

Sygn. akt IV Ka 290/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 września 2018 r.

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

Przewodniczący:	SSO Sylwana Wirth
Protokolant:	Magdalena Telesz

po rozpoznaniu w dniu 13 lipca, 19 lipca i 14 września 2018 r.

sprawy B. W.

syna W. i A. z domu K.

urodzonego (...) w B.

oskarżonego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks, art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Świdnicy

z dnia 21 lutego 2018 r. sygnatura akt VI K 494/17

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sygnatura akt IV Ka 290/18

Uzasadnienie

(...) Urząd Celno – Skarbowy we W. wniósł akt oskarżenia przeciwko B. W. oskarżając go o to, że:

1) w listopadzie 2016 roku w kontenerze przy Stacji Paliw (...) w (...) k/D., jako osoba odpowiedzialna poprzez pełnienie funkcji Prezesa Zarządu w Spółce z o.o. (...) z siedzibą w B. przy ulicy (...), prowadził działalność i urządził gry na trzech automatach H. (...) F. nr (...), H. (...) F. nr (...) oraz H. (...) F. nr (...) – bez uzyskania do tego wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna gry i bez udzielonej koncesji, a także bez uprzedniej rejestracji wyżej wymienionych urządzeń, to jest wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 14 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych

to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107§1 kks w zw. z art. 9§3 kks

2) w grudniu 2016 roku w kontenerze przy Stacji Paliw (...) w N. przy ul. (...), jako osoba odpowiedzialna poprzez pełnienie funkcji Prezesa Zarządu w Spółce z o.o. (...) z siedzibą w B. przy ul. (...), prowadził działalność i urządził gry na trzech automatach H. (...) nr (...), E. (...) nr (...) oraz H. (...) F. nr (...) – bez uzyskania do tego wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna gry i bez udzielonej koncesji, a także bez uprzedniej rejestracji wyżej wymienionych urządzeń, to jest wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 14 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych

to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107§1 kks w zw. z art. 9§3 kks.

Wyrokiem z dnia 21 lutego 2018 roku (sygnatura akt VI K 494/17) Sąd Rejonowy w Świdnicy:

I. oskarżonego B. W. uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt 1 części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 kks w zw. z art. 9§3 kks i za to na podstawie powołanego przepisu w zw. z art. 2§2 kks (stan prawny w dacie popełnienia czynu) wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 (sto) stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80 (osiemdziesiąciu) złotych;

II. oskarżonego B. W. uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt 2 części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 kks w zw. z art. 9§3 kks i za to na podstawie powołanego przepisu w zw. z art. 2§2 kks (stan prawny w dacie popełnienia czynu) wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 (sto) stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80 (osiemdziesiąciu) złotych;

III. na podstawie art. 85 kk i art. 86§2 kk w zw. z art. 20§1 i 2 kks w zw. z art. 2§2 kks (stan prawny w dacie popełnienia czynu) połączył wymierzone oskarżonemu w pkt I i II wyroku kary grzywny i orzekł wobec niego karę łączną grzywny w wysokości 180 (stu osiemdziesiąciu) stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80 (osiemdziesiąciu) złotych;

IV. na podstawie art. 30§5 kks orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci urządzeń do gry losowej typu: H.-F. F. nr (...), H.-F. F. nr (...), H.-F. F. nr (...), H.-F. nr (...), E. H.-F. nr (...), H.-F. nr (...) wraz z ich zawartością, zabezpieczonych za pokwitowaniem nr (...)nr (...)i (...) nr (...), a przechowywanych w Magazynie Depozytowym Urzędu Celno-Skarbowego w W.;

V. na podstawie art. 627 kpk w zw. z art. 113§1 kks zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w wysokości 1/2 i wymierzył mu opłatę w kwocie 1.440 (tysiąc czterysta czterdzieści) złotych.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł obrońca oskarżonego, zaskarżając wyrok w całości, zarzucając:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, a mogący mieć wpływ na jego treść, polegający na:

a) błędnym ustaleniu, iż w niniejszej sprawie zatrzymane urządzenia mają charakter hazardowy, albowiem są wyposażone w przystawki do obsługi wydawania i przyjmowania pieniędzy, a zastosowane w nich oprogramowanie korzysta z mechanizmów losowych do wykonywania wypłaty po uprzednim wpłaceniu pieniędzy, podczas gdy w świetle załączonej do niniejszego postępowania opinii (...):

„W zakresie niniejszego badania wszystkie platformy miały przewidywalny charakter, a wszystkie wyświetlane ułożenia bębnow były ze swojej natury wprost skorelowane z ID transakcji i poziomem wypłaty opcji (...) poprzez analizę informacji zawartych na stronie: (...) Nie zaobserwowano żadnej losowości, podczas któregośkolwiek z przeprowadzonych testów, co daje przekonanie graniczące z pewnością, że natura systemu jest oparta na niczym innym, jak tylko ID transakcji i poziomie wypłaty opcji”.

Sąd błędnie ustalił charakter oferowanej przez (...) platformy, zupełnie pomijając ustalenia poczynione przez jednostkę badającą (...)

II. naruszenie przepisów prawa materialnego

a) naruszenie art. 4 ust. 1 pkt 1 26 rozporządzenia 575/2013 poprzez błędną jego wykładnię polegającą na niezauważeniu przez Sąd, że 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 w myśl rozporządzenia, należy także zaliczyć podmioty świadczące usługi płatnicze, w tym biura usług płatniczych

oraz wydawców instrumentów płatniczych. Mając na względzie charakter funkcjonalny definicji instytucji finansowej należy przyjąć stanowisko, że podmiot świadczący na terenie RP usługi pośrednictwa jest kwalifikowany jako instytucja finansowa w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 7 ustawy – Prawo bankowe.

b) naruszenie art. 5 ust. 2 pkt 4 ustawy – Prawo Bankowe poprzez błędną wykładnię ww. przepisu, tj. poprzez niezauważenie przez Sąd, iż określenie „terminowe operacje finansowe” nie jest nazwą typu umów, w kontekście oferowanych przez platformę (...) produktów, ale nazwą gatunkową wspólną dla większej liczby typów czynności o określonych cechach wspólnych. W tym typie umów mieści się umowa zobowiązująca do świadczenia, przewidująca świadczenie kształtujące (czyli opcja). Trafne jest bowiem stwierdzenie, że pojęcie „terminowe operacje finansowe” jest bardzo ogólne i może obejmować znaczny katalog umów o różnej konstrukcji prawnej z możliwymi wariantami szczególnymi.

W tym miejscu warto sięgnąć do załączonej już opinii biegłego sądowego przy Sądzie Okręgowym w Katowicach – J. M., który opisał te instrumenty:

„Biegły przeprowadził również analizę instrumentów oferowanych przez platformę (...) w kontekście aktualnego stanu prawnego w zakresie klasyfikacji ich jako instrumenty finansowe w myśl przepisów ustawy o instrumentach finansowych oraz ustawy Prawo bankowe. Biegły wykazał, że strategie oferowane na platformie wyczerpują definicję „instrumentu finansowego” w myśl art. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi jak również „terminowej operacji finansowej” w myśl art. 7a ustawy – Prawo bankowe. Podstawą stanowiska biegłego była pogłębiona analiza rodzaju zawieranych przez inwestora na platformie strategii, przede wszystkim z punktu widzenia funkcji wypłaty z instrumentu oraz ogólnej klasyfikacji instrumentów pochodnych. Wszystkie cechy przedmiotowych strategii odpowiadały cechom charakterystycznym dla typowych instrumentów opcyjnych, w szczególności opcji binarnych uwarunkowanych, które wyczerpują zgodnie z art. 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi definicję „instrumentu pochodnego”.

c) naruszenie art. 5 ust. 2 pkt 4 ustawy – Prawo Bankowe 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(...) opcji 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.

d) naruszenie art. 7a ustawy – Prawo bankowe poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z terminowymi operacjami finansowymi, a także, iż nie zostały spełnione warunki wskazane w art.7a ustawy, tj. udokumentowanie bycia instytucją finansową oraz drugi, iż operacje finansowe mają rzeczywisty charakter, nie są operacjami dokonywanymi jedynie dla pozoru, czy wprowadzającymi w błąd, co jest wynikiem niepowołania przez Sąd biegłego z zakresu instrumentów finansowych, co pozwoliłoby na ustalenie czy odniesienie się przez obronę do art. 7a Prawa Bankowego jest wyłącznie linią obrony czy też jest to uzasadnione.

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 przepisów ustawy o grach hazardowych. Jakkolwiek sąd I instancji słusznie zauważył, że „istota sporu w niniejszej sprawie sprowadza się zaś co do oceny, czy działalność prowadzona przez spółkę (...) sp. z o.o. (...) dotyczyła terminowych operacji finansowych, do których nie stosuje się przepisów ustawy o grach hazardowych (...) z mocy art. 7a Prawa bankowego (...)”, to jednak pominął w całości wniosek płynący z załączonej do sprawy dokumentacji, iż w istocie mamy tu do czynienia z opcjami binarnymi typu europejskiego, utworzonymi na bazie par wymiany

obcych walut, wymienionymi jako instrumenty finansowe na 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 (...) uzupełnionej przez artykuły 38 i 39 Rozporządzenia (WE) nr 1287/2006 z 10 sierpnia 2006 wprowadzającego Dyrektywę 2004/39/ECK Parlamentu i Komisji Europejskiej; Zgodnie z załączoną do akt sprawy opinią prawną w przedmiocie wykładni przepisów art. 2 ust. 1 i art. 3 pkt 28a ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi dr nauk prawnych A.N.:

1. Opcja finansowa, oferowana przez (...) poprzez platformę online zarejestrowaną pod domeną (...), oparta na instrumencie bazowym w postaci indeksu walutowego (...), jest standardową opcją binarną, należącą do kategorii opcji europejskich.

2. Precyzyjnie rzecz ujmując, omawiane opcje zawierają się w katalogu instrumentów pochodnych (derywatów) uszczegółowionych w art. 3 pkt 28a ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (są egzotycznymi instrumentami pochodnymi) za pomocą których dokonuje się transferu ryzyka.

e) naruszenie art. 2 ust. 3 ustawy o grach hazardowych poprzez jego błędne zastosowanie polegające na uznaniu, iż została spełniona przesłanka „losowości” gry na zatrzymanym przez funkcjonariuszy celnych urządzeniu i przyjęciu, że wynik przeprowadzonych w drodze eksperymentu gier zależał wyłącznie od przypadku oraz iż zainstalowane na urządzeniach oprogramowanie korzysta z mechanizmów losowych do wykonywania wypłaty, podczas gdy w świetle przedstawionych przez obronę opinii biegłych jak i jednostki badającej (...), jednoznacznie stwierdzono przewidywalny charakter platformy (...), w tym miejscu wskazując na fragment opinii (...):

„Dla każdej rzeczywistej transakcji pieniężnej dokonanej na platformie Binarnych Opcji (...) wykorzystywane jest ID transakcji. Jest to rosnąca sekwencyjnie dla każdego konta liczba, która jest przewidywalna na podstawie uprzednio kupionych opcji i może być ustalona na stronie (...) poprzez wykorzystanie opcji „zapytania o krótkoterminową historię” na panelu sterującym. Po wygaśnięciu każdej z opcji, wyświetlany jest poziom wypłaty. Jest on wyświetlany różnie w zależności od wybranej platformy wizualizacji, ale zawsze skład się z szeregu poziomów wypłat przyznawanych dla różniących się wielkości zmiany w U. I..

(...) strona internetowa csani.com zapewnia także mechanizm automatycznego podglądu oczekiwanego ułożenia bębnow.

W zakresie niniejszego badania wszystkie platformy miały przewidywalny charakter, a wszystkie wyświetlenia ułożenia bębnow były ze swojej natury wprost skorelowane z ID transakcji i poziomem wypłaty opcji (...) poprzez analizę informacji zawartych na stronie (...). Nie zaobserwowano żadnej losowości podczas któregośkolwiek z przeprowadzonych testów, co daje przekonanie graniczące z pewnością, że natura systemu jest oparta na niczym innym, jak tylko ID transakcji i poziomie wypłaty opcji”.

f) naruszenie art. 10§4 kks poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy oskarżony pozostawał tempore criminis w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu nie tylko co do niehazardowego charakteru prowadzonej przez siebie działalności, ale i co do braku karalności z uwagi na chaos prawny i niejednorodność orzecznictwa związaną z przepisami ustawy o grach hazardowych i w takiej sytuacji sąd winien uniewinnić oskarżonego od zarzucanego mu czynu. Sąd niezrozumiałe jest, iż sąd analizując niniejszą sprawę de facto w sposób całkowity abstrahował od dokumentacji jaką zgromadził oskarżony celem wykazania legalności prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej i przeszedł do porządku dziennego do ustaleń eksperymentu, skoro w sprawie wypowiada się jednostka badająca (...) akredytowana przez Polskie Ministerstwo Finansów,

Oskarżony nie miał obowiązku zasięgnięcia ww. opinii, a skorzystał z takiej możliwości, przede wszystkim po to by nie narażać się na odpowiedzialność karną. Należy podkreślić, że opiniodawcami byli biegli wpisani na listę biegłych sądowych oraz jednostka badająca upoważniona przez MF, jak też samo MF, a więc oskarżony mógł zasadnie

przepuszczać, że jest to specjalista legitymujący się odpowiednią wiedzą, do którego opinii organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości nie będą zgłaszały zastrzeżeń.

Przekreśla możliwość przypisania 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. Jeżeli nie zostanie wykazany fałsz opinii, względnie wykonanie 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).

W tym miejscu obrona wskazuje na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 8 marca 2018r. sygn. akt II K 692/17 w którym Sąd wskazał, iż: „(...) przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych zostały wprowadzone do tej ustawy bez ich notyfikowania.

Dalej, odwołuje się do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. I KZP 17/16 w którym Sąd Najwyższy wskazał, iż norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107§1 kks przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu.

(..) Ponieważ doszło do rozbieżności rezultatów interpretacyjnych nie sposób z perspektywy art. 10§4 kks przyjąć karalności takich zachowań. Skoro najlepiej wykwalifikowani prawnicy nie są zgodni co do tego zasadniczego dla przypisania odpowiedzialności karnoskarbowej problemu, to trudno zakładać racjonalnie, że pogląd na tę sprawę może wyrobić sobie przeciętny odbiorca norm prawnych. Jeśli zaś tak jest to w każdym wypadku wchodzi w rachubę usprawiedliwiony błąd zarówno co do bezprawności jak i karalności.

Sąd odwoławczy akceptuje wskazany pogląd, co oznacza w przedmiotowej sprawie, iż błąd na który powołuje się obrońca oskarżonego jest błędem usprawiedliwionym w rozumieniu art. 4 kks. Chodzi bowiem o to, że nie można wymagać od oskarżonego wiedzy ponadprzeciętnej i ostrożności wyjątkowej w sytuacji kiedy organy wymiaru sprawiedliwości i wykładni prawa nie mogą zająć jednolitego stanowiska”.

g) naruszenie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych poprzez jego zastosowanie, podczas gdy notyfikacja tego przepisu była nieskuteczna, a art. 14 ustawy nie został prawidłowo wprowadzony do obrotu prawnego, bowiem jego notyfikacja nastąpiła z naruszeniem przepisów Dyrektywy 98/34 Parlamentu Europejskiego i Rady;

h) naruszenie art. 2 ust. 3-5 ustawy o grach hazardowych poprzez przyjęcie, że zatrzymane w niniejszej sprawie urządzenia są automatem do gry w myśl powyższych przepisów, podczas gdy zasady ich działania prowadzą do odmiennych wniosków, tj. iż (...) świadczy dwie podstawowe usługi: pierwszą jest usługa przekazywania pieniędzy, a druga 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 par walutowych, poprzez kupowanie opcji typu (...) albo (...) na te pary walutowe – w ramach jurysdykcji Unii Europejskiej w całości produkty te uznawane są za instrumenty finansowe.

III. obrazę przepisów postępowania mających wpływ na treść wyroku, w szczególności:

1) naruszenie art. 5§2 kpk w zw. z art. 193 kpk w zw. z art. 366 kpk i art. 167 kpk poprzez nieusunięcie wątpliwości pojawiających się w toku postępowania oraz nie przeprowadzenie nawet w najmniejszym stopniu postępowania dowodowego, mającego na celu ustalenie, jaki charakter ma rzeczywiście prowadzona przez oskarżonego działalność i jakie produkty oferuje platforma (...), a dalej czynienie z ewentualnych wątpliwości zarzutu oskarżonemu, w efekcie zaś przerzucenie ciężaru dowodu na oskarżonego. Taki sposób procedowania powoduje, iż de facto oskarżenie nie musiało w żaden sposób poprzeć dowodami też zawartych w akcie oskarżenia, które jedynie w sposób ogólnikowy odnosiły się do platformy csani.com, zaś twierdzenia tam zawarte zostały uznane przez Sąd za wiarygodne.

Trudno też w jakikolwiek logiczny sposób uznać, mając na uwadze zgromadzony przez oskarżonego materiał, iż tak naprawdę oskarżony mając całą dokumentację wskazującą na niehazardowy charakter działalności, tak naprawdę prowadził zupełnie inny rodzaj działalności. Byłoby to wysoce ryzykowne ze strony oskarżonego.

2) naruszenie art. 193 kpk w zw. z art. 366 kpk i art. 167 kpk głównie poprzez niewezwanie celem przesłuchania w charakterze świadków funkcjonariuszy celnych przeprowadzonych czynności, podczas gdy na zasadność takiego przesłuchania wskazuje chociażby treść protokołu przesłuchania innego funkcjonariusza przed Sądem Rejonowym w Biłgoraju sygn. akt II K 210/17 podczas którego funkcjonariusz J. S. zeznał:

Nie jest moim zadaniem ustalenie nazwy urzędnika, jaki jest regulamin tego urzędnika, tylko czy urządzenie ma te elementy, o których przed chwilą powiedziałem. Ponieważ istnieje prawdopodobieństwo, że nie jest to urządzenie zręcznościowe, zostaje rozpoczęte dochodzenie a w jego toku jest powoływany niezależny biegły, który stwierdza co to jest za urządzenie. Decyzji nie podejmujemy żadnej z funkcjonariuszami biorącymi udział w kontroli indywidualnie, razem się podpisujemy pod protokołem. Nie podejmujemy decyzji w zakresie charakteru urządzenia, my przeprowadzamy tylko czynności”.

Z powyższego wynika, że przeprowadzany przez funkcjonariuszy celnych eksperyment nie ma na celu ustalenia charakteru urządzenia, stąd zasadne jest wezwanie funkcjonariusza celnego przeprowadzającego eksperyment.

3) naruszenie art. 193 kpk w zw. z art. 366 kpk i art. 167 kpk głównie poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu instrumentów finansowych i stwierdzeniu, iż ustalenia biegłego z zakresu informatyki i oprogramowania komputerów są wystarczające do jednoznacznego ustalenia hazardowego charakteru urządzeń, podczas gdy w niniejszej sprawie wymagane były wiadomości biegłego specjalisty, mającego wiedzę z zakresu instrumentów finansowych do ustalenia: czy kursy walut deklarowane przez platformę (...) są podawane w czasie rzeczywistym, jaka jest zależność pomiędzy wykresem a wizualizacją w postaci kręcących się bębnow, ponadto kto faktycznie oferuje krótkoterminowe opcje finansowe, a także jaka jest faktycznie rola spółki (...) Sp. z o.o. oraz jej związek z platformą (...), a także wykazanie, czy oskarżony – zgodnie z twierdzeniami obrony – świadczy usługi pośrednictwa pieniężnego dla przedsiębiorstwa (...);

Rozróżnienie to wynika chociażby z opinii dr nauk prawnych A. N., która wskazuje, iż:

(...)(...) jest biurem usług płatniczych (nr (...): (...)) i prowadzi reglamentowaną działalność w przedmiocie „pozostałe pośrednictwo pieniężne” (...). (...) sp. z o.o. nie jest stroną transakcji terminowych – terminowymi instrumentami finansowymi obraca bowiem na własny rachunek wyłącznie przedsiębiorstwo (...).”.

4) naruszenie art. 193 kpk w zw. z art. 366 kpk i art. 167 kpk polegające na jego niezastosowaniu i niewyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy, w szczególności poprzez niepowołanie biegłego specjalisty w celu stwierdzenia czy urządzenie, a właściwie platforma C., której dotyczy oskarżenie, faktycznie przedstawia w czasie rzeczywistym wysokość kursu walut i czy warunki wygranej są uniezależnione od prawidłowego przewidzenia kursu walut, co następnie 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 – podczas gdy w trwających równoległe postępowaniach karnych ten środek dowodowy został oceniony jako niezbędny, czego dowodzi m.in. postanowienie Sądu Rejonowego w Nowym Dworze Mazowieckim z dnia 29 listopada 2017 roku skierowane do Prokuratury Rejonowej stanowiące podstawę do wystosowania załączonego do niniejszej apelacji pisma o następującej treści:

„Sekretariat Sądu Rejonowego w Nowym Dworze Mazowieckim II Wydział Karny przesyła akta na podstawie postanowienia z protokołu publikacji wyroku z dn. 23.11.2017r. (karta) w celu na uzupełnienie postępowania dowodowego a w szczególności złożenie opinii biegłego w celu stwierdzenia czy automaty których dotyczy oskarżenie faktycznie przedstawiają w czasie rzeczywistym wysokość kursu walut i czy warunki wygranej są uzależnione od

prawkłowego przewiżlenia kursu walut na podstawie art. 396a§1 kpk w terminie 6 (sześciu) m-cy tj. do dnia 30.05.2018r”.

Obrona zwraca uwagę na jeszcze jeden aspekt, pływący z oddalenia wszelkich wniosków dowodowych, które wyjaśnić miały kwestię mechanizmu działania automatów i element legalności platformy, a także związek z przepisami ustawy o grach hazardowych, o obrocie instrumentami finansowymi oraz ustawy – Prawo bankowe.

Tak Sąd Rejonowy w Jeleniej Górze, sygn. akt II K 193/17, który po przesłuchaniu biegłego sądowego R. R. postanowił co następuje:

„na podstawie art. 368 kpk i art. 193§1 i 3 kpk w zw. z art. 113§1 kks dopuścić dowód z opinii biegłych z zakresu teleinformatyki W. K. i z zakresu instrumentów finansowych M. T. na okoliczność ustalenia czym jest platforma C. oraz ustalenia jaka jest zależność pomiędzy wykresem, a wizualizacją bębnową w szczególności ustalenia, czy najpierw następuje ustalenie wypłaty na wykresie, a potem zatrzymanie się wizualizacji bębnowej, czy jednocześnie, czy też najpierw zatrzymują się bębny, a potem rysuje się wykres na urządzeniach (...), (...) i (...), czy ustawienia bębnów i rodzaj wykresów są zależne od przypadku czy też od notowań rynku F. lub B. C., czy osoba korzystająca z w/w urządzeń ma wpływ na układ bębnów lub przebieg wykresów – zobowiązując biegłych do wydania jednej wspólnej opinii w terminie 2 miesięcy”.

Dalej analogicznie po przesłuchaniu biegłego SR w Miechowie, II K 189/17:

„dopuścić dowód z opinii pisemnej biegłego R.N., który ponownie przeanalizuje działanie konkretnego urządzenia zatrzymanego w lokalu P. D. w odniesieniu do pełnej dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy niniejszego postępowania, w tym dokumentów prywatnych przedkładanych przez obrońcę oskarżonego oraz w odniesieniu do treści opinii biegłego R. N. sporządzonej na zlecenie (...), a znajdującej się również w aktach sprawy, celem ustalenia czy gry zarządzane na automatach na platformie (...) miały charakter hazardowy o ile biegły jest w stanie wypowiedzieć się w tej kwestii, jeżeli nie jest w stanie, to aby także to zawarł”.

5) naruszenie art. 170§1 pkt 2 kpk poprzez oddalenie wniosku dowodowego o przesłuchanie funkcjonariuszy celnych przeprowadzających eksperyment procesowy jak i przesłuchanie świadka A. G., w sytuacji gdy przesłuchanie funkcjonariuszy miało na celu ustalenie ich przygotowania do przeprowadzenia takiego rodzaju eksperymentów jak i zweryfikowania ich wiedzy na temat samej platformy (...), zaś przesłuchanie świadka w osobie A. G. miało na celu wykazanie, iż przedsięwzięcie w postaci stworzonej platformy (...).com miało charakter legalny, zaś oferowane przez nią produkty stanowią krótkoterminowe operacje finansowe i podlegają wyłączeniu spod działania ustawy o grach hazardowych, co w niniejszej sprawie było niemożliwe;

6) naruszenie art. 410 w zw. z art. 7 kpk i art. 424 kpk poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny zgromadzonych w sprawie dowodów, bez uwzględnienia całości okoliczności ujawnionych w toku rozprawy i z pominięciem wskazania, jakie fakty sąd uznał za udowodnione lub nie udowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, w szczególności polegającą na:

- powołaniu 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 taka oferta, tj. wizualizowana dokładnie tak jak przedstawia to nagranie z eksperymentu celników, wypełnia definicję terminowej operacji finansowej zawartej w art. 7a ustawy – Prawo bankowe. Sąd mając w aktach stan faktyczny identyczny z przedstawionym we wniosku do Ministra rozstrzyga i to wbrew postanowieniu Ministra Finansów, wbrew opinii biegłych z zakresu instrumentów finansowych, czy w końcu wbrew stanowisku Komisji Europejskiej. Przyczyną takiego stanowiska Sądu może być fakt, że Sąd nie dokonał analizy, czym są opcje binarne (a zwłaszcza: opcje typu leeder, czy stelażowe);

- 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 opinii jednostki badającej (...), która sporządzała dla oskarżonego opinię jako jednostka upoważniona przez Ministerstwo Finansów w Polsce do oceny w ramach ustawy o grach hazardowych charakteru danej działalności;

- niedokonaniu oceny przez Sąd treści dokumentów złożonych do akt sprawy, tj. zaświadczenia wydanego przez Komisję Nadzoru Finansowego potwierdzającego fakt prowadzenia przez oskarżonego działalności jako biuro usług płatniczych, Interpretacji poselskiej nr (...) z dnia 5 V 2014 r. wraz z odpowiedzią Ministra Finansów z dnia 27 V 2014r., Interpelacji poselskiej nr (...), z dnia 1 IV 2014r. wraz z odpowiedzią Ministra Finansów z dnia 13 V 2014r. Interpelacją eurodeputowanego do Parlamentu Europejskiego z dnia 19 XII 2016r. ((...)) wraz z odpowiedzią Komisji Europejskiej z dnia 17 II 2017r., Interpelacji eurodeputowanego do Parlamentu Europejskiego z dnia 19 XII 2016r. ((...)), wraz z odpowiedzią Komisji Europejskiej z dnia 9 III 2017 r. – gdy tymczasem Sąd ustalając istotne fakty nie może pominąć niczego co zostało ujawnione na rozprawie głównej;

- na błędnym i nieuzasadnionym przyjęciu, iż o hazardowym charakterem oferowanych przez oskarżonego produktów świadczy fakt, iż są one wyposażone w przystawki do obsługi wydawania i przyjmowania pieniędzy, a zastosowane w nich oprogramowanie korzysta z mechanizmów losowych do wykonywania wypłaty po uprzednim wpłaceniu pieniędzy, podczas gdy Sąd ustaleń takich dokonał opierając się tylko i wyłącznie na opinii biegłego z zakresu informatyki i matematyki, który nie dał w swojej opinii jednoznacznej odpowiedzi na formułowane przez obronę pytania;

6) naruszenie art. 366 kpk w zw. z art. 167 kpk polegające na niewyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy i nieprzeprowadzeniu niezbędnych w sprawie dowodów, w szczególności poprzez:

- nieprzeprowadzenie przez Sąd dowodu z opinii biegłego z zakresu instrumentów finansowych co pozwoliłoby na ustalenie czy odniesienie się przez obronę do art. 7a Prawa Bankowego jest wyłącznie linią obrony czy też jest uzasadnione;

Wskazać należy, iż rejestr transakcji dokonywany na stronie (...) jest dostępny w zakładce „manage account” na stronie (...) Poprzez zakładkę „request short term history” możliwym jest prześledzenie całego procesu interakcji klienta ze stroną www, w tym składane zlecenia, kurs instrumentu bazowego w trakcie składania, strukturę wypłaty opcji podczas składania zlecenia, kurs instrumentu bazowego w trakcie wykonywania opcji, a nawet układ ikon który został przyporządkowany tejże wypłacie, co niewątpliwie zbadałby biegły sądowy, gdyby taki został powołany, w konsekwencji ww. wniosek dowodowy zmierzał do wykazania, iż w sprawie znajduje zastosowanie art. 7a Prawa Bankowego.

- wskutek nie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego specjalisty, Sąd nie ustalił zależności pomiędzy wykresem pojawiającym się na ekranie automatu (...) a wizualizacja bębnową, a przede wszystkim czy wykres ten jest oparty o notowania walut czy też nie, kwestia ta nie została bowiem w żaden sposób wyjaśniona, a niewątpliwie taki wykres się pojawia;

- niewezwanie biegłego sporządzającego opinię w niniejszej sprawie – A. N. (1), celem ustalenia na jakiej podstawie biegły stwierdził hazardowy charakter platformy (...), skoro przyznał równocześnie w opinii, że wynik zależy od zmian (...) (zmian notowań walut) wskutek czego nie doszło do ustalenia istotnych dla niniejszej sprawy okoliczności, w szczególności możliwości kwalifikacji produktów oferowanych przez (...) jako należących do grupy pochodnych instrumentów finansowych;

- oddanie wiarygodności w głównej mierze opinii biegłego A.N. (1), oceniając ją jako sporządzoną przez osobę dysponującą wiedzą fachową w tej materii, uznając, iż wykonana została w sposób rzetelny, udziela logicznych i rzeczowych odpowiedzi na postawione pytania, nie zawiera sprzeczności i nie wymaga uzupełnień, jest logiczna

spójna i przekonująco uzasadniona, podczas gdy biegły wydający opinię w niniejszej sprawie nie ustalił jak rozumie element losowości, ponadto nie zapoznał się z opiniami innych biegłych, co mogłoby pozwolić mu na inne spojrzenie na charakter urządzeń oferowanych przez platformę (...). W takim przypadku opinia biegłego z zakresu informatyki nie powinien mieć decydującej mocy dowodowej, w szczególności, iż nie bazuje na zebranej w toku procesu całości dokumentacji i ujawnionych faktach, a tym samym nie powinna stanowić najistotniejszej podstawy wyrokowania, Sąd zaś winien powołać i przeprowadzić dowód z opinii biegłego specjalisty z zakresu instrumentów finansowych, która byłaby pełna i bazowała na wnikliwej ocenie materiału dowodowego;

7) naruszenie art. 410 kpk w zw. z art. 366 kpk i art. 4 kpk polegające na niewyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy z pominięciem części okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, przemawiających na korzyść oskarżonego, w szczególności poprzez:

- pominięciu roli oskarżonego w sprawie a co za tym idzie niezauważenie przez Sąd, iż oskarżony jest prezesem spółki (...) sp. z o.o. i świadczy usługi pośrednictwa pieniężnego, podczas gdy poczynienie takich ustaleń pozwoliłoby na wniosek, iż oskarżony działał jako pośrednik pieniężny;

- niewyjaśnienie sprzeczności pomiędzy poszczególnymi dowodami zgromadzonymi w sprawie (w szczególności sprzeczności pomiędzy opinią (...) oraz wnioskami protokołu z eksperymentu) nie wyjaśnienie dlaczego Sąd dał wiarę wyłącznie dowodom przedstawionym przez oskarżenie, a dowodom przedstawionym przez obronę nie dał wiary; błąd logiczny polegający na założeniu, że badaniu podlegać winno samo urządzenie, a tym samym dowody załączone przez obronę pozostają bezprzedmiotowe dla postępowania, podczas gdy przedmiotem eksperymentu i postępowania w rzeczywistości była platforma csani.com, jedynie dostępna na urządzeniu, co powoduje, że dowody odnoszące się do platformy były w całości istotne dla wyniku postępowania; Sąd w uzasadnieniu nie wyjaśnia również powodów pominięcia wszystkich okoliczności, jakie zawarte są w opinii (...), jak też pozostałych dowodach załączonych przez obronę, pomimo, iż Sąd wprost nie ocenił tych dowodu negatywnie, dowody te zostały w całości pominięte przez Sąd bez rozważenia ich treści i znaczenia dla postępowania i wyrokowania;

- dowolnej, a nie swobodnej ocenie przebiegu kontroli przeprowadzonej przez funkcjonariuszy celnych, polegającej na uznaniu przez Sąd za niebudzącą żadnych wątpliwości, podczas gdy protokół jest nierzetelny, zaś funkcjonariusze celni nie wspominają w protokole kontroli o pojawiającym się wykresie, który niewątpliwie się pojawia i nie opisują żadnych zależności pomiędzy wykresem a wizualizacją, w konsekwencji czego nie dokonano ustaleń od czego zależna jest wypłata i jej wysokość, tj. czy od przypadkowego ułożenia się bębnow czy też od struktury wypłaty opcji;

Powyższe prowadzi do wniosku, iż zakres zlecenia wykonania eksperymentu nie obejmował kluczowych kwestii dla rozstrzygnięcia charakteru działalności oskarżonego, w szczególności, iż chodzi tu o wiedzę specjalną, w zakresie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

a podnosząc wskazane zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów.

Nadto apelujący wniósł o zasądzenie na rzecz oskarżonych kosztów obrony, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm prawem przepisanych.

Na podstawie art. 167 w zw. z art. 458 kpk apelujący wniósł o:

- opinii dr nauk prawnych A.N.z dnia 18 listopada 2017 r. w przedmiocie wykładni art. 4 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Prawo bankowe na okoliczność stwierdzenia, iż zakres usług świadczonych przez oskarżonego kwalifikuje spółkę, której jest prezesem jako instytucje finansową.

- przeprowadzenie dowodu z protokołu rozprawy z dnia 26 lutego 2018 r. SR w Jeleniej Górze sygn. akt II K 193/17 – dot. przesłuchania biegłego R. R.;

- przeprowadzenia dowodu z protokołu rozprawy z dnia 15 lutego 2018r. SR w Miechowie II K 189/17 – dot./przesłuchania biegłego R.N..

- postanowienia SR w Nowym Dworze Mazowieckim z dnia 23 listopada 2017 r., II K 258/17 – dot. wznowienia przewodu sądowego;

na okoliczność konieczności zasięgnięcia do sprawy wiadomości specjalnych, a tym zaistnienia konieczności powołania biegłych ze specjalności podnoszonych w toku postępowania przez bronę

- opinii J. M. – biegłego przy Sądzie Okręgowym w Katowicach z zakresu analizy i wyceny instrumentów finansowych i pochodnych, analizy strategii opcji walutowych, analizy optymalizacji finansowej operacji rynkowych, wyceny wartości spółki na okoliczność, iż instrumenty oferowane przez platformę (...) wypełniających definicję terminowej operacji finansowej” w myśl art. 7 ustawy Prawo bankowe.

- wydruków transakcji przeprowadzonych na zatrzymanym urządzeniu za pomocą których można prześledzić składane zlecenia kursu instrumentu bazowego na okoliczność rzeczywistego przebiegu transakcji pomiędzy (...) a klientem.

Na rozprawie odwoławczej obrońca oskarżonego poparł apelacje i wnioski w niej zawarty o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Oskarżyciel publiczny wniósł o nieuwzględnienie apelacji i utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku.

Sąd okręgowy zważył:

kontrola instancyjna wydanego orzeczenia odniosła ten skutek, iż koniecznym stało się uchylenie wyroku wydanego oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Takie stanowisko uzasadnione jest stwierdzonymi w sprawie uchybieniami.

Przypomnienia wymaga, iż sąd rejonowy w pkt I części dyspozytywnej wydanego wyroku uznał oskarżonego B. W. za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt 1 części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 kks w zw. z art. 9§3 kks i za to na podstawie powołanego przepisu w zw. z art. 2§2 kks (stan prawny w dacie popełnienia czynu) wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80 złotych; w pkt II części dyspozytywnej wyroku sąd rejonowy uznał oskarżonego B. W. za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt 2 części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 kks w zw. z art. 9§3 kks i za to na podstawie powołanego przepisu w zw. z art. 2§2 kks (stan prawny w dacie popełnienia czynu) wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80 złotych, a w pkt III części dyspozytywnej wydanego wyroku na podstawie art. 85 kk i art. 86§2 kk w zw. z art. 20§1 i 2 kks w zw. z art. 2§2 kks połączył wymierzone oskarżonemu w pkt I i II wyroku kary grzywny i orzekł wobec niego karę łączną grzywny w wysokości 180 stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80 złotych.

Sąd rejonowy opierając swoje rozstrzygnięcie m.in. na opinii biegłego z zakresu informatyki i oprogramowania komputerów w pisemnych motywach wyroku stwierdził, iż „zebrany w sprawie materiał dowodowy w sposób niewątpliwy wykazał winę i sprawstwo oskarżonego B. W. odnośnie popełnienia zarzucanych mu czynów z art. 107§1 kks w zw. z art. 9§3 kk” stwierdzając nadto w pisemnym uzasadnieniu wyroku m.in. nadto, iż cyt. „przyjęta przez oskarżonego linia obrony, polegająca na kwestionowaniu tego, że należące do Sp. z o.o. (...) z siedzibą w B. urzędnicy nie były automatami do gier, a terminalami internetowymi nie podlegającymi ustawie o grach hazardowych nie zasługuje na uwzględnienie. Niezasadność twierdzeń oskarżonego w tym zakresie wykazał biegły z zakresu informatyki i oprogramowania komputerów, który jednoznacznie stwierdził, że przedmiotowe urządzenia mają charakter hazardowy – są wyposażone w przystawki do obsługi wydawania i przyjmowania pieniędzy, a zastosowane w nich oprogramowanie korzysta z mechanizmów losowych do wykonywania wypłaty po uprzednim wpłaceniu pieniędzy, a więc urządzenie gier na takowych automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynie gry i

odbywać się może na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie takiego kasyna. Sąd dał w całości wiarę ww. opinii bowiem sporządzona została przez osobę dysponującą fachową wiedzą w materii informatyki i oprogramowania komputerów. Wykonana została w sposób rzetelny, udziela logicznych i rzeczowych odpowiedzi na postawione pytania. Nie zawiera sprzeczności i nie wymaga uzupełnień. Opinia została sporządzona w oparciu o akta sprawy, oględziny i badania dowodów rzeczowych. Jest logiczna, spójna i przekonująco uzasadniona”.

Zasadnym pozostaje w tym miejscu jednakże zauważyć, iż ocena dowodu z opinii biegłego powinna odbywać się według kryteriów związanych z zasadą swobodnej oceny dowodów. W rozpatrywanej sprawie sąd rejonowy zbyt pochopnie uznał, iż przedstawiona przez A. N. (1)biegłego z zakresu informatyki i oprogramowania komputerów opinia spełnia wymogi art. 200 kpk - i w oparciu o powyższą opinie poczynił ustalenia faktyczne - podczas gdy opinia wydana w sprawie przez biegłego jest niekompletna, niepełna oraz nie uwzględnia wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia badanej kwestii okoliczności, a w związku z powyższym wyprowadzone na podstawie tej opinii wnioski są wątpliwe. Zaznaczenia w tym miejscu wymaga, iż biegły - jak wynika z przedstawionej opinii - ani nie uruchomił przedmiotowych urządzeń jakie zostały zabezpieczone w sprawie, a mianowicie maszyn H.-F. M. (...), (...), (...), (...), (...) oraz (...) (a to one są przedmiotem zarzutów) jak też nie zbadał zainstalowanego tam oprogramowania, nadmienić przy tym także należy, iż – jak wynika z wydanej opinii przedstawione wnioski oparte zostały przez biegłego m. in. na informacjach uzyskanych z internatu. Jak wskazano w opinii cyt. „maszyn nie udało się uruchomić, podłączenie zasilania nie było możliwe, kable łączące maszyny z Internetem były zerwane. W dalszej części opinii opisano działanie maszyn H.-F. F. na podstawie opisów platformy (...) dostępnego w internecie [MT] oraz dokumentach zawartych w aktach sprawy”.

Biegły wydając opinię nie dysponował wszystkimi niezbędnymi informacjami.

Powyższe stanowi istotny mankament wydanej opinii. Nie można przy tym nie zauważyć, iż sam biegły A.N. (1)w pisemnej opinii z dnia 20 grudnia 2017r. (28 grudnia 2017r. – data wpływu do Sądu Rejonowego w Świdnicy) odnośnie urządzeń podnosi m.in., iż cyt. „ zatem aby stwierdzić, iż urządzenia mają charakter niehazardowy należy wyeliminować czynnik losowości (przypadkowości) z oprogramowania. Nie mając jednak możliwości zbadania oprogramowania automatów H. F. F. nie można tego ustalić”. (k. 355). Wskazując nadto w dalszej części opinii m.in., iż cyt. „Urządzenia serii H.-F. M. są sterowane mechanizmami losowymi o nieznanym charakterze ([MT]. [PS]). Do urządzenia jest dostęp zdalny – program gdy może być zmieniany – nie są więc spełnione przesłanki do badania technicznego automatu do gier ([(...)] §4.1.) Wniosek Urządzenie jest automatem hazardowym w którym losowość jest generowana przez nieprzewidywalne dane finansowe (por. prezentacja – załącznik A do opinii)”. W dalszej części opinii biegły odnosząc się do kwestii aspektów dotyczących urządzeń bez systemu csani wskazał m.in., iż cyt. „bez oprogramowania (...) (pobranego z Internetu) urządzenie jest komputerem osobistym z dodatkowymi urządzeniami peryferyjnymi. Urządzenie może być jednak oprogramowane innym systemem obsługującym gry pozwalającym na obsługę przyjmowania i wydawania pieniędzy oraz obsługującym drukarki, głośniki i inne urządzenia peryferyjne” (k.356). We wnioskach biegły stwierdza natomiast jednoznacznie m.in., iż cyt. „Urządzenia są automatami do gier wykorzystującymi mechanizmy losowe czyli obiektywnie niemożliwe do przewidzenia przyszłego zachowania. Oprogramowanie (...) wykorzystuje sumę procesów losowych podobnych do błędzenia przypadkowego z równymi prawdopodobieństwami (0,5) podwyżki lub obniżki kursu. Urządzenia mają charakter hazardowy - są wyposażone w przystawki do obsługi wydawania i przyjmowania pieniędzy a zastosowane oprogramowanie korzysta z mechanizmów losowych do wykonania wypłaty po uprzednim wpłaceniu pieniędzy. Urządzenie bez oprogramowania (...) jest uniwersalnym komputerem osobistym i w zależności od wgranego oprogramowania może realizować różne funkcje z obsługą dodatkowych urządzeń (pobierania i wydawania pieniędzy).

Powyższe uchybienia były wystarczające do wydania orzeczenia w sprawie i spowodowały, że rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów ujętych w apelacji było przedwczesne (art. 436 kpk).

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy sąd rejonowy będzie zobowiązany przeprowadzić postępowanie dowodowe w całości, w szczególności należy dopuścić dowód z uzupełniającej opinii A. N. (1)biegłego z zakresu informatyki

i oprogramowania komputerów. Biegły winien dokonać oględzin maszyn i zainstalowanego oprogramowania oraz dodatkowo – poza przedstawionymi przez sąd rejonowy pytaniami odpowiedzieć na pytanie czy i jaka zależność istniała pomiędzy platformą (...) a prowadzeniem gier, w szczególności czy prowadzenie gry mogło odbywać się niezależnie od oprogramowania (...). Biegły powinien także ustosunkować się do sposobu przeprowadzenia eksperymentu przez funkcjonariuszy celnych na tych maszynach i ocenić prawidłowość ich działania w tym zakresie oraz wyprowadzonych wniosków. Ponownie rozpoznając sprawę sąd winien zastrzec żeby biegły przed wydaniem opinii zabezpieczył we własnym zakresie połączenie przedmiotowych urządzeń z internetem. Po wydaniu opinii uzupełniającej sąd oceni czy opinia ta jest pełna i jasna, spełnia wymogi art. 200 kpk, w przypadku natomiast faktycznej niemożności uzyskania opinii pełnej, jasnej i pozbawionej sprzeczności rozważyć należy potrzebę powołania innego biegłego z zakresu informatyki. Sąd powinien ponadto również rozważyć potrzebę bezpośredniego przesłuchania funkcjonariuszy celnych. Po przeprowadzeniu wszystkich niezbędnych dla prawidłowego rozstrzygnięcia dowodów zgromadzony materiał dowodowy sąd rejonowy podda wszechstronnej, rzetelnej i wnikliwej analizie oraz ocenie zgodnej z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego po czym wyciągnie prawidłowe wnioski końcowe i dokona karnoprawnej oceny działania oskarżonego.

Z tych też wszystkich względów orzeczono jak w wyroku.