

Sygn. akt I Ca 301/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 grudnia 2014r.

Sąd Okręgowy w Elblągu I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Ewa Pietraszewska

Sędziowie: SO Aleksandra Ratkowska (spr.)

SO Dorota Twardowska

Protokolant: st.sekr.sąd. Danuta Gołębiewska

po rozpoznaniu w dniu 19 listopada 2014r. w Elblągu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

przeciwko Skarbowi Państwa – Naczelnikowi Urzędu Celnego

w E.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Rejonowego w Iławie

z dnia 9 lipca 2014r., sygn.akt I C 973/13

1. oddała apelację;

2. zasądza od powódki (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz pozwanego Skarbu Państwa – Naczelnika Urzędu Celnego w E. kwotę 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.

Sygn.akt I Ca 301/14

## UZASADNIENIE

Powódka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. domagała się zasądzenia od pozwanego Skarbu Państwa – Naczelnika Urzędu Celnego w E. kwoty 10.368zł z ustawowymi odsetkami od wniesienia pozwu i kosztami procesu.

W uzasadnieniu powódka wskazała, iż kwoty tej domaga się od pozwanego na podstawie art.417§1 kc za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie przy wykonywaniu władzy publicznej funkcjonariuszy pozwanego.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości.

Sąd Rejonowy w Iławie wyrokiem z dnia 9 lipca 2014r. oddalił powództwo i zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 2.400 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Wyrok zapadł na podstawie następujących ustaleń, wniosków i przepisów prawa:

Powódka (...) Spółka z o.o.w W.prowadzi działalność w zakresie m.in. urządzania gier na automatach o niskich wygranych umiejscowionych w lokalach gastronomicznych, handlowych i usługowych. Na działalność w tym zakresie powodowa Spółka posiada zezwolenie udzielone na podstawie decyzji Dyrektora Izby Skarbowej w O.z dnia 11.12.2008r. wydanej w sprawie (...)/(...). Powódka użytkowała automat (...)M.III nr fabryczny (...) zarejestrowany decyzją Ministra Finansów z dnia 13.02.2009 nr GL – (...) (...) i automat ten użytkowany był w punkcie (...) Sklep (...).

W dniu 29.09.2010r. funkcjonariusze Urzędu Celnego w E. dokonali zatrzymania tego automatu na podstawie art.217 kks. Wcześniej tego dnia

funkcjonariusze dokonali oględzin automatu i przeprowadzili eksperyment sporządzając z tych czynności protokół i utrwalając jej przebieg nagraniem kamerą. Ustalono, iż wartość maksymalnej stawki za udział w jednej grze jest wyższa niż 0,50zł tj. jest wyższa aniżeli określona w art.129 ust.3 ustawy z dnia 19.11.2009r. i wynosi 10zł. Automat ten został zabezpieczony i przewieziony do magazynu depozytowego Urzędu Celnego w E..

Postanowieniem z dnia 14.01.2011r. wydanym w sprawie VIII Kp Sąd Rejonowy w Elblągu oddalił zażalenie powódki na postanowienie pozwanego z dnia 26.11.2010r. o uznaniu spornego automatu do gier za dowód rzeczowy w sprawie przestępstwa urządzania i prowadzenia gier na automatach wbrew przepisom ustawy o grach i zakładach wzajemnych tj. o czyn z art. 107 kks.

Czynności podjęte przez pozwanego związane z zatrzymaniem przedmiotowego automatu były elementem postępowania przygotowawczego prowadzonego przez pozwanego pod nadzorem prokuratury Apelacyjnej w Białymstoku sygn.akt Ap V Ds. (...) obejmującego swoim przedmiotem również użytkowanie w ramach prowadzonej działalności gospodarczej przez powódkę automatu do niskich wygranych (...)M. (...) nr fabryczny (...). W ramach tego postępowania dopuszczony został dowód z opinii biegłego który ustalił iż łączna jednorazowa wartość wygranej bezpośredniej oraz sumy wygranej pośredniej rozumianej jako suma wygranych premiowych rozegranych w wyniku nabycia praw do ich rozegrania może przekroczyć 60 zł. Biegły wskazał także, iż opiniowany automat zatrzymany przez pozwanego nie jest zgodny z zapisem Ustawy z dn.19.11.2009r. o grach losowych – w szczególności nie jest zgodny z art.129 ust.3 tej Ustawy w zakresie wysokości maksymalnej stawki za udział w jednej grze oraz maksymalnej jednorazowej wygranej w jednej grze.

Zdaniem Sądu Rejonowego powództwo było niezasadne.

Wskazano, że okoliczności faktyczne sprawy pozostawały bezsporne, natomiast powódka podważała legalność działania funkcjonariuszy Urzędu Celnego.

Działania funkcjonariuszy odzwierciedla protokół sporządzony przy tej czynności i powód zapisów tego protokołu nie kwestionował nie zgadzając się z zasadnością przeprowadzonej kontroli, co było przedmiotem zastrzeżeń do protokołu kontroli przeprowadzonej w dniu 29.09.2010r. W ocenie Sądu przebieg kontroli nie był zatem sporny i wniosek dowodowy o przesłuchanie świadków – funkcjonariuszy celnych przeprowadzających kontrolę oddalono. Stwierdzono, że organy celne mają prawo przeprowadzić taką kontrolę a funkcjonariusze nie muszą mieć „wiedzy specjalistycznej z zakresu teorii gier” aby przeprowadzić eksperyment pozwalający na ustalenie wartości maksymalnej stawki za udział w jednej grze.

Sąd oddalił także wniosek dowodowy o przesłuchanie świadków na okoliczności wskazane w tezach dowodowych a dotyczących wykładni przepisów, uznając je za zbędne dla przedmiotu postępowania.

Odnosnie sporu w zakresie pojęcia „stawka za jedną grę” wskazano, iż będzie on rozstrzygnięty przez organ prowadzący postępowanie karne. Podkreślono przy tym, iż brak jest ustawowej definicji pojęcia „stawka za udział w jednej grze”. Ustawodawca różnicuje gry na automatach o niskich wygranych od gier na automatach urządzonych w kasynach lub salonach gier co do możliwości lokalizacji punktów gier, wysokości zabezpieczenia finansowego wnoszonego przez podmioty prowadzące działalność w tym zakresie oraz różnic w opodatkowaniu tych dwóch sposobów gier na automatach. Uznanie zatem, że za jedną grę należy rozumieć zamknięty cykl rozpoczynający się uruchomieniem gry i kończący się wraz z jej finałem, niezależnie od tego czy gra ma przebieg jednoetapowy czy też wieloetapowy dawało podstawy do uznania, iż zatrzymany automat nie był zgodny z art.129ust.3 ustawy o grach hazardowych.

Istotą niniejszego postępowania było zbadanie podstaw do zatrzymania automatu jako dowodu rzeczowego w postępowaniu prowadzonym przez pozwany Urząd Celny.

Zgodnie z art.417 kc wskazanym jako podstawa prawna roszczenia za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa.

Warunkami odpowiedzialności Skarbu Państwa w świetle tego przepisu są szkoda wyrządzona wykonywaniem władzy publicznej oraz niezgodność z prawem tego działania /bezprawność/. Bezprawność ustawodawca określił w komentowanym przepisie jako zachowanie „niezgodne z prawem”. Taką samą konstrukcją przyjęto w art. 77 ust. 1 Konstytucji RP.

W ocenie Sądu bezprawność działania funkcjonariuszy Urzędu Celnego w E. nie wystąpiła.

Stosownie do art.2 ust.1 pkt.7 lit. a ustawy z dnia 27.08.2009r.o Służbie Celnej do zadań Służby Celnej należy m.in. wykonywanie innych zadań wynikających z odrębnych przepisów, a w szczególności wykonywanie kontroli określonych w art.30 ust.2 i 3 tej ustawy. Kontrole te dotyczą zatem także przestrzegania przepisów regulujących urządzenie i prowadzenie gier hazardowych. Kontrola dokonywana przez Służbę Celną polega na sprawdzeniu prawidłowości przestrzegania przepisów regulujących urządzenie i prowadzenie gier hazardowych oraz zgodność tej działalności z udzieloną koncesją lub zezwoleniem. W ramach tej kontroli funkcjonariusze celni są uprawnieni m.in. do przeprowadzenia w uzasadnionych wypadkach, w drodze eksperymentu, doświadczenia lub odtworzenia możliwości gry na automacie o niskich wygranych lub gry na innym urządzeniu i zabezpieczania zebranych dowodów. /art.32 ust.1 pkt.13 tej ustawy/. Kwalifikację „uzasadnionego wypadku” pozostawiono do uznania funkcjonariuszy. Wskazać przy tym należy, iż ustawodawca nie uzależnia możliwości przeprowadzenia eksperymentu od jakiegokolwiek kwalifikowanej formy przekonania funkcjonariusza co do konieczności takiego działania, nie wskazano, iż ma zachodzić np. szczególnie uzasadniony wypadek.

Prócz uprawnień określonych w art.32 ustawy funkcjonariusz ma prawo do m.in. zatrzymania rzeczy w trybie i przypadkach określonych przepisami kpc. Dokonane zatem zatrzymanie automatu przez funkcjonariuszy pozwanego miało swoje oparcie w przepisach prawa.

Z tych przyczyn powództwo jako bezzasadne zostało oddalone.

O kosztach procesu orzeczono zgodnie z art.98§1 kpc .

W apelacji od tego wyroku powódka zaskarżyła go w całości zarzucając:

Powódka w apelacji od tego orzeczenia zarzuciła:

1. naruszenie art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 4 § 1 k.k.s. oraz w związku z §10 ust. 2, § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 03.06.2003 r w sprawie warunków urządzania gier i zakładów wzajemnych ( Dz. U. nr 102, póź. 946 z późn. zm. - akt prawny obowiązujący do 09.04.2012 r wydany na podstawie art. 15b ust. 4 ustawy

z dnia 29.07.1992 r o grach i zakładach wzajemnych ) i w związku z § 23 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28.12.2009 r w sprawie kontroli wykonywanych przez Służbę Celną ... (tekst jedn. z 2013 r, Dz. U. nr 156 ) oraz w związku z § 4 pkt 1 lit. a, lit. e, pkt 2, pkt 8 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 05.11.2009 r w sprawie kontroli wykonywanych przez Służbę Celną w zakresie urządzania i prowadzenia gier i zakładów wzajemnych (Dz. U. z 2009 r Nr 188) przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż przy braku śladów na niedozwoloną ingerencję w zasady funkcjonowania automatów o niskich wygranych, użytkowanych przez podmiot mający zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych oraz posiadający obowiązujące decyzje administracyjne uprawniające go do legalnej eksploatacji zarejestrowanych urządzeń w charakterze automatów o niskich wygranych, działania funkcjonariuszy celnych ignorujących te decyzje nie miały przymiotu bezprawnych, gdyż w sprawie zachodziło rzekomo uzasadnione podejrzenie popełnienia umyślnego przestępstwa stypizowanego w blankietowej normie art. 107 § 1 k.k.s. wymagającej dopełnienia w przepisach szczególnych,

2. naruszenie art. 2 Konstytucji RP polegające na podważeniu zasady zaufania do organów państwa przez przyjęcie, że wieloletnia praktyka stosowania prawa przez centralny organ administracji rządowej (Ministra Finansów) dotycząca rejestrowania jako automatów o niskich wygranych urządzeń z funkcją ryzykowania wygranych gromadzonych na odrębnym liczniku, w warunkach kontynuacji jednej gry, przy równoległej świadomości tej praktyki stosowania prawa po stronie funkcjonariuszy celnych dokonujących zatrzymania legalnie zarejestrowanych automatów o niskich wygranych, nie ma znaczenia dla oceny działań funkcjonariuszy Urzędu Celnego w E., co jest tożsame ze stwierdzeniem, iż w ocenie Sądu I instancji przedsiębiorcy powinni ponosić w 100 % konsekwencje działań organów państwowych,

3. naruszenie art.2§3 i art.177§1 pkt 3 kpc w zw. z art.16 kpa oraz art.10 i art.7 Konstytucji RP przez zakwestionowanie zasady wiązania Sądu powszechnego obowiązującą decyzją administracyjną i przypisania mocy wiążącej w zakresie kwalifikowania automatów o niskich wygranych domorosłym rozważaniom funkcjonariuszy celnych,

4. rażące naruszenie art. 217 § 1 k.p.k. w zw. z art.2§1 pkt 1 k.p.k. i art.30 ust.1 i ust.2, art.2 ust.1 pkt 4-6, art.32 ust.1 pkt 13 i pkt 14 oraz art.72 ust.1 ustawy z dnia 27.08.2009r. o Służbie Celnej przez przyjęcie, że proceduralne normy określone w k.p.k. określone jak wyżej oraz powołane przepisy o Służbie Celnej mogą być odczytywane jako źródło samoistnych uprawnień funkcjonariuszy celnych do dowolnego zatrzymania dowolnej rzeczy, w oderwaniu od tego, czy istnieje skuteczna prawnie norma prawa materialnego typizująca zespół znamion czynu zabronionego, pod kątem której dokonuje się zatrzymania,

5. rażące naruszenie art. 1 pkt 11 i art.8 ust.1 Dyrektywy 98/34/WE w zw. z art.91 ust.3 Konstytucji RP oraz art.4 ust.3, art.19 ust.1 Traktatu o Unii Europejskiej i art.267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w kształcie wiążąco zinterpretowanym w klarownym orzecznictwie TSUE – tj. w sentencji wyroku TSUE z dnia 26.10.2006r. C-65/05 oraz w pkt 24 i 25 wyroku TSUE z dnia 19.07.2012r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11 i C-217/11 poprzez ich niezastosowanie w niniejszej sprawie, co doprowadziło Sąd I instancji do stosowania krajowych przepisów technicznych zamieszczonych w ustawie o grach hazardowych, zakazujących urządzania gier na automatach poza obszarem kasyn gry, nienotyfikowanych Komisji Europejskiej,

6. rażące naruszenie art. 107 § 1 k.k.s w zw. z art.14 ust.1 i art.6 ust.1 ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych (UGH) oraz w zw. z art.1 pkt 11 i art.8 ust.1 Dyrektywy 98/34/WE przez przyjęcie, że prowadzenie czynności karno-procesowych, w tym czynności zatrzymania rzeczy w zakresie czynu stypizowanego w sankcjonującej normie art.107 k.k.s. było czynnościami zgodnymi z prawem, w sytuacji gdy sankcjonowane normy zawarte w ustawie z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych zakazujące urządzania gier na automatach poza terenem kasyn gry takie jak art.6 ust.1 oraz art.14 ust.1 cyt. ustawy są przepisami technicznymi w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE niezdatnymi do stosowania przez organy władzy publicznej z uwagi na blankietowy charakter przepisu art.107§1 k.k.s., brak możliwości stosowania przez krajowe organy władzy publicznej sankcjonowanych norm zawartych w ustawie o grach hazardowych dekompletuje zespół znamion czynu zabronionego opisanego w art. 107§1 k.k.s.,

7. naruszenie art.328§2 k.p.c. przez niewłaściwe uzasadnienie wyroku (niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku) w odniesieniu do wykładni pojęcia „maksymalnej stawki za udział w jednej grze”, a mianowicie brak dokonania egzegezy ustawowego pojęcia „maksymalnej stawki za udział w jednej grze” wobec braku jego definicji legalnej, która uzasadniałaby poczynioną przez Sąd I instancji konstatację o rzekomej niezgodności spornego automatu z kryterium „stawki za udział w jednej grze” wynikającym z art.129 ust.3 UGH,

8. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż powód nie kwestionował ustaleń protokołu z przeprowadzonej w dniu 29.09.2009r. przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego w E. kontroli, który w konsekwencji zaowocował bezpodstawnym uznaniem, iż przebieg kontroli nie był sporny co z kolei doprowadziło Sąd I instancji do bezpodstawnego oddalenia wniosków dowodowych zmierzających do wykazania wadliwego przebiegu czynności kontrolnych przez funkcjonariuszy oraz nieprawidłowych konkluzji zawartych w treści sporządzonego protokołu z kontroli,

Wskazując na powyższe zarzuty skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa - Naczelnika Urzędu Celnego w E. na rzecz powódki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. kwoty 10.368 zł wraz z ustawowymi odsetkami wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa prawnego, wg norm przepisanych.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja powódki jako bezzasadna podlegała oddaleniu z uwagi na niepodzielenie zarzutów skarżącej dotyczących bezprawności działania funkcjonariuszy pozwanego Skarbu Państwa, wynikającej z zatrzymania w dniu 29 września 2010 r. przez Urząd Celnny w E. automatu o niskich wygranych (...) M. (...) nr fabryczny (...) w lokalu (...) Sklep (...).

Zgodnie z art. 30 ust. 1 i 2 ustawy o Służbie Celnej z dnia 27 sierpnia 2009 roku (Dz.U.2013.1404 j.t. ze zm.) kontrola wykonywana przez Służbę Celną polega na sprawdzeniu prawidłowości przestrzegania przepisów prawa przez zobowiązane do tego osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, zwane dalej "podmiotami podlegającymi kontroli", w zakresie, o którym mowa w ust. 2 i 3. W myśl ust. 2, kontroli podlega m.in. przestrzeganie przepisów regulujących urządzenie i prowadzenie gier hazardowych, o których mowa w ustawie z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych oraz zgodność tej działalności z udzieloną koncesją lub zezwoleniem oraz zatwierdzonym regulaminem ( pkt 3 ).

Na podstawie art. 32 ust. 1 pkt 13 i 14 w/w ustawy o Służbie Celnej, funkcjonariusze wykonujący kontrole są uprawnieni do przeprowadzania w uzasadnionych przypadkach, w drodze eksperymentu, doświadczenia lub odtworzenia możliwości gry na automacie, gry na automacie o niskich wygranych lub gry na innym urządzeniu i zabezpieczania zebranych dowodów.

Zgodnie z § 23 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2009r. w sprawie kontroli wykonywanych przez Służbę Celną w zakresie urządzania i prowadzenia gier hazardowych, wydanym na podstawie art. 51 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o Służbie Celnej, kontrola działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych oraz gier na automatach urządzanych w salonach gier na automatach jest prowadzona, do czasu wygaśnięcia udzielonych zezwoleń, na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 5 listopada 2009r. w sprawie kontroli wykonywanych przez Służbę Celną w zakresie urządzania i prowadzenia gier i zakładów wzajemnych (Dz. U. Nr 188, poz. 1459), z zastrzeżeniem, że w zakresie art. 134 i 140 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540, z 2010 r. Nr 127, poz. 857 oraz z 2011 r. Nr 106, poz. 622 i Nr 134, poz. 779) oraz art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 26 maja 2011r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 134, poz. 779) stosuje się odpowiednio przepisy tego rozporządzenia.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy o Służbie Celnej, do zadań Służby Celnej należy także realizacja polityki celnej w części dotyczącej przywozu i wywozu towarów oraz wykonywanie innych zadań wynikających z przepisów odrębnych, a w szczególności rozpoznawanie, wykrywanie, zapobieganie i zwalczanie przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych oraz ściganie ich sprawców, w zakresie określonym w ustawie z dnia 10 września 1999r. - Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2013 r. poz. 186, z późn. zm.). Zadania określone w ust. 1 Służba Celna wykonuje, podejmując odpowiednio czynności kontrolne, prowadząc postępowania przygotowawcze zgodnie z przepisami ustawy z dnia 6 czerwca 1997r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.), Kodeksu karnego skarbowego, lub ustawy z dnia 24 sierpnia 2001r. - Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz. U. z 2013 r. poz. 395, 765 i 1247) lub prowadząc postępowania celne, audytowe, podatkowe lub administracyjne (ust. 2). W zakresie zadań określonych w ust. 1 pkt 6 Służbie Celnej przysługują uprawnienia procesowe Policji wynikające z przepisów kodeksu postępowania karnego (ust. 3).

W myśl art. 72. 1 i nast. ustawy o Służbie Celnej, funkcjonariusz, w celu realizacji zadań, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 4-6, oprócz uprawnień określonych w art. 32, ma prawo m.in. do zatrzymywania rzeczy w trybie i przypadkach określonych w przepisach kodeksu postępowania karnego. Osobie, wobec której dokonano przeszukania, przysługują uprawnienia odpowiednio osoby zatrzymanej lub osoby, której prawa zostały naruszone, przewidziane w Kodeksie postępowania karnego.

W myśl art. 217 § 1 k.p.k. rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie lub podlegające zajęciu w celu zabezpieczenia kar majątkowych, środków karnych o charakterze majątkowym albo roszczeń o naprawienie szkody należy wydać na żądanie sądu lub prokuratora, a w wypadkach niecierpiących zwłoki - także na żądanie Policji lub innego uprawnionego organu. Na podstawie art. 236 k.p.k., na postanowienie dotyczące przeszukania, zatrzymania rzeczy i w przedmiocie dowodów rzeczowych oraz na inne czynności przysługuje zażalenie osobom, których prawa zostały naruszone; zażalenie na postanowienie wydane lub czynność dokonaną w postępowaniu przygotowawczym rozpoznaje sąd rejonowy, w okręgu którego toczy się postępowanie.

W sprawie bezsporny pozostawał fakt, że funkcjonariusze pozwanego w dniu 29 września 2010r. przeprowadzili kontrolę w lokalu, w którym działalność gospodarczą prowadził A. S. w zakresie, urządzenia i prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych, w ramach której przeprowadzono w drodze eksperymentu odtworzenie gry na automacie o niskich wygranych należącym do powódki, którego przebieg został utrwalony za pomocą kamery i potwierdzony stosownym protokołem.

Oceniając legalność tej kontroli, należy powołać się na treść z art. 30 ust. 1 i 2 oraz art. 32 ust. 1 pkt 13 i 14 w/w ustawy o Służbie Celnej i stwierdzić, że funkcjonariusze celni byli uprawnieni do jej przeprowadzenia oraz do przeprowadzenia stosownego w tych okolicznościach eksperymentu.

Nie ulega też wątpliwości, że z w/w przepisów nie wynika, by przeprowadzający kontrolę i eksperyment funkcjonariusze pozwanego musieli mieć dodatkowe uprawnienia, czy wiadomości w zakresie urządzania i prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych. Nie ma więc znaczenia w sprawie okoliczność podnoszona przez skarżącą w apelacji, iż przeprowadzające przedmiotową kontrolę osoby nie były biegłymi w tej dziedzinie, a jedynie zostały z tego zakresu przeszkolone. W wyniku wspomnianego eksperymentu, funkcjonariusze pozwanego stwierdzili, iż wartość maksymalnej stawki za udział w jednej grze na sprawdzanym automacie jest wyższa, niż 0,50 zł, tj. wyższa niż określona w art.129 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, a wartość jednorazowej wygranej jest wyższa niż równowartość 60 zł, tj. wyższa niż określona w art.129 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych. Tym samym zachodziło uzasadnione podejrzenie, że zostało popełnione przestępstwo wskazane w art. 107 obowiązującego k.k.s.

P.prowadzona w dniu 29 września 2010r. przez funkcjonariuszy Służby Celnej kontrola, pierwotnie w trybie administracyjnym, w tej sytuacji spowodowała konieczność wszczęcia postępowania przygotowawczego na podstawie kodeksu postępowania karnego. Z istoty przepisów regulujących postępowanie przygotowawcze wynika bowiem, że wnioski z kontroli, wskazane w protokole pokontrolnym, wystarczą do tego, aby postępowanie takie zostało

wszczęte. Od momentu wszczęcia postępowania przygotowawczego w trybie przepisów k.p.k. postępowanie to toczy się równolegle do postępowania administracyjnego, którego przedmiotem jest kontrola działalności danego podmiotu. To postępowanie musi toczyć się aż do osiągnięcia konkretnego rezultatu. Ten efekt zaś wyznaczony jest przez stan faktyczny będący punktem wyjścia do formułowania wniosków pokontrolnych i – w przedmiotowej sytuacji, w zakresie postępowania prowadzonego w trybie administracyjnym – postępowanie pokontrolne winno być zakończone w chwili sporządzenia opinii przez jednostkę badawczą, będącej podstawą do podjęcia określonych działań przez Naczelnika Urzędu Celnego. Wskazać należy, że aktualnie znany jest już efekt sposobu, w jaki została zakończona kontroli prowadzonej przez pozwanego w trybie administracyjnym – ostateczną decyzją Dyrektora Izby Celnej w O.z dnia 8 października 2014r. (...) - (...) (...) utrzymana została w mocy decyzja z dnia 23.12.2010r. cofająca powódce zezwolenie PP III/(...) z dnia 11.12.2008r. na urządzanie i prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych na terenie województwa (...).

Wracając do kwestii wszczęcia po kontroli przedmiotowego automatu karnego postępowania przygotowawczego w sprawie naruszenia przepisu art. 107 k.k.s. wskazać należy, że skoro kontrolerzy powzięli uzasadnione podejrzenie co do faktu popełnienia przestępstwa, to – zdaniem Sądu Okręgowego - w trybie art. 217 k.p.k. oraz na podstawie w/w przepisów byli oni uprawnieni, w wypadku niecierpiącym zwłoki, żądać wydania im, jako dowodów rzeczowych, skontrolowanego automatu powódki. Ocena tego zatrzymania, dokonanego przez funkcjonariuszy pozwanego, w aspekcie jego zgodności z przepisami procedury karnej wymaga w okolicznościach sprawy zaakceptowania. Spotkała się też ona z aprobatą Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Ostródzie, który to postanowieniem z dnia 6 października 2010r., wydanym w sprawie Ko Kks – (...) zatwierdził zatrzymanie automatu dokonane w dniu 29.09.2010r. w lokalu (...) w I..

Ustalono też zostało, że postanowieniem z dnia 10 grudnia 2010r., wydanym w sprawie II Kp (...), Sąd Rejonowy w Ostródzie, rozpoznając zażalenie powodowej spółki od opisanego wyżej postanowienia prokuratora uwzględnił to zażalenie i zaskarżone postanowienie uchylił, jednak nie nakazując wydania zatrzymanego przedmiotu właścicielowi. W uzasadnieniu tego postanowienia wskazano w szczególności, że automat (...) M. (...) nr fabryczny (...) był użytkowany zgodnie z wydanymi decyzjami rejestrującymi i pozwoleniami, a nie stwierdzono, aby pomby założone przez jednostkę badawczą zostały naruszone. Zdaniem Sądu Rejonowego nie zachodziły okoliczności wskazujące na konieczność podjęcia nie cierpiącego zwłoki zatrzymania automatu przez odebranie go właścicielowi, a zabranie mu tego przedmiotu stanowiło niewspółmierną uciążliwość dla właściciela.

Nie czując się uprawnionym w toku niniejszego postępowania do oceny postanowienia Sądu Rejonowego w Ławie z dnia 10.12.2010r. wydanej w sprawie II Kp (...), Sąd Okręgowy zauważa jednak, że w podobnym okresie przypadków zatrzymania automatów o niskich wygranych, należących do powódki, na terenie całego kraju było wiele, a procedura ich zatrzymania oraz stosowne postanowienia prokuratorów w tym przedmiocie, zatwierdzające zatrzymanie rzeczy, poddane zostały z reguły kontroli sądów w toku postępowania zażaleniowego. Stwierdzić należy, po stosownej analizie, że orzecznictwo sądów w zakresie tego typu sytuacji było wysoce niejednolite, mimo tożsamości sytuacji procesowych dot. zatrzymania automatów powódki w trybie art. 217 k.p.k. Obok bowiem podobnych rozstrzygnięć, podzielających stanowisko reprezentowane przez Sąd Rejonowy w Ostródzie w sprawie II Kp (...), pozwany przytoczył wielokrotne przykłady orzeczeń sądów, w których postanawiały one – w tożsamy okolicznościach - o utrzymaniu w mocy zaskarżonych postanowień prokuratora związanych z zatwierdzeniem zatrzymania automatów należących do powódki, jako prawidłowych, usprawiedliwionych przymiotem czynności niecierpiącej zwłoki. Dalej, stanowczego uwypuklenia wymaga, iż w dniu 25 października 2010r. zostało wszczęte dochodzenie w sprawie urządzania i prowadzenia do dnia 29 września 2010r. gry na automacie (...) M. (...) nr fabryczny (...) wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, a postanowieniem Urzędu Celnego w E.z dnia 26 listopada 2010r. przedmiotowy automat został uznany za dowód rzeczowy. Postanowieniem z dnia 14 stycznia 2011r. w sprawie VIII Kp (...) Sąd Rejonowy w Elblągu nie uwzględnił zażalenia powódki na to postanowienie i utrzymał je w mocy. W uzasadnieniu wskazano na niesłuszność zarzutów żalącej w zakresie naruszenia przepisów postępowania w postaci art. 217 k.p.k., art. 219 k.p.k. oraz art. 230§2 k.p.k. Przypomniano, że rzeczami mogącymi stanowić dowód są te, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, zachowały na

sobie ślady przestępstwa, pochodzą bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa, mogą służyć jako środek dowodowy do wykrycia sprawcy czynu lub ustalenia przyczyn i okoliczności przestępstwa. Zgodnie z treścią art.217 k.p.k., który ma zastosowanie również w sprawach o przestępstwa skarbowe, zatrzymanie obejmuje m.in. rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie w sytuacji, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. Dalej mowa jest o uzasadnionym zatrzymaniu automatu wraz ze znajdującymi się w nim środkami pieniężnymi z uwagi na treść art.30§5 k.k.s. Wskazanych faktów z postępowania administracyjnego i postępowania karnego nie sposób zignorować dla oceny legalności działań funkcjonariuszy dokonujących zatrzymania automatu powódki (...)M. (...)nr fabryczny (...)w dniu 29.09.2010r.,mimo,że miały one miejsce później. Zatrzymanie automatu jako dowodu rzeczowego było zgodne ze wskazanymi wcześniej przepisami prawa i czynność ta podjęta została w ramach przysługujących funkcjonariuszom celnym ustawowych uprawnień, a następnie - na podstawie art 217 k.p.k. - została zatwierdzona przez organ właściwy dla prowadzonego postępowania przygotowawczego, tj. przez prokuratora, co czyni ją legalną w rozumieniu art. 417 k.c. Także decyzja Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Iławie z dnia 6.10.2010r., chociaż zdaniem Sądu Rejonowego w Iławie wadliwa, co skutkowało jej uchyleniem, nie była tym samym – zdaniem Sądu II instancji - bezprawna, gdyż została podjęta na podstawie obowiązujących przepisów prawa karnego procesowego, w ramach legalnie toczącego się w kierunku popełnienia przestępstwa karnoskarbowego z art. 107 k.k.s. postępowania przygotowawczego oraz w świetle dalszego przebiegu tego postępowania – usprawiedliwiona. Przypomnieć należy, wiodące orzeczenia dotyczące tej tematyki co do kwalifikacji działania funkcjonariuszy publicznych jako bezprawnych. I tak, w wyroku z dnia 19 kwietnia 2006r. V CSK 176/05 (Lex nr 230466) Sąd Najwyższy wywiódł, co następuje: „Brak jednak podstaw do przyjęcia stanowiska, że każda decyzja lub orzeczenie uchylone w toku instancji może być uznane za niezgodne z prawem i tym samym ich wydanie rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą. Nie każda nieprawidłowość w działaniu władzy publicznej może być kwalifikowana jako bezprawność w rozumieniu art. 417 k.c. W uzasadnieniu powołanego wyżej postanowienia z dnia 30.05.2003 r. Sąd Najwyższy podkreślił, że bardzo często organ odwoławczy uchyla orzeczenie lub decyzję z powodu odmiennej oceny stanu faktycznego, odmiennej wykładni przepisów prawa materialnego, bądź przepisów regulujących zasady postępowania, czy też z powodu niewyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy. Z tego względu nie można akceptować poglądu, że każde wadliwe działanie organu pierwszej instancji powinno być uznane za bezprawne”. Podobnie w postanowieniu z dnia 10 stycznia 2013r. I CSK 367/12 wskazał Sąd Najwyższy, iż nie każde wadliwe działanie organu administracyjnego skorygowane w procedurze odwoławczej lub sądowno administracyjnej może być automatycznie uznane za działanie bezprawne w rozumieniu art.417§kpc. W kontrapunkcie do stanowiska powódki oraz tego, jaki obrót przybrały wszczęte przeciwko niej postępowania administracyjne i karne, można też przywołać tezę z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2012r. IV CSK 165/12 (Lex nr 1231327): „Czynności organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości związane z wypełnianiem ich ustawowych obowiązków nie mają charakteru działań niezgodnych z prawem także wtedy, gdy przeprowadzone postępowanie karne zakończyło się wydaniem prawomocnego wyroku uniewinniającego. Obywatele muszą bowiem w interesie ochrony dobra wspólnego, jakim jest bezpieczeństwo publiczne, ponosić ryzyko związane z legalnym wdrożeniem postępowania karnego. Nie ulega więc wątpliwości, że jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, wszczęcie śledztwa lub dochodzenia jest działaniem zgodnym z prawem”. Poszerzając przedstawioną już argumentację co do legalności zatrzymania automatu powołać się również należy na spełnienie przesłanki „przypadku nie cierpiącego zwłoki”, o którym mowa w art.217§1 k.p.k. Abstrahując od wątpliwości co do tego, iż zastosowanie innego niż – jak to ujmuje skarżąca - „najbardziej drastycznego środka”, np. oddanie na automatu pod opiekę przechowawcy w wypadku obecności odpowiedniej osoby w lokalu również nie pozwalałoby użytkować automatu, wskazać należy na materiał zdjęciowy znajdujący się w opinii A. C.(k.151-163) , który bezspornie odzwierciedlał wygląd i stan automatu w dacie oględzin i zatrzymania oraz wyjaśnienia pozwanego złożone na rozprawie apelacyjnej naprowadzające na istnienie możliwości ingerencji w zawartość automatu bez naruszania jego konstrukcji. Z uwagi na sporządzenie wskazanej opinii po dacie kwestionowanej czynności trudno mówić o możliwości antycypacji jej wniosków, np. tego, który zawarty jest w p.17 (odpowiedź TAK na pytanie czy automat posiada urządzenie pozwalające na zdalne sterowanie automatem i wskazanie, że w tym zakresie automat wyposażony jest w moduł GSM PULSAR z własnym zasilaniem akumulatorowym) , niemniej takie skonfigurowanie automatu zdecydowanie mogło wywołać przeświadczenie o możliwości sterowania nim bez naruszania plomb. Zabezpieczenie stanu liczników i przepływu środków pieniężnych w automacie było wymagane dla właściwego przebiegu postępowania tak administracyjnego, jak i karnego. Wyniki eksperymentu dały asumpt do podejrzenia



działania powódki niezgodnie z prawem, a nie ma dobrego uzasadnienia dla przyznania prymatu postępowaniu administracyjnemu przez postępowaniem karnym, które w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa zostało wszczęte i toczy się. Przyjęcie takiego stanowiska wyłącza tym samym uznanie, że w sprawie doszło do spełnienia przesłanek odpowiedzialności Skarbu Państwa - Naczelnika Urzędu Celnego za szkodę wyrządzoną jakoby powódce przez niezgodne z prawem działanie przy wykonywaniu władzy publicznej na podstawie art. 417 k.c.

Powódka opierała swoje przekonanie co do odpowiedzialności pozwanego na poglądzie, iż wskazany w postanowieniu o wszczęciu dochodzenia z dnia 30.06.2010r. ( k. 160 ) przepis art. 107 k.k.s., jako przepis blankietowy, należało uzupełnić przepisami ustawy o grach hazardowych, zaś ta konieczność uruchamiała obowiązek oceny, czy przepisy ustawy mają techniczny charakter w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego ( Dz. Urz. WE 1998, L 204/37) Przyznanie bowiem ustawie o grach hazardowych charakteru technicznego, wyłączałoby zdaniem powódki możliwość jej stosowania przez funkcjonariuszy pozwanego, bowiem ona sama nie była, wbrew istniejącemu na podstawie dyrektywy obowiązkowi, notyfikowana Komisji Europejskiej, a tym samym – nie mogła być stosowana w polskim porządku prawnym, jako sprzeczna z tą dyrektywą. Twierdzenia powyższe nie powinny być jednak oceniane po względem ich zasadności, a to z tego powodu, że przesądzenie tej kwestii nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, skoro czynność zatrzymania automatów oceniono jako legalną. Ponadto do chwili orzekania w przedmiotowej sprawie o zapłatę, postępowanie przygotowawcze prowadzone przez Prokuraturę Apelacyjną w Białymstoku, w ramach którego to w dniu 29.09.2010r. zatrzymano automat należący do powódki jako dowód rzeczowy, nie zostało zakończone aktem oskarżenia, a co więcej – nie przedstawiono w nim zarzutów konkretnym osobom, a więc nie wiadomo nawet, czy i jakiego rodzaju zarzuty zostaną postawione i komu oraz czy zarzut ten będzie związany z naruszeniem przepisów ustawy o grach hazardowych, czy też będzie to zarzut innego rodzaju i jakiego. Na tym etapie postępowania przygotowawczego nie można więc przesądzić, czy podstawą oskarżenia będzie art. 107 k.k.s., do którego treści konieczne jest, dla jego kompletności, „podstawienie” brzmienia konkretnego przepisu ustawy o grach hazardowych.

Sąd Okręgowy podziela również pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 listopada 2013r. w sprawie I KZP 15/13, iż nie wolno automatycznie odmówić stosowania ustawy o grach hazardowych tylko z powodu braku jej notyfikacji Komisji Europejskiej, o ile organ stosujący prawo, a rozstrzygający w konkretnej sprawie uzna, że dany przepis w/w ustawy, którego sprawa dotyczy, jest przepisem technicznym i podlega obowiązkowej notyfikacji, a tej brakuje. W takiej sytuacji, organ stosujący prawo winien zawiesić swoje postępowanie i wystąpić do Trybunału Konstytucyjnego z zapytaniem co do konstytucyjności zapisu. „Naruszenie wynikające z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ( Dz. Urz. WE 1998, L 204/37 ) o obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd ( organ ) dochodzi do przekonania, że doszło do wadliwości trybu ustawodawczego, może nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie, w którym miałyby one zostać zastosowane i skieruje pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Jednak do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia, brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych” ( z uzasadnienia w/w wyroku ). Nie ulega zaś wątpliwości, że Trybunał Konstytucyjny, na podstawie art. 3, 31 i 32 ustawy z dnia 01 sierpnia 1997r. o Trybunale Konstytucyjnym, w w/w materii, dotyczącej rozstrzygnięcia problemu konstytucyjności trybu ustawodawczego, zastosowanego przy uchwalaniu ustawy o grach hazardowych, do chwili obecnej nie wypowiedział się. Okoliczność ta uzasadnia więc przyjęcie poglądu, iż w aktualnym stanie prawnym - wbrew stanowisku Sądu Rejonowego - nie było i nie ma podstaw do odmowy stosowania przepisów tej ustawy, w tym w ramach prowadzonego nadal przez Prokuraturę Apelacyjną w Białymstoku postępowania przygotowawczego oraz do oceny legalności czynności zatrzymania automatów powódki, mającej miejsce w dniu 14.06.2010r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 19.07.2012r. w sprawach połączonych I C 213/11, C 214/11 i C 217/11 wskazał, że każdorazowo, dla oceny charakteru przepisów danego aktu prawnego pod kątem przesądzenia, czy mają one charakter techniczny, konieczne jest przeprowadzenie przez sąd krajowy postępowania, zmierzającego do oceny wpływu tych przepisów na warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwość lub sprzedaż produktów;

dopiero stwierdzenie tej okoliczności może uzasadniać przyjęcie, że przepis winien być notyfikowany Komisji Europejskiej. TSUE w w/w wyroku przykładowo wskazał, że dokonując ustaleń w kwestii wpływu przepisów ustawy na właściwość lub sprzedaż produktów sąd krajowy winien uwzględnić m.in. okoliczność, czy ograniczeniu liczby miejsc, gdzie dopuszczalne jest prowadzenie gier na automatach o niskich wygranych, towarzyszy zmniejszenie ogólnej liczby kasyn gry, jak również liczby automatów, jakie mogą być w nich użytkowane, okoliczność, czy istnieje możliwość ich przestawienia lub przeprogramowania, wpływ ustawy na cel, funkcję i cechy danego produktu, badanie zachowania się użytkowników i podmiotów zarządzających gry w reakcji na dane przepisy, fakt, czy prowadzenie działalności w zakresie automatów będzie możliwe do czasu wygaśnięcia koncesji itp. W niniejszej sprawie takiego postępowania jednak zdaniem Sądu Okręgowego nie przeprowadzono, a i sama powódka nie zaoferowała Sądowi Rejonowemu żadnego dowodu w tej kwestii. Nie sposób bowiem było przyjąć za spełnienie warunku badania wpływu przepisów ustawy o grach hazardowych na właściwość lub sprzedaż produktów w niniejszym procesie jedynie poprzez dokonanie przytoczenia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku fragmentów uzasadnień nieprawomocnych wyroków Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G.z dnia 13.06.2013r. i we W.z dnia 06.02.2013r., w których co prawda znajdują się fragmenty dotyczące prognozowanego przez te sądy zmniejszenia się ilości kasyn oraz posadowionych w punktach gier automatów z uwagi na treść przepisów ustawy o grach hazardowych. Brak jest jednak w tym względzie samodzielnych ustaleń Sądu Rejonowego, które miałyby świadczyć o negatywnym wpływie przepisów na właściwość lub sprzedaż produktów w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. i oceny wpływu aktualnego uregulowania kwestii gier na automatach o niskich wygranych na konkretną działalność gospodarczą powódki. Tymczasem, to dopiero stwierdzenie okoliczności istnienia negatywnego wpływu przepisów na właściwość lub sprzedaż produktów powodowej spółki mogłoby hipotetycznie uzasadniać przyjęcie, że przepisy ustawy o grach hazardowych winny być notyfikowane Komisji Europejskiej i ewentualnie skłaniać do rozważenia przez sąd lub organ zasadności zawieszenia postępowania i skierowania pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku z dnia 28.11.2013r. ( I KZP 15/13 ).

Reasumując, postępowanie przygotowawcze wszczęte przez pozwanego po kontroli i zatrzymaniu automatów powódki w dniu 29.09.2010r. mogło być oparte o treść legalnego przecieź, chociaż blankietowego w swych charakterze, przepisu art. 107 k.k.s., gdyż wadliwy był pogląd powódki o jego nieobowiązaniu w porządku prawnym z uwagi na brak notyfikacji ustawy o grach hazardowych Komisji Europejskiej. Tym samym nie można było mówić o zaistnieniu bezprawności działania funkcjonariuszy pozwanego w rozumieniu art. 417 k.c. i ponoszeniu przez niego odpowiedzialności za powstałą jakoby u powódki szkodę.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy oddalił apelację jako bezzasadną na podstawie art.385 k.p.c. O kosztach procesu za postępowanie odwoławcze orzeczono w oparciu o art. 98 i 108 §1 k.p.c. w zw. z art.391§1 k.p.c. stosownie do jego wyniku.