

*Sygn. akt IV Ka 490/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 19 września 2014 roku.*

*Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:*

*Przewodniczący SSO Ireneusz Grodek*

*Sędziowie SO Tomasz Ignaczak (spr.)*

*SO Agnieszka Szulc-Wroniszewska*

Protokolant sekr. sądowy Agnieszka Olczyk

*przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Piotrkowie Trybunalskim Izabeli Stachowiak*

po rozpoznaniu w dniu 19 września 2014 roku

sprawy **A. Ż.**

oskarżonego z art. 110 a § 1 kks

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Rejonowego w Tomaszowie Mazowieckim

z dnia 23 maja 2014 roku sygn. akt II K 300/13

na podstawie art. 113 § 1 kks w zw. z art. 437 § 2 kpk, art. 438 pkt 2 i 3 kpk **uchyla zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego A. Ż. i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Tomaszowie Mazowieckim**

Sygn. akt: IV Ka 490/14

## UZASADNIENIE

**A. Ż.** został oskarżony o to, że:

w dniu 13 września 2011 roku jako prezes Zarządu (...) Sp. z o.o. prowadził reklamę gier na automatach i gier cylindrycznych w sposób wskazany w zarzucie, tj. o czyn z art. 110 a § 1 kks

**Sąd Rejonowy w Tomaszowie Mazowieckim wyrokiem z dnia 23 maja 2014 roku w sprawie II K 300/13:**

- oskarżonego uznał za winnego dokonania zarzuconego mu czynu ze zmianą opisu ( która w tym miejscu nie będzie przytaczana) i na podstawie art. 110 a § 1 kks wymierzył mu karę 200 stawek dziennych grzywny po 100 zł. jedna stawka;
- zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa 2000 zł. tytułem opłaty i zwolnił go od wydatków poniesionych w sprawie.

**Powyższy wyrok został zaskarżony przez obrońcę oskarżonego.**

Obrońca zaskarżył wyrok w całości na korzyść oskarżonego, zarzucając w apelacji wyrokowi:

- obrazę prawa materialnego mającą wpływ na treść wyroku poprzez zastosowanie przepisów, które zostały uchwalone z pominięciem procedury notyfikacji;
- obrazę przepisów prawa karnego procesowego mającą wpływ na treść wyroku, a mianowicie:
  - art. 424 § 1 kpk przez sporządzenie wadliwego uzasadnienia zaskarżonego wyroku;
  - Art. 7 kpk przez dowolną ocenę dowodów i kształtowanie przekonania Sądu na wybiórczo wybranych dowodach;
  - art. 366 § 1 kpk w zw. z art. 193 § 1 kpk przez niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego celem zbadania zawartości serwera, na którym znajdowały się kwestionowane strony internetowe;
  - art. 366 § 1 kpk poprzez brak ustalenia, kto ze spółki (...)zlecił wykonanie stron internetowych, jaki był zakres czynności oskarżonego jako prezesa spółki, a w szczególności, czy mieściła się w nim działalność promocyjna i marketingowa;
  - art. 413 § 2 pkt 1 kpk poprzez niewskazanie daty i miejsca popełnienia czynu;
- błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść wyroku poprzez przyjęcie, że:
  - oskarżony zlecił D. K. wykonanie kwestionowanych stron internetowych;
  - ustalenie, że utrwalone obrazy istniały jako „żywe” strony internetowe;
  - stwierdzenie, jakoby oskarżony nadal był prezesem spółki (...) podczas gdy nie pełni tej funkcji już od roku;
- z ostrożności procesowej zarzucił również rażącą niewspółmierność ( surowość) orzeczonej kary zwłaszcza, że czyn zdaniem skarżącego powinien zostać zakwalifikowany jako wykroczenie skarbowe.

W konkluzji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji.

Na rozprawie apelacyjnej obrońca podtrzymał swoją apelację i wnioski w niej zawarte. Prokurator na rozprawie apelacyjnej wniósł o uwzględnienie apelacji obrońcy. Oskarżony na rozprawie apelacyjnej przyłączył się do stanowiska swojego obrońcy.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

### ***Apelacja obrońcy była zasadna.***

Sąd Rejonowy nie ustalił wewnętrznej struktury spółki (...), a w szczególności nie ustalił podziału kompetencji między jej pracowników szczebla menadżerskiego i zakresu czynności oskarżonego jako Prezesa Zarządu spółki. Nie odniósł się zatem w wystarczającym stopniu do linii obrony oskarżonego, który twierdził, że nie był bezpośrednio odpowiedzialny za promocję i reklamę i nie zajmował się zlecaniem reklam na żadnym szczeblu. Gdyby tak było ( co biorąc pod uwagę wielkość omawianej spółki nie jest wykluczone), to nie można mu przypisać czynu z art. 110 a § 1 kks, albowiem czyn ten można popełnić jedynie z winy umyślnej. Zatem nie wystarczy – tak jak to zostało ustalone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku – poprzestać na tym, że oskarżony był Prezesem Zarządu i reprezentował spółkę na zewnątrz. Takie ustalenie sprowadza się do niedopuszczalnego domniemania winy.

Ponadto Sąd Rejonowy dał w pełni wiarę świadkowi D. K.. Tymczasem świadek ten kategorycznie stwierdził, że to nie oskarżony ( którego osobiście poznał w późniejszym okresie) zlecił mu wykonanie inkryminowanej reklamy. Ponadto świadek ten zeznał, że wykonywane przez niego zdjęcia i obrazy mogły się różnić od okazywanych mu zrzutów z

ekranu komputera oraz, że reklamę tą wykonywał na długo przed tym, zanim została ona ujawniona w Internecie przez urzędnika Urzędu Celnego ( wręcz kilka lat wcześniej). Rodzi to pytania o datę zlecenia mu tej reklamy ( świadek nie potrafił jej podać). Nie da się przecież wykluczyć, że do zlecenia wykonania tej reklamy doszło jeszcze przed wejściem w życie przepisów na podstawie których postawiono zarzut oskarżonemu. Ponadto nie da się wykluczyć, że reklama w dacie ujawnienia jej przez urzędnika celnego nie była zamieszczona na aktywnych ( tzw „żywych” ) stronach internetowych, tylko urzędnik zaobserwował ją ściągnając tą informację z historycznych zasobów Internetu. Aby się o tym przekonać i jednocześnie ustalić datę umieszczenia reklamy należało dokonać badania serwera na którym umieszczona była strona internetowa. Ponadto, skoro świadek D. K. twierdzi, że za jego pracą wystawiono fakturę, należało ustalić, co się z tym dokumentem stało, czy jest do odzyskania, jeśli tak, jaka jest jego treść, kto go wystawił, kto przyjął i w jakiej dacie. Przepis art. 110 a § 1 kks penalizuje bowiem zlecenie lub prowadzenie takiej reklamy – zatem należy ustalić, kiedy i przez kogo została zlecona, oraz, czy w dacie zobaczenia jej w Internecie przez urzędnika celnego była „czynnie” prowadzona przez oskarżonego, czyli czy oskarżony miał tego świadomość, chciał, aby ta reklama widniała na „żywych” stronach internetowych, względnie, czy świadomie czerpał z tego korzyści.

Powyższe świadczy o tym, że do przypisania oskarżonemu winy doszło przedwcześnie, a Sąd Rejonowy nie wykazał inicjatywy dowodowej w kierunku ustalenia, kto konkretnie zlecał wykonanie i umieszczenie w Internecie omawianej reklamy. Wyciągał również niepełne wnioski ze zgromadzonego materiału dowodowego, w tym z zeznań D. K., wprost stwierdzającego, że to nie oskarżony zlecił mu wykonanie tej reklamy oraz poddającemu w wątpliwość datę jej powstania. Tym samym Sąd Rejonowy nie opierał się na całości materiału dowodowego, nie odniósł się do niego w sposób kompleksowy, tylko wybiórczy – naruszone zostały zasady procesowe określone w art. 7 kpk i art. 410 kpk w sposób mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

Ponadto Sąd Rejonowy nie dał wiary świadkowi A. W. tylko dlatego, że ustalił, iż jest ona członkiem Rady Nadzorczej spółki, której oskarżony jest Prezesem – a tymczasem okazało się ( co potwierdza załączony do apelacji wyciąg z KRS), że oskarżony w chwili składania zeznań przez tego świadka nie był Prezesem tej spółki. Zatem Sąd Rejonowy dopuścił się tu błędu w ustaleniach faktycznych mającego wpływ na treść wyroku, albowiem świadek A. W. potwierdzała linię obrony oskarżonego o tym, że nie miał on w spółce do czynienia z kwestiami zamawiania reklam i nie brał udziału w pracach nad tym aspektem działalności spółki.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy z urzędu stwierdza, że przed Sądem Rejonowym w Tomaszowie Mazowieckim toczyła się sprawa sygn. akt II K 15/12, w której temu samemu oskarżonemu zarzucono również promowanie gier na automatach m. in na tych samych stronach internetowych. Należy zatem rozważyć, czy reklama ujawniona w dniu 13 września 2011 roku w przedmiotowej sprawie była tą samą, o którą chodziło w sprawie II K 15/12 Sądu Rejonowego w Tomaszowie Mazowieckim – jeżeli tak, to należałoby rozważyć zaistnienie tożsamości czynów w obu tych sprawach.

Pozostałe zarzuty apelacyjne podnoszone w apelacji obrońcy nie będą szczegółowo omawiane, gdyż wobec uchylecia zaskarżonego wyroku z przyczyn podanych powyżej byłoby to przedwczesne ( art. 436 kpk).

#### ***Przy ponownym rozpoznawaniu sprawy Sąd Rejonowy:***

- dokona ustaleń w zakresie ewentualnej tożsamości czynu zarzuconego w sprawie niniejszej i w sprawie K 15/12 Sądu Rejonowego w Tomaszowie Mazowieckim;
- ustali zakres kompetencji oskarżonego jako prezesa spółki (...), a w szczególności czy zajmował się on reklamą i promocją, czy też zajmował się tym ktoś inny, kto samodzielnie mógł zlecić inkryminowaną reklamę;
- ustali, czy reklama zaobserwowana podczas przeglądania Internetu w dniu 13 września 2011 roku była wówczas aktywna na aktualnych stronach internetowych w/w spółki, kiedy powstała, kiedy została zlecona – w tym celu rozważy dopuszczenie dowodu z opinii biegłego celem zbadania danych zapisanych na serwerze za

pośrednictwem którego umieszczono reklamę, ponadto ustali, czy istnieje faktura lub jej kopia lub odpis, na podstawie której świadek D. K. uzyskał wynagrodzenie za wykonanie reklamy i przeanalizuje jej treść;

- w pozostałym zakresie ograniczy postępowanie dowodowe poprzez ***zastosowanie instytucji z art. 442 § 2 kpk***

Mając na względzie powyższe okoliczności, nie przesadzając rozstrzygnięcia, Sąd drugiej instancji orzekł jak w sentencji wyroku.