

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 września 2018r.

Sąd Okręgowy w Toruniu-IX Wydział Karny-Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący – **Sędzia SO Andrzej Walenta (spr)**

Sędziowie - **SO Aleksandra Nowicka**

- **SO Jarosław Sobierajski**

Protokolant - **st. sek. sądowy Michał Kozłowski**

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Toruniu **Marcina Reszkowskiego**

po rozpoznaniu w dniu 06 września 2018r.,

sprawy **G. K. i R. K.** oskarżonych o popełnienie przestępstwa z art. 183 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o obrocie instrumentami finansowymi (DZ. U. z 2014r. poz. 94) w zw. z art. 12 kk,

na skutek apelacji wniesionych przez:

- **Prokuratora Okręgowego w W.;**

- **pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego - Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego w W.;**

- **obrońcę G. K.;**

- **obrońców R. K.;**

- od wyroku Sądu Rejonowego w Toruniu z dnia 21 listopada 2017r., sygn. akt IIK 1024/15

I. **zmienia** punkt „I” zaskarżonego wyroku w ten sposób, że:

a. czyn przypisany oskarżonym wyczerpuje znamiona art. 183 ust. 1 Ustawy z dnia 29

lipca 2005r. o obrocie instrumentami finansowymi w brzmieniu określonym w

tekście jednolitym tejże ustawy z dnia 15 września 2017r. (DZ. U. z 2017r. poz.

1768);

b. eliminuje z opisu czynu ustalenie o działaniu oskarżonych „także z zamiarem

wywołania innych skutków prawnych niż te, dla osiągnięcia których faktycznie jest

dokonywana dana czynność prawna”;

II. **w pozostałym zakresie** utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

III. zasądza na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Rejonowego w Toruniu) od:

- G. K. kwotę 100zł. (stu złotych);

- R. K. kwotę 100zł. (stu złotych);

- tytułem opłat za II instancję oraz obciąża ich wydatkami postępowania

odwoławczego po 1/4 części każdego z nich;

IV. zwalnia oskarżyciela posiłkowego – Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego

od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych za II instancję i całością wydatków

związanych z apelacjami prokuratora i oskarżyciela posiłkowego obciąża Skarb Państwa.

Sygn. akt IXKa 205/18

UZASADNIENIE

R. K. i **G. K.** zostali oskarżeni o to, że w okresie od 19 do 30 kwietnia 2013r., działając wspólnie i w porozumieniu, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru dokonali manipulacji akcjami spółki (...) S.A. ze skutkiem na Giełdzie (...) S.A. poprzez polecenie złożenia zleceń ustalonemu pełnomocnikowi do rachunku i osobiste składanie zleceń oraz zawieranie transakcji mogących wprowadzić w błąd co do rzeczywistego popytu i podaży oraz powodujących sztuczne ustalenie się ceny akcji i zapewniających kontrolę nad popytem i podażą, a także z zamiarem wywołania innych skutków prawnych, niż te, dla osiągnięcia których faktycznie jest dokonywana dana czynność prawna

- **tj. o przestępstwo z określone w art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2014 r. poz. 94) w zw. z art. 12 kk;**

Wyrokiem z dnia 21 listopada 2017r. Sąd Rejonowy w Toruniu, sygn. akt IIK 1024/15, przyjmując, iż oskarżeni dopuścili się czynu, polegającego na tym, że w okresie od 19 do 30 kwietnia 2013r., działając wspólnie i w porozumieniu, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru dokonali manipulacji akcjami spółki (...) S.A. ze skutkiem na Giełdzie (...) S.A. poprzez polecenie złożenia zleceń ustalonemu pełnomocnikowi do rachunku i osobiste składanie zleceń oraz zawieranie transakcji mogących wprowadzić w błąd co do rzeczywistego popytu i podaży, a także z zamiarem wywołania innych skutków prawnych, niż te, dla osiągnięcia których faktycznie jest dokonywana dana czynność prawna, stanowiącego występki z art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2014 r. poz. 94) w zw. z art. 12 kk - na podstawie art. 66§1 i §2 kk w zw. z art. 67§1 kk warunkowo umorzył postępowanie karne wobec oskarżonych na okres 2 lat tytułem próby, orzekając na podstawie art. 67§3 kk w zw. z art. 39 pkt 7 kk, w zw. z art. 43a§1 kk wobec każdego z oskarżonych świadczenie pieniężne na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej w wysokości po 60.000zł.

Orzekając o kosztach, Sąd Rejonowy zasądził od każdego z oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa po 100zł tytułem opłat sądowych i obciążył ich wydatkami postępowania po połowie.

Wyrok ten zaskarżyli w całości dwaj obrońcy oskarżonego R. K. oraz obrońca oskarżonej G. K. oraz w zakresie orzeczenia o karze na niekorzyść obojga oskarżonych oskarżyciel publiczny oraz pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego.

Zarówno **obrońca oskarżonego R. K., adw. M. K. (1)**, jak i **obrońca oskarżonej adw. M. K. (2)** kwestionowali ocenę dowodów, która legła u podstaw przyjęcia, że niewątpliwym było, że transakcji typu cross oskarżony dokonał wspólnie i w porozumieniu z żoną po to, by sztucznie zawyżyć wolumen obrotów akcjami spółki

(...) i zapobiec jej wypadnięciu z indeksu WIG 20, a co najwyżej ubocznym celem ich działania była restrukturyzacja portfela inwestycyjnego na potrzeby optymalizacji podatkowej. Wywodzili oni także, że do oceny prawnej zachowania oskarżonego sąd meriti zastosował niewłaściwą ustawę, a w wyniku dokonania jej błędnej wykładni i nieprawidłowej subsumpcji, niesłusznie przyjął, że zachowanie oskarżonego wypełniło formalne znamiona czynu zabronionego określonego w art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. obrońca adw. M. K. (1) podważał także ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonego jako uzasadniającego napiętnowanie go jako przestępstwa. obrońca adw. M. K. (2) podniósł nadto zarzut obrazy przepisu postępowania w postaci art. 424 kpk.

W razie uwzględnienia zarzutów obrazy prawa materialnego w/w skarżący domagali się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, a w razie uwzględnienia zarzutów obrazy przepisów postępowania dotyczących błędnej oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu - uchylenia zaskarżonego wyroku i umorzenia postępowania wobec oskarżonego. Na wypadek uwzględnienia zarzutu obrazy art. 424 kpk obrońca adw. M. K. (2) wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Obrońca oskarżonej G. K. adw. J. K. skupił się przede wszystkim na wykazaniu wadliwości przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia ustaleń faktycznych i w tym kontekście wskazał na szereg uchybień, jakich sąd meriti miał się dopuścić oceniając wiarygodność zgromadzonych dowodów. Wywodził jednak także, że sąd meriti dopuścił się obrazy prawa materialnego poprzez niesłuszne zastosowanie do oceny zachowania oskarżonej mniej korzystnych przepisów z dnia popełnienia czynu, nieprawidłową wykładnię art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi i błędne uznanie, że czyn oskarżonej wypełnił wszystkie formalne znamiona określonego w w/w przepisie czynu zabronionego. Kwestionował również przyjęcie, że czyn ów cechował się wyższą niż znikoma społeczną szkodliwością.

Powołując się na powyższe w/w skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonej, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Zarówno **oskarżyciel publiczny**, jak i **oskarżyciel posiłkowy** wywodzili natomiast, że w wyniku nieprawidłowej oceny okoliczności mających wpływ na stopień społecznej szkodliwości czynu i wybór adekwatnej sankcji oraz pominięcia niektórych z nich, sąd meriti doszedł do błędnego wniosku, że w wypadku obojga oskarżonych wystarczające do zapewnienia realizacji wszystkich celów postępowania będzie zastosowanie warunkowego umorzenia postępowania połączonego z orzeczeniem świadczeń pieniężnych w kwotach po 60 tys. zł.

Wskazując na powyższe w/w skarżący wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku w kwestionowanym przez siebie zakresie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Ani apelacje kwestionujące rozstrzygnięcie co do winy oskarżonych, ani apelacje podważające zasadność przyjęcia, że właściwą reakcją na czyn, którego się dopuścili, było warunkowe umorzenie postępowania, nie zasługiwały na uwzględnienie. Konieczna okazała się jednak zmiana sposobu redakcji rozstrzygnięcia o winie oskarżonych zawartego w zaskarżonym wyroku w taki sposób, by w pełni odzwierciedlało zastosowane obowiązujące przepisy prawa materialnego.

1. Odnośnie rozstrzygnięcia o odpowiedzialności oskarżonego R. K. (tj. apelacji wniesionych na jego korzyść przez jego obrońców i apelacji prokuratora oraz oskarżyciela posiłkowego wniesionych na niekorzyść oskarżonego w zakresie, w jakim odnosiły się do rozstrzygnięcia o konsekwencjach popełnienia przez niego przypisanego mu przestępstwa).

Dla czytelności wywodów sąd odwoławczy postanowił łącznie odnieść się do argumentacji przedstawionej przez obu obrońców oskarżonego oraz prokuratora i oskarżyciela posiłkowego.

Z treści wniesionych przez nich apelacji wynikało, że w/w skarżący kwestionowali zarówno prawidłowość ustaleń przyjętych za podstawę wyroku, jak i ich prawną ocenę. Przedstawione przez nich zarzuty nie mogły jednak

dyskwalifikować rozstrzygnięcia. Oceniając je stwierdzić należało, że sąd meriti prawidłowo ocenił zgromadzone dowody i co do zasady trafnie orzekł o odpowiedzialności oskarżonego. W pisemnych motywach orzeczenia sąd meriti wprawdzie rzeczywiście – jak trafnie zauważyli obaj skarżący – nie dał wprost wyrazu temu, że dostrzegł, iż po popełnieniu czynu doszło do zmiany ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. W świetle zawartych w nich wywodów nie ulegało jednak wątpliwości, że do oceny zachowania oskarżonego – tak, jak należało stosownie do art. 4§1 kk - stosował przepisy w/w ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu orzekania jako przewidujące węższy zakres pojęcia manipulacji i – choć nie zredagował zawartego w wyroku rozstrzygnięcia o odpowiedzialności oskarżonego w taki sposób, by wiernie odzwierciedlało ten fakt – to uznał go za winnego dopuszczenia się manipulacji wbrew zakazowi wynikającemu z rozporządzenia PE i Rady UE w sprawie nadużyć na rynku. W uzasadnieniu wyroku sąd meriti wszak właśnie przez pryzmat definicji manipulacji zdekodowanej z odwołaniem się do przepisów w/w rozporządzenia rozważał zachowanie oskarżonego, nie upatrywał wcale jego bezprawności w tym, że dokonał on za pośrednictwem swojego pełnomocnika transakcji „z zamiarem wywołania innych skutków prawnych niż te, dla osiągnięcia których faktycznie jest dokonywana dana czynność prawna”. Zważywszy na powyższe - zwłaszcza w sytuacji, gdy obrońca M. K. (1) identycznie odczytał intencje sądu (akapit 18) - uprawnione było stwierdzenie, że – wbrew temu, co twierdził obrońca M. K. (2) – sąd meriti nie dopuszczając się obrazy art. 4 kk przyjął, że w sprawie powinny mieć zastosowanie przepisy z chwili orzekania. Zaskarżony wyrok wymagał wprawdzie w tym stanie rzeczy korekty w zakresie opisu czynu poprzez wyeliminowanie stwierdzenia, że oskarżony działał „z zamiarem wywołania innych skutków prawnych niż te, dla osiągnięcia których faktycznie jest dokonywana dana czynność prawna” i w zakresie podstawy prawnej skazania poprzez wskazanie, że stanowił ją art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w brzmieniu określonym w tekście jednolitym tejże ustawy z dnia 15 września 2017r. (Dz.U. z 2017 r., poz. 1768), jednakże od strony merytorycznej samo rozstrzygnięcie o odpowiedzialności oskarżonego, jako oparte o prawidłowe ustalenia faktyczne, których właściwej subsumpcji dokonał sąd, ocenić należało jako zasadne.

Przechodząc do oceny poszczególnych zarzutów i odnosząc się w pierwszym rzędzie do tych z nich, które zmierzały do podważenia prawidłowości ustaleń co do okoliczności działania oskarżonego, a konkretnie co do ich spornego w sprawie elementu, jakim była motywacja, jaką kierował się oskarżony zlecając swojej pełnomocniczce dokonanie transakcji typu cross, w związku z którymi postawiono mu zarzut dopuszczenia się przestępstwa z ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, stwierdzić należało, że brak było podstaw do zakwestionowania w/w ustaleń i stwierdzenia, że sąd meriti dowolnie przyjął, że oskarżony – wbrew temu, co twierdził - dokonał tychże transakcji w celu zmaksymalizowania wolumenu obrotów akcjami spółki (...) i w konsekwencji zwiększenia liczby punktów spółki w rankingu prowadzonym na potrzeby indeksu WIG 20, a chęć restrukturyzacji portfela inwestycyjnego dla celów podatkowych była co najwyżej jedynie ubocznym motywem jego działania.

Zdaniem obrońcy adw. M. K. (2) o dowolności powyższych ustaleń świadczyć miała już sama okoliczność, że sąd meriti poczynił je w opozycji do wyjaśnień oskarżonego, mimo, że znajdowały one wsparcie jedynie w zeznaniach A. D. z postępowania przygotowawczego, a wyjaśnienia oskarżonego korespondowały z dokumentami wskazującymi na to, że dokonanie przedmiotowych transakcji rzeczywiście wiązało się z korzystnymi skutkami podatkowymi i zeznaniami szeregu świadków. Z tym stanowiskiem nie sposób było się jednak zgodzić. Z pisemnych motywów orzeczenia jednoznacznie wynikało, że uwadze sądu nie umknął ani fakt, że A. D. na rozprawie wycofała się z niekorzystnych dla oskarżonego twierdzeń, ani to, że o tym, że celem działania oskarżonego była (wyłącznie) optymalizacja podatkowa mówił nie tylko oskarżony, ale i P. K., a A. S. (1) podała, że w kwietniu 2013 roku mówiła mu o tym, że to, jaką strukturę ma jego portfel inwestycyjny, może rodzić dla niego niekorzystne skutki podatkowe. Decyzja o odmówieniu - mimo tego - dania wiary wyjaśnieniom oskarżonego poprzedzona została wnikliwą analizą w/w dowodów z uwzględnieniem całokształtu zgromadzonego materiału i znajdowała oparcie w jej wynikach. Sąd przekonująco, nie dopuszczając się błędów logicznych, ani nie naruszając wskazań wiedzy, czy doświadczenia życiowego, wyjaśnił, dlaczego zeznań P. K. oraz twierdzeń A. D. z rozprawy, a tym samym wyjaśnień oskarżonego, nie można było uwzględnić. Stwierdzenie, że tłumaczenie przyczyn nagłej zmiany relacji przedstawione przez A. D. było nielogiczne i budziło zastrzeżenia w świetle wskazań doświadczenia życiowego, a jej pierwsze zeznania korespondowały z wnioskami sformułowanymi przez biegłych, natomiast kwestia optymalizacji podatkowej pojawiła się dopiero w kolejnych zeznaniach P. K., które złożył po przesłuchaniu, w trakcie którego oskarżony ujawnił, że nią właśnie się miał kierować dokonując transakcji

typu cross, zaś A. S. (2) powiedziała, że w istocie nie posiada wiedzy co do tego, jaki motyw rzeczywiście przyświecał działaniom oskarżonego, w pełni uzasadniało przyjęcie, że nie można było z powołaniem się na w/w dowody uznać za miarodajną podstawę ustaleń wyjaśnień oskarżonego.

Obrońca M. K. (1) w sposób nieuprawniony wywodził, że konstatacje biegłych nie mogły w ogóle w tym kontekście być brane pod uwagę z uwagi na to, że nie posiadali oni kwalifikacji z dziedziny księgowości oraz rachunkowości. Biegli – będący fachowcami z dziedziny obrotu papierami wartościowymi - dysponowali wiedzą fachową niezbędną dla dokonania oceny skutków działań oskarżonego z punktu widzenia możliwości wywarcia przez nie wpływu na prawidłowość funkcjonowania rynku papierów wartościowych, a więc wystarczającą do stwierdzenia, czy jego zachowanie objęte aktem oskarżenia nosiło cechy zabronionej przez prawo manipulacji akcjami, czy nie. Brak posiadania przez nich wiedzy na temat tego, czy takie działania jak jego rzeczywiście mogły posłużyć optymalizacji podatkowej i czy faktycznie doprowadziły do korzystnej z punktu widzenia przepisów podatkowych restrukturyzacji portfela inwestycyjnego oskarżonego (których to okoliczności sąd w gruncie rzeczy nie podważył) oraz co do tego, czy podatnicy korzystają z optymalizacji podatkowej, nie mógł dyskwalifikować sformułowanych przez nich wniosków, z których wynikało w gruncie rzeczy tyle, że niezależnie od tego, jakie skutki działania oskarżonego mogły mieć w sferze podatkowej, z całą pewnością, z uwagi na okoliczności i sposób dokonania transakcji, nosiły znamiona zabronionej manipulacji akcjami.

Reasumując ten fragment rozważań stwierdzić należało, że analiza całokształtu zgromadzonych dowodów rzeczywiście prowadziła do wniosku, że to nie w oparciu o wyjaśnienia oskarżonego i w/w dowody (zeznania P. K., zeznania A. S. (2), zeznania A. D. z rozprawy) ale opinie biegłych i pierwsze zeznania A. D. - z których wynikało, że nadrzędnym powodem dokonania transakcji typu cross, które miały także tę pozytywną cechę, że ich dokonanie miało korzystny wpływ na strukturę portfela inwestycyjnego oskarżonego, który wymagał restrukturyzacji, jeśli oskarżony chciał zapłacić niższy podatek, była chęć zwiększenia obrotów akcjami spółki (...), by zapobiec jej wypadnięciu z indeksu WIG 20 – winna zostać skonstruowana podstawa faktyczna rozstrzygnięcia.

Skoro sąd meriti dysponował nie tylko opinią biegłych, ale i zeznaniami pełnomocniczki oskarżonego, która nie miała żadnych powodów, by narażając się na odpowiedzialność za fałszywe zeznania niezgodnie z prawdą go obciążać, a jako doświadczony pełnomocnik przyzwyczajony do działania w sytuacjach stresogennych z pewnością nie mogła złożyć zeznań, które nie w niuansach, lecz jaskrawo odbiegały od rzeczywistości, i bez zasięgnięcia dodatkowej opinii biegłego z zakresu księgowości, który mógłby w gruncie rzeczy jedynie potwierdzić nie zakwestionowaną przez sąd okoliczność, że zachowanie oskarżonego mogło przynieść mu korzystne skutki w sferze podatkowej, możliwe było poczynienie kategoriycznych ustaleń co do zamiaru oskarżonego.

To, że spółka (...) ostatecznie nie utrzymała się w indeksie WIG 20 – co akcentował obrońca M. K. (1) (akapit 9) nie mogło podważać tej oceny. Okoliczność ta wobec jednoznacznej wymowy zasługujących na danie im wiary zeznań pełnomocnika oskarżonego i faktu, że w rzeczywistości o tym, jakie spółki wejdą finalnie w skład indeksu WIG 20 decyduje łącznie szereg różnych okoliczności, a nie tylko wolumen obrotów, nie stwarzała wątpliwości co do tego, czy to jednak nie optymalizacja podatkowa była wyłącznym powodem dokonania transakcji typu cross przez oskarżonego.

Skarżący niezasadnie kwestionowali też prawną ocenę zachowania oskarżonego, polegającego na dokonaniu w okresie od 19 do 30 kwietnia 2013r. szeregu transakcji typu cross dotyczących akcji spółki (...).

Prawidłowo przyjmując – co już sygnalizowano - że owej oceny należało dokonywać przez pryzmat art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w brzmieniu obowiązującym w dniu orzekania, po dokonaniu analizy zachowania oskarżonego, sąd meriti słusznie stwierdził, że wypełniało ono wszystkie znamiona stypizowanej w tym przepisie (poprzez odwołanie się art. 12 rozporządzenia PE i Rady UE w sprawie nadużyć na rynku, który stanowi, że jako zakazaną manipulację traktować należy zawieranie transakcji, składanie zleceń lub inne zachowania, które dały lub mogły dawać fałszywe lub wprowadzające w błąd sygnały co do podaży lub popytu na instrument finansowy) zabronionej manipulacji akcjami.

Wbrew temu, co twierdził obrońca M. K. (2), formułując ów wniosek, sąd meriti wcale nie pominął tego, że koniecznym warunkiem bytu w/w przestępstwa było stwierdzenie, że dokonane przez oskarżonego transakcje wprowadziły lub mogły wprowadzać w błąd co do podaży lub popytu na akcje spółki (...). Sformułowana przez niego teza, jakoby sąd meriti ignorując w/w znamię czynu zabronionego, automatycznie przyjął, że oskarżony dopuścił się manipulacji, o której mowa w art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi po stwierdzeniu, że podjął on działania prowadzące do sztucznego zawyżenia obrotów akcjami spółki (...), była nieuprawniona. Z rozważań prawnych zawartych na karcie 1982v. uzasadnienia wyroku jasno wynikało, że sąd badał, czy zachowanie oskarżonego mogło wprowadzać w błąd co do podaży lub popytu na owe akcje i stwierdził, że tak właśnie było, skoro zwiększenie wolumenu obrotów nie było wynikiem istniejącego w tamtym czasie rzeczywistego popytu i podaży, tylko sztucznego popytu i podaży wykreowanego przez działania oskarżonego podjęte w porozumieniu z żoną, nieprowadzące w rzeczywistości do zmiany stanu posiadania akcji przez inwestorów. Ukształtowany w ten sposób wolumen obrotów akcjami spółki (...) był wyższy, niż wówczas, gdyby był on wynikiem wyłącznie rzeczywistego popytu i podaży z dnia dokonania transakcji.

Chybiona była również podjęta przez obu obrońców próba wykazania, że dokonanie transakcji typu cross w ogóle nie mogło wprowadzać w błąd co do podaży lub popytu na akcje spółki (...) z uwagi na istotę tych transakcji, które nie są ujmowane w arkuszu zleceń i dla innych inwestorów widoczne są dopiero po ich dokonaniu, pod koniec sesji, w zestawieniu dokonanych transakcji.

Inwestorzy nie będący stroną transakcji typu cross rzeczywiście nie mogą odpowiedzieć na zlecenia tego typu i włączyć się w takie transakcje. Z uwagi na powyższe zlecenia cross nie mogą wprowadzać w błąd co do aktualnego popytu i podaży. O tym właśnie – i tylko o tym - mówił w przywołanym przez obu skarżących fragmencie swojej opinii biegły M. G..

Nie uprawniało to jednak w ocenie sądu odwoławczego do przyjęcia, że uczestnicy giełdy w ogóle nie mogą zostać nimi wprowadzeni w błąd i że z ich istoty wynika, że ich dokonanie nie może prowadzić do naruszenia dobra chronionego przez przepis art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Rzecz bowiem w tym, że widząc określoną informację o wolumenie obrotów akcjami określonej spółki, na którego ukształtowanie wpływa także realizacja takich zleceń, inwestorzy nie dowiadują się wprawdzie, jaki konkretnie w danym dniu był popyt na te akcje i jaka podaż tych akcji, jednakże uzyskują sygnał, że zrealizowano popyt i podaż o określonej wartości, a więc, że de facto w/w akcje wówczas cieszyły się (określonym) zainteresowaniem na rynku, a to – co jest bezsporne zważywszy choćby na fakt, że wolumen obrotów jest jednym z parametrów uwzględnianych przy opracowywaniu rankingu na potrzeby ustalania składu indeksu WIG 20 - daje korzystny obraz spółki i może mieć wpływ na przyszłe decyzje inwestorów. Z uwagi na powyższe nie może być wątpliwości, że błąd co do (minionej) podaży lub popytu wywołany sztucznie wygenerowanym wolumenem jest istotnym transakcyjnie błędem, mimo, że zlecenia typu cross nie mają charakteru cenotwórczego.

Skoro z poczynionych w sprawie ustaleń wynikało, że transakcje zostały dokonane w taki sposób, że w rzeczywistości wcale nie prowadziły do zmiany stanu posiadania między inwestorami (a tak było, skoro oskarżony sprzedał określoną ilość akcji po określonej cenie swojej żonie, od której po krótkim czasie, tego samego dnia, za taką samą cenę, tę samą ilość akcji odkupił, a więc po dokonaniu transakcji akcje w tej samej ilości cały czas pozostawały w ich posiadaniu), a obraz zainteresowania akcjami spółki pośród uczestników giełdy odzwierciedlony przez wolumen obrotów był w związku z tym nieprawdziwy (został w ten sposób sztucznie zawyżony w stosunku do tego, jaki byłby, gdyby nie realizacja transakcji typu cross między oskarżonym, a żoną, z którą na określonych zasadach, uzgodnił ich dokonanie), to oczywistym było, że inwestorzy – zwłaszcza racjonalni, którym wiadomo jest na jakich zasadach opracowywany jest wolumen obrotów – mogli zostać wprowadzeni w błąd co do podaży lub popytu na akcje spółki w danym dniu.

Z uwagi na twierdzenia obrońcy adw. M. K. (1) (akapit 43) podkreślenia wymagało, że dla sformułowania powyższego wniosku nie było wcale konieczne ustalenie, że skutkiem dokonania przez oskarżonego transakcji typu cross było naruszenie dóbr majątkowych uczestników giełdy w dniu dokonania transakcji, czy w terminie późniejszym. Skoro w art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi penalizowane jest także podejmowanie działań, które mają tę cechę, że mogą wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży (przestępstwo to odmiennie, niż w wypadku np.

konstrukcji oszustwa z art. 286 kk nie ma charakteru skutkowego), to do stwierdzenia, że zachowanie oskarżonego wypełniło znamię dopuszczenia się działań mogących wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży, wystarczające było (już) ustalenie, że powstało zagrożenie dla prawidłowości funkcjonowania rynku papierów wartościowych, rozumianej jako ochrona interesów uczestników giełdy, wywołane podjęciem przez oskarżonego działań mogących mieć negatywny wpływ na decyzje inwestorów z uwagi na to, że mogły wywołać u nich mylne wrażenia na temat okoliczności istotnych dla ich podjęcia. Mimo, że z poczynionych ustaleń nie wynikało, by działanie oskarżonego wywarło negatywny wpływ na funkcjonowanie giełdy, wyrządziło komukolwiek realną szkodę, czy doprowadziło do osiągnięcia przez niego wymiernych korzyści majątkowych, w pełni uprawnione było zatem w tej sytuacji przyjęcie, że dokonując transakcji typu cross, które prowadząc do sztucznego zawyżenia wolumenu obrotów mogły wywoływać u inwestorów mylne wrażenie co do popytu lub podaży, oskarżony dopuścił się zachowań mogących wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży.

Zastrzeżeń nie budziło również stwierdzenie, że zachowanie oskarżonego oprócz znamion strony przedmiotowej wypełniało także znamiona strony podmiotowej przestępstwa.

W pisemnych motywach orzeczenia próżno faktycznie było – jak słusznie zauważył obrońca M. K. (2) – szukać szerszej prawnej analizy tych znamion. Sąd wiele uwagi poświęcił jednak ustaleniu zamiaru oskarżonego, a przeprowadzone w tym przedmiocie rozważania w pełni uprawniały do stwierdzenia, że zachowanie jego wypełniło wszystkie znamiona umyślnej manipulacji akcjami.

Polemizując z tym twierdzeniem obrońca M. K. (1) twierdził, że niesłuszne było przyjęcie, że zostały wypełnione znamiona strony podmiotowej zarzucanego oskarżonemu przestępstwa, gdyż niemożliwe było uznanie, że dokonanie transakcji typu cross, by zrestrukturyzować portfel inwestycyjny dla potrzeb optymalizacji podatkowej, stanowiło działanie podjęte z bezpośrednim zamiarem wymaganym dla bytu przestępstwa manipulacji akcjami określonego w art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Nawet, gdyby - pomijając fakt, że poprzez językową analizę pojęcia manipulacji i niedopuszczalną analogię z przestępstwem z art. 286 kk obrońca wprowadził do znamion przestępstwa manipulacji akcjami określonego w art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, na potrzeby którego skonstruowana została autonomiczna definicja manipulacji, dodatkowe znamię działania w celu osiągnięcia przez sprawcę korzyści majątkowych - zgodzić się z nim należało, że chodziło o zamiar bezpośredni o szczególnym zabarwieniu, to i tak zarzut ten nie mógłby okazać się skuteczny z uwagi na to, że z poczynionych ustaleń wynikało, że wcale nie było tak, że dokonanie transakcji typu cross przez oskarżonego motywowane było (wyłącznie) chęcią restrukturyzacji portfela akcji na potrzeby optymalizacji podatkowej. Co już wskazywano, w świetle opinii biegłych, a przede wszystkim pierwszych zasługujących na danie im wiary zeznań pełnomocnika oskarżonego, jednoznacznym było, że wcale nie był to ani jedyny, ani nawet główny cel działania oskarżonego i że w rzeczywistości dokonanie transakcji objętych aktem oskarżenia nakierowane było na zawyżenie wolumenu obrotu, by wpłynąć na pozycje spółki (...) w rankingu i utrzymać ją w WIG 20. Zgromadzone dowody wskazywały zatem, że to nie sztuczne zawyżenie obrotu mogące wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży, ale optymalizacja podatkowa, była ubocznym efektem działania oskarżonego.

Nieprawdą było też, że nawet przy akceptacji tego ustalenia nie można było przypisać oskarżonemu dopuszczenia się manipulacji rozumianej jako umyślne dokonywanie transakcji, które mogą wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży. Skoro jego zamiarem było sztuczne wygenerowanie wyższego wolumenu obrotu akcjami spółki (...), by uzyskać punkty w rankingu dla potrzeb indeksu WIG 20, nie ulegało wątpliwości że działając w zamiarze bezpośrednim dopuścił się on działań stwarzających zagrożenie powstania u inwestorów mylnego wyobrażenia o popycie i podaży. Oskarżony był wszak doświadczonym inwestorem, znającym zasady działania giełdy. Dodatkowo z zasługujących na wiarę zeznań A. D. wynikało, że w rozmowie z nią uzgodnił, że w celu wytworzenia korzystnego obrazu spółki (...) z punktu widzenia jednego z kryteriów branych pod uwagę przy tworzeniu rankingu na potrzeby WIG 20, jakim jest wolumen obrotów, dokonanych ma zostać szereg transakcji typu cross między nim, a żoną, które nie będą prowadziły do zmiany stanu posiadania przez nich akcji, a sztucznie zawyżą wolumen obrotów. Był on zatem – wbrew temu, co twierdził obrońca M. K. (2) - świadom tego, że działania, jakie planuje, mogą wprowadzić uczestników giełdy, którym nie jest wiadome między jakimi podmiotami zostały dokonane transakcje typu cross i nie mają wiedzy

o ich parametrach, w błąd co do popytu lub podaży, a więc de facto zainteresowania akcjami, jednakże mimo tego chciał, aby zostały one podjęte, bowiem uznał, że mu się to opłaca, gdyż może zapobiec wypadnięciu spółki (...) z indeksu WIG 20 (poprzez korzystne dla spółki wpłynięcie na ukształtowanie rankingu opracowywanego przez Radę Giełdy dla potrzeb ustalania składu indeksu).

Chybiona była również podjęta przez obu skarżących próba podważenia ustaleń co do sprawstwa oskarżonego poprzez wskazywanie, że zostały one poczynione z pominięciem tego, że wypełniające formalnie przedmiotowe oraz podmiotowe znamiona przestępstwa określonego w art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi zachowanie oskarżonego zostało podjęte przez niego w okolicznościach uchylających jego bezprawność. Dokonując prawnej oceny zachowania oskarżonego sąd meriti wprawdzie faktycznie – jak zauważył obrońca M. K. (2) - nie odniósł się wprost do wyłączenia zawartego w zamieszczonej w art. 12 rozporządzenia PE i Rady UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku definicji manipulacji na rynku, jednakże z całokształtu rozważań poświęconych ocenie okoliczności dokonania przez niego objętych zarzutem transakcji typu cross jasno wynikało, że stwierdził, że nie mogły go one ekskulpować. Wniosek ten należało uznać za prawidłowy. Świadome dokonywanie działań mogących wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży po to, by zapobiec wypadnięciu spółki z indeksu WIG 20 poprzez sztuczne zawyżenie jednego z parametrów branych pod uwagę przy opracowywaniu rankingu na potrzeby tego indeksu nie mogło zostać uznane za działanie podjęte „z zasadnych powodów”, ani tym bardziej za działanie „zgodne z przyjętymi praktykami rynkowymi”, nawet, jeśli „przy okazji” skutkowało ono korzystną z punktu widzenia przepisów podatkowych restrukturyzacją portfela inwestycyjnego, która co do zasady nie jest zabroniona przez prawo, a oceny tego zachowania dokonywać – jak chciał tego obrońca M. K. (1) - przez pryzmat utrwalonego zwyczaju postępowania z dobrem prawnym, mogącego funkcjonować jako kontratyp, zamiast nieustanowionych zgodnie z zasadami przewidzianymi we wspomnianym wyżej rozporządzeniu, utrwalonymi praktykami. Nawet, jeśli do popełnienia przestępstwa doszło wskutek skorzystania przez oskarżonego z dozwolonych prawem instrumentów (transakcje typu cross) i jego zachowanie przyniosło także uprawniony w świetle prawa podatkowego skutek w postaci optymalizacji podatkowej, z którego zwyczajowo korzystają podatnicy (restrukturyzacja portfela akcji na potrzeby optymalizacji podatkowej) nie mogło to ekskulpować oskarżonego. Rzecz bowiem w tym, że zabronione przez prawo jest zarówno korzystanie z transakcji typu cross w taki sposób, że może to wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży na dany instrument finansowy, nawet, jeśli nie wywiera wpływu na kształtowanie się jego cen (vide znamiona przestępstwa określonego w art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi), jak i dokonywanie optymalizacji podatkowej przy podjęciu w celu restrukturyzacji portfela inwestycyjnego (takich) zabronionych przez prawo działań.

Mając na względzie powyższe uwagi stwierdzić należało, że skarżący niezasadnie twierdzili, że naruszając przepisy postępowania określające zasady oceny dowodów w postępowaniu karnym i dopuszczając się obrazy licznych przepisów prawa materialnego, sąd meriti niesłusznie przyjął, że oskarżony popełnił zarzucany mu czyn z art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Zarówno ocena zgromadzonych dowodów, która doprowadziła sąd do wniosku, że celem działania oskarżonego było sztuczne zawyżenie obrotu akcjami, a więc że umyślnie podjął działania mogące wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży, jak i dokonana subsumpcja prowadząca do wniosku, że wypełnił on w ten sposób formalne znamiona czynu zabronionej przez prawo manipulacji na rynku papierów wartościowych, były prawidłowe.

Słuszne było też uznanie przez sąd meriti, że czyn ów cechował się wyższą, niż znikoma społeczną szkodliwością, co uzasadniało uznanie go za przestępstwo i podjęcie reakcji karnej. Z poczynionych ustaleń wynikało rzeczywiście, że nie doszło do wprowadzenia żadnego z inwestorów w błąd co do popytu i podaży, które przełożyłyby się na przynoszące straty materialne decyzje i miało wpływ na cenę akcji spółki (...) lub przyniosło korzyści majątkowe oskarżonemu. Powyższa okoliczność bezsprzecznie przemawiała na korzyść oskarżonego, niemniej jednak zważywszy na to, że dobrem chronionym przez art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi jest prawidłowość funkcjonowania rynku papierów wartościowych i penalizując działania mogące wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży ów przepis zabezpiecza w istocie ów rynek już przed zaistnieniem sytuacji stwarzającej zagrożenie dla prawidłowości obrotu nie można było zgodzić się z obrońcą adw. M. K. (1), że zachowanie oskarżonego w ogóle nie naruszyło dóbr chronionych przez art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Z uwagi na to, że działanie oskarżonego nie miało

charakteru jednorazowego, tylko dopuszczał się on umyślnie zabronionych przez prawo manipulacji akcjami, godząc w prawidłowość obrotu papierami wartościowymi i realizując z góry powzięty zamiar, kilkakrotnie na przestrzeni pewnego okresu czasu, tj. na sześciu spośród ośmiu sesji, które odbyły w okresie od 19 do 30 kwietnia 2013r., wykluczone było uznanie, że czyn jego cechował się znikomą społeczną szkodliwością. Okoliczności i sposób działania oskarżonego (sześciokrotne podejmowanie manipulacji na kolejnych sesjach w realizacji z góry powziętego zamiaru i w porozumieniu z innym podmiotem), jego motywacja (by sztucznie wykreować korzystny dla spółki parametr uwzględniany przy określaniu składu indeksu WIG 20 w celu zapobiegnięcia jej wypadnięciu z tego indeksu, by jako dominujący akcjonariusz mógł osiągać korzyści wynikające z faktu utrzymania spółki w tymże indeksie) i fakt, że czyn jego wymierzony był w dobro o tak istotnym charakterze jak prawidłowość obrotu instrumentami finansowymi (rodzaj naruszonego dobra), nawet gdy wziąć pod uwagę, że nie wywołał on rzeczywistych zakłóceń w funkcjonowaniu rynku papierów wartościowych, przesądzały o tym, że objęte aktem oskarżenia zachowanie oskarżonego cechowało się wyższą niż subminimalną społeczną szkodliwością społeczną. Brak było zatem podstaw do uznania, że postępowanie wobec oskarżonego - jak tego domagał się obrońca M. K. (1) - winno zostać umorzona na podstawie art. 17§1 pkt 3 kpk w związku ze stwierdzeniem, iż jego zachowanie nie zawierało w sobie ładunku społecznej szkodliwości uzasadniającego uznanie go za przestępstwo.

Z drugiej strony – wbrew temu, co twierdził prokurator, który wywodził, że w wyniku dokonania błędnej oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonego, sąd meriti niesłusznie uznał, że zostały spełnione przesłanki do skorzystania wobec niego z dobrodziejstwa warunkowego umorzenia postępowania – brak było podstaw do uznania, że czyn oskarżonego był w takim stopniu karygodny, że wykluczone było przyjęcie, że wszystkie cele postępowania zostaną osiągnięte poprzez zastosowanie wobec niego w/w środka probacyjnego i że konieczne było skazanie go i wymierzenie mu za niego kary. Zarówno prokurator jak i oskarżyciel posiłkowy niesłusznie twierdzili, że zastosowaniu w/w instytucji sprzeciwiało się znaczne zawinienie oskarżonego i znaczny w istocie stopień społecznej szkodliwości jego czynu.

Mimo, że skierowane przeciwko dobru w postaci obrotu instrumentami finansowymi przestępstwo oskarżonego miało charakter formalny i dla swojego bytu nie wymagało ustalenia zaistnienia realnych zakłóceń w funkcjonowaniu giełdy papierów wartościowych, to okoliczność, że skutkiem dokonania przez oskarżonego transakcji mogących wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży, mimo, że spowodowały sztuczne znaczne zawyżenie wolumenu obrotów, nie było powstanie realnej szkody po stronie żadnego z inwestorów, ani też skuteczne zapobiegnięcie wypadnięciu spółki (...) z indeksu WIG 20, które uzasadniała rzeczywista sytuacja owej spółki, jakkolwiek nie mogła ona ekskulpować oskarżonego i znosić przestępności jego czynu, to nie mogła również zostać pominięta przy ocenie społecznej szkodliwości jego czynu. Jako, że z art. 115§2 kk wynika, że rozmiar negatywnych skutków jest jednym z istotnych komponentów przesądzających o stopniu społecznej szkodliwości czynu, to - jak już sygnalizowano - okoliczność ta musiała zostać w tym kontekście uwzględniona na korzyść oskarżonego. Oceniana łącznie ze słusznie wyliczonymi przez prokuratora i oskarżyciela posiłkowego – i dostrzeżonymi też przez sąd - okolicznościami obciążającymi w postaci motywacji oskarżonego (chęć utrzymania się w indeksie WIG 20 niedozwolonymi metodami co wiązało się dla niego z wymiernymi korzyściami) i sposobu oraz okoliczności jego działania (kilkakrotne podjęcie działań wypełniających znamiona manipulacji poprzez znaczne, sztuczne zawyżenie wysokości obrotów na przestrzeni pewnego okresu czasu w realizacji z góry powziętego zamiaru, wspólnie i w porozumieniu z inną osobą), w pełni uzasadniała ona stwierdzenie, że społeczna szkodliwość czynu oskarżonego była wprawdzie zdecydowanie wyższa, niż znikoma, jednakże nie osiągnęła takiego poziomu, by wykluczone było zastosowanie wobec oskarżonego warunkowego umorzenia postępowania przewidzianego jako środek reakcji karnej nie tylko na czyny błahe, ale i takie czyny, których wprawdzie nie sposób określić tym mianem, jednakże nie są one społecznie szkodliwe w stopniu znacznym.

Również i zawinienia oskarżonego, który świadomie dopuścił się manipulacji akcjami spółki (...), jednakże nie po to, by osiągnąć korzyść majątkową kosztem innych uczestników giełdy, nie sposób było określić mianem znacznego.

Zważywszy na powyższe, stwierdzić należało, że sąd zasadnie uznał, że zostały spełnione wszystkie przesłanki zastosowania wobec oskarżonego warunkowego umorzenia postępowania.

W połączeniu z orzeczeniem świadczenia pieniężnego w najwyższej dopuszczalnej przez prawo wysokości (art. 43a§1 kk), zastosowanie w/w środka probacyjnego uznać należało za właściwą reakcję na czyn oskarżonego wystarczającą do realizacji wszystkich celów postępowania.

Po dokonaniu korekt opisanych na wstępie tego fragmentu uzasadnienia - nie dopatrując się w zaskarżonym orzeczeniu żadnych uchybień mogących stanowić bezwzględne przyczyny odwoławcze, będących podstawą do uchylenia wyroku z urzędu - sąd odwoławczy utrzymał zatem w pozostałym zakresie w mocy zawarte w nim rozstrzygnięcie odnoszące się do osoby oskarżonego.

2. Odnośnie rozstrzygnięcia o odpowiedzialności oskarżonej G. K. (tj. apelacji wniesionej przez jej obrońcę i apelacji prokuratora oraz oskarżyciela posiłkowego wniesionych na niekorzyść oskarżonej w zakresie, w jakim odnosiły się do rozstrzygnięcia o konsekwencjach popełnienia przypisanego jej przestępstwa).

W pierwszym rzędzie odnosząc się do zarzutów obrońcy zmierzających do podważenia orzeczenia o sprawstwie i winie oskarżonej, stwierdzić należało, że niezasadnie wywodził on, że nie mogło się ono ostać z uwagi na to, że zapadło z naruszeniem szeregu przepisów przestępowania, mającym wpływ na poczynienie błędnych ustaleń faktycznych i z obrazą przepisów prawa materialnego, która przełożyła się na dokonanie ich błędnej oceny prawnej.

Wbrew temu, co twierdził skarżący, brak było podstaw do przyjęcia, że w toku postępowania, które zakończyło się wydaniem zaskarżonego wyroku, doszło do pogwałcenia prawa do obrony przysługującego oskarżonej. Z treści wywodów apelacji wynikało, że skarżący upatrywał naruszenia jej uprawnień w tej sferze w tym, że po rozprawie, która odbyła się w dniu 11 stycznia 2017r., biegły K. G. (1), którego opinia stanowiła jedną z podstaw rozstrzygnięcia, przedłożył do akt sprawy pismo, w którym zawarł stwierdzenia odnoszące się do meritum kwestii poddanych jego ocenie, domagając się uczynienia go integralną częścią wydanej przez siebie opinii. Kodeks postępowania karnego rzeczywiście nie przewiduje takiego trybu wydawania opinii przez biegłego. O tym, że wskutek tego oskarżona została pozbawiona możliwości odniesienia się do jego niekorzystnych dla siebie twierdzeń z całą pewnością nie mogło jednak być mowy, skoro - mając na uwadze to, że „sprostowanie opinii”, zawarte w owym piśmie, dotyczyło kwestii istotnych dla meritum rozstrzygnięcia - sąd przesłał je stronom, aby mogły się z nim zapoznać (k. 1822-1835), a następnie umożliwił im zadanie w/w biegłemu pytań służących weryfikacji zawartych w nim twierdzeń. Biegły K. G. (2) został wszak wezwany na rozprawę w dniu 16 października 2017r. i nie tylko powtórzył wówczas i uszczegółowił w obecności stron, zawarte w piśmie z dnia 20 lipca 2017r. uwagi, ale i odpowiadał na ich pytania, ustosunkowując się do zgłoszonych przez nie na tym tle zastrzeżeń (k. 1870 i nast.).

Odnosząc się do treści wyroku skarżący rzeczywiście trafnie zauważył natomiast, że sąd meriti bezpodstawnie przyjął, że zachowanie oskarżonej wypełniło znamiona przestępstwa z art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w ten sposób, że w okresie od 19 do 30 kwietnia 2013r. dokonała ona wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym transakcji typu cross także z zamiarem wywołania innych skutków prawnych, niż te, dla których osiągnięcia dokonywana jest dana czynność prawna. Analiza treści wyroku w połączeniu z jego uzasadnieniem nie pozostawiała jednak wątpliwości, że stanowiło to wynik naruszenia przepisów postępowania określających zasady redagowania wyroków, a nie przyjęcia - z obrazą art. 4§1 kk - za podstawę rozstrzygnięcia przepisów z chwili popełnienia czynu, zamiast przepisów obowiązujących w chwili orzekania, które bezsprzecznie przewidywały objęcie penalizacją art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi węższego zakresu zachowań, w szczególności stanowiły, że irrelewantne z punktu widzenia znamion określonego w w/w przepisie przestępstwa było dokonanie czynności z zamiarem wywołania innych skutków prawnych, niż te, dla których osiągnięcia dokonywana jest dana czynność prawna, i jako takie winny mieć zastosowanie. Z pisemnych motywów orzeczenia, w których właśnie przez pryzmat art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w brzmieniu określonym w tekście jednolitym tej ustawy z dnia 15 września 2017r. (Dz.U. z 2017r., poz. 1768) sąd analizował zachowanie oskarżonej, jasno wynikało, że to właśnie owe przepisy - tak, jak należało - miały zastosowanie przy orzekaniu i że sąd doszedł do wniosku, że to właśnie znamiona przestępstwa

manipulacji akcjami w znaczeniu, jakie nadaje temu pojęciu rozporządzenie PE i Rady UE z dnia 16 kwietnia 2014r. w sprawie nadużyć na rynku, wypełniało jej zachowanie. Oczywistym zatem było, że do wskazania przez sąd meriti w opisie czynu w ślad za aktem oskarżenia, że bezprawność zachowania oskarżonej wyrażała się nie tylko w tym, że zawarła transakcje mogące wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży, ale i w tym, że zawierała te transakcje także z zamiarem wywołania innych skutków prawnych, niż te, dla których osiągnięcia dokonywana jest dana czynność prawna, oraz wskazania jako podstawy prawnej rozstrzygnięcia art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w brzmieniu z określonym w tekście jednolitym tejże ustawy z dnia 6 grudnia 2013r., doszło przez pomyłkę. Owo uchybienie – które w istocie zakwalifikować należało jako naruszenie art. 413§1 i §2 kpk jako przepisu określającego zasady redagowania wyroków, a nie, jak chciał tego skarżący, obrazę prawa materialnego w postaci art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, czy tym bardziej art. 4§1 kk – wymagało korekty przez sąd odwoławczy. Dokonując stosownej zmiany zaskarżonego wyroku sąd odwoławczy przyjął więc, że czyn przypisany oskarżonej wyczerpywał znamiona art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o obrocie instrumentami finansowymi w brzmieniu określonym w tekście jednolitym tejże ustawy z dnia 15 września 2017r. (Dz.U. z 2017r., poz. 1768) i wyeliminował z jego opisu ustalenie o działaniu oskarżonej „także z zamiarem wywołania skutków innych, niż te, dla których faktycznie jest dokonywana dana czynność prawna”.

Sąd odwoławczy nie doszukał się natomiast podstaw do zmiany wyroku w pozostałym zakresie. Od strony merytorycznej rozstrzygnięcie o odpowiedzialności oskarżonej nie budziło zastrzeżeń.

Skarżący nie miał racji wywodząc, że dokonując ustaleń co do okoliczności działania oskarżonej sąd meriti w sposób dowolny przyjął, że głównym celem dokonania przez nią transakcji typu cross wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym było sztuczne zawyżenie wolumenu obrotów akcjami spółki (...), by zapobiec jej wypadnięciu z indeksu WIG 20.

Nieprawdą było, że sąd meriti nie wykazał w uzasadnieniu wyroku na podstawie jakich dowodów sformułował ów wniosek. Z pisemnych motywów orzeczenia wyraźnie wynikało, że podstawę do przyjęcia, że optymalizacja podatkowa wcale nie była celem, jaki przyświecał oskarżonej, gdy dokonywała objętych aktem oskarżenia transakcji wspólnie z mężem, stanowiły zeznania A. D. i opinie biegłych, które w ocenie Sądu Rejonowego zasługiwały na uznanie ich za miarodajną podstawę ustaleń. Powyższe musiało być oczywiste także dla skarżącego, skoro podstawę do dyskwalifikacji ustaleń co do motywacji oskarżonej miało stanowić jego zdaniem m.in. to, że sąd zamiast dokonać własnej oceny materiału dowodowego powielił w tym zakresie twierdzenia sformułowane przez biegłych (strona 14 apelacji).

Sama analiza dowodowa również nie budziła zastrzeżeń. Rozumowanie, które doprowadziło sąd do wniosku, że spośród sprzecznych ze sobą dowodów pozwalających na odtworzenie motywacji oskarżonej to właśnie pierwsze zeznania A. D. oraz opinie biegłych zasługiwały na przyznanie im waloru wiarygodności, nie pomijało żadnej z istotnych okoliczności, nie wykazywało błędów logicznych, ani nie kłóciło się z doświadczeniem życiowym.

Podważając ów wniosek skarżący niezasadnie twierdził, że sąd meriti powierzchownie ocenił zeznania A. D. z rozprawy. Uznając je za niewiarygodne sąd meriti trafnie zauważył, że skoro na wcześniejszym etapie postępowania nie wspominała ona nic o tym, że powodem dokonania transakcji typu cross przez oskarżonego z żoną miała być chęć przeprowadzenia optymalizacji podatkowej, to doszło do istotnej zmiany przez nią zeznań. Skoro odmawiając przyznania waloru wiarygodności nowej przedstawionej przez nią na rozprawie wersji wydarzeń, z której wynikało, że oskarżony chciał dokonać transakcji cross, by zrestrukturyzować portfel inwestycyjny, sąd stwierdził, że uzasadniała to okoliczność, że w świetle wskazań logiki i doświadczenia życiowego jako niewiarygodne jawiło się jej twierdzenie, że ze zdenerwowania i stresu mogła ona złożyć niezgodne z prawdą zeznania obciążające jej mocodawcę, to mimo, że sąd I instancji nie wskazał wprost, że miał na uwadze to, że podczas przesłuchania na rozprawie zgłaszała ona, że przesłuchujący ją policjant miał jej sugerować, że pozostawała w intymnej relacji z oskarżonym, brak było też podstaw, by mówić o dowolności stwierdzenia, że to nie relacje A. D. z rozprawy, ale te z postępowania przygotowawczego, które korespondowały z wnioskami wyprowadzonymi przez biegłych, jawiły się jako miarodajna podstawa ustaleń.

Chybiona była także próba wykazania, że w/w wnioszek podważały zeznania A. S. (1). Ponieważ A. S. (1) wskazała jedynie, że w kwietniu 2013 roku rozmawiała z oskarżonym o tym, że posiada on stare akcje i że fakt ten może mieć dla niego niekorzystne skutki podatkowe, jednak nie posiadała żadnej wiedzy na temat okoliczności dokonania transakcji typu cross objętych zarzutami, to nie można było opierając się na jej zeznaniach przesądzić o tym, że nie zostały one podjęte w celu zawyżenia wolumenu obrotów, by zapobiec wypadnięciu spółki z rankingu prowadzonego na potrzeby indeksu WIG 20, tylko w celu optymalizacji podatkowej. Twierdzenie jakoby sąd popadł w sprzeczność dając wiary zeznaniom A. S. (1) i jednocześnie odmawiając uwzględnienia wyjaśnień oskarżonego co do motywów dokonania transakcji objętych zarzutem oraz zeznań A. D. z rozprawy, nie zasługiwało zatem na uwzględnienie.

Skarżący niezasadnie twierdził również, że ustalenia co do motywacji oskarżonego były dowolne wskazując na fakt, że sąd dokonał ich z pominięciem zeznań M. S., K. S. i P. K.. Z pisemnych motywów orzeczenia jednoznacznie wynikało, że sąd wcale nie pominął relacji w/w świadków, a jedynie po dokonaniu oceny ich wiarygodności z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oraz pozostałych dowodów odmówił dania im wiary i wskutek tego nie uwzględnił ich w podstawie rozstrzygnięcia (k. 1979).

Brak było też podstaw, by zgodzić się ze skarżącym, że sąd meriti błędnie ocenił opinie biegłych sporządzone na potrzeby przedmiotowej sprawy.

Z pisemnych motywów orzeczenia faktycznie wynikało, że rozstrzygnięcie co do motywów działania oskarżonego zostało w przeważającej mierze oparte o w/w opinie i stanowiło powielenie sformułowanych w nich treści, które sąd przyjął jako własne. Okoliczność ta, nawet, gdy zważyć na fakt, że to wyłącznie sąd jest uprawniony do dokonywania oceny czy zachowanie oskarżonej wypełnia znamiona przestępstwa, czy nie, nie uprawniała jednak wcale do stwierdzenia, że to biegli rozstrzygnęli o odpowiedzialności oskarżonej („praktycznie wydali wyrok”). Wprost z przepisów postępowania karnego wynika, że wówczas, gdy dokonanie oceny pewnych okoliczności rzutujących na prawną kwalifikację zachowania oskarżonego wymaga wiadomości specjalnych, sąd jest zobowiązany posiłkować się w tym zakresie opinią biegłego dysponującego wiedzą z odpowiedniej dziedziny. Dowód ów podlega swobodnej ocenie sądu na równi z innymi dowodami. Włączenie go do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia po stwierdzeniu, że nie ma wątpliwości co do wartości dowodowej opinii, nawet, jeśli ów dowód miałby stanowić główną podstawę ustaleń, nie uprawnia do stawiania zarzutu, że w sposób niedopuszczalny na biegłych zostały scedowane kompetencje sądu do rozstrzygania o odpowiedzialności karnej. Tak zaś właśnie było w przedmiotowej sprawie. Tak samo jak wówczas, gdy sąd dokonuje ustaleń, które przesądzają o zasadności zarzutu w oparciu o jawiące się jako wiarygodne zeznania świadka, niemożliwe było zatem stwierdzenie w takiej sytuacji, że to inny podmiot niż sąd wydał wyrok.

Nie można też było mówić o tym, że biegli wykroczyli poza zakres swoich kompetencji stwierdzając, że zachowanie oskarżonej nosiło cechy manipulacji. Stwierdzenie owo stanowiło konsekwencję dokonania przez nich – zgodnie z treścią postanowień, którymi zostali powołani do wydania opinii, stawiających im określone pytania - analizy okoliczności i sposobu dokonania transakcji „przez pryzmat specjalistycznych aspektów ich wiedzy” i obrazować miało nie fakt, że oskarżona dopuściła się zarzucanego jej przestępstwa (o bycie którego decyduje nie tylko spełnienie przesłanek przedmiotowych, ale łączne spełnienie także innych warunków), ale to, że podjęła ona działania noszące cechy manipulacji w rozumieniu art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, czego sąd nie był w stanie (i nie mógłby nawet gdyby ją posiadał) samodzielnie stwierdzić z uwagi na brak wiedzy specjalistycznej odnośnie zasad funkcjonowania rynku papierów wartościowych. Co więcej, to właśnie ustalenie, że szereg okoliczności, które ujawniła analiza transakcji, wskazywało na to, że skutek w postaci sztucznego zawyżenia wolumenu obrotów objęty był zamiarem oskarżonej i działającego wspólnie i w porozumieniu z nią oskarżonego, stanowiło asumpt do wskazania przez biegłych, którzy nie dysponowali kwalifikacjami z dziedziny księgowości, że restrukturyzacja portfela inwestycyjnego dla potrzeb podatkowych mogła być co najwyżej ubocznym motywem ich działania. Wskazanie na to, że zwyczajowo działania związane z optymalizacją podatkową nie są przeprowadzane w drugim kwartale roku stanowiło jedynie dodatkowy argument, który miał świadczyć o trafności sformułowanych przez nich wniosków. Była to przy tym okoliczność o charakterze ogólnym, a jej stwierdzenie nie wymagało wiadomości specjalnych. Powszechnie wiadomo jest bowiem o tym, że podatek dochodowy rozliczany jest w okresie rocznym i po upływie zaledwie kilku

miesiący roku, zwłaszcza w wypadku osoby, która jest aktywnym inwestorem, nie sposób racjonalnie prognozować w jakiej wysokości przyjdzie jej zapłacić podatek. Biegli – wbrew temu, co twierdził skarżący - nie odmówili zaś wcale „działaniom i metodom zastosowanym przez oskarżonych zasadności z punktu widzenia podnoszonego przez nich celu” optymalizacji podatkowej, a jedynie stwierdzili, że osiągnięcie tego celu możliwe było o wiele prostszą metodą, która miała taką dodatkową zaletę, że nie narażałaby oskarżonych na podejrzenia o dopuszczenie się manipulacji, ani ponoszenie dodatkowych kosztów związanych prowizjami maklerskimi.

Chybiona była również próba dyskwalifikacji opinii biegłych poprzez wskazywanie, że sąd zignorował ujawnione w toku postępowania okoliczności uzasadniające powołanie innych biegłych. Sąd odwoławczy – podobnie, jak sąd I instancji - nie doszukał się podstaw do stwierdzenia, że M. G. i K. G. (2), którzy sporządzili opinie na potrzeby przedmiotowej sprawy, nie dysponowali wystarczającymi kwalifikacjami. Zarówno M. G., jak i K. G. (2) są fachowcami z dziedziny obrotu papierami wartościowymi i do tej pory (także K. G. (2), który wprawdzie w ostatnim czasie nie pracował na giełdzie, jednakże posiadał licencję maklera giełdowego) wydali szereg opinii w tym zakresie w charakterze biegłych. Skoro opiniując na potrzeby przedmiotowej sprawy K. G. (2) sam uczciwie zwrócił uwagę na nieścisłości, które wkradły się do jego opinii pisemnej i dostrzegając po analizie swoich wypowiedzi z rozprawy, która odbyła się w dniu 11 stycznia 2017r. błąd, jaki popełnił przedstawiając ustną opinię i odpowiadając na pytania obrońców, sprostował swoje nieprawidłowe twierdzenie co do tego, transakcje typu cross są uwzględniane w wolumenie transakcji w trakcie sesji i co do zgodności z prawdą tych dodatkowych przedstawionych przez niego wyjaśnień nie było wątpliwości, a jednocześnie jedną z okoliczności mających uzasadniać dyskwalifikację jego osoby jako biegłego miał być fakt nagminnego wręcz występowania przez niego w charakterze arbitra w postępowaniach toczących się przed Komisją Nadzoru Finansowego oraz w charakterze biegłego powoływanego przez tę instytucję, to brak było podstaw, by twierdzić, że mieliśmy do czynienia z sytuacją, w której zachodziły wątpliwości co do tego, czy miał on odpowiednie kompetencje do tego, by dokonać analizy transakcji objętych zarzutem. Ekspozowany w apelacji fakt, że w/w biegły poczynił starania o to, by sprostować nieścisłości, które mogły się wkraść do jego wypowiedzi, świadczył o jego rzetelności, a okoliczność, że uważał, że możliwe jest dokonanie tego poprzez przesłanie pisma z wyjaśnieniami i prośbą o sprostowanie protokołu, jako osoby, która nie musi znać procedury karnej, nie mogła go obciążać. Skrajną nielojalnością ze strony skarżącego było kwalifikowanie podjęcia przez biegłego opisanych wyżej zabiegów jako wyrazu jego stronniczości i „dbałości o skazanie oskarżonych”. Pomijając już okoliczność, że trudno było mówić o stronniczości biegłego, skoro co do kluczowych z punktu widzenia rozstrzygnięcia okoliczności niekorzystnych dla oskarżonych, sformułowane przez niego wnioski korespondowały z twierdzeniami drugiego biegłego (gdyby na siłę starał się on wykazać winę oskarżonych, to jego twierdzenia nie byłyby zgodne z konkluzjami biegłego M. G., którego skarżący nie podejrzewał o stronniczość), to zauważyć należało, że od osoby powołanej do wystąpienia w charakterze biegłego należy wymagać dbałości o to, by jej twierdzenia były zgodne z aktualnym stanem wiedzy w dziedzinie, w której opiniuje. Oczekiwać należy wręcz zatem od niej podjęcia czynności w celu upewnienia się, że wskutek jej pomyłki sąd nie będzie pozostawał w błędnym przekonaniu co do okoliczności stanowiących przedmiot opinii, jeśli ma podejrzenia co do tego, że sytuacja taka mogła mieć miejsce, niezależnie od tego, czy okoliczności te przemawiać będą na korzyść, czy na niekorzyść oskarżonego. Chybiona była również próba podważania kompetencji biegłego K. G. (2) przez wskazywanie, że wydając opinię przyjął on w ocenie skarżącego błędne założenie, że podejmowanie działań wpływających na wolumen obrotów mogło wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży. Twierdzeń skarżącego, nie posiadającego siłą rzeczy wiedzy specjalistycznej niezbędnej do właściwej oceny tej kwestii, nie sposób było przeciwstawiać opiniom biegłego K. G. (2), które co do okoliczności wypełnienia przez działania oskarżonych znamion manipulacji korespondowały z wnioskami sformułowanymi przez drugiego z biegłych, mimo, że wykluczył on, by dokonanie transakcji typu cross mogło wprowadzać w błąd uczestników giełdy co do aktualnego popytu lub podaży.

Skarżący nie miał też racji twierdząc, że w przedmiotowej sprawie zachodziła konieczność powołania nowego biegłego z uwagi na to, że opinie biegłego M. G. i K. G. (2) były sprzeczne ze sobą. Sam fakt występowania sprzeczności między opiniami nie dyskwalifikuje ich automatycznie jako podstawy rozstrzygnięcia i nie implikuje konieczności powołania kolejnego biegłego. W sytuacji, gdy dostrzegając rozbieżność odnośnie jednej z poddanych ocenie przez biegłych okoliczności sąd opowiada się za wnioskami sformułowanymi w przedmiocie tej okoliczności w jednej z opinii, obie

opinie bez obrazy art. 201 kpk i art. 7 kpk mogą zostać przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia, jeśli w pozostałym zakresie są ze sobą zgodne. Tak właśnie było w przedmiotowej sprawie. Sąd meriti wyraźnie stwierdził, że jeśli chodziło o wpływ działań oskarżonych na utrzymanie ceny akcji, to dał wiarę opinii sporządzonej przez biegłego M. G., dlatego, że prezentowała ona pogląd cieszący się powszechną aprobatą w dziedzinie obrotu papierami wartościowymi, skoro nawet Komisja Nadzoru Finansowego, która występowała w charakterze oskarżyciela posiłkowego, nie doszukała się podstaw do przyjęcia, że dokonanie transakcji typu cross stanowiło manipulację cenami akcji. Wynikało to już wprost z przywołanego przez skarżącego fragmentu uzasadnienia wyroku. W pozostałym zakresie wnioski obu opinii były - zdaniem sądu meriti - ze sobą zgodne i z twierdzeniem tym w pełni należało się zgodzić. Skarżący niezasadnie doszukiwał się sprzeczności między nimi odnośnie tego, czy podjęcie działań wpływających na wolumen obrotów może wywierać wpływ na obraz podaży lub popytu. Biegły M. G. wskazał wszak jedynie, że z uwagi na to, że transakcje typu cross nie są uwzględniane w arkuszu zleceń i nie mogą się w nie włączyć żadne inne podmioty poza ich stronami nie mogą one wprowadzać w błąd co do aktualnego popytu lub podaży. Stwierdzenie owo nie było zaś wcale równoznaczne z tym, że podjęcie działań sztucznie zawyżających wolumen obrotu akcjami spółki (...) nie mogło w ogóle wprowadzać w istotny transakcyjnie błąd co do popytu lub podaży. Ponieważ z twierdzeń skarżącego nie wynikało, by merytorycznie błędny był korzystny z punktu widzenia odpowiedzialności oskarżonej wniosek sądu, że odnośnie kwestii wpływu transakcji typu cross na podtrzymanie ceny akcji spółki (...) na wiarę zasługiwały twierdzenia biegłego M. G., a nie opinia biegłego K. G. (2), to brak było podstaw, by kwestionować ocenę wartości dowodowej opinii biegłych w kontekście faktu występowania między nimi sprzeczności.

Chybiona była natomiast próba zdyskwalifikowania wniosków sformułowanych przez biegłych jako podstawy rozstrzygnięcia ze wskazaniem na okoliczność, że pierwsze opinie wydawali oni wówczas, gdy nie znane było jeszcze stanowisko oskarżonego, który dopiero w toku postępowania ujawnił, że transakcji typu cross dokonał, by przeprowadzić optymalizację podatkową. Sytuacja taka w gruncie rzeczy miała miejsce jedynie w odniesieniu do opinii biegłego K. G. (2). Pomijając już okoliczność, że celowe i świadome przedstawienie przez osobę występującą w charakterze biegłego niezgodnej z prawdą opinii na użytek postępowania może rodzić dla niej szereg negatywnych konsekwencji, to zauważyć należało, że skoro ujawniła się nowa, nieznaną biegłemu okoliczność, to - wbrew twierdzeniom skarżącego (strona 13 apelacji) - bez szkody dla własnego wizerunku fachowca mógł on zrewidować swoje wcześniejsze stanowisko, jeśliby stwierdził, że analiza transakcji dokonana z jej uwzględnieniem prowadziła do innych wniosków, niż wcześniej przez nich przedstawione. Nie sposób było zatem bagatelizować znaczenia tego, że opiniując po zapoznaniu się z wyjaśnieniami oskarżonego, w całości podtrzymał on swoje wcześniejsze stanowisko, z uwagi na to, że skoro raz stwierdził kategorycznie, że działania oskarżonych nosiły cechy manipulacji, to „nie mógł już zrewidować swoich poglądów” (k. 2022).

Wbrew twierdzeniom skarżącego, wnioski wynikające z opinii biegłych, którzy wskazali po analizie transakcji, że okoliczności i sposób ich dokonania świadczyły o tym, że ich celem było zawyżenie wolumenu obrotów, oceniane w powiązaniu z zasługującymi na wiarę zeznaniami A. D., z których wynikało, że oskarżony wyraźnie polecił jej podjęcie działań zmierzających do zmaksymalizowania wolumenu obrotów, aby zapobiec wypadnięciu spółki (...) z indeksu WIG 20, wystarczające były do stwierdzenia, że głównym powodem dokonania przez oskarżoną wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym transakcji typu cross w okresie od 19 do 30 kwietnia 2013r. była chęć wpłynięcia na ranking indeksu WIG 20.

Z dowodów tych wprost wynikało, że oskarżony chciał, by zostały dokonane transakcje, które mogą wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży, by wygenerować korzystne wielkości wolumenu obrotów, który stanowił jeden z parametrów uwzględnianych na potrzeby rankingu WIG 20 i to motywacja związana z zapobiegnięciem wypadnięciu spółki (...) z indeksu WIG 20 była impulsem do zlecenia ich przeprowadzenia jego pełnomocniczce, a oskarżona, która w trakcie kolejnych sesji odkupywała od niego akcje w ilości niezbędnej do tego i w krótki czas później, jeszcze na tej samej sesji, odsprzedawała mu za tę samą cenę, taką samą ilość tych papierów wartościowych, świadomie włączyła się w realizację przez niego tego planu. Dlatego – zwłaszcza, gdyby mimo, iż sama nie posiadała ona starszych akcji spółki (...), to mogła mieć interes w tym, by wziąć udział w transakcjach typu cross objętych aktem oskarżenia, gdyż jako osoba najbliższa dla oskarżonego mogła być zainteresowana tym, by pomóc mężowi – nieprawdą było, że do dokonania

oceny motywacji, jaka przyświecała oskarżonym przy dokonywaniu transakcji typu cross konieczne było zasięgnięcie, poza opiniami biegłych z dziedziny obrotu papierami wartościowymi, także opinii biegłych z dziedziny księgowości, którzy wypowiedzieliby się co do tego, czy struktura portfela inwestycyjnego oskarżonego była taka, że brak podjęcia czynności w celu jego restrukturyzacji mógł mieć niekorzystne skutki podatkowe (innymi słowy - czy zasadnym z ekonomicznego punktu widzenia było podjęcie przez niego działań w celu optymalizacji podatkowej) i czy podjęte przez oskarżonych działania objęte aktem oskarżenia mogły przynieść oczekiwany z tego punktu widzenia skutek w zakresie optymalizacji podatkowej. Sąd meriti nie zakwestionował wcale żadnej z w/w okoliczności, a ich dodatkowe potwierdzenie przez powołanych zgodnie z wnioskiem obrony biegłych nie byłoby wystarczające do podważenia ustaleń co do motywacji oskarżonych, które poczynione zostały w oparciu o dowody, w świetle których nie ulegało wątpliwości, że skutek w postaci zawyżenia wolumenu obrotów akcjami spółki (...) w wyniku dokonania szeregu transakcji typu cross na sześciu z ośmiu sesji, które odbyły się pod koniec kwietnia 2013 roku, gdy opracowywany był ranking na potrzeby indeksu WIG 20, z którego wypadnięcie groziło spółce (...), był nie tylko obejmowany ich świadomością, ale był wynikiem ich celowych zabiegów.

Domagając się szczegółowego wyjaśnienia przez biegłych z dziedziny księgowości tego, jakie skutki podatkowe rodziło dla oskarżonego dokonanie transakcji objętych aktem oskarżenia, skarżący błędnie podnosił w celu podważenia w/w wniosku, że rozstrzygnięcie spornej kwestii, z jaką motywacją działali oskarżeni, było niemożliwe bez dokonania ustaleń, że pozostanie spółki (...) w indeksie WIG 20 mogło przynieść oskarżonemu wymierne korzyści majątkowe i stwierdzeniu w wyniku porównania ich z korzyściami majątkowymi, jakie oskarżony mógł odnieść dokonując optymalizacji podatkowej, że je przewyższały. Z wywodów biegłych jasno wynikało jednak, że funkcjonowanie spółki w tymże indeksie wiązało się z szeregiem korzyści dla dominujących akcjonariuszy i leżało w ich interesie, mimo, że precyzyjne dokonanie wyceny owych korzyści było niemożliwe. I bez dokonywania wyceny korzyści majątkowych, jakie mogła przynieść oskarżonemu optymalizacja podatkowa można zatem było rozsądnie stwierdzić, że jako racjonalny człowiek zdecydował się on na podjęcie działań służących zapobiegnięciu wypadnięcia spółki (...) z indeksu WIG 20.

W końcu również i okoliczność, do której taką wagę przywiązywał skarżący, a mianowicie to, że Komisja Nadzoru Finansowego dopiero po dniu 30 kwietnia 2013r. złożyła zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez oskarżonych nie stwarzało wątpliwości co do zasadności ustaleń co do ich motywacji. Komisja Nadzoru Finansowego jest oczywiście zobowiązana do dokonywania bieżącego nadzoru nad prawidłowością obrotu papierami wartościowymi, jednakże w sytuacji, gdy dopiero łączna analiza transakcji, które oskarżeni dokonali na sześciu z ośmiu sesji giełdowych, jakie odbyły się w okresie, w którym nie dokonuje się zwyczajowo optymalizacji podatkowej, a w których ustalane są parametry brane pod uwagę przy opracowywaniu rankingu na potrzeby indeksu WIG 20, pozwalała na ujawnienie mechanizmu działania oskarżonych, to stwierdzić należało – pomijając już to, że realizacja planu pogrążenia oskarżonych wymagałaby wejścia w przestępne porozumienie z dwoma biegłymi i A. D., która od wielu lat współpracowała z oskarżonym - moment wystąpienia przez wspomnianą Komisję ze zgłoszeniem do organów ścigania nie uzasadniał powzięcia podejrzenia, że na siłę starała się ona zaszkodzić oskarżonemu składając zawiadomienie o przestępstwie.

Na uwzględnienie nie zasługiwały również zarzuty skarżącego zmierzające do wykazania dowolności prawnej oceny zachowania oskarżonej dokonanej na kanwie w/w ustaleń.

Skarżący nie miał racji twierdząc, że wskutek niesłusznego oddalenia wniosku obrony o dopuszczenie dowodu z opinii prywatnej prof. A. C. sąd meriti pozbawił się możliwości dokonania prawidłowej oceny zachowania oskarżonej. Po pierwsze, sporządzone przez niego opracowanie nie stanowiło opinii biegłego w rozumieniu przepisów kodeksu karnego, a jedynie informację o dowodzie i brak było podstaw, by dostrzegłszy brak formalny pisma procesowego, w formie którego A. C. przedstawił ową opinię, sąd zwracał się do wnioskodawcy o jego uzupełnienie w trybie przepisów przeznaczonych do konwalidowania braków opinii biegłych. Przeprowadzenie dowodu z w/w dokumentu w sytuacji, gdy nie było nawet wiadomo, czy na pewno to A. C. był autorem wyrażonych w nim poglądów (gdyż z uwagi na brak podpisu nie było pewności co do tego, kto go sporządził), było zaś niedopuszczalne. Po drugie, skarżący błędnie ocenił znaczenie w/w dowodu dla wydania rozstrzygnięcia. Wszak sąd karny samodzielnie dokonuje ustaleń faktycznych i

interpretacji przepisów prawa. Prywatne opinie prawników prezentujące ich poglądy prawne co do sposobu, w jaki należy dokonywać wykładni przepisów prawa mających mieć zastosowanie w sprawie, jeśli w sposób przewidziany prawem zostaną wprowadzone do materiałów sprawy, stanowią jedynie jedną z okoliczności, które sąd meriti winien mieć na względzie wydając rozstrzygnięcie. Nie można też zapominać, że do jego podważenia nie jest wystarczający sam fakt, że w doktrynie są prezentowane także inne poglądy prawne od przyjętego za podstawę wyroku. Jeśli sąd mając świadomość tego stanu rzeczy opowiada się za jednym z nich i swój pogląd przekonująco uzasadnia, to brak jest podstaw do dyskwalifikacji zajętego przez niego stanowiska. Wykazanie, że pojawiają się głosy prezentujące taką interpretację art. 183 ustawy o instrumentach finansowych, z której wynika, że nie jest możliwe dopuszczenie się określonej w w/w przepisie manipulacji opartej o wpływ na wolumen – a analiza treści opinii prywatnej A. C., której sąd odwoławczy dokonał po tym, jak jego autor konwalidował brak formalny polegający na braku złożenia pod nim podpisu poświadczającego fakt pochodzenia od niego zawartych w nim oświadczeń i przeprowadzeniu z niego dowodów (k. 2146), prowadziła do wniosku, że właśnie wykazaniu, że ów pogląd prezentowany w toku postępowania przez skarżących znajdował oparcie w stanowisku jednego z przedstawicieli doktryny prawa – nie mogło zatem skutecznie podważać wyroku.

Stwierdzenie, że zachowanie działającej wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym oskarżonej wypełniło znamiona przestępstwa zabronionej w myśl art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi manipulacji nie budziło również merytorycznych zastrzeżeń.

Argumentacja przedstawiona przez A. C. i innych prawników w prywatnych opiniach, które zostały złożone na etapie postępowania odwoławczego i prezentowały poglądy co do sposobu interpretacji znamion w/w przestępstwa, nie podważała skutecznie tego stanowiska.

Nie było też prawdą jakoby przyjmując, że zachowanie oskarżonej wypełniło znamiona zabronionej przez art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi manipulacji, sąd zrównał popyt i podaź z wolumenem obrotu. Z rozważań przedstawionych w uzasadnieniu wyroku jasno wynikało, że mając na uwadze, że za manipulacje w rozumieniu rozporządzenia PE i Rady UE z dnia 16 kwietnia 2014r. w sprawie nadużyć na rynku uważa się jedynie dokonywanie transakcji i podejmowanie działań mogących wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży, a nie co do wolumenu obrotów, sąd badał, czy dokonanie transakcji typu cross w celu zwiększenia wolumenu obrotów mogło wywołać takie skutki i to stwierdzenie, że sztuczne zawyżenie wolumenu obrotów przez dokonywanie transakcji typu cross, które prowadziły wprawdzie do zmiany struktury posiadanych akcji przez jednego z akcjonariuszy, jakim był oskarżony jednakże nie skutkowały zmianą stanu posiadania akcji przez inwestorów, mogło wprowadzać w błąd uczestników giełdy co do popytu lub podaży, gdyż sugerowało, że zrealizowano popyt i podaź tych akcji w wysokości wynikającej z wolumenu obrotów, przesądziło o uznaniu, że wypełniło ono znamiona strony podmiotowej zarzucanego przestępstwa.

Jako prawidłowy – wbrew temu, co twierdził skarżący – ocenić należało także sam wniosek, że sztuczne zawyżenie wolumenu obrotów akcjami spółki mogło wprowadzić w błąd co do popytu lub podaży. Zlecenia zrealizowane w ramach transakcji typu cross faktycznie nie kreowały bieżącego popytu, ani podaży, gdyż nie były widoczne w trakcie sesji, a podany z ich uwzględnieniem wolumen obrotów nie odzwierciedlał popytu lub podaży z arkusza zleceń. Skoro jednak wolumen obrotów niezgodnie z prawdą sugerował, że w danym okresie czasu miało miejsce nadzwyczajne zainteresowanie inwestorów akcjami spółki (...), to w pełni uprawnione było stwierdzenie, że mogły one wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży innych uczestników giełdy, którym nie było wiadomo, że transakcje typu cross, które znalazły odzwierciedlenie w wolumenie i wpłynęły na jego spektakularne zawyżenie w stosunku do wielkości, jaką przedstawiałby, gdyby uwzględniał tylko transakcje zrealizowane w ramach arkusza zleceń, dokonane zostały między oskarżonym a jego żoną i nie prowadziły do zmiany stanu posiadania między inwestorami. Oczywistym było, że był to istotny transakcyjnie błąd, gdyż wolumen obrotów, jako wartość obrazująca całkowity zrealizowany popyt i podaź, jakim cieszyły się w określonym czasie akcje danej spółki, jest czynnikiem brany przez racjonalnych inwestorów pod uwagę przy podejmowaniu decyzji w obrocie papierami wartościowymi.

W sytuacji, gdy ze znamion zabronionej w art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi manipulacji nie tylko nie wynikało, by należało do nich osiągnięcie korzyści majątkowej kosztem innych uczestników giełdy, ale wprost wskazano, że za działanie stanowiące manipulację uważa się także dokonanie transakcji i podjęcie działań mogących wprowadzać w błąd co do popytu i podaży, nawet, jeśli nie wpływają na cenę akcji, to chybione było stwierdzenie, że brak stwierdzenia uzyskania przez oskarżonego w wyniku dokonania transakcji typu cross korzyści majątkowych kosztem innych uczestników giełdy i poniesienia strat przez jakiegoś uczestnika giełdy uniemożliwiało uznanie, że zachowanie objęte aktem oskarżenia wypełniło znamiona przestępstwa. Stosowanie wykładni, której wynikiem jest nieuprawnione poszerzenie znamion przestępstwa w wyniku analiz językowych pojęcia manipulacji, czy odwoływania się do dywagacji przedstawicieli doktryny, jest na gruncie prawa karnego niedopuszczalne.

Skoro oskarżony wprost uzgodnił z A. D. podjęcie działań zmierzających do sztucznego zawyżenia wolumenu obrotów akcjami spółki (...), by zapobiec wypadnięciu spółki (...) z indeksu WIG 20, nie ulegało wątpliwości, że będąc doświadczonym inwestorem, znającym zasady funkcjonowania giełdy papierów wartościowych, umyślnie dopuścił się zachowań stanowiących zabronioną przez prawo manipulację. Oczywistym było w tej sytuacji, że zarówno jego, jak i działającej z nim wspólnie i w porozumieniu oskarżonej, która na sześciu z ośmiu sesji, jakie odbyły się w okresie od 19 do 30 kwietnia 2013r. każdorazowo odkupiła od niego na określonych warunkach określoną ilość akcji i jeszcze w trakcie tej samej sesji ją mu za tę samą cenę odsprzedała, tak, że nie doszło do zmiany stanu posiadania ani jej ani oskarżonego, bezpośrednim zamiarem było dopuszczenie się działań mogących wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży.

Skarżący niezasadnie wywodził również, że nawet przy przyjęciu, że czyn oskarżonej wypełniał formalne znamiona czynu zabronionego określonego w art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, to niemożliwe było uznanie go za przestępstwo z uwagi na to, że cechował się on znikomą społeczną szkodliwością. Odwołując się jedynie w tym miejscu do uwag poczynionych w kontekście tożsamego zarzutu sformułowanego przez obrońców oskarżonego, z którym oskarżona działała wspólnie i w porozumieniu, zachowujących swą pełną aktualność także w odniesieniu do oceny naruszenia prawa jakiego się dopuściła, wskazać należało, że okoliczność, że żaden z uczestników giełdy papierów wartościowych nie podjął niekorzystnych dla siebie decyzji pod wpływem błędu do jakiego mogło prowadzić bezprawne zachowanie oskarżonej, jakkolwiek obniżała stopień społecznej szkodliwości jej czynu, to nie pozbawiała go zupełnie cechy karygodności. Znamiona przestępstwa manipulacji akcjami są tak skonstruowane, że z uwagi na istotny charakter dobra w postaci prawidłowości obrotu papierami wartościowymi ochronie podlega już stworzenie stanu zagrożenia dla prawidłowości tego obrotu (poprzez podjęcie działań mogących wprowadzać w błąd co do popytu lub podaży). Mimo, że nie stwierdzono w toku postępowania, by działania, w których wzięła udział oskarżona, rzeczywiście zakłóciły funkcjonowanie rynku papierów wartościowych i wyrządziły komukolwiek realną szkodę, to nie sposób było więc uznać, że nie wiązały się one z ingerencją w dobro prawne chronione w/w przepisem. Mając na uwadze ich skalę (dokonanie szeregu transakcji na sześciu spośród ośmiu sesji, które odbyły się w okresie od 19 do 30 kwietnia, które spektakularnie zawyżyły wolumen obrotów akcjami spółki (...)), powtarzalność działań oskarżonej i postać jej zamiaru, społeczna szkodliwość jej czynu w żadnym razie nie mogła zostać uznana za znikomą.

Brak było również podstaw do zmiany rozstrzygnięcia o konsekwencjach popełnienia przypisanego oskarżonej czynu wydanego przez sąd po przyjęciu, że mimo, iż jego stopień społecznej szkodliwości był wyższy, niż znikomy, to nie mógł jednak zostać uznany za znaczny.

Rozstrzygnięcie to polegające na zastosowaniu najłagodniejszego środka reakcji karnej, jaki stanowi warunkowe umorzenie postępowania, w żadnym razie nie mogło zostać uznane za rażąco surowe dla oskarżonej. Wprawdzie nie doprowadziła ona do powstania rzeczywistych zakłóceń w funkcjonowaniu rynku papierów wartościowych, jednakże podjęła umyślnie, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, działania na dużą skalę stwarzające realne zagrożenia dla prawidłowości obrotu instrumentami finansowymi, kierując się tym, że dzięki temu możliwe było uzyskanie korzystnych z punktu widzenia ustalania składu indeksu WIG 20 skutków przez spółkę (...), której akcje posiadała ona i jej mąż.

Wbrew temu, co twierdził prokurator i oskarżyciel posiłkowy, warunkowe umorzenie postępowania połączone z orzeczeniem świadczenia pieniężnego w maksymalnej kwocie 60 tyś. zł, stanowiło adekwatną reakcję na czyn oskarżonej, należyście uwzględniającą całokształt zarówno okoliczności obciążających związanych z popełnionym przez nią czynem wymienionych przez prokuratora, jak i tych, które obniżały stopień jego społecznej szkodliwości oraz zawinienie oskarżonej. W tym zakresie zachowują swoją aktualność rozważania odnoszące się do jednobrzmiącej w istocie w stosunku do rozstrzygnięcia o odpowiedzialności oskarżonej i oskarżonego argumentacji przedstawionej przez prokuratora w uzasadnieniu zarzutu rażącej surowości kary, które sąd odwoławczy poczynił we fragmencie niniejszego uzasadnienia poświęconym ocenie prawidłowości rozstrzygnięcia o odpowiedzialności oskarżonego.

Zważywszy na powyższe, nie dopatrując się w zaskarżonym orzeczeniu żadnych uchybień mogących stanowić bezwzględne przyczyny odwoławcze, będących podstawą do uchylenia wyroku z urzędu, po dokonaniu zmian opisanych we wcześniejszym fragmencie niniejszego uzasadnienia, sąd odwoławczy utrzymał zawarte w zaskarżonym wyroku orzeczenie o odpowiedzialności oskarżonej w mocy.

Orzekając o kosztach, na podstawie art. 636 kpk w zw. z art. 629 kpk w zw. z art. 627 kpk oraz art. 12 w zw. z art. 8 ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983, nr 49, poz. 223 ze zm.) sąd odwoławczy zasądził od każdego z oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa kwoty po 100zł tytułem opłat za drugą instancję oraz obciążył ich wydatkami postępowania odwoławczego, każdego w 1/4 ich wysokości.

Zgodnie z art. 636§1 kpk wydatkami postępowania odwoławczego w zakresie związanym z rozpoznaniem apelacji prokuratora i oskarżyciela posiłkowego obciążono Skarb Państwa.

Natomiast na podstawie art. 634 kpk w zw. z art. 624§1 kpk sąd odwoławczy zwolnił oskarżyciela posiłkowego - Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego od ponoszenia kosztów sądowych za drugą instancję, obciążając - ze względów słuszności - Skarb Państwa wydatkami postępowania odwoławczego w zakresie związanym z rozpoznaniem wniesionego przez niego, jednobrzmiącego z apelacją wniesioną przez prokuratora, środka odwoławczego.