wygrane uzyskane w grach poprzednich. Gry- inwestycje mają charakter losowy – wynik każdej pojedynczej gry-inwestycji jest zależny od przypadku oraz po uruchomieniu każdej gry-inwestycji o jej wyniku decyduje jej algorytm. Grający nie ma żadnego wpływu na końcowy wynik pojedynczej gry-inwestycji. W tym sensie każda pojedyncza gra-inwestycja ma charakter losowy. Nawet jeśli wg danych (...) gry-inwestycje są realizowane w oparciu o algorytmy deterministyczne to ze względu na ich wysoki stopień złożoności i szybkość działania nabierają cech losowości (k. 68-77).

W tym miejscu odwołując się do przepisów ustawy o grach hazardowych wskazać trzeba, że zgodnie z art. 3 u.g.h. urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie. Z definicji zawartej w art. 2 ust. 3 u.g.h. wynika, że grami na automatach są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości. Zgodnie zaś z art. 2 ust. 5 u.g.h. grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy. Wygraną rzeczową w grach na automatach jest również wygrana polegająca na możliwości przedłużenia gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, a także możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze (art. 2 ust. 4 u.g.h.). Dla rekonstrukcji znaczenia użytego przez ustawodawcę pojęcia "losowy" należy odnieść się do wykładni językowej posilkując się słownikami języka polskiego, że stan rzeczy ma charakter "losowy", jeśli dotyczy nieprzewidywanych wydarzeń, jest oparty na przypadkowym wyborze lub na losowaniu, zależny jest od losu (por. M. Bańko, Słownik języka polskiego, Warszawa 2007, tom 2, str. 424; M. Szymczak, Słownik języka polskiego, Warszawa 1988, tom 2, str. 53; E. Sobol, Mały słownik języka polskiego, Warszawa 1994, str. 396). Tym bardziej opis taki można i należy odnieść do stanu rzeczy, który zawiera element losowości. Powyższe stwierdzenie koresponduje z przyjętą w orzecznictwie wykładnią użytego w art. 2 ust. 3 u.g.h. sformułowania "element losowości", że taką cechą ma gra, której wynik jest nieprzewidywalny dla grającego, czyli nie zależy od jego umiejętności fizycznych i psychicznych, tj. zręczności, woli czy wiedzy (por. wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. II GSK 1713/13). Do uznania urządzenia za automat do gry w rozumieniu u.g.h. wystarczające jest, że cechą przeprowadzanej na nim gry jest organizowanie jej w celach komercyjnych i że gra ma charakter losowy. Taka zaś działalność ma charakter koncesjonowany, nawet jeżeli w grze nie występuje wygrana pieniężna lub rzeczowa polegająca choćby na przedłużeniu czasu gry bez wpłaty dodatkowej stawki, czy rozpoczęcie nowej gry poprzez wykorzystanie wygranej (punktów) z poprzedniej gry (art. 2 ust. 4 u.g.h.).

Z brzmienia powyższych przepisów wynika, że na gruncie ustawy o grach hazardowych, ocenie pod kątem występowania elementów określonych w definicji gry na automatach winna być poddana wyłącznie pojedyncza gra. Nie można bowiem przesądzać o cechach gry w przypadku badania procesów zachodzących na danym urządzeniu w innym czasie, niż ten, w którym prowadzona jest sama gra. W nawiązaniu do powyższego wskazać należy, że wnioski wypływające z eksperymentu funkcjonariuszy służby celnej, jak też opinii biegłego A. C. (2) jednoznacznie przekonują, że gry na zabezpieczonym i skontrolowanym automacie wyczerpują definicję gier na automatach w rozumieniu przepisów ustawy o grach hazardowych.

Prawidłowości powyższych wniosków nie podważają zeznania A. G. (2) i zbieżne z nimi wnioski przedstawionych przez obronę dokumentów w tym opinii A. W. (3) wraz załącznikami, czy M. T. (2). Ten ostatni w wydawanych opiniach wskazał, że produkty/instrumenty finansowe oferowane przez platformę (...) są instrumentami finansowymi mającymi formę krótkoterminowych opcji binarnych. K. tych produktów/instrumentów nie odbiera im charakteru instrumentów finansowych. W produktach/instrumentach oferowanych przez platformę (...) czynnik losowy nie pełni roli dominującej, zawierane transakcje za pośrednictwem automatów dotyczące opcji nie są grami losowymi w myśl przepisów o obrocie instrumentami finansowymi. Oferowane produkty/instrumenty za pomocą platformy (...) prezentowane są wizualnie w sposób znany z gier hazardowych. Wizualizacja instrumentów finansowych nie odbiera im jednak przymiotu instrumentów finansowych w myśl ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

Treści wyżej wskazanych dokumentów mogłaby przemawiać za stanowiskiem, że istotnie w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 7a ustawy 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 między innymi przepisów o grach hazardowych. Tego jednak wniosku sąd odwoławczy ostatecznie nie podzielił. Zastosowanie art. 7a Prawa bankowego jest możliwe po spełnieniu określonych w tej ustawie warunków. W szczególności podmiot, który świadczy usługi, o których mowa w art. 7a Prawa bankowego, powinien być instytucją finansową w rozumieniu Prawa bankowego i działać 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 rzeczywisty charakter, co oznacza, że nie są to operacje jedynie dla pozoru, czy wprowadzające w błąd.

Opcja walutowa jest instrumentem finansowym pozwalającym zarządzać ryzykiem walutowym dzięki zabezpieczeniu ceny zakupu lub sprzedaży waluty w określonym czasie w przyszłości. Daje nabywcy prawo do zakupu lub sprzedaży waluty w przyszłości po dziś ustalonym kursie w zamian za zapłaconą na rzecz wystawcy premię. Skarżący formułuje właśnie stanowisko, że na urządzeniu będącym przedmiotem postępowania poprzez platformę (...) istniała możliwość inwestowania w opcje walutowe w oparciu o tworzony przez nią indeks dolara USA. Podkreślić jednakże należy, że dotykowy panel, który miałby służyć potencjalnemu inwestorowi do wyboru określonych gier/inwestycji ma ewidentnie cechy, nazwy i prezentacje odwołujące się do gier hazardowych, o czym mowa wyżej. Rozpoczęcie gry wiązało się z uruchomieniem kolorowych bębnow wirujących stanowiących istotny element wizualizacji gry. Dostęp do informacji o charakterze gry i szczegółowych instrukcji wyszczególnionych gier/ inwestycji był dostępny tylko poprzez anglojęzyczną zakładkę, a nie można pominąć, że potencjalnym klientem był bywalec lokalu, a nie specjalista od rynków finansowych. Czas trwania opcji – od 1 sekundy do 10 minut jest obiektywnie bardzo krótki. Sekundowy przedział czasowy w istocie uniemożliwia uzyskanie jakiegokolwiek pułapu cenowego w aspekcie ekonomicznym i warunków gry inwestycyjnej. W sytuacji opcji 30 sekundowych tzw. binarnych, nawet w typowych warunkach działalności inwestycyjnej, jest to nic innego jak hazard inwestycyjny. M. T. (2) wskazał, że nie jest to nic innego, jak spekulowanie czy cena danego aktywu wzrośnie czy spadnie w danym przedziale czasowym. Z bezpośredniej informacji zawartej w anglojęzycznej zakładce wprost wynika, iż nie ma możliwości wcześniejszego „zamknięcia” opcji niż czas jej wykonania, a same warunki i przebieg gry wskazane w opinii biegłego były zgodne z wynikami przeprowadzonych eksperymentalnie transakcji. Stwierdził, że wizualizacja gry ma charakter wyłącznie dekoracyjny (to nie układ bębnow determinuje wypłatę a rozliczenie opcji w momencie ich wygaśnięcia), lecz jednocześnie stwierdził także, iż gry/inwestycje z takim wyborem wizualizacji (wizualizacja bębnowa obejmująca większą część ekranu) stanowiły najlichnieszą grupę. Nie sposób też nie zauważyć, że właśnie dla gier 1 sekundowych występuje wizualizacja obracających się bębnow na całym ekranie urządzenia, jak też stosowany jest specjalny algorytm stworzony przez (...).

Wskazane wyżej dokumenty dotyczące sposobu działania urządzenia i platformy (...) wskazują, że obejmują one wysoko specjalistyczne transakcje na światowych rynkach walut o szczególnej konstrukcji – opcje binarne. Zakres tych pojęć ekonomicznych i finansowych o tak wysokim stopniu specjalistycznej szczegółowości, jak też ich znajomość dostępna jest podmiotom wysoko kwalifikowanym, a trudno uznać aby takie transakcje finansowe przeprowadzały one w lokalu w Z., gdzie jedyna aktywność „inwestora” ograniczała się do wrzucenia maksymalnie kwoty 50 złotych do urządzenia. Gracz nie korzystał z żadnych narzędzi analitycznych wspomagających optymalny wybór inwestycji. Nielogiczne byłoby, aby opłatę wrzutową do automatu uznać za zakup opcji walutowych i świadome inwestowanie w kursy walut. W sytuacji, gdy chciano wyeliminować ewentualne powiązanie korzystania z oferowanych „instrumentów finansowych” z grą na automatach, można było przecież oferować korzystanie z nich bez pośrednictwa urządzeń, które zarówno swoim wyglądem jak i sposobem działania – kręcące się bębny i wizualizacja jak przy standardowych grach na automatach – od razu sugerowały powiązanie z automatami do gier, z których wypłata jest realizowana wyłącznie gotówką bez jakiegokolwiek potwierdzenia, że do zawarcia jakiegokolwiek umowy faktycznie doszło. Uznając powiązanie wyników gry z notowaniami na rynkach finansowych, lecz mając na względzie czas trwania gry i jej przedmiot, należy uznać, że dalej jest ona nieprzewidywalna dla grającego, a tym samym nosi cechy losowości, z uwzględnieniem charakterystyki technicznej samego urządzenia. Istotą jest sposób wykorzystania MT Kiosk przez grających. Przebieg eksperymentu wskazuje na obstawianie przez grającego tendencji na rynkach walutowych, których nie jest on w stanie przewidzieć. Urządzenie typu (...) umożliwia zatem grę hazardową i tak jest wykorzystywane.

Bez konieczności odwoływania się do opinii (...) Austria GmbH wskazać należy, że Minister Finansów decyzją z dnia 1 czerwca 2015 r. w sposób jednoznaczny wskazał, iż gry prowadzone na urządzeniu M. Transfer Kiosk na platformie (...) Transfer Kiosk są grami na automatach w rozumieniu przepisów ustawy o grach hazardowych. Nota bene postanowienie Ministra Finansów z dnia 22 lipca 2011 r., wbrew stanowisku skarżącego, wcale nie przesądzało

o niehazardowym charakterze gier. Odmówiono nim wszczęcia postępowania w przedmiocie wydania opinii czy korzystanie z platformy inwestycyjnej, będącej stroną internetową instytucji finansowej działającej poza granicami Polski, stanowi udział w grze losowej, zakładzie wzajemnym lub jakiegokolwiek innej formie hazardu.

W opracowaniach naukowych: Przeciwdziałanie szarej strefie w Polsce – (...) wskazuje się, że terminale typu (...), na których nielegalnie urządzane są gry na automatach w sposób, który pod pozorem uczestnictwa w giełdzie walutowej F. umożliwia grę. W rzeczywistości automat nie pobiera danych giełdowych, a prezentuje wykres zmian kursu danej pary walutowej, wprowadzając tym samym gracza w błąd. Wbudowany w automat algorytm ustala, co ile gier powinna nastąpić wygrana, a tym samym nie ma to faktycznie żadnego realnego powiązania z rynkiem F.. Celem upozorowania legalności opisywanego proceduru, podmioty urządzające gry na automatach, posługują się opiniami instytucji i organów państwowych, które zasadniczo mają dotyczyć mechanizmów gier deklarowanych przez te podmioty – nie dotyczą jednak gier faktycznie realizowanych, tj. oferowanych w lokalu. Oznacza to, że wspomniane opinie w rzeczywistości nie gwarantują graczom, że uczestniczą w legalnych grach, lecz, poprzez wprowadzenie w błąd, narażają ich na uczestnictwo w nielegalnym procedurze (strona 92 powyższego opracowania).

Mając to na uwadze nie sposób uznać za zasadny także zarzutu obrazy prawa materialnego. Nawet stwierdzenie, że C. jest instytucją finansową zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt.26 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr (...) z dnia 26.06.2013r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych (Dz.Urz.EU.L Nr 176), to nie zostały spełnione warunki z art. 7a ustawy Prawo bankowe, w związku z czym działalności C. nie można uznać za obrót terminowymi operacjami finansowymi czy instrumentami rynku pieniężnego, przez co mają do niej zastosowanie przepisy ustawy o grach hazardowych w pełnej rozciągłości.

Dokładna analiza zapisu pełnej informacji znajdującej się na stronach Komisji Nadzoru Finansowego wskazuje, że przedmiotem działalności (...) (Biuro usług płatniczych) jest świadczenie usług przekazu pieniężnego – art. 3 ust.1 pkt. 6 ustawy o usługach płatniczych. Działalność w zakresie świadczenia usług płatniczych może być wykonywana wyłącznie przez dostawców usług płatniczych, w tym biuro usług płatniczych. Jedyną usługą, którą mogą świadczyć również biura usług płatniczych na rynku usług płatniczych, jest usługa przekazu pieniężnego, która nie wymaga prowadzenia rachunku płatniczego, gdyż polega na transferze do odbiorcy lub do innego dostawcy przyjmującego środki pieniężne dla odbiorcy środków pieniężnych otrzymanych od płatnika albo na przyjęciu środków pieniężnych dla odbiorcy i ich udostępnieniu odbiorcy (vide postanowienie SN z 25 stycznia 2017r IV CZ 96/16) . Tylko tego typu usługami objętymi zgodą (...) może zajmować się dany podmiot: w przypadku (...) tylko bezpośrednio przekazy pieniężne nawet bez konieczności posiadania rachunku płatniczego. W korelacji do treści art. 7a Ustawy prawo bankowe prawnie dopuszczalne działanie (...) nie można uznać za zawieranie terminowych operacji finansowych .Są to zupełnie różne i odmienne pojęcia ekonomiczne. W ustawie Prawo bankowe nie zdefiniowano pojęcia "terminowych operacji finansowych" – art. 5 ust.2 pkt.4 ani nie odesłano w tym zakresie do odrębnych przepisów. Pomocne mogą być jednak postanowienia art. 85 ust. 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, w którym zdefiniowano to pojęcie. Terminowe operacje finansowe są to operacje, w których ustalono cenę, kurs, stopę procentową lub indeks - w szczególności polegają one na nabywaniu walut, papierów wartościowych, złota lub innych metali szlachetnych, towarów lub praw, w tym na zawieraniu umów obliczonych tylko na różnicę cen, opcje i prawa pochodne - na umówioną datę lub umówiony termin, w obrocie rynkowym. Niniejsza definicja została sformułowana dla potrzeb tzw. nettingu upadłościowego, uregulowanego w art. 85 p.u.n.

W piśmiennictwie terminowe operacje finansowe utożsamia się także z pochodnymi instrumentami finansowymi i zalicza do zbiorczej kategorii instrumentów pochodnych, których cechą charakterystyczną jest powiązanie ich wartości z wartością innych instrumentów, czyli tzw. instrumentów bazowych lub pierwotnych. Instrumenty pochodne nazywane są również transakcjami terminowymi, ponieważ pomiędzy zawarciem umowy tworzącej określone prawo a chwilą realizacji upływa oznaczony termin. Instrumenty finansowe oparte są na cenie np. walut, papierów wartościowych, złota lub platyny, a także są zależne od wysokości stóp procentowych, wskaźników rentowności, indeksów finansowych. Podstawowymi kategoriami pochodnych instrumentów finansowych są: kontrakty terminowe (umowy na czas przyszły, tj. futures; umowy przedterminowe, tj. forwards; umowy przedterminowe na stopy

procentowe, tj. FRA); kontrakty opcyjne (umowy opcji oraz prawa gwarantujące tzw. warranty); swaps (umowy wymiany).

Poprzez dokonywanie terminowych transakcji finansowych zmierza się do ograniczenia różnych ryzyk, np. zmiany stóp procentowych, zmiany kursów walutowych lub kursów papierów wartościowych. Z uwagi na przedmiot świadczenia wyróżnia się transakcje nierzeczywiste (wykonanie zobowiązania następuje poprzez rozliczenie finansowe, tj. w drodze spełnienia świadczenia pieniężnego za przeniesienie tytułu do instrumentu bazowego) oraz transakcje rzeczywiste (wynika z nich zobowiązanie do spełnienia świadczenia w postaci dostarczenia określonego instrumentu bazowego, np. oznaczonych walut lub złota). W piśmiennictwie wskazuje się, że podstawą rzeczywistych terminowych transakcji finansowych mogą być instrumenty finansowe opierające się na schemacie transakcji terminowej (future), opcji i swapa, jak i wytworzone w praktyce kontraktowej ich formy mieszane i pochodne.

Specyfika tych transakcji, ich złożoność oparta na elementach finansowych i ekonomicznych, wysoka specjalizacja i potrzeba posiadania wysokiej wiedzy fachowej w zakresie światowych rynków finansowych czy towarowych przez instytucje oferujące tego typu produkty powoduje, iż są one oferowane przez specjalistyczne podmioty: banki inwestycyjne oraz biura maklerskie. Ich obowiązkiem jest wskazanie potencjalnym zindywidualizowanym klientom takich elementów jak: mechanizm w/w transakcji, ich zaprezentowanie, wskazanie wzorca umowy, odpowiedniego regulaminu jak też poinformowanie o ryzyku zawarcia umowy terminowej i możliwości ewentualnych strat oraz udzielenia wszelkich niezbędnych informacji w tym zakresie. Obsługą tych transakcji zajmują się wykwalifikowani doradcy inwestycyjni w tym również w ramach private banking. Finalnie zawarta umowa pisemna ściśle określa rodzaj inwestycji (waluty, metale szlachetne,) czas jej trwania, możliwości jej rozwiązania, wzajemne uprawnienia i obowiązki stron (inwestora, banku), a także chociażby terminy i wysokość środków przekazanych przez inwestora.

Natomiast w realiach niniejszej sprawy gracz – na zabezpieczonym automacie – nie zawierał żadnej umowy terminowej operacji finansowej. Konstrukcja automatu – wrzutnik monet, pojemnik na wygrane, monitor dotykowy, obracające się bębny – jednoznacznie wskazywała na wygląd identyczny z typowymi automatami do gier dla typowego gracza. Nie uzyskiwał on żadnego potwierdzenia zawarcia jakiegokolwiek umowy terminowej operacji finansowej, a po zakończeniu gry nie otrzymywał żadnego potwierdzenia, w jakiej transakcji finansowej uczestniczył, jakiej inwestycji dotyczyła, żadnego pokwitowania potwierdzającego zawarcie umowy. Gracz otrzymywał tylko paragon o ewentualnej gotówkowej wygranej wypłacanej nie przez potencjalną stronę umowy, ale przez maszynę lub pracownika lokalu (k. 4-8). Logika zdarzeń i przebiegu eksperymentu jednoznacznie wskazuje, że osoby korzystające z automatów nie miały poczucia udziału w wysoko wyspecjalizowanej i prowadzonej zazwyczaj przez banki lub biura maklerskie rozgrywce ekonomicznej na światowych rynkach walutowych opartej o parytet walut. Inwestor nie miał de facto możliwości swobodnego wyboru – szerokich przecież na rynku walutowym - możliwości inwestowania, a mógł tylko oprzeć się na sztucznym indeksie USA index. Jeżeli gracz nie mógł w dowolnym momencie zamknąć transakcji, co dokonywało się automatycznie, nie miał możliwości wyboru ceny sprzedaży, to tym samym jego aktywność ekonomiczna ograniczała się do wrzucenia monet i śledzenia wykresów, a przede wszystkim wirujących bębnow – to obiektywnie należy uznać, iż nie było to inwestowanie w klasycznym tego słowa znaczeniu. Gracz był przecież anonimowy, a podmiot do którego oświadczenie woli o zamiarze zawarcia terminowej umowy finansowej miałyby zostać skierowane, nie wiedział, kto je złożył.

Ponadto nie sposób stwierdzić, w którym momencie gracz zawierał umowy na transfer środków finansowych do dostawców instrumentów finansowych. Środki pieniężne zainwestowane przez gracza nie były faktycznie nigdzie przekazywane w momencie rozpoczęcia gry albowiem fizycznie cały czas znajdowały się one w urządzeniu (k. 38-44).

Oczywiście także umowa dotycząca terminowych inwestycji finansowych zawierana przez inwestora z bankiem również jest oparta na pewnym ryzyku, nieprzewidywalności w przyszłości kursu waluty lub kruszywa. Istotnie jest to pewnego rodzaju gra inwestycyjna. Jednakże w takim przypadku ryzyko ekonomiczne jest instytucjonalną treścią samej umowy, nieopartą o krótkotrwałe wykresy czy też wirujące bębny, lecz będąca wynikiem wiedzy z zakresu ekonomii i finansów, świadomości istniejącego ryzyka już przed podpisaniem umowy i wykorzystania zaawansowanych narzędzi analitycznych. Każda działalność człowieka zwłaszcza ekonomiczna jest obarczona

pewnym ryzykiem jednakże stan nie może prowadzić do tego ażeby przez tą okoliczność tłumaczyć nie hazardowy charakter prowadzonej działalności, w danym miejscu w danych okolicznościach i w dany sposób. W realiach niniejszej sprawy istotą jest sposób faktycznego wykorzystania automatów przez grających a nie charakter potencjalnych umów. Nie sposób też pominąć takiego elementu jak miejsce eksploatacji urządzenia, ogólnodostępne dla nieograniczonego kręgu osób. Lokal nie stanowił kasyna i nie był objęty koncesją lub zezwoleniem, a jego przeznaczenie wskazuje na ogólną dostępność dla klientów (potencjalnych graczy) czyli komercyjny cel lokalizacji. Nielogicznym jest aby osoba, która faktycznie chciałaby zawrzeć terminową umowę finansową dotyczącą rynku walut – a nie są to osoby typowe lecz posiadające określoną wiedzę i środki finansowe - prowadziła taką inwestycję ekonomiczną w przypadkowym lokalu użytkowym.

W ocenie Sądu Okręgowego zarówno przeprowadzony w sprawie eksperyment procesowy, jak też pozostały zebrany materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, iż przedmiotem postępowania nie był obrót terminowymi operacjami finansowymi, instrumentami rynku pieniężnego lub papierami wartościowymi, lecz urządzenie gier na automatach w rozumieniu art. 2 ust 3 i 5 ustawy o grach hazardowych. Zakres prawnego uregulowania działania (...) nie pokrywa się z obszarem terminowych inwestycji finansowych. Brak jest dowodów, które świadczyłyby o tym, że w ramach prowadzonej działalności za pośrednictwem przedmiotowych urządzeń były zawierane jakiegokolwiek transakcje finansowe typu: potwierdzenia przelewu, zasilania kont brokerskich. Klienci lokalu nie dokonywali w tym miejscu na spornym urządzeniu transakcji nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, opcji walutowych, lecz rozgrywali gry hazardowe, a tym samym nie ma zastosowania art. 7a ustawy Prawo bankowe.

Konkluzja powyższa w konfrontacji z treścią złożonych przez skarżącego dokumentów, że wynik gry jest powiązany z rzeczywistymi notowaniami walut prowadzi do wniosku, iż gracz co najwyżej obstawiał tendencje na rynkach walutowych, których nie był on w stanie przewidzieć. Tym samym urządzenie typu (...) umożliwia grę hazardowa i tak jest wykorzystywane. Wykładnia językowa zwrotu „charakter losowy” zawartego w art. 2 ust. 5 u.g.h. prowadzi do wniosku, iż uprawnione jest utożsamianie powyższego zwrotu języka prawnego nie tylko z sytuacją, w której wynik gry zależy od przypadku, ale również z sytuacją gdy wynik gry jest nieprzewidywalny dla grającego. Pojęcie „charakter losowy” jest pojęciem znacznie szerszym niż pojęcie element losowości. Skoro tak jak w niniejszej sprawie – gracz nie był w stanie przewidzieć wyniku końcowego pojedynczej gry, to tym samym miała ona charakter losowy. Z tych też względów bezpodstawny jest zarzut bezprawnego zastosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, bowiem wyłączenie, na które powołuje się skarżący określone w art. 7a ustawy Prawo bankowe, nie dotyczy urządzania gier losowych na automatach. Nie doszło zatem także do naruszenia art. 19 ust.2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

Odnosząc się natomiast do kwestii naruszenia art. 107 kks i art. 10 § 4 kks to nie sposób przyjąć, aby oskarżeni nie mieli świadomości tego, że w polskim porządku prawnym działalność polegająca na urządzaniu gier hazardowych była zawsze działalnością koncesjonowaną, a więc reglamentowaną przez państwo i w związku z tym, że w sposób uzasadniony mogli przyjmować, że przedsiębiorca prowadzący tego rodzaju działalność nie musi posiadać stosownej koncesji.

Ponadto wskazać należy, że nie każda nieświadomość karalności czynu jest prawnie relewantna wedle art. 10 § 4 k.k.s., a tylko usprawiedliwiona, a usprawiedliwiony błąd sprawcy to taki, którego nie można było obiektywnie uniknąć (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2016 r., V KK 402/14, LEX nr 1999823). Jednocześnie nie można powoływać się na usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności czynu, gdy sprawca miał możliwość uzyskania wiedzy niezbędnej dla jej uniknięcia i to w sposób nie wymagający podejmowania żadnych specjalnych zabiegów - vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2005 r. w sprawie WA 11/05, OSNwSK 2005/1/948” (z uzasadnienia wyroku SA w Warszawie z dnia 7 kwietnia 2014 r. II AKa 74/14).

Ponadto w wypadku prawa karnego skarbowego często w grę wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań, bowiem inna będzie miara przykładowo dla podatnika nieprowadzącego działalności gospodarczej, inna zaś dla prowadzącego taką działalność, jeszcze zaś inna dla osoby zawodowo zajmującej się wyspecjalizowanym obszarem np. urządzaniem gier hazardowych. Bowiem im wyższe oczekiwania od sprawcy, tym

możliwość wystąpienia błędu usprawiedliwionego mniejsza (vide wyrok SN z dnia 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, nr 5-6, poz. 46).

Oskarżeni prowadzący działalność gospodarczą, w ramach której urządzone były gry na automacie, musieli dokonywać oceny zasad działania urządzenia pod kątem jego zgodności z obowiązującymi przepisami prawa. Podkreślić należy, że jak wykazał eksperyment procesowy i podnosił biegły C. udostępniane na automacie gry były emulacjami typowych gier hazardowych o charakterze losowym. Przy czym oczywiste jest i powszechnie wiadome, dzięki nawet pobieżnej wiedzy czerpanej ze stron internetowych, że zgodnie z art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych jedynie Minister właściwy do spraw finansów publicznych rozstrzyga, w drodze decyzji, czy gra lub zakład posiadające cechy wymienione w ust. 1-5 są grą losową, zakładem wzajemnym albo grą na automacie w rozumieniu ustawy. Wystąpienie takich uzasadnionych wątpliwości, choć niewyrażone wprost w art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych, jest w każdym przypadku przesłanką warunkującą konieczność uzyskania decyzji (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G. z dnia 26 sierpnia 2014 r. (...) SA/G1 45/14, LEX 1513689). Dopiero takie działanie oskarżonych dowodziłoby ich należytej staranności, co do prowadzonej działalności gospodarczej w zakresie automatu do gier. Bezwartościowe były opinie w tym przedmiocie przedstawione im przez podmiot sam zainteresowany instalacją automatu w ich lokalu. Natomiast sam fakt wystąpienia o nie i gromadzenie innych dokumentów, dowodziło istnienia wątpliwości co do charakteru gier.

Z tych też względów, nie znajdując podstaw do uwzględnienia apelacji, na podstawie art. 437 § 1 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. Sąd Okręgowy zaskarżony w stosunku do oskarżonego J. B. i S. B. wyrok utrzymał w mocy.

Podstawą rozstrzygnięcia o kosztach procesu jest art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., a o opłacie za drugą instancję art. 8 w zw. z art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983r. Nr 49, poz. 223 ze zm.).