

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 września 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Jerzy Geisler

Sędziowie: SA Jacek Nowicki

SO del. Ryszard Małecki (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Sylwia Stefańska

po rozpoznaniu w dniu 3 września 2015 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w W.

przeciwko Skarbowi Państwa – Naczelnikowi Urzędu Celnego w Z.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Zielonej Górze

z dnia 28 listopada 2014 r.

sygn. akt I C 48/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- 1. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 71.748,70 zł (siedemdziesiąt jeden tysięcy siedemset czterdzieści osiem złotych i siedemdziesiąt groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 1 marca 2014 r. do dnia zapłaty,**
- 2. oddala powództwo w pozostałej części,**
- 3. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 2.921,46 zł. tytułem zwrotu kosztów procesu;**

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 3.076,49 zł. tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.

Jacek Nowicki Jerzy Geisler Ryszard Małecki

UZASADNIENIE

W pozwie wniesionym do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze powód (...) spółka z o.o. w W. domagał się zasądzenia od pozwanego Skarbu Państwa - Naczelnika Urzędu Celnego w Z. kwoty 173.762,86 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Uzasadniając pozew powód wskazał, że działając w charakterze dzierżawcy zawarł w dniu 27 maja 2010 r. ze spółką prawa (...) (...) ramową umowę poddzierżawy, mającą za przedmiot urządzenia do gier rozrywkowych.

W powołanej umowie ustalono wysokość miesięcznego czynszu dzierżawnego na kwotę 970 zł od każdego urządzenia. Aneksem zawartym dnia 30 grudnia 2011 r. obniżono wysokość czynszu dzierżawnego do kwoty 679 zł miesięcznie. Z kolei w dalszej części umowy zastrzeżono uprawnienie dzierżawcy - powoda do udostępniania oraz poddzierżawiania lub wchodzenia we wspólne przedsięwzięcia w zakresie przedmiotu dzierżawy z innymi osobami prawnymi lub fizycznymi bez uzyskania pisemnej zgody wydzierżawiającego. W związku z tym powód zawarł z podmiotami gospodarczymi szereg umów o wspólnym przedsięwzięciu. Przedmiotem tych umów było ustalenie zasad prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia o charakterze zarobkowym polegającego na wspólnej eksploatacji urządzeń do gier rozrywkowych objętych tytułem prawnym powoda i usytuowanych w lokalu użytkowym strony umowy o wspólnym przedsięwzięciu. Stosownie do zapisu powyższych umów (...) zobowiązał się do comiesięcznego wypłacania powodowi (...) opłaty ryczałtowej w wysokości kwoty 1500 zł za każde urządzenie. Dalej powód wywodził, że funkcjonariusze Urzędu Celnego w Z., w wyniku przeprowadzonych kontroli partnerów powoda stwierdzili, że w grach dostępnych na urządzeniach do gier rozrywkowych, wydzierżawionym przez powoda od (...) na podstawie ramowej umowy poddzierżawy z dnia 27 maja 2010 r. i następnie zainstalowanych w celu realizacji umów o wspólnym przedsięwzięciu u jego kooperantów, miał występować element losowy. W konsekwencji, funkcjonariusze Urzędu Celnego w Z. wskazując na przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, zakazujące urządzania gier na automatach poza kasynami gry, postanowili o zatrzymaniu automatów w trybie postępowania karnoskarbowego. Powód wyjaśnił, że dochodzona pozvem kwota stanowi szkodę, jaką poniósł w związku z zatrzymaniem przez funkcjonariuszy Urzędów Celnego w Z. urządzeń do gier rozrywkowych, pozostających w jego dyspozycji. Wysokość szkody została przez powoda wyliczona w oparciu o utratę korzyści, w postaci opłaty ryczałtowej uzyskiwanej w oparciu o umowy o wspólnym przedsięwzięciu, na mocy których urządzenia były wystawiane w lokalach drugiej strony umowy, co wiązało się z dochodem powoda, a nadto w tym samym czasie ponosił koszty czynszu dzierżawnego na rzecz podmiotu, od którego dzierżawił automaty do gier rozrywkowych. Powód podkreślał bezprawność działań funkcjonariuszy pozwanego podkreślając, że zastosowanie przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i przepisu blankietowego art. 107 § 1 k.k.s., było niedopuszczalne, albowiem przepisy te, przy braku notyfikacji przez Komisję Europejską projektu ww. ustawy (art. 8 ust. 1 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r.) nie obowiązują w polskim porządku prawnym, co sprawia, że brak jest norm prawnych, które reglamentowałyby wykorzystanie automatów do gier hazardowych, a tym samym umożliwiały ich zatrzymanie.

Pozwany Skarb Państwa - Naczelnik Urzędu Celnego w Z., zastępowany przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa, w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa według norm przepisanych. W uzasadnieniu swojego stanowiska podał, że zajęcie automatów do gier losowych i wszczęcie przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego w Z. postępowań karnoskarbowych o czyny z art. 107 § 1 k.k.s. nie wypełniało znamion zachowania bezprawnego w rozumieniu art. 417 § 1 k.c. Podstawą dokonanych czynności procesowych były ważne i obowiązujące przepisy kodeksu postępowania karnego, w ramach prowadzonych postępowań przygotowawczych w sprawach o przestępstwo skarbowe określone przepisem art. 107 k.k.s. Pozwany argumentował, że przedmiotowa sprawa dotyczy dziesięciu automatów do gry o nazwie A. (...) o numerach fabrycznych: H. (...), H. (...), (...), H. (...), (...), H. (...), (...), H. (...), H. (...) oraz H. (...), zatrzymanych w latach 2010 - 2012 przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego w Z.. Powodowa spółka dzierżawiła te automaty od spółki prawa (...) i zainstalowała je w różnych lokalach, gdzie zostały zatrzymane. Ponadto, zdaniem pozwanego, urządzenia te nie były legalnie eksploatowane. Żaden spośród dziesięciu wymienionych powyżej automatów nie posiadał poświadczenia rejestracji. Ponadto, w trakcie przeprowadzania kontroli w lokalach, w których zostały zatrzymane

te automaty stwierdzono, że żaden spośród przedsiębiorców prowadzących te lokale nie posiadał zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie urządzania i prowadzenia gier na automatach. Urządzenia te w opinii pozwanego funkcjonowały bez wymaganego zezwolenia, a zatem wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych. Pozwany wywodził również, że podstawą przeprowadzenia kontroli był art. 30 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej, a zatrzymanie automatów nastąpiło z uwagi na uzasadnione podejrzenie naruszenia przepisów art. 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy o Służbie Celnej Naczelnik Urzędu Celnego zobowiązany jest do prowadzenia kontroli i ścigania sprawców przestępstw w obszarze gier hazardowych. Pozwany podkreślił, że kontrole wykazały nieprawidłowości, w tym naruszenie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 129 ust. 3 ustawy o grach hazardowych, w tej sytuacji automaty zostały zatrzymane jako dowody rzeczowe w sprawach w rozumieniu art. 217 § 1 k.p.k. W przekonaniu pozwanego, wszystkie czynności kontrolne przeprowadzone przez funkcjonariuszy celnych, dokonywane były w ramach uprawnień przyznanych w oparciu o przepisy ustawy o Służbie Celnej, ustawy o grach hazardowych, jak i przepisy wykonawcze, a zebrany materiał dowodowy w przeprowadzonym postępowaniu przygotowawczym pozwolił na sporządzenie aktu oskarżenia. Pozwany nadto podkreślił, że w sprawach karnoskarbowych czynności zatrzymania przedmiotowych automatów do gier zostały zatwierdzone przez właściwy Sąd Rejonowy, co wyklucza możliwość przyjęcia bezprawności zachowania funkcjonariuszy organu ścigania - Urzędu Celnego.

Odnosząc się do spornego zagadnienia braku notyfikacji ustawy o grach hazardowych pozwany wskazywał, że nie ma podstaw do uznania przepisów wskazanej ustawy za przepisy techniczne w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. Wobec tego nie zachodziła konieczności ich notyfikacji przez Komisję Europejską, a zatem przepisy te stanowią część obowiązującego na terenie Rzeczypospolitej porządku prawnego. Pozwany zarzucił również, że powód nie udowodnił przesłanki odpowiedzialności w postaci powstania uszczerbku, a zwłaszcza, iż poniósł szkodę. Jednocześnie zakwestionował nie tylko wysokość dochodzonego odszkodowania, ale również metodę jego obliczenia oraz części składowe kwoty odszkodowania.

W kolejnych pismach procesowych strony podtrzymały żądania, uzupełniając dotychczasową argumentację.

Wyrokiem wydanym w dniu 28 listopada 2014 r. Sąd Okręgowy w Zielonej Górze oddalił powództwo (punkt 1), zasądając od powoda na rzecz Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (punkt 2).

Podstawę rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia faktyczne:

Powód (...) Sp. z o.o. w W. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zawarł z (...) spółką (...) umowy ramowe dzierżawy z dnia 1 maja 2010 r. i 27 maja 2010 r., na mocy których wydierżawiał od kontrahenta urządzenia do gier rozrywkowych. W związku z tym powód był zobowiązany uiszczać czynsz dzierżawny. W umowach tych strony ustaliły początkowo wysokość czynszu dzierżawnego na kwotę 970 zł, a następnie aneksem obniżyły jego wysokość do kwoty 679 zł miesięcznie. Ramowe umowy przewidywały, że powodowi jako dzierżawcy będzie przysługiwało uprawnienie do poddzierżawiania lub wchodzenia we wspólne przedsięwzięcia w zakresie przedmiotu dzierżawy z innymi podmiotami

W ramach uprawnień wynikających z umów ramowych powód zawarł szereg umów z polskimi przedsiębiorcami, których celem było prowadzenie wspólnego przedsięwzięcia o charakterze zarobkowym, polegającego na wspólnej eksploatacji urządzeń do gier rozrywkowych objętych tytułem prawnym powoda, usytuowanych w lokalach handlowych i gastronomicznych użytkowych drugiej strony umowy.

W szczególności w dniu 15 czerwca 2010 r. powód zawarł umowę o wspólnym przedsięwzięciu z L. K. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Sklep (...). L. K. (1) w W.. W ramach tej umowy powód udostępnił w lokalu użytkowym kontrahenta urządzenie do gier rozrywkowych o nazwie A. (...) F. o numerach fabrycznych H. (...). Strony ustaliły, że L. K. z tego tytułu będzie uiszczał na rzecz powoda opłatę ryczałtową w wysokości 1.500 zł miesięcznie.

W dniu 01 października 2010 r. powód zawarł umowę o wspólnym przedsięwzięciu ze S. S. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...) - Sprzedaż - D. w Ż.. W ramach tej umowy powód udostępnił w lokalu

użytkowym kontrahenta urządzenie do gier rozrywkowych o nazwie A. (...) F. o numerze fabrycznym H. (...). Strony ustaliły, że S. S. z tego tytułu będzie uiszczał na rzecz powoda opłatę ryczałtową w wysokości 1.500 zł miesięcznie.

W dniu 01 maja 2011 r. powód zawarł umowę o wspólnym przedsięwzięciu z K. N. (1), prowadzącym działalność gospodarczą, pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa (...) w R.. W ramach tej umowy powód udostępnił w lokalu użytkowym kontrahenta urządzenie do gier rozrywkowych o nazwie A. (...) F. o numerach fabrycznych (...), H. (...), (...), H. (...), oraz (...). K. N. na podstawie tej umowy uiszczał na rzecz powoda z tytułu korzystania z automatu do gier opłaty ryczałtowe, które wynosiły 1.500 zł miesięcznie za każde z tych urządzeń.

W dniu 14 czerwca 2011 r. powód zawarł umowę o wspólnym przedsięwzięciu ze S. B. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą M. G.w Ł.. W ramach tej umowy powód udostępnił w lokalu użytkowym kontrahenta urządzenie do gier rozrywkowych o nazwie A. (...) F. o numerze fabrycznym H. (...). Strony ustaliły, że S. B. z tego tytułu będzie uiszczał na rzecz powoda opłatę ryczałtową w wysokości 1.500 zł miesięcznie.

W dniu 12 sierpnia 2011 r. powód zawarł umowę o wspólnym przedsięwzięciu z H. G. (1), prowadzącą działalność gospodarczą w firmą (...) - dom K.w C.. W ramach tej umowy powód udostępnił w lokalu użytkowym kontrahenta urządzenie do gier rozrywkowych o nazwie A. (...) F. o numerze fabrycznym H. (...). Strony ustaliły, że H. G. z tego tytułu będzie uiszczała na rzecz powoda opłatę ryczałtową w wysokości 1.500 zł miesięcznie.

W ramach prowadzonych czynności kontrolnych oraz ścigania sprawców przestępstwa skarbowych w zakresie organizowania nielegalnych gier hazardowych funkcjonariusze Urzędu Celnego w Z. dokonali przeszukania lokali użytkowych H. G., K. N., S. B., L. K. oraz S. S., którzy byli kontrahentami powoda na mocy wyżej wymienionych umów. Funkcjonariusze Urzędu Celnego w Z. stwierdzili, że w urządzeniach do gier dostarczonych przez powoda do lokali wyżej wymienionych przedsiębiorców, występują elementy losowe. W związku z tym dokonali oni zatrzymania następujących urządzeń A. H. M. F. o numerach fabrycznych H. (...), H. (...), (...), H. (...), (...), H. (...), (...), H. (...), H. (...), których dysponentem był powód, w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Urząd Celnym w Z. wszczął w związku z tym postępowania karnoskarbowe w sprawach o sygn. akt RKS 246/2010/41100/MT (w związku z nielegalnym używaniem urządzenia o numerze fabrycznym H. (...)), RKS 239/11/HB (w związku z nielegalnym używaniem urządzenia o numerze fabrycznym H. (...)), RKS (...) (w związku z nielegalnym używaniem urządzeń o numerach fabrycznych (...) i H. (...)), RKS (...) (w związku z nielegalnym używaniem urządzeń o numerach fabrycznych (...), H. (...), (...) i H. (...)), RKS (...) (w związku z nielegalnym używaniem urządzenia o numerze fabrycznym H. (...)) oraz RKS (...) (w związku z nielegalnym używaniem urządzenia o numerze fabrycznym H. (...)).

W toku powyższych postępowań przygotowawczych wykonano opinie biegłych z zakresu eksploatacji maszyn i techniki komputerowej. Ekspertyzy te wskazały, iż przedmiotowe automaty są powszechnie stosowanym rodzajem urządzeń, w których gracz może wygrać nagrodę, jeśli pewne obrazki ustawią się w maszynie w szereg, a wynik ten jest w znacznej mierze losowy, bowiem wynik gry zależy od przypadku, po drugim naciśnięciu start o wyniku gry decyduje algorytm gry a nie gracz. Automaty nie wypłacają wygranych w jakiegokolwiek formie. Wygrane, jeśli zaistnieją, muszą zostać odebrane bezpośrednio od osoby odpowiedzialnej za działanie urządzeń.

W sprawie prowadzonej pod sygn. akt RKS-246/2010/411000/MT funkcjonariusze celni, po kontroli dokonanej w dniu 4 sierpnia 2010 r. w Sklepie (...) znajdującym się w (...), gdzie działalność gospodarczą prowadzi L. K. (1), zatrzymali automat do gry o numerze fabrycznym H. (...). Wyniki tej kontroli wskazały na możliwość popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego. W związku z tym funkcjonariusze celni przeprowadzający kontrolę, na podstawie art. 308 § 1 k.p.k. oraz art. 217 § 1 k.p.k. dokonali zabezpieczenia rzeczy mogącej stanowić dowód w sprawie, w tym przypadku - automatu A. H. M. F. o numerze fabrycznym H. (...). Następnie w dniu 21 sierpnia 2010 r. doszło do wszczęcia dochodzenia w sprawie RKS - (...) dotyczącej prowadzenia i urządzania w Sklepie (...) w (...) gier losowych na automacie o niskich wygranych, które organizowane były w celach komercyjnych wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (przestępstwo skarbowe stypizowane w art. 107 § 1 k.k.s.). Postanowieniem z dnia 17 lutego 2011 r. Urząd Celnym w Z. uznał niniejszy automat za dowód rzeczowy w sprawie. Strona powodowa wniosła zażalenia na to orzeczenie. Sąd Rejonowy w Zielonej Górze postanowieniem

z dnia 6 czerwca 2011 r. o sygn. Kp 198/11 utrzymał w mocy zaskarżone postanowienie. W toku tego postępowania wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów w stosunku do Prezesa Zarządu powodowej spółki - (...). Z ich treści wynika, iż dotyczyły one urządzania gier losowych o charakterze komercyjnym na automacie A. H. M. F. o numerze H. (...) w Sklepie (...), w okresie od lipca 2010 r. do dnia 4 sierpnia 2010 r. wbrew dyspozycji art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 w związku z art. 2 ust. 4 ustawy o grach hazardowych. W związku z powyższym w dniu 31 grudnia 2011 r. skierowano akt oskarżenia przeciwko M. W. do Sądu Rejonowego w Świebodzinie Wydział VI K. Z. w S. w zakresie popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 kks.

W sprawie prowadzonej pod sygn. akt RKS- 279/10/HB funkcjonariusze celni, po kontroli dokonanej w dniu 03 lutego 2011 roku w lokalu Bar (...) w Ł., gdzie działalność gospodarczą prowadzi S. S. (1) zatrzymali automat do gry o numerze fabrycznym H. (...). Wyniki tej kontroli wskazały na możliwość popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego. W związku z tym funkcjonariusze celni przeprowadzający kontrolę, na podstawie art. 308 § 1 k.p.k oraz art. 217 § 1 k.p.k. dokonali zabezpieczenia rzeczy mogącej stanowić dowód w sprawie, w tym przypadku - automatu A. H. M. F. o numerze fabrycznym H. (...). Następnie w dniu 01 marca 2011 r. doszło do wszczęcia dochodzenia w sprawie RKS - (...) dotyczącej prowadzenia i urządzania w powyższym lokalu gier losowych na automacie o niskich wygranych, które organizowane były w celach komercyjnych wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (przestępstwo skarbowe stypizowane w art. 107 § 1 k.k.s.). Postanowieniem z dnia 24 marca 2011 r. Urząd Celny w Z. uznał niniejszy automat za dowód rzeczowy w sprawie. Strona powodowa wniosła zażalenia na to orzeczenie. Sąd Rejonowy w Żarach postanowieniem z dnia 30 czerwca 2011 r. o sygn. Kp 362/11 utrzymał w mocy zaskarżone postanowienie. W toku tego postępowania wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów w stosunku do Prezesa Zarządu powodowej spółki - (...). Z ich treści wynika, iż dotyczyły one urządzania gier losowych o charakterze komercyjnym na automacie A. H. M. F. o numerze H. (...) w przedmiotowym lokalu, w okresie od 19.10.2010 r. do dnia 03.02.2011 r. wbrew dyspozycji art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 w związku z art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych. W związku z powyższym skierowano akt oskarżenia przeciwko M. W. do Sądu Rejonowego w Żarach w zakresie popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 kks. Sąd ten wydał wyrok nakazowy w dniu 08.05.2013r. sygn. akt II K 63/13, w którym uznał winę oskarżonego w zakresie popełnienia zarzucanego jemu przestępstwa.

W sprawach prowadzonych pod sygn. akt RKS 681/2011/411000/MT funkcjonariusze celni, po kontrolach dokonanych w dniach 15 czerwca 2011 roku, 11 sierpnia 2011 r. oraz 28 sierpnia 2012 roku w lokalach, gdzie działalność gospodarczą prowadzi K. N. (1), zatrzymali automaty do gry o numerach fabrycznych : H. (...), (...), (...), H. (...), (...) i H. (...). Wyniki tych kontroli wskazały na możliwość popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego. W związku z tym funkcjonariusze celni przeprowadzający te kontrole, na podstawie art. 308 § 1 k.p.k oraz art. 217 § 1 k.p.k. dokonali zabezpieczenia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie, w tym przypadku - automatów A. H. M. F. o numerach fabrycznych : H. (...), (...), (...), H. (...), (...) i H. (...). Urząd Celny w Z. uznał niniejsze automaty za dowód rzeczowy w sprawie.

W sprawie prowadzonej pod sygn. akt RKS-2609/2012/411000/HB funkcjonariusze celni, po kontroli dokonanej w dniu 31 sierpnia 2011 r. w lokalu gastronomicznym o nazwie Bar (...) znajdującym się przy ulicy (...) w Ł., gdzie działalność gospodarczą prowadzi S. B. (1) zatrzymali automat do gry o numerze fabrycznym H. (...). Wyniki tej kontroli wskazały na możliwość popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego. W związku z tym funkcjonariusze celni przeprowadzający kontrolę, na podstawie art. 308 § 1 k.p.k oraz art. 217 § 1 k.p.k. dokonali zabezpieczenia rzeczy mogącej stanowić dowód w sprawie, w tym przypadku - automatu A. H. M. F. o numerze fabrycznym H. (...). Następnie w dniu 09 września 2011 r. doszło do wszczęcia dochodzenia w sprawie RKS- (...) dotyczącej prowadzenia i urządzania w powyższym lokalu gier losowych na automacie o niskich wygranych, które organizowane były w celach komercyjnych wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (przestępstwo skarbowe stypizowane w art. 107 § 1 k.k.s.). Postanowieniem z dnia 14 listopada 2011 r. Urząd Celny w Z. uznał niniejszy automat za dowód rzeczowy w sprawie. Strona powodowa wniosła zażalenia na to orzeczenie. Sąd Rejonowy w Żarach postanowieniem z dnia 20 kwietnia 2012 r. o sygn. Kp 28/11 utrzymał w mocy zaskarżone postanowienie. W toku tego postępowania wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów w

stosunku do Prezesa Zarządu powodowej spółki - (...). Z ich treści wynika, iż dotyczyły one urządzania gier losowych o charakterze komercyjnym na automacie A. H. Magie F. o numerze H. (...) w przedmiotowym lokalu, w okresie od 14.06.2011 r. do dnia 31.08.2011r. wbrew dyspozycji art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 w związku z art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych. W związku z powyższym skierowano akt oskarżenia przeciwko M. W. do Sądu Rejonowego w Żarach w zakresie popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 kks.

W sprawie prowadzonej pod sygn. akt RKS-2360/2012/411000/AB funkcjonariusze celni, po kontroli dokonanej w dniu 22 czerwca 2012 r. w lokalu o nazwie K. (...), znajdującym się przy ulicy (...) w C., gdzie działalność gospodarczą prowadzi H. G. (1), zatrzymali automat do gry o numerze fabrycznym H. (...). Wyniki tej kontroli wskazały na możliwość popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego. W związku z tym funkcjonariusze celni przeprowadzający kontrolę, na podstawie art. 308 § 1 k.p.k oraz art. 217 § 1 k.p.k. dokonali zabezpieczenia rzeczy mogącej stanowić dowód w sprawie, w tym przypadku - automatu A. H. M. F. o numerze fabrycznym H. (...). Następnie w dniu 16 lipca 2012 r. doszło do wszczęcia dochodzenia w sprawie RKS - (...) dotyczącej prowadzenia i urządzania w tymże lokalu gier losowych na automacie o niskich wygranych, które organizowane były w celach komercyjnych wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (przestępstwo skarbowe stypizowane w art. 107 § 1 k.k.s.). Postanowieniem z dnia 14 listopada 2012 r. Urząd Celny w Z. uznał niniejszy automat za dowód rzeczowy w sprawie. Strona powodowa wniosła zażalenia na to orzeczenie. W jego wyniku Sąd Rejonowy w Zielonej Górze postanowieniem z dnia 27 maja 2013 r. o sygn. VII Kp 788/12 uchylił zaskarżone postanowienie i nakazał zwrot tegoż automatu.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności odwołał się do przepisu art. 417 § 1 k.c., zgodnie z którym, odpowiedzialność 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. Po analizie przesłanek odpowiedzialności Skarbu Państwa oraz streszczeniu stanowisk zajmowanych przez strony Sąd stanął na stanowisku, że ocena charakteru przepisów ustawy o grach hazardowych nie stanowiła najistotniejszej kwestii w rozstrzygnięciu tej sprawie. Sąd podkreślił, że w czasie podejmowania kwestionowanych przez powoda czynności procesowych, w tym zatrzymania spornych urządzeń przez funkcjonariuszy celnych, w ramach prowadzonych postępowań przygotowawczych, przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych formalnie obowiązywał w krajowym porządku prawnym. W tej sytuacji organy ścigania miały nie tylko podstawy ale i obowiązek, w przypadku uzyskania informacji uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa polegającego na sprzecznym z ustawą organizowaniu gier hazardowych, wszcząć postępowanie przygotowawcze i w jego toku dokonywać prawem dopuszczonych czynności, zmierzających do zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania i zabezpieczenia dowodów przestępstwa, w tym w szczególności zatrzymania przedmiotów, przy pomocy których przestępstwo zostało popełnione. Dalej Sąd odwołał się do ugruntowanego stanowiska doktryny i judykatury, zgodnie z którym, 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 nie potwierdziło istniejącego w chwili podjęcia dochodzenia lub śledztwa podejrzenia popełnienia przestępstwa i w konsekwencji postępowanie karne zakończyło się wydaniem prawomocnego wyroku uniewinniającego. Sąd doszedł do przekonania, że podejmowane przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego w Z. czynności, polegające na zatrzymaniu spornych urządzeń do gier rozrywkowych, dokonane w toku postępowań przygotowawczych znajdowały umocowanie w obowiązujących przepisach. Poza tym czynności te miały na celu zabezpieczenie prawidłowego toku tychże postępowań przygotowawczych. Tym samym nie nosiły one cech bezprawności. Procesową podstawę zatrzymania spornych urządzeń, zdaniem Sądu, stanowił przepis art. 217 § 1 k.p.k. wskazujący, że 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; czynności przeszukania dokonane przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego w Z. dokonane w okolicznościach niecierpiących zwłoki nie zostały skutecznie zaskarżone przez stronę powodową. W większości spraw Sądy rozpoznające zażalenia powoda na zatrzymanie tych automatów, nie uwzględniały go.

Sąd nie podzielił również stanowiska powoda, że w czasie podejmowania przez funkcjonariuszy celnych czynności procesowych nie obowiązywał przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, z uwagi na brak jego notyfikacji przez Komisję Europejską, czego konsekwencją jest brak możliwości stosowania także przepisu sankcjonującego naruszenie zawartego w nim zakazu, a więc przepisu art. 107 § 1 k.k.s. W ocenie Sądu, przepisy ustawy o grach hazardowych nie są przepisami technicznymi jest fakt, że urządzenie gier na automatach o niskich wygranych nie mieszczą się w definicji usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 pkt 2 dyrektywy 98/34/WE (por. wyrok (...) w sprawie C-213/11, pkt 27). Sąd zaakcentował również, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest właściwy do dokonywania wykładni lub stwierdzenia, że przepisy prawa wewnętrznego państwa członkowskiego nie obowiązują, nawet jeśli prawo to zostało ustanowione celem wykonania przez to państwo zobowiązań unijnych. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajmuje się bowiem wykładnią prawa unijnego, a nie prawa krajowego.

W przekonaniu Sądu I instancji, nawet gdyby przyjąć, że niektóre przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych są przepisami technicznymi w rozumieniu art. 1 pkt II dyrektywy D8/34/WE i że powinny one być w związku z tym zostać uprzednio notyfikowane przez Komisję Europejską to i tak nie będzie to w stanie zmienić okoliczności, że ustawa z 2009 r. o grach hazardowych i uchylila i derogowała poprzednio obowiązującą w tym zakresie ustawę z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, przy czym sama ustawa o grach hazardowych obowiązuje w Polsce w sposób w pełni legalny i prawnie wiążący. Sankcja prawna za brak uprzedniej notyfikacji przez państwo członkowskie przepisów technicznych, polegająca na niestosowaniu przez organy krajowe nienotyfikowanych Komisji Europejskiej przepisów technicznych, w żaden sposób nie prowadzi do pozbawienia tychże nienotyfikowanych przepisów ich mocy i nie wpływa na dalsze ich obowiązywanie. W konsekwencji Sąd uznał, że przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, do których nawiązuje treść art. 107 § 1 k.k.s., nadal obowiązują tak więc osoby, które dopuszczają się przestępstw skarbowych opisanych w art. 107 §1 k.k.s. nadal podlegają odpowiedzialności karnej, a zatem wszczęcie przez upoważnione organy ścigania postępowań przygotowawczych o te przestępstwa, następnie podejmowanie przez nie określonych czynności procesowych, mających na celu zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania karnego, jeśli tylko istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, nie mogą być uznane za zachowania bezprawne w świetle art. 417 § 1 k.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. i art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U 2013 r. nr 1150) i § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. 2013 r. nr 461).

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się powód, który za pośrednictwem swojego pełnomocnika wywiódł apelację, zaskarżając orzeczenie w całości i zarzucając wyrokowi:

1) naruszenie prawa materialnego, art. 417 § 1 k.c. w zw. z art. 87 i art. 91 oraz art. 7 i art. 9 Konstytucji RP polegające na przyjęciu, że w niniejszej sprawie nie zachodzi przesłanka „niezgodnego z prawem działania” funkcjonariuszy przy wykonywaniu władzy publicznej, gdyż ocena technicznego charakteru przepisów ustawy z 19.11.2009 r. o grach hazardowych „nie stanowi najistotniejszej kwestii w rozstrzygnięciu sprawy”, co spowodowało się w istocie do wadliwego określenia przez Sąd I instancji konstytucyjnych źródeł prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej z pominięciem źródeł prawa Unii Europejskiej, które zgodnie z art. 87 i 91 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowią źródło prawa powszechnie obowiązującego w Polsce i których przestrzeganie stanowi w świetle art. 7 i art. 9 Konstytucji obowiązek wszystkich organów władzy państwowej – co prowadzi do wniosku, że Sąd I instancji nieprawidłowo określił stan prawny mający zastosowanie w sprawie, w istocie uznając kwestię prawa Unii za pozostającą bez znaczenia dla rozpatrywanej sprawy, a za mające znaczenie z perspektywy rozstrzygnięcia sądowego jedynie formalne obowiązywanie ustawy krajowej i w konsekwencji Sąd I instancji nieprawidłowo ocenił wypełnienie przesłanki niezgodnego z prawem działania funkcjonariuszy przy wykonywaniu władzy publicznej,

2) rażące naruszenia art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych oraz w związku z art. 1 pkt 11 i art. 8 ust. 1 Dyrektywy 98/34/WE w kształcie wiążąco zinterpretowanym

przez (...) 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 19.11.2009 r. 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 (mimo formalnego obowiązywania), ustawa o grach hazardowych w ogóle nie przewiduje obowiązku ubiegania się o uzyskanie zezwolenia/koncesji oraz rejestracji automatów przy rozpoczynaniu począwszy od 1.01.2010 r. działalności w zakresie urządzania gier na automatach poza terenem kasyn gry, a z uwagi na blankietowy charakter 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.,

3) naruszenie art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej w związku z art. 267 i art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, art. 9 Konstytucji RP i w związku z art. 2 Aktu o warunkach przystąpienia, jak również w związku z art. 8 ust. 1 Dyrektywy 98/34/WE w kształcie wiążącą zinterpretowanym w orzecznictwie (...), przez ich niezastosowanie, a w rezultacie przyjęcie błędnej konstatacji, że wszelkie polskie organy władzy publicznej, w tym sądy, nie mają instrumentów do samoistnego stwierdzenia niezgodności ustawy krajowej z umową międzynarodową, podczas gdy obowiązkiem każdego krajowego organu władzy publicznej jest zapewnienie prawu wspólnotowemu maksymalnej efektywności przez niestosowanie wszelkich regulacji krajowych niezgodnych z nadrzędnym prawem wspólnotowym,

4) naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez niewłaściwe uzasadnienie wyroku polegające na wadliwym wyjaśnieniu podstawy prawnej rozstrzygnięcia, tj. na podkreśleniu na str. 23 uzasadnienia zaskarżonego wyroku, że w świetle Dyrektywy 98/34/WE niedopełnienie obowiązku notyfikacji przepisów technicznych stanowi podstawę do przyjęcia, że nienotyfikowane przepisy techniczne są niezgodne z prawem unijnym i dlatego nie mogą być stosowane, a drugiej strony podkreśleniu na str. 27 uzasadnienia zaskarżonego wyroku, że w świetle stanowiska SN zawartego w postanowieniu z dnia 28.11.2013 r., I KZP 15/13 i wyroku z dnia 8.01.2014 r., IV KK 188/13, normatywna konsekwencja w postaci niestosowania przepisów technicznych, nie wynika z żadnego przepisu Dyrektywy 98/34/WE, co czyni rozstrzygnięcie Sądu I instancji nieczytelnym w zakresie motywów, jakie przywołał Sąd Okręgowy w Zielonej Górze do oddalenia powództwa w całości,

5) rażące naruszenia art. 217 § 1 k.p.k. w związku 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 pkt 1 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o Służbie Celnej, przez przyjęcie, że normy proceduralne normy zawarte w k.p.k. określone jak wyżej oraz powołane przepisy ustawy z 27.08.2009 r. 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 (nadająca się do zastosowania przez organy władzy publicznej) norma prawa materialnego typizująca zespół znamion czynu zabronionego, pod kątem której funkcjonariusze dokonują zatrzymania,

6) rażące naruszenie art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej ((...)) oraz art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej ((...)) w związku z art. 1 pkt 11 oraz art. 8 ust. 1 Dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 02.06.1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (dalej Dyrektywa 98/34/WE), w kształcie wiążąco zinterpretowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ((...)), polegające na przyjęciu, że przepisy krajowe zakazujące urządzania gier na automatach poza obszarem kasyn gry nie mają charakteru technicznego, podczas gdy kwestia ta została już przesądzona w orzecznictwie (...), składającym się na część wspólnotowego porządku prawnego (acquis communautaire), tj. w wyroku (...) z dnia 26.10.2006 r., C-65/05 oraz w pkt 24 i pkt 25 orzeczenia (...) z dnia 19.07.2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11 i C-217/11, gdzie Trybunał przyjął jedynie analogię w dokonanej przezeń wykładni prawa unijnego do wskazanej wcześniej w sentencji wyroku (...) z dnia 26.10.2006 r. C-65/05.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – Naczelnika Urzędu Celnego w Z. na jego rzecz kwoty 173.762,86 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztów procesu za obie instancje wg norm przepisanych. Jako ewentualny powód zgłosił wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację pozwany Skarb Państwa – Naczelnik Urzędu Celnego w Z. wniósł o oddalenie środka odwoławczego powoda oraz o zasądzenie na rzecz Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu pisma procesowego pozwany odniósł się do zarzutów podniesionych w apelacji powoda argumentując m.in., że postępowanie kontrolne było prowadzone zgodnie z przepisami procedury administracyjnej i karnej, a zatrzymanie automatów nastąpiło z uwagi na uzasadnione podejrzenie naruszenia przepisów art. 14 u.g.h. Przeciwnik apelacji powtórzył prezentowaną w toku postępowania pierwszoinstancyjnego argumentację w zakresie braku konieczności notyfikacji przepisów art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Podkreślił, że przepis art. 91 ust. 3 Konstytucji nie znajduje zastosowania, gdyż nie sposób doszukać się kolizji jakiegokolwiek z przepisów krajowych z którymkolwiek z unormowań wspólnotowych. Zauważył również, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 11 marca 2015 r., sygn. P 4/14 uznał, że art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dniami 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych są zgodne z art. 2 i art. 7 w zw. z art. 9 Konstytucji a także z art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wywodził, że powód prowadził działalność wbrew przepisom ustawy gdyż nie posiadał koncesji, zezwolenia lub rejestracji eksploatowanych automatów, co stanowi o stornie podmiotowej przestępstwa z art. 107 k.k.s. W opinii pozwanego, w okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do naruszenia prawa wspólnotowego, które miałyby dla powoda charakter dyskryminacyjny. Przeciwnie, uprawnienie Państwa członkowskiego do ochrony społeczeństwa przed skutkami hazardu jest jednakowe dla wszystkich podmiotów, tak krajowych jak i zagranicznych. Nie ma również podstaw do twierdzenia, że naruszenie prawa wspólnotowego bezwarunkowo rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą państwa członkowskiego. Pozwany zwrócił wreszcie uwagę, że dotychczas, w sprawach o zbliżonym stanie faktycznym, zapadły 24 wyroki oddalające powództwo i dwa wyroki częściowo uwzględniające powództwo. Apelacje składane przez powodową spółkę zostały trzykrotnie oddalone przez sądy odwoławcze.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda zasługiwała na częściowe uwzględnienie.

Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił stan faktyczny, który Sąd Odwoławczy przyjmuje za własny (art. 382 k.p.c.), jednakże błędnie ocenił, że żądanie powoda nie zasługuje na uwzględnienie, dokonując nieprawidłowej wykładni relewantnych przepisów prawa polskiego, w oderwaniu od zasady pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej, do której należało odwołać się w przedmiotowym stanie faktycznym.

Na wstępie Sąd Apelacyjny zauważa, że Sąd I instancji nie wydał żadnego postanowienia co do dowodów z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, a zatem dowody – w oparciu o które Sąd poczynił ustalenia stanu faktycznego – nie zostały formalnie wprowadzone do procesu. Jest to jednak uchybienie o charakterze procesowym, badane na zarzut zgłoszony w środku odwoławczym, a żadna ze stron zarzutu takiego nie podniosła.

Powodowa spółka odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa upatrywała w bezprawnych działaniach funkcjonariuszy Urzędu Celnego w Z., którzy zatrzymali automaty do gier w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., podczas gdy w ocenie powoda, w związku z brakiem notyfikacji Komisji Europejskiej normy przewidzianej w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, urządzenie gier na automacie poza terenem kasyna nie było przestępstwem. Nie sposób zatem podzielić poglądu Sądu Okręgowego, aby ocena charakteru przepisów ustawy o grach hazardowych nie stanowiła najistotniejszej kwestii w sprawie. Sąd I instancji wyszedł bowiem z błędnego założenia, że formalne obowiązywanie w krajowym porządku prawnym przepisu budzącego wątpliwości co do jego zgodności z prawem unijnym, nie ma wpływu na możliwość stosowania tego

przepisu w relacji Państwo – jednostka. Wskazana wyżej ocena ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy działania funkcjonariuszy były bezprawne, co z kolei stanowi jedną z przesłanek odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariuszy publicznych.

Nie zasługują na akceptację rozważania Sądu Okręgowego dotyczące „technicznego” charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE, które stanowią akceptację stanowiska pozwanego. Zgodnie z powołanym przepisem w brzmieniu znajdującym zastosowanie w niniejszej sprawie, urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry. Z kolei art. 8 ust. 1 akapit pierwszy Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinach norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U.UE.L.1998.204.37) stanowił, że na państwach członkowskich ciąży ogólny obowiązek niezwłocznego przekazania Komisji Europejskiej wszelkich projektów przepisów technicznych przed ich przyjęciem. Obligatoryjna procedura notyfikacji Komisji Europejskiej dotyczy wszelkich wewnętrznych uregulowań prawnych państw członkowskich, które w świetle art. 1 pkt 11 dyrektywy są przepisami technicznymi i ma na celu możliwość oceny ich zgodności z prawem europejskim. Sądowi Apelacyjnemu znana jest przy tym okoliczność, że w dniu 7 października 2015 r. weszła w życie Dyrektywa nr 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U.UE.L.2015.241.1), która uchyliła dyrektywę 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającą procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, jednakże jak wynika z preambuły, obowiązująca obecnie dyrektywa nr (...) została przyjęta dla zachowania przejrzystości i zrozumiałości kilkakrotnie zmienianej Dyrektywy 98/34/WE i w celu jej ujednoczenia (zob. pkt 1 preambuły Dyrektywy (...)). Relevantna dla oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy pozostaje jednak dyrektywa nr 98/34/WE.

Analizując zagadnienie „technicznego” charakteru normy wynikającej z przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych po pierwsze zauważyć należy, że w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 oraz C-217-11 (opublik. m.in. w MoPr 2012 nr 17 str. 899) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wprost wskazał, że przepis tego rodzaju jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, należy uznać za przepis techniczny w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 (pkt 25 uzasadnienia). Stanowisko Trybunału jest przy tym jednoznaczne i nie budzące wątpliwości. Zajmując takie stanowisko Trybunał nie dokonywał przy tym wykładni prawa krajowego, lecz prawa wspólnotowego – art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE podając jako przykład przepisu technicznego właśnie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Odmienne twierdzenia Sądu Okręgowego i pozwanego pozostają w sprzeczności z cytowanym fragmentem uzasadnienia wyroku (...) z dnia 19 lipca 2012 r. Zarówno Sąd I instancji, jak i Prokuratoria Generalna zadają się nie dostrzegać, że przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie był przedmiotem pytania prejudycjalnego skierowanego do (...) przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w G., stąd takie, a nie inne brzmienie tezy wyroku, zaczerpnięte z punktu 40 motywów rozstrzygnięcia. Stwierdzenie o technicznym charakterze przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych pojawiło się wprawdzie obiter dicta, jednakże było podyktowane pragmatycznością rozstrzygnięcia. Nie można również pominąć, że (...) zajmował się wcześniej zbliżoną kwestią w sprawie Komisja p-ko Grecji i w wyroku z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 (Dz.Urz.UE.C 2006 nr 326, str. 1) stwierdził, że przepisy krajowe zakazujące prowadzenia gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych w jakichkolwiek miejscach publicznych i prywatnych z wyjątkiem kasyn mają charakter techniczny (pkt 61 uzasadnienia). Nawet gdyby zatem przyjąć, że wypowiadając się o przepisie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych (...) przekroczył swoje kompetencje, to wcześniejsze stanowisko wypowiedziane w sprawie C-65/05 nie może pozostawiać żadnych wątpliwości co do technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Zgodnie z doktryną *acte éclairé* – sądy nie są zobowiązane do wystąpienia z pytaniem prawnym do Trybunału Sprawiedliwości, jeżeli identyczne zagadnienie było już przedmiotem pytania prejudycjalnego i Trybunał wydał orzeczenie w takiej sprawie (tak np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 27 marca 1963 r. w połączonych sprawach

28/62-30/62). Skoro Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się co do technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w kontekście dyrektywy 98/34/WE (i to w dwóch orzeczeniach – w jednym abstrakcyjnie, w jednym wprost), nie ma potrzeby ponownego rozważania tego zagadnienia.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015 r., sygn. P 4/14 nie ma w przedmiotowej sprawie istotnego znaczenia, bowiem Trybunał zajął stanowisko co do konstytucyjności przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z uwagi na wątpliwości co do zachowania konstytucyjnego procedury uchwalania ustawy. Trybunał uznał, że notyfikacja przepisów technicznych, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE, implementowanej do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji, nie stanowi elementu konstytucyjnego trybu ustawodawczego, a co za tym idzie, m.in. przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jest zgodny z przepisami Konstytucji powołanymi w sentencji wyroku. Zauważyć trzeba jednak, że Trybunał Konstytucyjny nie ma kompetencji do badania naruszenia przez polskie przepisy prawa unijnego, a zgodność danego przepisu z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej nie oznacza, że przepis ten nie może być niezgodny z przepisami prawa unijnego;

Reasumując, skoro przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych miał charakter techniczny, istniał obowiązek jego notyfikacji Komisji Europejskiej, którego to obowiązku bezspornie nie dopełniono.

Ocena skutków braku notyfikacji przepisu prawa krajowego Komisji (...) została dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 30 kwietnia 1996 r. C-194/94 (...) (opubl. Legalis nr 82075), jeszcze na kanwie poprzednio obowiązującej dyrektywy 83/139). W wyroku tym jednoznacznie wskazano, że art. 8 i art. 9 dyrektywy 83/189 (aktualnie art. 8 i 9 dyrektywy 98/34), które przewidują obowiązek notyfikacji, są na tyle jasne i precyzyjne, że mają charakter przepisów bezpośrednio skutecznych i mogą w związku z tym być powoływane przez podmioty indywidualne wprost w postępowaniach przed organami krajowymi, by wyłączyć w rozstrzyganych przez nie sprawach stosowanie przepisów krajowych, które wbrew obowiązkowi wynikającemu z dyrektywy nie zostały notyfikowane. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości, obowiązek notyfikowania, o którym mowa jest w szczególności w art. 8 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 98/34, stanowi główny środek sprawowania unijnej kontroli prewencyjnej z zakresu swobodnego przepływu towarów, jego skuteczność zostanie wzmocniona tego rodzaju wykładnią dyrektywy, że niedopełnienie obowiązku notyfikowania stanowi istotne uchybienie proceduralne, które może powodować, że odnośne przepisy techniczne nie mogą być stosowane, a w rezultacie nie mają mocy obowiązującej wobec osób prywatnych. To zaś oznacza, że w przekonaniu Trybunału Sprawiedliwości organy krajowe mają obowiązek zastosować art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34 na zasadzie skutku bezpośredniego i odmówić zastosowania prawa krajowego, niepozwalającego na uwzględnienie bezpośrednio skutecznego przepisu dyrektywy 98/34;

W kontekście powyższych rozważań argument Sądu Okręgowego w Zielonej Górze, że przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych istniał i istnieje w porządku prawnym pozbawiony jest doniosłości prawnej, skoro z uwagi na brak jego notyfikacji, stosowanie tego przepisu w relacji Państwo – obywatel byłoby sprzeczne z prawem unijnym.

Podkreślić trzeba, że z zasady pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej wynika nakaz niestosowania przepisów obowiązujących w Państwie Członkowskim sprzecznych z prawem unijnym. Jak zauważył Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 9 marca 1978 r. (sygn. 106/77, sprawa S. S.), sąd krajowy, mający w ramach swoich kompetencji za zadanie zastosować przepisy prawa wspólnotowego, zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność tych norm, nie stosując w razie konieczności, z mocy własnych uprawnień, wszelkich, nawet późniejszych, sprzecznych z nimi przepisów ustawodawstwa krajowego i nie można przy tym wymagać od niego wnioskowania ani oczekiwania na zniesienie tych przepisów w drodze ustawodawczej lub w jakimkolwiek innym trybie konstytucyjnym. Reasumując, dalsze stosowanie przepisu nienotyfikowanego wbrew obowiązkowi Komisji Europejskiej, byłoby naruszeniem zasady pełnej skuteczności prawa unijnego w Państwie Członkowskim.

W tym miejscu zwrócić należy jeszcze uwagę na niejednorodność poglądów Sądu Najwyższego odnoszących się do zagadnienia możliwości zastosowania przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jako podstawy skazania za przestępstwo z art. 107 § 1 kodeksu karnego skarbowego. W postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r., I KZP 15/13 (OSNKW 2013/12/101) przyjęto, że naruszenie wynikającego z dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego

i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz.U. L. 363, s. 81) 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 dochodzi do wniosku, że doszło do takiej wadliwości trybu ustawodawczego, może nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie, w którym miałyby one zostać zastosowane i skieruje stosowne 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 z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Na tożsamą argumentację wskazał Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 8 stycznia 2014 r., IV KK 183/13, z dnia 28 marca 2014 r., III KK 447/13 oraz w postanowieniu z dnia 20 sierpnia 2014 r., IV KK 69/14, przy czym w żadnym z powołanych orzeczeń Sąd Najwyższy nie wypowiedział się co do technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Z kolei w postanowienie Sądu z dnia 27 listopada 2014 r., II KK 55/14 (OSNKW 2015/4/37) Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że przepisy ustawy o grach hazardowych, w szczególności art. 14 ust. 1 oraz art. 6 tej ustawy, to „przepisy techniczne” w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE oraz, że konsekwencją braku notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych jest niemożność stosowania i to nie tylko przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji. Do dnia zamknięcia rozprawy odwoławczej wątpliwości pojawiające się w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie zostały rozstrzygnięte.

W dniu 3 lipca 2015 r. Prokurator Generalny skierował do Sądu Najwyższego zagadnienie prawne o następującej treści: „czy przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych – dalej „ustawy o grach hazardowych” (Dz. U. z 2015 poz. 612) w zakresie gier na automatach, ograniczające możliwość ich prowadzenia jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna, są przepisami technicznymi w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad 2 dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21.07.1998 r., ze zm.), a jeżeli tak to, czy wobec faktu nienotyfikowania tych przepisów Komisji Europejskiej, sądy karne w sprawach o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. uprawnione są, w oparciu o art. 91 ust. 3 Konstytucji, do odmowy ich stosowania jako niezgodnych z prawem unijnym?”. Sprawa miała zostać rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów na posiedzeniu w dniu 15 października 2015 r. Marginalnie Sąd Apelacyjny zauważa, że Sąd Najwyższy, postanowieniem wydanym w dniu 15 października 2015 r. zawiesił postępowanie do czasu wydania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzeczenia w sprawie C-303/15. Sprawa C-303/15 została z kolei zainicjowana przez Sąd Okręgowy w Łodzi, który postanowieniem z dnia 24 kwietnia 2015 r., V Kz 142/15, przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytanie prejudycjalne o treści: „Czy przepis art. 8 ustęp 1 Dyrektywy nr 98/34/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U.UE.L.98.204.37 ze zm.) może być interpretowany w ten sposób, że brak notyfikacji przepisów uznanych za mające charakter techniczny dopuszcza możliwość zróżnicowania skutków, tj. dla przepisów dotyczących swobód nie podlegających ograniczeniom przewidzianym w art. 36 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, brak notyfikacji skutkować powinien tym, że nie mogą być one stosowane w konkretnej sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia, zaś dla przepisów odnoszących się do swobód podlegających ograniczeniom z art. 36 Traktatu dopuszczalna jest ich ocena przez sąd krajowy, będący jednocześnie sądem unijnym, czy mimo nienotyfikacji są one zgodne z wymogami art. 36 Traktatu i nie podlegają sankcji braku możliwości ich stosowania?”. Na rozstrzygnięcie w Sądzie Najwyższym oczekuje również pytanie prawne jednego ze Sądów Apelacyjnych „czy jest działaniem bezprawnym w rozumieniu art. 417 § 1 k.c. podjęcie czynności karnoprocesowych w postępowaniu karnoskarbowym przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego na podstawie obowiązujących formalnie w krajowym porządku prawnym przepisów ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.) uchwalonej z naruszeniem obowiązku notyfikacji wynikającego z art. 8 ust. 1 Dyrektywy 98/34 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku (Dz.U. (...).204.37 ze zm.) i czy prowadzi ono do powstania odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody powstałe w związku z podjęciem tych czynności?” (sygn. III CZP 82/15).

Z powyższego wynika jednoznacznie, że judykatura (i to zarówno sądy powszechne, sądy administracyjne, jak i Sąd Najwyższy) nie wykształciła jednolitego poglądu co do charakteru przepisu art. 14 ust. 1 u.g.h. oraz ewentualnych skutków braku jego notyfikacji (w przypadku uznania, że przepis ten ma charakter techniczny), co znajduje również potwierdzenie w orzeczeniach załączonych przez strony dla poparcia prezentowanej przez nich argumentacji. Sąd Odwoławczy zwraca jednak uwagę na poglądy doktryny, której dominująca część, a w szczególności przedstawiciele nauki prawa europejskiego, opowiadają się za przyjęciem technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 u.g.h. w rozumieniu dyrektywy 98/34 i odmową zastosowania tego przepisu przez sądy krajowe z uwagi na zaniechanie przeprowadzanie procedury notyfikacyjnej (zob. np. J. Maliszewska-Nienartowicz, Glosa do postanowienia SN z dnia 28.11.2013 r., I KZP 15/13, EPS 2014/6/41-46; M. Taborski, Glosa do wyroku TS z 19.07.2012 r., opubl. Lex; M. Górski, Glosa do postanowienia SN z dnia 27.11.2014 r., II KK 55/14, opubl. Lex)

Sąd Okręgowy trafnie wskazał na przesłanki odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariuszy publicznych przy wykonywaniu władzy publicznej. Konkludując to zagadnienie stwierdzić trzeba, że przesłankami odpowiedzialności wynikającymi z art. 417 k.c. są szkoda, fakt jej wyrządzenia przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej oraz łączący te zdarzenia normalny związek przyczynowy.

Analizując te przesłanki zaakcentować należy, że odpowiedzialność Skarbu Państwa nie jest uzależniona od winy funkcjonariusza publicznego. Zastrzeżenie to ma o tyle istotne znaczenie, że Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie nie podziela poglądu zajętego przez tutejszy Sąd m.in. w wyroku z dnia 25 czerwca 2015 r., sygn. I ACa 31/15, w sprawie o zbliżonym stanie faktycznym, zgodnie z którym funkcjonariusze Urzędu Celnego nie mieli możliwości oceny, że obowiązujące normy prawa nie powinny być stosowane i z tych przyczyn ich działania nie mogą być uznane za bezprawne. Nawet zatem jeżeli prawidłowe jest ustalenie, że zajmując urzędy do gier funkcjonariusze celni działali w błędnym przekonaniu, że zachowanie powoda polegające na urządzaniu gier na automatach poza terenem kasyn jest niezgodne z prawem, to nie wyklucza to odpowiedzialności Skarbu Państwa za bezprawność takiego działania. Od momentu wejścia Polski do Unii Europejskiej (1 maja 2004 r.), dorobek prawny i orzeczniczy Unii Europejskiej stał się częścią polskiego porządku prawnego. Zarówno normy prawne, jak i ich wiążąca interpretacja dokonywana przez Trybunał Sprawiedliwości adresowana jest nie tylko do sądów, ale również do wszystkich organów władzy publicznej, które w ramach swoich kompetencji mogą zetknąć się z problematyką regulowaną prawem unijnym. W konsekwencji, obowiązek zaniechania wszczęcia postępowania przygotowawczego o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. z uwagi na powołane wyżej argumenty obciążał funkcjonariuszy Urzędu Celnego w Z. niezależnie od tego, czy uświadamiali sobie oni istnienie takiego obowiązku.

Z uwagi na przytoczone wyżej rozważania nie budzi wątpliwości Sądu, że zachowanie funkcjonariuszy Urzędu Celnego polegające na zajęciu automatów do gry dzierżawionych przez powoda i oddanych w poddzierżawę partnerom powoda było działaniem bezprawnym. Wszczęcie postępowania karnoskarbowego o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. było niedopuszczalne, skoro stosowanie normy prawnej zabraniającej urządzania gier na automatach poza terenem kasyn (art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych) było sprzeczne z prawem unijnym, a to z powodu niedochowania procedury notyfikacyjnej. Tym samym, wyczerpana została kolejna przesłanka z art. 417 § 1 k.c. do przypisania Skarbowi Państwa odpowiedzialności odszkodowawczej za działania jego funkcjonariuszy.

W dalszej kolejności rozważyć należało zatem, czy powód wykazał szkodę w kwocie dochodzonej pozwem. Zatrzymane przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego automaty nie były własnością powódki, ale spółki prawa cypryjskiego (...). Powódka korzystała z nich jako poddzierżawca, na podstawie zawartej umowy poddzierżawy. Swojej szkody powódka upatrywała w konieczności uiszczania czynszu dzierżawnego na rzecz (...), natomiast w ramach utraconych korzyści (lucrum cessans) apelująca domagała się zasądzenia utraconego przychodu, tj. opłaty ryczałtowej pobieranej od Partnera I na podstawie umowy o wspólnym przedsięwzięciu. Pozwany Skarb Państwa zakwestionował szkodę poniesioną przez powódkę tak co do zasady, jak i co do wysokości, argumentując m.in. piśmie procesowym z dnia 21 lipca 2014 r., że nieotrzymanie określonego świadczenia nie jest równoznaczne z poniesieniem szkody w wysokości tego świadczenia. Według pozwanego, szkoda ograniczona jest do utraconego zysku, który należy wyliczyć w oparciu

o umówione, odpowiadające warunkom rynkowym wynagrodzenie z tytułu poddzierżawy, pomniejszone o wydatki związane z dzierżawą urządzeń, ich eksploatacją, serwisowaniem, podatki (VAT i dochodowy), jak również inne koszty działalności spółki.

Sąd Apelacyjny częściowo podziela stanowisko pozwanego co do sposobu wyliczenia szkody poniesionej przez powodową spółkę na skutek bezprawnych działań funkcjonariuszy Skarbu Państwa.

Analizując pojęcie szkody należy odwołać się do przepisu art. 361 § 2 k.c., zgodnie z którym naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Przepis ten wprawdzie nie zawiera definicji szkody, jednakże orzecznictwo i doktryna, podejmując próby określenia szkody, posiłkują się znaczeniem tego słowa w języku powszechnym oraz treścią regulacji normatywnych, które wiążą ze szkodą określone konsekwencje. Szkodą jest zatem uszczerbek w prawnie chronionych dobrach poszkodowanego. W piśmiennictwie i judykaturze dla określenia szkody używa się terminu „uszczerbek”, aby wskazać na stan niekorzystny dla poszkodowanego. Najczęściej formułowane jest zastrzeżenie, istotne w okolicznościach niniejszej sprawy, że szkodą jest wyłącznie uszczerbek powstały wbrew woli poszkodowanego. Wielkość uszczerbku wyznacza z kolei różnica między rzeczywistym stanem dóbr poszkodowanego a stanem hipotetycznym, gdyby do owego zdarzenia nie doszło. Pewną trudność sprawia określenie stanu hipotetycznego. Sąd zobowiązany jest zatem ustalić realną możliwość wystąpienia określonych konsekwencji w danej, konkretnej (a nie typowej) sytuacji, biorąc pod uwagę najbardziej prawdopodobny przebieg zdarzeń. Ustalenie uszczerbku w postaci *lucrum cessans* wymaga wykazania w konkretnym przypadku wysokiego stopnia prawdopodobieństwa utraty korzyści, chociaż nie jest konieczny dowód pewności wystąpienia. Ustalenie *lucrum cessans* dokonuje się z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po zdarzeniu, które wywołało szkodę. Pozwala to na pominięcie dochodów, wydawałoby się bardzo prawdopodobnych, których osiągnięcie okazało się jednak niemożliwe w następstwie zmienionych warunków (np. na określonym rynku).

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego powodowa spółka wykazała szkodę jedynie w części. Apelująca przedłożyła wystawione przez siebie faktury VAT na rzecz partnerów (stron umów o wspólnym przedsięwzięciu) dotyczące czynszu, dowody wpłat (...), listy księgowania na kontach analitycznych, dowody przelewów na rzecz spółki (...) oraz faktury wystawione przez tę spółkę wraz z ich tłumaczeniem przysięgłym, listę wpłat na podatek dochodowy od osób prawnych, oświadczenia o potrąceniu i zaliczeniu dokonywanych na rzecz (...) wpłat.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy powódka wykazała szkodę (uszczerbek majątkowy) polegający na wpłatach, które musiała uiszczać na rzecz (...) z tytułu czynszu za dzierżawę urządzeń. Wpłaty te stanowiły bowiem uszczerbek majątkowy powódki, gdyż z jednej strony nie była ona w stanie czerpać korzyści z dzierżawionych urządzeń, natomiast musiała płacić czynsz, zgodnie z zawartą umową z dnia 1 maja 2010 r.

W przedmiotowej sprawie powodowa spółka dochodziła odszkodowania w związku z bezprawnym zajęciem urządzeń o numerach H. (...), H. (...), (...), H. (...), H. (...), H. (...), H. (...), H. (...), H. (...) oraz H. (...).

Urządzenie H. (...) zostało zatrzymane w dniu 4 sierpnia 2010 r. Powódka domagała się zasądzenia odszkodowania stanowiącego równowartość uiszczzonego czynszu dzierżawnego za okres od dnia 16 czerwca 2011 r. (data wygaśnięcia umowy o wspólnym przedsięwzięciu z Partnerem I) do dnia 30 czerwca 2013 r. Sąd Apelacyjny uznał za zasadne roszczenie w tym zakresie do kwoty 14.162 zł, tj. za okres od listopada 2011 roku, albowiem faktury za okres od czerwca do października 2011 r. (k. 445, 453, 461, 466, 474) odwołują się do listy urządzeń z dnia 1 czerwca 2010 r., 15 czerwca 2010 r., 15 marca 2011 r. oraz 31 marca 2011 r., natomiast jak wynika z dokumentu na k. 475-482 m.in. przedmiotowe urządzenie zostało wydane w wykonaniu ramowej umowy dzierżawy zawartej pomiędzy (...) a (...) sp. z o.o. Powódka nie udowodniła zatem, że w okresie od czerwca 2011 r. do października 2011 r. zobowiązana była do dokonywania płatności na rzecz spółki cypryjskiej za dzierżawę urządzenia H. (...). Wskazany wyżej dokument wskazuje, że w powyższym okresie dzierżawcą urządzenia była (...) sp. z o.o. W pozostałym zakresie roszczenie powódki zostało wykazane fakturami wystawionymi przez spółkę (...) (...) wraz z załącznikami (k. 490, 511, 529, 543, 560, 573, 590, 604, 625, 643, 656, 668, 680, 692, 704, 711, 723, 735, 747, 759) oraz potwierdzeniami zapłaty bądź kompensatą za te faktury.

Urządzenie H. (...) zostało zatrzymane w dniu 3 lutego 2011 r. Powódka domagała się zasądzenia odszkodowania stanowiącego równowartość uiszczonego czynszu dzierżawnego za okres od dnia 2 października 2011 r. (data wygaśnięcia umowy o wspólnym przedsięwzięciu z Partnerem I) do dnia 30 czerwca 2013 r. Sąd Apelacyjny uznał za zasadne roszczenie w całości, tj. na kwotę 15.100,70 zł. Roszczenie zostało wykazane fakturami wystawionymi przez spółkę cypryjską (...) wraz z załącznikami (k. 404, 412, 420, 429, 438, 446, 454, 462, 467, 483, 503, 525, 536, 556, 567, 586, 597, 617, 638, 651, 663, 675, 687, 699, 718, 730, 742, 754, 766) oraz potwierdzeniami zapłaty bądź kompensatą za te faktury.

Urządzenie (...) zostało zatrzymane w dniu 15 czerwca 2011 r. Powódka domagała się zasądzenia odszkodowania stanowiącego równowartość uiszczonego czynszu dzierżawnego za okres od dnia 17 czerwca 2011 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. Sąd Apelacyjny uznał za zasadne roszczenie w tym zakresie do kwoty 14.162 zł, tj. za okres od listopada 2011 roku, albowiem faktury za okres od czerwca do października 2011 r. (k. 445, 453, 461, 466, 474) odwołują się do listy urzędzeń z dnia 1 czerwca 2010 r., 15 czerwca 2010 r., 15 marca 2011 r. oraz 31 marca 2011 r., natomiast jak wynika z dokumentu na k. 475-482 m.in. przedmiotowe urządzenie zostało wydane w wykonaniu ramowej umowy dzierżawy zawartej pomiędzy (...) a (...) sp. z o.o. Powódka nie udowodniła zatem, że w okresie od czerwca 2011 r. do października 2011 r. zobowiązana była do dokonywania płatności na rzecz spółki cypryjskiej za dzierżawę urzędzenia (...). Wskazany wyżej dokument wskazuje, że w powyższym okresie dzierżawcą urzędzenia była (...) sp. z o.o. W pozostałym zakresie roszczenie powódki zostało wykazane fakturami wystawionymi przez spółkę cypryjską (...) wraz z załącznikami (k. 490, 511, 529, 543, 560, 573, 590, 604, 625, 643, 656, 668, 680, 692, 704, 711, 723, 735, 747, 759) oraz potwierdzeniami zapłaty bądź kompensatą za te faktury.

Urządzenie H. (...) zostało zatrzymane w dniu 15 czerwca 2011 r. Powódka domagała się zasądzenia odszkodowania stanowiącego równowartość uiszczonego czynszu dzierżawnego za okres od dnia 17 czerwca 2011 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. Sąd Apelacyjny uznał za zasadne roszczenie w tym zakresie do kwoty 14.162 zł, tj. za okres od listopada 2011 roku, albowiem faktury za okres od czerwca do października 2011 r. (k. 445, 453, 461, 466, 474) odwołują się do listy urzędzeń z dnia 1 czerwca 2010 r., 15 czerwca 2010 r., 15 marca 2011 r. oraz 31 marca 2011 r., natomiast jak wynika z dokumentu na k. 475-482 m.in. przedmiotowe urządzenie zostało wydane w wykonaniu ramowej umowy dzierżawy zawartej pomiędzy (...) a (...) sp. z o.o. Powódka nie udowodniła zatem, że w okresie od czerwca 2011 r. do października 2011 r. zobowiązana była do dokonywania płatności na rzecz spółki cypryjskiej za dzierżawę urzędzenia H. (...). Wskazany wyżej dokument wskazuje, że w powyższym okresie dzierżawcą urzędzenia była (...) sp. z o.o. W pozostałym zakresie roszczenie powódki zostało wykazane fakturami wystawionymi przez spółkę (...) (...) wraz z załącznikami (k. 490, 511, 529, 543, 560, 573, 590, 604, 625, 643, 656, 668, 680, 692, 704, 711, 723, 735, 747, 759) oraz potwierdzeniami zapłaty bądź kompensatą za te faktury.

Urządzenia o numerach H. (...) oraz H. (...) zostały przez powódkę zainstalowane u Partnera w miejsce zatrzymanych urzędzeń o numerach (...) oraz H. (...), a następnie zostały zatrzymane w dniu 11 sierpnia 2011 r. W ocenie Sądu Apelacyjnego, powodowej spółce nie przysługuje odszkodowanie za szkodę wyrządzoną na skutek zatrzymania przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego urzędzeń przekazanych partnerom w miejsce urzędzeń zatrzymanych. Szkada z tym związana nie pozostaje bowiem w adekwatnym związku przyczynowym z działaniem pozwanego polegającym na bezprawnym, pierwotnym zatrzymaniu urzędzeń. Gdyby urzędzenia o numerach (...) oraz H. (...) nie zostały zatrzymane, nadal pozostawałyby one u partnerów powodowej spółki, a powód osiągałby przychód z tytułu dzierżawy tych urzędzeń. Jednocześnie zauważyć należy, że szkoda powoda przejawiająca się w konieczności płacenia czynszu dzierżawnego na rzecz właściciela urzędzeń H. (...) oraz H. (...) została zrekompensowana. Również roszczenie o utratę utraconych zysków byłoby zasadne, gdyby powód wykazał jego wysokość, co będzie jeszcze przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszego uzasadnienia. W tej sytuacji, zasądzenie odszkodowania zarówno za urzędzenia pierwotnie zatrzymane, jak i za kolejne urzędzenia wstawione w miejsce zatrzymanych urzędzeń prowadziłoby do nieuzasadnionego wzbogacenia powoda. Niezależnie od powyższego, podkreślić trzeba, że obowiązkiem osoby poszkodowanej jest dążenie do minimalizacji szkody. W dacie zatrzymania urzędzeń kwestia możliwości stosowania przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie była jednoznaczna (orzeczenie (...) w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 oraz C-217-11 zostało wydane w dniu 19 lipca 2012 r.), a zatem dążąc do minimalizacji szkody,

powodowa spółka winna powstrzymać się ze wstawianiem kolejnych automatów do gier, mając przy tym świadomość, że w przypadku potwierdzenia się jej argumentów co do bezprawności zatrzymania urządzeń, przysługiwać jej będzie roszczenie odszkodowawcze przeciwko Skarbowi Państwa.

Z tożsamyh względów powodowi nie przysługuje odszkodowanie z tytułu bezprawnego zatrzymania w dniu 22 sierpnia 2011 r. urządzeń o numerach (...) oraz H. (...), które zostały zainstalowane w miejsce zatrzymanych urządzeń H. (...) oraz H. (...).

Urządzenie H. (...) zostało zatrzymane w dniu 31 sierpnia 2011 r. Powódka domagała się zasądzenia odszkodowania stanowiącego równowartość uiszczonego czynszu dzierżawnego za okres od dnia 1 września 2011 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. Sąd Apelacyjny uznał za zasadne roszczenie w tym zakresie do kwoty 14.162 zł, tj. za okres od listopada 2011 roku, albowiem faktury wrzesień i październik 2011 r. (k. 466, 474) odwołują się do listy urządzeń z dnia 1 czerwca 2010 r., 15 czerwca 2010r., 15 marca 2011 r. oraz 31 marca 2011r., natomiast jak wynika z dokumentu na k. 475-482 m.in. przedmiotowe urządzenie zostało wydane w wykonaniu ramowej umowy dzierżawy zawartej pomiędzy (...) a (...) sp. z o.o. Powódka nie udowodniła zatem, że we wrześniu i październiku 2011 r. zobowiązana była do dokonywania płatności na rzecz spółki cypryjskiej za dzierżawę urządzenia H. (...). Wskazany wyżej dokument wskazuje, że w powyższym okresie dzierżawcą urządzenia była (...) sp. z o.o. W pozostałym zakresie roszczenie powódki zostało wykazane fakturami wystawionymi przez spółkę cypryjską (...) wraz z załącznikami (k. 490, 511, 529, 543, 560, 573, 590, 604, 625, 643, 656, 668, 680, 692, 704, 711, 723, 735, 747, 759) oraz potwierdzeniami zapłaty bądź kompensatą za te faktury.

Łączna kwota szkody powoda wynosi zatem 71.748,70 zł (14.162 zł + 15.100,70 + 14.162 zł + 14.162 zł + 14.162 zł).

Nie zasługuje na akceptację argument pozwanego, że o braku szkody świadczą pochodzące od powodowej spółki sprawozdania finansowe i sprawozdania z działalności. Brak zysku (w rozumieniu księgowym) nie oznacza bowiem braku szkody. Gdyby automaty nie zostały w sposób bezprawny zatrzymane przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego, generowałyby one przychód, który umniejszałby stratę wykazaną przez powodową spółkę w dokumentach księgowych.

Oddaleniu w całości podlegało natomiast żądanie zasądzenia szkody w postaci utraconych korzyści (w odniesieniu do urządzeń H. (...), H. (...), H. (...), H. (...) oraz H. (...)). Sama opłata ryczałtowa płacona przez Partnerów była wprawdzie utraconym przychodem, jednakże wbrew stanowisku powoda nie stanowiła utraconych korzyści w rozumieniu art. 361 § 2 k.c., gdyż zwrotowi na podstawie tego przepisu mógłby podlegać co najwyżej czysty dochód utracony przez powodową spółkę (przychód pomniejszony o koszty jego uzyskania – zob. w tym zakresie np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2008r., V CSK 515/07, opubl. Legalis nr 304269). Z umowy poddzierżawy wynikało wprost, że powód zobowiązany był dokonywać na własny koszt wszelkich napraw i remontów niezbędnych od prawidłowego eksploataowania przedmiotu dzierżawy oraz zawrzeć stosowną umowę serwisową z podmiotem trzecim (punkt 5.1). Dalej, od kwoty uzyskiwanej od Partnerów należałoby odjąć wysokość czynszu dzierżawnego płatnego na rzecz właściciela urządzeń. Następnie, do kosztów działalności powoda zaliczyć należy również jego koszty działalności operacyjnej, w tym podatki. Zbiorcze wskazanie wysokości uiszczonego podatku CIT nie jest wystarczające dla dokonania obliczenia dotyczącego pojedynczego automatu.

O ile zatem powód wykazał wysokość uzyskiwanej od partnerów opłaty ryczałtowej oraz kwoty czynszu dzierżawnego płatne na rzecz (...), pozostałe koszty działalności powoda, które mogłyby prowadzić do wyliczenia wysokości utraconych korzyści pozostają nieznane. Powód nie przedstawił przy tym materiału dowodowego, który pozwoliłby na ustalenie przez biegłego utraconych korzyści, przez które rozumieć należy czysty zysk powoda. W konsekwencji, Sąd I instancji zasadnie oddalił na rozprawie w dniu 18 listopada 2014 r. wniosek powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny.

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 71.748,70 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 marca 2014 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałym zakresie. O odsetkach od zasądzzonego roszczenia

orzeczone na podstawie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. – jako termin wymagalności roszczenia przyjęto upływ 14 dni od daty doręczenia odpisu pozwu pozwanemu (stanowiącego wezwanie do zapłaty).

Zmiana rozstrzygnięcia w punkcie 1 skutkowałą koniecznością zmiany orzeczenia o kosztach postępowania, którego podstawę stanowił przepis art. 100 k.p.c. Powódka wygrała spór w 41%. Na koszty poniesione przez powódową spółkę złożyła się opłata od pozwu w kwocie 8.689 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 zł (§ 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych...), powiększone o 17 zł opłaty skarbowej od pełnomocnictwa – łącznie 12.306 zł. Na koszty poniesione przez pozwanego złożyło się wynagrodzenie Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa w kwocie 3.600 zł (art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa oraz art. 99 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie...). Łączne koszty wyniosły zatem 15.906 zł. Powódka zobowiązana jest ponieść 59% tych kosztów, tj. kwotę 9.384,54 zł. Skoro poniosła 12.306 zł, należało zasądzić od pozwanego na rzecz powódki kwotę 2.921,46 zł (punkt I.3 wyroku).

W pozostałym zakresie apelacja powoda podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. uznając, że powód wygrał spór w instancji odwoławczej w 41%. Na koszty poniesione przez powódkę złożyła się opłata od apelacji w kwocie 8.689 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 2.700 zł (§ 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 6 cytowanego wyżej rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r.) – łącznie 11.389 zł. Pozwany poniósł koszty zastępstwa przez Prokuratorię Generalną w kwocie 2.700 zł (art. 99 k.p.c. w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie...). Łączne koszty postępowania apelacyjnego wyniosły 14.089 zł. Skoro powódka zobowiązana była ponieść 59% tych kosztów, tj. kwotę 8.312,51 zł, natomiast poniosła faktycznie 11.389 zł, Sąd w punkcie III wyroku zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 3.076,49 zł.

Jacek Nowicki Jerzy Geisler Ryszard Małecki